Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2017

LE RIFORME IN UNA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

Costituzionalismo.it

Rivista quadrimestrale

ANNO XIV – N. 1/2017

DIREZIONE
Gaetano Azzariti (*Direttore*)
Francesco Bilancia (*Vice-Direttore*)
Giuditta Brunelli – Paolo Caretti – Lorenza Carlassare
Elisabetta Catelani – Pietro Ciarlo – Claudio De Fiores
Alfonso Di Giovine – Mario Dogliani – Marco Ruotolo
Aldo Sandulli – Dian Schefold – Massimo Villone – Mauro Volpi

COMITATO SCIENTIFICO DI REDAZIONE
Alessandra Algostino – Gianluca Bascherini
Marco Betzu – Gaetano Bucci – Roberto Cherchi
Giovanni Coinu – Andrea Deffenu – Carlo Ferrajoli
Marco Giampieretti – Antonio Iannuzzi – Valeria Marcenò
Paola Marsocci – Ilenia Massa Pinto – Elisa Olivito
Laura Ronchetti – Ilenia Ruggiu – Sara Spuntarelli – Chiara Tripodina

REDAZIONE
Elisa Olivito – Giuliano Serges
Caterina Amorosi – Alessandra Cerruti – Andrea Vernata

NORME DI AUTODISCIPLINA

Il regolamento relativo alla *procedura di valutazione* degli articoli pubblicati su questa rivista è consultabile al seguente indirizzo internet:

www.costituzionalismo.it/regolamento;

nella medesima pagina *web* è inoltre disponibile l'elenco completo dei membri del *Comitato scientifico per la Valutazione*.

Periodico registrato presso il Tribunale di Roma il 23 gennaio 2004
N. 20/2004 Registro della Stampa - ISSN 2036-6744
Rivista con Sede in Roma – info@costituzionalismo.it

«LE RIFORME IN UNA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE»

Indice sommario III

Abstract e notizie sugli Autori VII

Gaetano AZZARITI, *Dopo il referendum costituzionale: crisi della rappresentanza e riforma del Parlamento* – Editoriale – XXVII

Saggi e articoli – Parte I
«*Riforme e democrazia costituzionale*»

Giuseppe Ugo RESCIGNO, *Intorno alle Costituzioni, all'economia ed altre questioni collegate* 1

Giovanni DI COSIMO, *Le riforme istituzionali dopo il referendum* 11

Alessandra VALASTRO, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione* 35

Saggi e articoli – Parte II

Alessandra PIOGGIA, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio* 1

Angelo SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea: appunti sul principio di solidarietà* 27

Paola MARSOCCI, *La possibile disciplina (legislativa) dei partiti politici e il suo collegamento con il loro finanziamento* 63

Francesco RIMOLI, *La transizione estrema. Appunti sul fe-*

nomeno rivoluzionario come modalità di adattamento sistemico 109

Alessandra ALGOSTINO, *L'esternalizzazione* soft *delle frontiere e il naufragio della Costituzione* 139

Barbara PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri* 183

Commenti – Parte III

Vincenzo COCOZZA, *Il quesito referendario sull'art. 18 della l. 300/1970 è veramente propositivo?* 1

Mario GORLANI, *Intorno ad alcune vicende recenti sul rapporto "necessitato" tra applicazione della legge e autodichia parlamentare* 11

Ilenia MASSA PINTO, *Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c'è e riguarda il ruolo dei partiti politici* 43

Patrizio GONNELLA, *Le nuove norme sulla sicurezza urbana: decoro* versus *dignità* 59

Maria Teresa Paola CAPUTI JAMBRENGHI, *Note minime sui beni comuni e funzione amministrativa* 81

Federica MANNELLA, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza, di informazione e di studio dei detenuti in regime di cd. carcere duro: la Corte costituzionale, in accordo con la Cassazione, salva l'art. 41-*bis *cod. pen. e la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria in materia* 115

Maria Caterina AMOROSI, *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidamento di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio* 139

Rubriche – Parte IV
«*al di là del giuridico*»

Gianluca BASCHERINI, *L'avventura come rimedio. Le debolezze del liberalismo italiano in Emilio Salgari* 1

«*sulle spalle dei giganti*»

Gaetano AZZARITI, *Per Stefano Rodotà* 27

ABSTRACT
E NOTIZIE SUGLI AUTORI

- **Alessandra ALGOSTINO**, *Professore associato di Diritto costituzionale (Università degli studi di Torino)*

L'esternalizzazione soft *delle frontiere e il naufragio della Costituzione*

***Abstract* (ITA)**: *L'*hard law*, statale, comunitario o internazionale, che disciplina l'immigrazione sfuma sempre più in una nebulosa di comunicazioni, procedure operative, circolari, partenariati, memorandum, scambi di note. Gli accordi di riammissione si presentano come emblematici della trasformazione delle politiche e delle norme in materia di immigrazione, sia per la loro forma – o, meglio, non-forma – sia per il loro contenuto.*

Il contributo ricostruisce la natura soft di alcuni accordi recenti, per approfondire quindi l'analisi dei loro punti di collisione con la Costituzione, dalla mancanza di una legge di autorizzazione alla ratifica alla violazione della riserva di legge in materia di immigrazione al vulnus al principio di non-refoulement*, evidenziando come la loro evanescenza renda difficile far valere responsabilità politiche e giudiziarie.*

Diritti dimidiati *e impediti, procedure decisionali opache e* soft law*, Costituzione esautorata: l'immigrazione si pone quale campo di prova e cartina di tornasole sia per l'effettività dei diritti, come diritti universali e come diritti costituzionali, sia per l'ancoraggio dei processi decisionali e normativi ai parametri propri di una democrazia, sia per la tenuta della Costituzione. Ad un anno dalla scomparsa del suo Autore la Direzione della rivista – assieme agli allievi di Pizzorusso – intende così rendere omaggio ad un maestro che ha insegnato il rigore scientifico e l'impegno morale nello studio del diritto costituzionale e nella difesa dei principi di fondo del costituzionalismo democratico.*

Abstract* (EN): *Hard law concerning immigration, whether at the national, European, or international level, fades into a nebula of com-

munications, operating procedures, circulars, partnerships, memoranda and exchanges of notes. Readmission agreements are emblematic of the transformation of the policies and norms in the area of immigration, both for their form – or better, non-form – and their content.

The present contribution reconstructs the soft nature of certain recent immigration agreements in order to deepen the analysis of where they conflict with the Italian Constitution (for example, the absence of an authorizing ratification law, the violation of the statutory reserve on immigration, the vulnus of the principle of non-refoulement), highlighting how their soft nature makes enforcing political and judicial responsibilities difficult.

With restricted and prevented rights, unclear decision-making procedures and soft law, the Constitution becomes deprived of its authority. Immigration becomes a litmus test, both for the effectiveness of rights, such as universal rights and constitutional rights, and for the anchoring of decision-making and regulatory processes to the parameters of democracy and of upholding the Constitution.

➢ **Maria Caterina AMOROSI**, *Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale («Sapienza» – Università di Roma)*

Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio

***Abstract* (ITA)**: *Il presente lavoro si concentra sul decreto Minniti n. 13 del 2017 relativo all'immigrazione irregolare e alla protezione internazionale, analizzandone alcuni profili che sembrano sollevare interessanti problematicità sul piano dei diritti fondamentali. In particolare, richiamando alcune voci del dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza in materia, si cercherà di evidenziare alcune tendenze del diritto penale che sembrano emergere dalle scelte di politica legislativa degli ultimi anni.*

***Abstract* (EN):** *This paper focuses on the Minniti decree on illegal immigration and asylum (d.l. 13/2017). The article analyses some contents of the decree which appear controversial with regards to the protection of the fundamental human rights. More specifically, by examining the dialogue between jurisprudence and case-law, this paper aims to highlight some trends in criminal law which may be originated from the recent choices in legislative policy.*

➢ **Gaetano AZZARITI**, *Professore ordinario di Diritto costituzionale («Sapienza» – Università di Roma)*

Dopo il referendum costituzionale
Crisi della rappresentanza e riforma del Parlamento

Abstract: *Il contributo costituisce l'editoriale del fascicolo, dedicato al tema «Le riforme in una democrazia costituzionale». Le domande che ci si vuole porre sono nette: dopo il referendum costituzionale è possibile ripensare le forme reali della democrazia costituzionale in una prospettiva diversa da quella che ci ha condotto sin qui? È possibile riscoprire il carattere pluralista e conflittuale che qualifica la nostra Costituzione?* Costituzionalismo.it *vuole, con questo numero, cominciare un percorso di riflessione sul futuro del nostro assetto dei poteri, nella convinzione che entro l'orizzonte definito dal nostro sistema costituzionale possa svilupparsi un'ampia strategia di cambiamento istituzionale.*

Per Stefano Rodotà

Abstract: *Stefano Rodotà era un maestro del diritto. Per tanti anche un maestro di vita. Insegnava diritto civile, ma la sua sensibilità democratica e la sua attenzione ai diritti lo aveva portato naturalmente, sin dagli esordi accademici, a cimentarsi con tutte le più delicate questioni del diritto costituzionale. Non v'è dubbio, quindi, che fosse anche un costituzionalista raffinato, avendo egli fornito un contributo decisivo alla difesa delle ragioni del costituzionalismo; avendo egli, più di tanti*

altri, concorso alla diffusione della cultura costituzionale nel nostro Paese. Con questo contributo il Direttore di Costituzionalismo.it ***vuole onorarne la memoria, a nome di tutta la rivista.***

➢ **Gianluca BASCHERINI**, *Ricercatore confermato di Diritto costituzionale («Sapienza» – Università di Roma)*

L'avventura come rimedio
Le debolezze del liberalismo italiano in Emilio Salgari

***Abstract* (ITA):** *Le opere di Salgari, anche in ragione della loro connotazione di genere, offrono al giurista un'occasione per riflettere sui limiti dei processi di unificazione nazionale e di costruzione di un'identità civica, sulle carenze culturali ed etiche delle dirigenze liberali e sui loro riflessi istituzionali. In questa chiave, i romanzi dei "cicli malesi" riportano all'attenzione la vicenda coloniale italiana, ancora poco considerata dai giuristi nonostante la densità delle sue implicazioni per le vicende costituzionali "metropolitane". Allo stesso tempo, tuttavia, quegli stessi romanzi rivelano una interessante inattualità se letti nel prisma della letteratura per ragazzi. Distante dalla pedagogia ufficiale dell'Italia umbertina e fascista, il mondo di Sandokan e della pirateria malese continua a ricordare ai giovani lettori che i cattivi sono i prepotenti e i fanatici, e che l'amico o la compagna possono venire da paesi lontani.*

***Abstract* (EN):** *The works of Salgari, because of their literary genre connotation, offer to the legal scholar an opportunity to meditate about the limits of the national unification processes and of the edification of a civic identity, as well as on the ethical and cultural deficits of liberal leaders, and on how these shortcomings are reflected at institutional level. In this perspective, the novels of the "Malaysia series" raise several questions about the Italian colonial experience, still insufficiently considered by legal scholars despite the density of its implications for the "metropolitan" constitutional vicissitudes. At the same time, however, these novels reveal an interesting anachronistic side if read through the*

prism of children's literature. Sandokan's world, with its Malaysian pirates, has nothing to do with mainstream pedagogy in the late nineteenth century and in fascist Italy. It keeps reminding young readers that baddies are bullies and fanatics, and that a friend or a mate may well be a person coming from a faraway land.

➢ **M. T. Paola CAPUTI JAMBRENGHI**, *Professore associato di Diritto amministrativo (Università degli studi di Bari «Aldo Moro»)*

Note minime su beni comuni e funzione amministrativa

***Abstract* (ITA)**: *Grazie ad alcune riflessioni dottrinarie e giurisprudenziali degli ultimi due lustri la nozione di beni comuni, variamente intesi nel nostro ordinamento, assume un portato dai contorni più precisi. Queste note affrontano il tema dei beni comuni, partendo dalla questione costituzionale dell'attitudine di questa categoria ad essere strumenti per la realizzazione dei diritti fondamentali, per giungere a riflettere su alcune funzioni amministrative esercitate nella gestione del territorio, dell'ambiente e del paesaggio, beni comuni che le istituzioni governano e gestiscono nell'interesse della collettività. Si affronta il tema del regime dominicale dei beni comuni e, di scorcio, della proprietà collettiva e dei diritti su alcune cose del mondo materiale, beni comuni di "proprietà collettiva".*

Rilevata l'estrema eterogeneità della categoria e valutati gli interrogativi espressi dalla dottrina in ordine all'appartenenza del bene, si offre un inquadramento dogmatico che poggia sulla particolare attitudine di questi beni – e sulla loro conseguente destinazione – a soddisfare le esigenze della collettività, attraverso il loro uso (fruizione), perché si tratta di beni appartenenti alla collettività e destinati a soddisfare interessi omnium communes. *Passando per la nozione di bene comune offerta dalla dottrina giuridica e da quella economista e per i principi fissati dall'ordinamento comunitario, lo studio offre spunti di riflessione sull'obbligo di tutela e sulla funzione amministrativa in ordine a particolari "luoghi" ove dimorano molti* commons *: l'ambiente, il paesaggio e i beni culturali.*

***Abstract* (EN):** *Thanks to some doctrinal and jurisprudential considerations in the last two decades, the notion of commons, variously understood in our legal system, plays a lead with more precise contours. These notes address the issue of common goods, starting from the constitutional issue of the ability of this category to be instruments for the realization of fundamental rights, eventually reflecting on some administrative functions performed in the management of territory, environment and landscape, which are common goods that institutions govern and manage in the interest of the community. These notes deal with the theme of the dominical regime of common goods and, in a glimpse of collective property and the rights to some things in the material world, common goods of "collective property".*

Detected the extreme heterogeneity of the category and evaluated the questions expressed by the doctrine in order to the right of property of commons, this paper offers a dogmatic framework that rests on the attitude and the destination of the commons to meet the needs of the community through their use. This because they are property belonging to the community and to meet the interests omnium communes. *Crossing the notion of commons offered by legal and economist doctrines and the principles laid down by European law, the study offers insight on the duty of protection and on administrative functions in order to specific "places" where they live many commons: environment, landscape and cultural heritage.*

➢ **Vincenzo COCOZZA**, *Professore ordinario di Diritto costituzionale (Università degli studi di Napoli «Federico II»)*

Il quesito referendario sull'art. 18 l. 300/1970 è veramente propositivo?

***Abstract* (ITA)**: *Il saggio analizza la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 2017, relativa all'ammissibilità del referendum abrogativo proposto nei confronti del d.lgs. n. 23 del 2015 e di alcune parti dell'art. 18 dello "Statuto dei lavoratori". Dopo essersi soffermato sulla*

natura complessa del quesito, l'A. esprime alcune perplessità sulla decisone, tanto in ordine ai precedenti richiamati quanto alle conclusioni cui essa perviene.

***Abstract* (EN):** *The essay analyses the judgment through which the Italian Constitutional Court allowed a popular referendum vote on the abrogation of some regulations of the Workers' Statute article 18 and of legislative decree n. 23/2015. First, the Author underlines the complex nature of the referendum question, then he casts doubt on judgment n. 26/2017 with regard, both to the quoted legal precedents and to the conclusions.*

➢ **Giovanni DI COSIMO**, *Professore ordinario di Diritto costituzionale (Università degli studi di Macerata)*

Le riforme istituzionali dopo il referendum

***Abstract* (ITA)**: *Per migliorare il rendimento del sistema istituzionale bisognerebbe intervenire sui meccanismi che necessitano di manutenzione alla luce della prassi. In questa prospettiva il saggio evidenzia le principali correzioni ordinamentali che potrebbero essere realizzate per mezzo di puntuali modifiche normative.*

***Abstract* (EN):** *The Italian Parliament has to change some institutional mechanisms in light of the political experience to improve efficiency of the form of government. To this end, the paper points out some necessary changes in the institutional, procedural and constitutional rules that need to be done in the next period.*

➢ **Patrizio GONNELLA**, *Professore associato in* Prison Law clinic *e Assegnista di ricerca in Filosofia e Sociologia del diritto (Università degli studi «Roma Tre»)*

Le nuove norme sulla sicurezza urbana: decoro versus *dignità*

***Abstract* (ITA)**: *La sicurezza è al centro del dibattito politico, mediatico e della più recente produzione legislativa. I fondamenti del decreto-legge n. 14 del 20 febbraio 2017 sono il decoro e la percezione di insicurezza da parte dell'opinione pubblica. Non c'è alcun legame tra le norme approvate e i dati statistici in materia di criminalità urbana. Viene teorizzato un modello che prescinde dai bisogni reali e che funziona come mera rassicurazione simbolica. Su queste basi vengono ridisegnati i poteri pubblici in materia di sicurezza riproponendo sistemi di intervento già in parte censurati dalla Corte costituzionale.*

***Abstract* (EN):** *Security is central to the political and media debate and to the most recent legislative output. The basics of the Decree-law n. 14 of February the 20th are urban decorum and the perception of insecurity in the public opinion. There is no actual link between approved regulations and statistics on urban crime. A model has been theorised, that has no regard for real needs and that only works as a mere symbolic reassurance. On these grounds, public authorities on the matter of security are being redrawn, by proposing methods of intervention already censored in part by the constitutional Court.*

➢ **Mario GORLANI**, *Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico (Università degli studi di Brescia)*

Intorno ad alcune vicende recenti sul rapporto "necessitato" tra applicazione della legge e autodichia parlamentare

***Abstract* (ITA)**: *Il saggio si propone di analizzare l'applicazione dell'istituto della incandidabilità, introdotto dalla legge Severino quale*

impedimento all'assunzione di cariche elettive nelle istituzioni rappresentative, e in particolare in Parlamento, alla recente vicenda del sen. Augusto Minzolini, nei confronti del quale il Senato ha rigettato la proposta di decadenza, rivendicando autonomi poteri di valutazione ai sensi dell'art. 66 Cost. sulla sussistenza dei presupposti per trarre dalla situazione di incandidabilità le conseguenze di legge. La vicenda ha offerto l'occasione per riflettere sulla* ratio *e sugli aspetti discussi dell'estensione ai parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità e per una riconsiderazione dei poteri di "autodichia" delle Camere.

Abstract* (EN):** ***The essay aims to analyze the application of "incandidabilità" ("ineligibility"), introduced by the "Severino Act" as an obstacle to taking elective offices in representative institutions, in particular in Parliament, to recent case of senator Augusto Minzolini, in respect of which Senate has rejected the proposal for decadence, claiming autonomous evaluation powers, pursuant to art. 66 Cost., about the existence of prerequisites to draw from the situation of "incandidabilità" legal consequences. The case gives the opportunity to reflect on the reason and controversial aspects of the extension to members of Parliament of "incandidabilità" and to reconsider "autodichia" powers of Chambers.

➢ **Federica MANNELLA**, *Ricercatore confermato a tempo indeterminato (Università degli studi di Perugia)*

Le restrizioni alla libertà di corrispondenza, di informazione e di studio dei detenuti in regime di c.d. carcere duro: la Corte costituzionale, in accordo con la Cassazione, salva l'art. 41 bis ord. pen. e la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria in materia

Abstract* (ITA):** ***Il contributo ha come oggetto l'analisi di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 122 del 2017), con la quale la Corte, in accordo con la giurisprudenza della Cassazione, ha rigettato la questione di legittimità costituzionale di alcune norme dell'art. 41 bis

ord. pen., in materia di restrizioni alle libertà di informazione, di studio e di corrispondenza dei detenuti, rilevando, in particolare, che le stesse non introducono alcuna riduzione all'estensione e alla portata dei diritti fondamentali dei detenuti, ma incidono solamente sulle mere modalità applicative, rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria.

Benché la sentenza si presenti come un rigetto "secco", essa svela, tuttavia, una forte propensione interpretativa, suscitando una serie di riflessioni a proposito di riserva di legge e di giurisdizione, di potere regolamentare e di discrezionalità amministrativa, in riferimento al delicato ambito delle restrizioni alle libertà fondamentali dei detenuti.

***Abstract* (EN):** *This essay analyses a recent judgment of the Italian Constitutional Court (no. 122/2017) by which – in accordance with the judgments of the Court of Cassation – the question of constitutional legitimacy of some provisions contained in article 41bis of the Italian Criminal Law has been rejected. Article 41bis concerns restrictions on some fundamental rights of prisoners such as the freedom of information, the freedom to study and the freedom of correspondence.*

In particular, the recent judgment of the Constitutional Court holds that such provisions do not effectively reduce the extent and the scope of prisoners' fundamental rights, but only may affect the relevant implementing modalities and procedures which are at the discretion of the Prison Administration.

Although the judgment provides for a "firm" rejection, it reveals a strong interpretative inclination and raises a number of unavoidable reflections on the rule of law ("riserva di legge"), as well as on the jurisdictional competence, the regulatory power and the administrative discretion, with respect to the sensitive area regarding restrictions on prisoners' fundamental rights.

➢ **Paola MARSOCCI**, *Professoressa associata in Diritto costituzionale («Sapienza» – Università di Roma)*

La possibile disciplina (legislativa) dei partiti politici ed il suo collegamento con il loro finanziamento

***Abstract* (ITA)**: *Nel contesto della trasformazione della rappresentanza politica (non da ultimo di quella sovranazionale), la storia dei partiti e dei movimenti è specchio delle modifiche della società politica e la sua lettura ci permette di far luce sulle caratteristiche attuali non solo della forma di governo, ma appunto dello stato di diritto. Nel contributo si ricostruisce e commenta il dibattito giuridico su una possibile disciplina generale dei partiti e sull'opportunità che la legge ordinaria intervenga oltre ed a fianco dell'autonomia (anche normativa) che tali soggetti hanno nello stabilire e far valere le proprie regole interne. Dopo una breve comparazione con i modelli vigenti in altri ordinamenti europei, in particolare, si analizzano criticamente i contenuti del DDL, attualmente all'esame del Senato, sulla "Disciplina dei partiti politici. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica" (A.S. 2439). In chiusura, sono presenti considerazioni sull'impatto che le nuove norme avrebbero in riferimento alle novità già introdotte in tema di finanziamento ai partiti ed al dibattito sulle modifiche alla legge elettorale.*

***Abstract* (EN): *In the context of the transformation of political representation (not least, of the supranational one), the history of political parties and movements is a mirror of the changes in the political society, which allows us to shed light on the current characteristics not only of our form of government, but also on the rule of law. This paper considers the debate over whether ordinary law can intervene alongside the autonomy of parties in establishing and enforcing their own internal rules. No commentators have ever argued for a radical choice between the self-reform of parties and their reform by law, although not everyone remembers that the latter is not prescribed as compulsory by the Constitution. After a brief comparison with other European countries, the legislative proposals adopted by the* Camera dei Deputati *during the*

XVII parliamentary term is critically analyzed, also considering the new legal system of their funding. The concluding remarks concern the currently transformational Italian political groupings to address the issue of the choice of election system.

➢ **Ilenia MASSA PINTO**, *Professoressa associata di Diritto costituzionale (Università degli studi di Torino)*

Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c'è e riguarda il ruolo dei partiti politici

***Abstract* (ITA)**: *Se è condivisibile il giudizio secondo il quale ci sarebbe sostanziale continuità tra le decisioni adottate nella sentenza del 2017 e quelle adottate nella sentenza del 2014 dalla Corte costituzionale sulla legge elettorale, in merito alla questione relativa alle modalità di composizione delle liste di candidati e alle modalità di espressione del voto degli elettori si può leggere tra le righe della motivazione della sentenza del 2017 una soluzione di continuità rispetto a quella del 2014. Mentre infatti quest'ultima era totalmente ispirata a una logica antipartitica, e a un'interpretazione del principio rappresentativo e dell'art. 67 della Costituzione tutta incentrata sul rapporto diretto e immediato tra singolo elettore ed eletto, quella della sentenza del 2017 sembra, da un lato, voler restituire un ruolo determinante ai partiti politici e, dall'altro, e soprattutto, recuperare una concezione della rappresentanza politica meno supina alla retorica antipolitica del tempo presente e più rispettosa della teoria e della storia costituzionali.*

Abstract* (EN): *It can be shared the prevailing opinion concerning the significant continuity between Constitutional Court decisions delivered in 2014 and in 2017 about electoral law. But it must be underlined an important discontinuity about the position of political parties: in the first decision the Constitutional Court shared the common negative attitude towards political parties and it considered the single citizen as sovereign in a direct relationship with the elected; in the last one it gives

back to the political parties their constitutional role. So there's a significant difference about the concept of political representation in the two decisions.

➢ **Barbara PEZZINI**, *Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale (Università degli studi di Bergamo)*

Nascere in un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri

***Abstract* (ITA)**: *Il saggio propone un inquadramento delle esperienze di "gravidanza per altri" orientato dal principio antisubordinazione di genere ricavabile dalla trama delle disposizioni della Costituzione italiana.*

La cornice giuridica del desiderio di maternità e paternità viene ricostruita attraverso le irriducibili asimmetrie di genere che si manifestano nella riproduzione: sottolineare la distinzione tra desiderio e progetto riproduttivo, e poi tra progetto riproduttivo e progetto genitoriale, consente di vedere le diverse condizioni di complementarietà fra i sessi. La gravidanza è riconosciuta come esperienza relazionale complessa, profondamente segnata dalla condivisione corporea ed inevitabilmente asimmetrica, che sfugge ai parametri ed alle categorie con cui il diritto considera abitualmente le relazioni inter-soggettive (presupponendo soggetti interamente separati). Dal valore specifico della relazione di gravidanza, radicato nell'ordinamento costituzionale ed orientato dall'analisi di genere, discende la possibilità di riconoscere anche la gravidanza per altri come un'esperienza vitale che si colloca in un complesso sistema di relazioni; il principio costituzionale antisubordinazione di genere consente di aprire al riconoscimento della capacità femminile di intrecciare relazioni significative: con il nascituro/la nascitura "nella" gravidanza, innanzitutto, ma anche con altri soggetti (genitori intenzionali) ai fini del progetto di genitorialità.

Ammessa la possibilità di una scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre, la tutela della dignità e della piena liber-

tà di scelta della madre biologica (colei che partorisce) è affidata alla necessità imprescindibile di riconoscimento della genealogia materna: l'affermazione di un "principio del nome della madre" viene proposto sia in prospettiva de iure condendo, sia come chiave di una rilettura critica della giurisprudenza che, nonostante un assoluto divieto nel diritto interno, non può evitare di misurarsi con le conseguenze di esperienze di GPA fatte all'estero.

***Abstract* (EN)**: *The essay assumes the theoretical perspective of a gender analysis oriented by the "principle of gender non-subordination", as typically expressed by the Italian Constitution, and moves from the starting point of considering pregnancy as a complex relational experience between a pregnant mother and an unborn baby, deeply marked by bodily sharing and necessarily unsymmetrical.*

The gender asymmetry has marked in the past and still marks the whole experience of procreation, as well as its legal shaping; therefore, it is necessary to investigate whether and how far complementarity in the sex-gender system has to be considered, when addressing the issue of the experience of a "pregnancy for others" (a "birth mother" gives birth to a baby for a couple of intending parents, either of the same or of different sex). This can be better done drawing a clear distinction between the procreative project (from insemination to birth, via childbearing) and the parental project (from the birth onwards); the core of a procreative project is the (woman's only) relational experience of pregnancy, while a parental project implies parental care and responsibilities towards the newborn, which both women and men are able to guarantee.

➢ **Alessandra PIOGGIA**, *Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo (Università degli studi di Perugia)*

Servizi e disservizi
Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio

***Abstract* (ITA)**: *Nel corso degli ultimi anni, il legislatore italiano è intervenuto più volte per tutelare i diritti degli utenti dei servizi pubbli-*

ci. Il punto di vista, però, è sempre quello del rapporto tra utenti e fornitori di servizi, e ad essere trascurato è l'aspetto della responsabilità della pubblica amministrazione nel garantire il servizio. Se a ciò si aggiunge il fatto che la fornitura di servizi è sempre più spesso affidata a soggetti privati, e che, anche l'amministrazione quando fornisce direttamente un servizio sembra necessariamente essere ispirata a modelli organizzativi di tipo imprenditoriale, l'effetto è quello di una progressiva perdita del senso "pubblico" del servizio. Per recuperare questo senso dobbiamo tornare all'idea di servizio contenuta nella nostra Costituzione, un'idea che chiede, prima alla politica e poi all'amministrazione, di immaginare e costruire un servizio pubblico con regole che possono anche essere diverse da quelle che utilizzerebbe una impresa privata.

Abstract* (EN):** ***Over the last years, the Italian legislator has intervened several times to protect the rights of users of public services. The point of view, however, is always that of the relationship between users and providers of services, and to be overlooked is the aspect of public administration responsibilities in ensuring the service. If you add to this the fact that the services supply is always more often entrusted to private bodies and that, even the administration when directly provides a service seems necessarily to be inspired to organizational models of entrepreneurial type, the effect is that of a progressive loss of sense of the "public" of the service. To recover this meaning we should return to the idea of service contained in our Constitution, an idea which asks, prior the policy and then the administration, to imagine and to build up a public service with rules that may also be different from those a private enterprise would use.

➢ **Giuseppe Ugo RESCIGNO**, *Professore emerito in Istituzioni di Diritto pubblico («Sapienza» – Università di Roma)*

Intorno alle costituzioni, all'economia ed altre questioni collegate

***Abstract* (ITA)**: *Dopo aver brevemente esposto le ragioni della sua partecipazione alla campagna per il "NO" al referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, l'A. si sofferma sui tre referendum abrogativi recentemente passati al vaglio della Corte costituzionale (che ne ha dichiarati ammissibili solo due), rilevando come tali vicende impongano una nuova riflessione sulla corrispondenza tra Costituzione formale e costituzione vivente. Muovendo da tale premessa, l'A. s'interroga dunque su alcuni temi di stringente attualità, come la contrapposizione tra governabilità e rappresentatività e le tendenze della realtà economica e sociale.*

Abstract* (EN): *The Author first explains why he has campaigned against the approval of the Constitutional reform in the popular referendum of 4th December 2016. Then he focuses on the recent judgment of the Constitutional Court which allowed two (out of the three that had been proposed) popular referendum votes, showing why, after these events, new consideration of the inconsistency between the formal Constitution and the living one is needed. Finally, and in consideration of the foregoing, the Author wonders about other current issues, such as the contrast between governability and representativeness and the economic and social trends.

➢ **Francesco RIMOLI**, *Professore ordinario in Istituzioni di Diritto pubblico (Università degli studi di Teramo) e Docente in convenzione (Università degli studi «Roma Tre»)*

La transizione estrema. Appunti sul fenomeno rivoluzionario come modalità di adattamento sistemico

***Abstract* (ITA):** *Il saggio esamina la rivoluzione come fenomeno storico e come mito culturale, ma anche come modalità adattiva sistemica entro un processo di effettiva trasformazione sociale.*

***Abstract* (EN):** *The essay aims at examining revolutions as a historical phenomenon and cultural myth, but also as an adaptive process for a real transformation of society from a systemic point of view.*

➢ **Angelo SCHILLACI**, *Ricercatore RTDB in Diritto pubblico comparato («Sapienza» – Università di Roma)*

Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea. Appunti sul principio di solidarietà

***Abstract* (ITA):** *L'articolo analizza le diverse dimensioni del principio di solidarietà nel contesto del costituzionalismo europeo contemporaneo, avuto riguardo sia al diritto dell'Unione europea, sia all'incidenza del processo di integrazione sulle dinamiche costituzionali interne. In particolare, l'analisi del principio è inquadrata con riguardo alla gestione dei conflitti sorti in conseguenza della crisi economica e finanziaria che ha interessato l'Europa negli ultimi anni. Nella prima parte dell'articolo, si analizza il rilievo del principio di solidarietà nell'applicazione degli strumenti interni di controllo sulle misure di austerità adottate in conseguenza della crisi, anche in relazione al rapporto tra principio di solidarietà e pluralismo territoriale. Nella seconda parte dell'articolo, specificamente dedicata all'ordinamento dell'Unione*

europea vengono prese in esame quattro dimensioni del principio nel diritto dell'Unione (solidarietà fra stati, solidarietà fra cittadini, apertura del principio alla dimensione politica e compresenza di obblighi di prestazione, obblighi di lealtà e obblighi di responsabilità) analizzando la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha fatto applicazione del principio e, soprattutto, l'ambiguo carattere solidaristico delle misure di sostegno agli stati membri in difficoltà. In conclusione, l'Autore riflette, a partire dalle esperienze analizzate nel corso dell'articolo, sul legame tra solidarietà e conflitti, mettendo in luce come la dimensione normativa del principio – pur con le ambiguità che le sono connaturate – possa rappresentare uno strumento di gestione dei conflitti, senza negare la valenza costitutiva nella dimensione politica.

***Abstract* (EN):** *The paper considers multiple facets of solidarity in the context of European constitutionalism: referring both to EU law and to the influence of the integration process on national constitutional experiences, the A. focuses on the relation between solidarity and conflicts arising as a consequence of the economic crisis that violently hit Europe since 2008. In the first three paragraphs, the article focuses on the influence of solidarity when assessing the constitutional legitimacy of austerity measures adopted due to the crisis, and it also takes into account the relation between solidarity and federal and regional models. In the fourth and fifth paragraph, specifically concerning EU law, the A. identifies four dimensions of solidarity (Solidarity among States [1]; solidarity among citizens [2]; facets and effectiveness of solidarity in EU law fundamental texts [3]; internal multidimensionality of the principle, that is the coexistence of different duties of loyalty, responsibility and specific performances [4]), assessing both ECJ case law that applied solidarity clauses, and the deceptive reference to solidarity in European measures supporting States with severe debt crisis. As a conclusion, the A. drafts some general remarks – related to the previous fields of analysis – on the relation between solidarity and conflicts, pointing out that the legal dimension of solidarity could represent a tool to organize and possibly solve conflicts, without undervaluing their constitutive function in the political dimension.*

➢ **Alessandra VALASTRO**, *Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico (Università degli studi di Perugia)*

Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione

***Abstract* (ITA)**: *Il saggio si propone di riflettere sulle possibili traiettorie di un discorso sulla riforma degli istituti partecipativi, di là dalla retorica periodicamente generata dai dibattiti sulle "grandi" riforme costituzionali. In particolare, esso intende confrontarsi con le ambiguità che tuttora caratterizzano il rapporto fra rappresentanza e partecipazione, e fra democrazia diretta e democrazia partecipativa, nella convinzione che la partecipazione debba assurgere da incidente esterno ai processi decisionali a metodo di governo della complessità. Ciò richiede la costruzione di garanzie riguardanti il modo in cui la rappresentanza decide e il tipo di influenza che i saperi civici possono esercitare sulle decisioni. Questa strada appare ancora oggi obbligata non soltanto in ragione del paradigma collaborativo implicito nei principi degli artt. 2 e 3 Cost., ma anche alla luce delle nuove crisi e fragilità che sempre più evidenziano la necessità di integrare il sapere politico e il sapere esperto con il sapere esperienziale degli abitanti e delle comunità. Ma anziché alle promesse o alle cesure delle riforme "proclamate", il saggio intende guardare piuttosto alle vie dell'attuazione, delle riforme "viventi", ove la sperimentazione e implementazione costante degli istituti di democrazia partecipativa può dispiegare le proprie potenzialità.*

***Abstract* (EN)**: *This essay aims to reflect upon the possible trajectories of a discourse on the reform of participatory institutions, beyond the rhetoric regularly generated by the debate on "big" constitutional reforms. In particular, it has been tried to deal with the ambiguities that still characterize the relationship between representation and participation, and between direct democracy and participatory democracy, in the belief that participation should be intended as a stable method in public decision-making and not just as a kind of "external incident". This perspective requires the construction of guarantees regarding the way in which elected representatives decide and the type of influence that the*

'civic knowledge' can have on decisions. This approach appears essential – even today – not only because of the collaborative paradigm emerging from Articles 2 and 3 of the Italian Constitution, but also because of new forms of crisis and fragilities, that increasingly highlight the necessity to integrate political and expert knowledge with the experiential knowledge from people and communities. The essay shows the need to overcome the promises related to the "proclaimed" reforms, focusing more on the "living" reforms, where the constant experimentation and implementation of participatory democracy institutions can realize their potential.

DOPO IL *REFERENDUM* COSTITUZIONALE
CRISI DELLA RAPPRESENTANZA E RIFORMA DEL PARLAMENTO

di *Gaetano Azzariti*

1. – Il 4 dicembre 2016 rimarrà nella storia, oltre per quel che concretamente è stato, anche come una data emblematica: permarrà nel nostro immaginario collettivo con un surplus di simbologia. Finirà per evocare due possibili, contrapposti, scenari. A seconda di quel che sarà.

Nel peggiore dei casi, una nuova occasione perduta. Così come è stato dopo i referendum del 2006 e del 2011, seguiti dal tradimento, dalla rapida ricomposizione della frattura provocata dall'esito del responso popolare e dalla successiva infausta riesumazione dei vecchi discorsi. Referendum di enorme portata simbolica, convertiti in sgradevoli intralci, rapidamente superati dal progressivo avanzare della nuova razionalità del mondo; fagocitati da quel che – con qualche genericità ed eccessiva approssimazione – suole chiamarsi il pensiero unico del neoliberismo; divorati da quel che, nella prospettiva del diritto costituzionale, si può definire specificatamente come neo–funzionalismo costituzionale.

Se anche questa volta questo fosse l'esito, il 4 dicembre segnalerebbe – credo in modo definitivo – la forza di quell'orizzonte verso cui da tempo sta spingendo la maggior parte delle forze politiche, economiche e culturali governanti, e che altri vanno contrastando. Una *crisi* che potrebbe sospingere verso il definitivo superamento dell'idea del costituzionalismo democratico per come si è andata definendo nel secondo dopoguerra, e, di contro, il consolidamento di un altro costituzionalismo, che potremmo convenzionalmente chiamare post–moderno[1].

È sgradevole segnalare questo scenario oggi, subito dopo un esito del referendum costituzionale ritenuto da molti salvifico e non scontato. Alcuni potrebbero ritenere che si tratti di un futuro da incubo, che sarebbe meglio esorcizzare. Eppure, l'esperienza passata, i reali rap-

[1] L'attuale "crisi" può configurarsi, dunque, come "separazione", ma anche come "contesa", "scelta", "giudizio". Sono tutti questi – come noto – i significati originari del termine κρίσις.

porti di forza, le debolezze culturali delle forze politiche, la grande confusione che regna sotto il cielo, non permettono di escluderlo. Un sano pessimismo della ragione, allora, consiglia di individuare sin d'ora i rischi cui andiamo incontro, non foss'altro per renderci consapevoli che non ci si può acquietare sulle pur fondamentali vittorie. Con il successo referendario si è evitato il peggio, ma non si poteva pretendere anche di costruire il meglio.

Il 4 dicembre potrà, però, essere ricordato – nella prospettiva più auspicabile – come l'inizio del cambiamento, se saprà porsi all'origine di una lunga fase di riflessione critica sul passato e di lenta ricostruzione del futuro. Una data di svolta, a condizione di essere in grado di ricostruire dalle macerie del presente. Desidero qui discutere questa seconda prospettiva, nella convinzione che essa, se ben coltivata, possa servire a farci allontanare dalla deprimente situazione attuale.

Prima vorrei solo aggiungere un'ulteriore annotazione sul futuro possibile. Ciò che mi sento di escludere è che il 4 dicembre possa essere ricordato come una vittoria che ha permesso di ristabilire uno *status quo ante*, magari riportandoci all'età dell'oro del costituzionalismo del secondo dopoguerra, che invece è ormai definitivamente perduta. E forse non c'è mai stata.

Un ritorno al futuro è da escludersi non fosse altro perché le ragioni strutturali di crisi che hanno portato a progettare l'ultima revisione costituzionale sono ancora in gran parte sul terreno. Spetta pertanto a noi – per la parte che a ciascuno compete – estirpare le radici se non vogliamo tra qualche tempo trovarci di nuovo di fronte ad un nuovo revisionismo costituzionale ancora una volta ispirato alle visioni neo–funzionali.

Non ci si può acquietare sull'esito referendario anche perché le aspettative prodotte – che hanno concorso a creare tutti coloro che si sono opposti con rigore e coerenza alla riforma costituzionale – sono enormi e deluderle sarebbe letale. Se, come si è sostenuto, il voto contrario al referendum era un voto per il cambiamento e di contrasto allo stato di cose presenti, alle degenerazioni della politica incapace di ascolto delle reali esigenza dei cittadini, dei giovani, degli emarginati, dell'intellettualità diffusa, e questi hanno in effetti votato in massa contro la riforma delle oligarchie, è ora giunto il tempo di dare prova che s'è fatto sul serio e che il cambiamento può avere inizio.

Insomma, quel che voglio dire è che sulle nostre spalle grava ora una responsabilità enorme di ricostruzione della città, di rifondazione della comunità civile, di rilegittimazione della *politeia*.

A farci desistere dall'impresa non possono farsi valere le condizioni di evidente difficoltà di tutte le forze politiche organizzate, indispensabili per trasformare le nostre idee in azione politica concreta. Lo stesso spazio pubblico sembra ormai dominato da un vuoto eclettismo che rende assai ardua ogni riflessione che ambisca alla coerenza di sistema e tenti di sfuggire dall'occasionalismo. Non sottovaluto affatto tali difficoltà, le convulsioni cui stiamo assistendo: sembra che il fascino per il pensiero debole sia irresistibile e, parallelamente, nulla riesca in Italia a far uscire il pensiero critico dalla *cupio dissolvi* che l'attanaglia. Però, a ciascuno il suo. A noi – riviste di cultura, intellettuali impegnati, cittadini preoccupati – spetta il compito di prospettare soluzioni ed elaborare idee, nella speranza che presto o tardi saranno queste a prevalere sugli interessi costituiti (secondo l'auspicio keynesiano[2]). Questo può essere il nostro più serio contributo anche alla ricostruzione di una cultura costituzionale democratica e pluralista, oggi in sofferenza. Nulla di più si può pretendere, nulla di meno bisogna dare.

2. – Iniziare un lungo percorso ricostruttivo, dunque. Di fronte a questo così gravoso impegno lascia assai perplessi la reazione cui si è assistiti dopo il 4 dicembre: è prevalso «il chiacchiericcio sulle sorti del governo e sulla durata della legislatura»[3]. Tutto sembra essere cambiato, anche se nulla in realtà lo è. Il nostro orizzonte futuro sembra dipendere dal destino di un politico o magari da quello di un Governo. Dovremmo riuscire a chiarire che, se non ci si vuole limitare alla cronaca, dei singoli – pur nel pieno rispetto delle persone – non importa granché, così come il nostro orizzonte di ricerca non potrà mai essere racchiuso entro una qualunque fragile maggioranza politica contingente. Nulla ci interessa delle fortune personali dei leader o dei

[2] «Sono sicuro che il potere degli interessi costituiti è assai esagerato in confronto con la progressiva estensione delle idee. Non immediatamente (…) ma presto o tardi sono le idee, non gli interessi costituiti, che sono pericolose sia in bene che in male»: J.M. KEYNES, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta* (1936), trad. it. di A. Campolongo, Torino, Utet, 1947, p. 340.

[3] Così, M. DOGLIANI, *Siamo sicuri che l'Italia abbia, oggi, una vera costituzione?*, in *www.centroriformastato.it*

singoli governi, quel che ci preoccupa sono le prospettive culturali e il futuro del costituzionalismo democratico e pluralista. Ed è per questo che con ancor maggior coraggio dovremmo convincerci che in fondo – di fronte alla storia – poco ci importa anche delle convulsioni di qualsivoglia forza politica. La passione politica è il sale della democrazia e, assieme ad Antonio Gramsci, possiamo legittimamente ripetere «odio gli indifferenti. (…) Chi vive veramente non può non essere cittadino e partigiano», ma ciò non toglie che senza una visione d'insieme non si può neppure consapevolmente prendere parte. E allora, quale sarà la sorte del traumatizzato tripolarismo italiano e quella delle sue litigiose componenti interne sono questioni che hanno un loro pur considerevole rilievo istituzionale, condizionando l'assetto reale della nostra forma di governo, ma non di questo dovremmo direttamente occuparci. Sia detto anche in questo caso con il massimo rispetto per le persone e per le diverse prospettive di configurazione politica che ciascuno legittimamente propugna, ma non saranno né singoli leader né le attuali piccole o grandi formazioni politiche a salvare la democrazia costituzionale. Nessuno lo farà se non avrà il coraggio della rottura. Se non si avrà il coraggio di sondare le correnti profonde, rompendo paradigmi dominanti, indicando strategie di innovazione sociale e istituzionale.

3. – Per costruire il futuro cerchiamo di capire, anzitutto, il presente e quel che è stato.

Dovremmo, in primo luogo, tornare ad esaminare il passato. Mi è capitato altre volte di farlo e ora non posso che limitarmi a ribadire la necessità di una visione di lungo periodo che deve governare le nostre riflessioni: non siamo giunti nella palude per sbaglio o per caso, né per colpa di alcuni sciagurati ed occasionali governanti. La legge di revisione costituzionale Renzi–Boschi non è stato un prodotto estemporaneo, è stato il frutto di un lungo regresso[4]. Discutere ora del passato ci porterebbe, però, troppo lontano. E allora, limitiamoci qui a riflettere su quel che è stata l'ultima tappa. Torniamo al 4 dicembre per cercare di comprendere il senso ultimo: la sua *essenza di valore*.

[4] Rinvio per le ulteriori necessarie considerazioni sulle ragioni storiche, politiche e culturali che si sono sedimentate nel corso della lunga stagione dominata da un fragile, ma pericoloso revisionismo costituzionale di segno regressivo e mistificante, all'ultimo capitolo ("Storia di un lungo regresso: la riforma costituzionale") del mio ***Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali***, Roma-Bari, Laterza, 2016, pp. 243 ss.

Non commetterò l'errore di molti, di tutta la politica politicante, che vuol assegnare un univoco significato al responso del corpo elettorale. Ciascuna forza politica – con sfacciata disinvoltura quelle più populiste – desidera attestarsi la vittoria *in toto*, abbiamo assistito persino all'incredibile tentativo di attestarsi *in toto* la sconfitta che apparterebbe ad un solo partito. Non è così, sono diverse le ragioni che hanno spinto le persone concrete, il corpo elettorale diviso, a votare in un senso ovvero in un altro. Dovremmo distinguere la brezza di superficie dalla corrente di fondo, quest'ultima meno visibile ma più rilevante.

Guardando in superficie si scorge un voto motivato dalla sola rabbia: contro i gufi ovvero contro gli oligarchi; un voto di mera insofferenza: contro il vecchio che trattiene ovvero contro la politica che corrompe; un voto populista: un populismo dall'alto che ha sorretto la riforma contro un populismo dal basso che l'ha contrastata. Un voto, dunque, rancoroso e irriflessivo.

Poco riusciremmo a costruire se ci fermassimo a questo. Lo sdegno è una categoria pre–politica, la quale o riesce ad assumere una sua razionalità politica oppure si esaurisce nel gesto di ribellione. Non è un caso che si parla solo di questo tipo di voto, nel tentativo di sterilizzare la portata destabilizzante e potenzialmente di forte innovazione del 4 dicembre.

È necessario guardare più nel profondo, considerare le diverse *Weltanschauungen*, le culture per come si sono divise, quelle che hanno portato alcuni a prospettare un cambiamento dell'assetto costituzionale e quelle che hanno indotto altri a contrastarlo. Non può negarsi infatti che nel referendum si siano anche scontrati due diversi modi di intendere il rapporto tra governanti e governati, diverse visioni di democrazia costituzionale. Da un lato, coloro che hanno ritenuto – e ancora ritengono – essenziale semplificare la complessità sociale, rendere autoreferenziale il sistema politico e le istituzioni rappresentative, concentrare i poteri nelle mani degli esecutivi (seguendo il modello classico della democrazia d'investitura); dall'altro, all'opposto, chi crede si debba estendere la partecipazione e legittimare i conflitti sociali, rendendo le istituzioni rappresentative il luogo della composizione e del compromesso politico (secondo un diverso e altrettanto tipico modello di democrazia pluralista e conflittuale). La prima prospettiva è quella perseguita negli ultimi vent'anni, non solo in Italia. La seconda ha vinto il referendum.

4. – È da qui, io credo, che dovremmo ripartire per risalire la china. Una risalita difficile perché si tratta di ripensare le forme reali della democrazia costituzionale. Anzitutto individuando i punti più esposti a crisi. Tralascio, in questa sede, di soffermarmi sulla questione sociale che pure è parte integrante della crisi della democrazia pluralista e conflittuale, per limitarmi a qualche considerazione sugli aspetti più propriamente istituzionali.

Per questi profili ritengo che siano tre le questioni decisive, tre le vie che è necessario cominciare a percorrere per cambiare la rotta.

Due sono condensate nel titolo di questo mio scritto, e sulle quali dirò: **(a)** La rappresentanza politica ormai svanita e da ricomporre; **(b)** il ruolo del Parlamento ovvero l'intero sistema parlamentare che è evaporato e a cui è necessario ridare corpo e anima. Non tratterò, per non allargare troppo il discorso già assai ampio, del terzo aspetto che pure ritengo non possa essere eluso se si vuole affrontare la crisi della democrazia costituzionale e della sua configurazione come democrazia pluralista e conflittuale. Lasciatemi solo dire che **(c)** anche l'Europa e la dimensione del costituzionalismo nei grandi spazi rappresenteranno un banco di prova su cui verremo giudicati. Una questione che non può essere separata da quel che mi accingo ad esporre.

5. – Dunque, la rappresentanza politica. Su questo punto vorrei iniziare con una sorta di provocazione ovvero di *détournement*. Il sistema politico sta affrontando finalmente la questione della legge elettorale. Dopo il referendum, a seguito di ben due interventi della Corte costituzionale che hanno fatto l'inimmaginabile (hanno scritto invece del Parlamento la più politica delle leggi, quella elettorale), infliggendo due sonori schiaffi agli altri poteri costituiti (al Parlamento, al Governo, alla stessa rappresentanza popolare, tutti ne sono usciti malconci, sebbene i diretti interessati sembrano non rendersene conto), stiamo probabilmente alla vigilia di una nuova legge che – con qualche ottimismo – possiamo sperare recuperi un equilibrio tra le ragioni della governabilità e quelle sin qui pretermesse della rappresentanza. Bene. Su questo fronte non possiamo che auspicare che siano tenute nel massimo conto le ragioni della rappresentanza reale. Per non apparire reticente mi spingo a dire – senza però avere lo spazio per motivare, e me ne scuso – qual è a mio parere il migliore dei sistemi elettorali possibili oggi in Italia: un sistema di riparto proporzionale dei seggi,

con un significativo sbarramento (al 4 o forse, ancor meglio, al 5%), con liste uninominali distribuite in piccoli collegi. Stante il bicameralismo paritario, non diversificherei in nulla i sistemi adottati per le due Camere (l'indicazione costituzionale dell'elezione a base regionale dei senatori verrebbe garantita dalla delimitazione dei collegi e dall'uninominalità delle candidature, non da altro).

Ma – qui è la deviazione di piano prospettico che provo a sollecitare – non mi sembra sia questo il punto essenziale. Ove anche ottenessimo il migliore dei sistemi elettorali possibili (quale che esso sia), si può pensare di aver così risolto i problemi della rappresentanza politica svanita? Mi rendo conto che c'è anche della provocazione in quel che sto affermando e buon gioco avrebbe colui che mi facesse rilevare che l'approvazione di una buona legge elettorale rispettosa del principio di rappresentanza segnerebbe una netta discontinuità dopo ventiquattro anni di infatuazione maggioritaria. Avrebbe ragione, lo scontro politico sulla legge elettorale è oggi decisivo. Ma, questo ragionevole interlocutore immaginario non avrebbe risposto alla mia domanda. Verrei allora sospinto a chiedergli, in modo martellante e con animo turbato: ma su quali fondamenta vuoi ricostruire la rappresentanza politica in seno al Parlamento? Certo, si realizzerebbe in tal modo, finalmente, una rappresentanza reale; ma di chi, di cosa? Di un popolo scomposto, smarrito, privato di legami sociali e di visione collettiva? Non credi si incorra nel rischio di garantire una rappresentanza dimidiata, invertebrata, di partiti privati di legittimazione sociale e pieni solo del senso di sé? Su quali basi credi si fonderebbe questo cambiamento improvviso? Imposto dalla forza dei giudici costituzionali, ma nel vuoto della politica.

Se vogliamo dare solide fondamenta al cambiamento auspicato dobbiamo guardare anche, soprattutto, a ciò che v'è dietro, che si pone come presupposto di legittimazione della scelta dei sistemi elettorali, di quelli ispirati dal principio proporzionale. In sostanza si tratta di mettere a tema la realtà della rappresentanza politica e non soltanto le sue forme istituzionali.

Eviterò in questa occasione discorsi teorici sulla materialità della rappresentanza politica e sui soggetti che danno senso reale al concetto, contrapposti alle teorie formalistiche della rappresentanza. Mi limiterò a rilevare che non ha senso parlare del *rapporto* di rappresentanza senza volgere lo sguardo anche, soprattutto, al rappresentato. Questo mi induce a ritenere che oggi affrontare la questione della crisi della

rappresentanza deve voler dire toccare almeno altri due aspetti, oltre a quello delle modalità di voto. Da un lato, la questione delle altre forme di espressione della volontà popolare che si manifestano tramite la partecipazione diretta delle persone, dall'altro quella delle forme di organizzazione di questa stessa volontà entro le istituzioni.

Si tratta, in sostanza, di riflettere sulle trasformazioni della rappresentanza in un'epoca in cui i cittadini non concorrono più a determinare la politica nazionale associandosi in partiti, ma, eventualmente, in altro modo; mentre il popolo non si sente più rappresentato dalle istituzioni (dal Parlamento in particolare). Potremmo deprecare entrambi i fatti, tuttavia questo è il dato di realtà dal quale partire. E allora delle due l'una: o si ritiene si possa fare a meno dei partiti e del Parlamento, rinunciando in tal modo all'idea stessa di democrazia così come definita dalla modernità giuridica (in fondo le pulsioni populiste che sono oggi egemoni operano in tal senso); oppure diventa necessario e urgente ricollegare le istituzioni e gli strumenti della democrazia rappresentativa alle diverse espressioni in cui si manifesta la volontà popolare. Se si vuole rafforzare la democrazia costituzionale è necessario ripensare, oltre che le forme della rappresentanza, anche le forme della partecipazione, nonché le forme dell'organizzazione dei poteri.

6. – Ripensare le forme della partecipazione. Un tema complesso, ma per iniziare basta poco, è sufficiente riscoprire il ruolo degli istituti di partecipazione già previsti in Costituzione. Ad esempio, il referendum che deve trovare ancora una collocazione certa nell'ambito della nostra forma di governo parlamentare. Modificare la legge del 1970 per anticipare il giudizio di ammissibilità della Corte, favorire il sistema di raccolta delle firme mediante l'uso degli strumenti informatici, imporre per via di regolamento parlamentare l'obbligo al Parlamento di dare seguito a – o almeno di discutere – le decisioni di natura puramente abrogativa che un esito positivo del referendum determina. Non sarebbe male anche un ripensamento della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità, da auspicare meno ondivaga e indeterminata.

L'iniziativa legislativa popolare potrebbe rappresentare un altro strumento non solo di efficace partecipazione, ma persino pedagogico per ridare al popolo la fiducia sul ruolo delle istituzioni, se solo si ponesse in essere quel che da tempo è stato teorizzato: non c'è bisogno di nessuna grande riforma per resuscitare uno strumento ucciso dalla

sordità del Parlamento. È l'assenza di ogni obbligo di discutere i disegni di legge popolare e la mancanza di una corsia privilegiata per tali disegni di legge che hanno reso queste iniziative solo fonte di frustrazione e rabbia, concorrendo alla delegittimazione del Parlamento. Credo sia giunto il momento per pretendere quella piccola modifica dei regolamenti parlamentari che da tempo è stata auspicata: si garantisca la calendarizzazione entro sei mesi dei disegni di legge di iniziativa popolare e l'obbligo di giungere a decidere nel merito.

Tornare a pensare al referendum e all'iniziativa popolare sono solo due esempi per indicare una rotta.

7. – Un'avvertenza sembra necessario aggiungere. Riscoprire le virtualità della partecipazione per non rinchiudersi dentro i palazzi della politica e delle istituzioni può costituire un inizio, ma può anche rappresentare un rischio.

Può costituire un inizio se tramite la partecipazione si riesce a ricostruire un rapporto tra cittadini e istituzioni della rappresentanza, riponendo al centro dell'organizzazione dei poteri il Parlamento come luogo del compromesso politico e sociale. Può altresì rappresentare un rischio qualora le dinamiche della partecipazione finissero per rivoltarsi contro il Parlamento facendo prevalere lo spirito populista e antiparlamentare così diffuso oggi, non solo in Italia.

Ed è per questo che, oltre alle forme di partecipazione popolare, bisogna anche occuparci delle forme di organizzazione dei poteri. Del Parlamento in primo luogo.

Ripensare all'organo della rappresentanza rivendicando, in primo luogo, un riequilibrio della forma di governo, che si è andata progressivamente sbilanciando a favore dell'istituzione governo. È questo un processo iniziato quarant'anni fa, che è stato sospinto dalla mistica della governabilità e dall'illusione ottica della debolezza o instabilità degli esecutivi. Se oggi si vuole ricostruire la democrazia pluralista e conflittuale diventa necessario ripensare al ruolo del Parlamento, liberarlo anzitutto dalla situazione di minorità rispetto agli esecutivi, aiutarlo a ritrovare la sua autonomia di organo costituzionale.

Il Parlamento è oggi ad un bivio. Rischia di essere definitivamente svuotato, perdendo il suo ruolo entro il sistema dei poteri a favore del Governo, abbandonato al suo triste destino da un popolo distratto e indifferente. Può ancora rilegittimarsi, ma a condizione che riesca ad in-

terpretare il senso del referendum costituzionale del 4 dicembre e del cambiamento che esso permette.

Potrà salvarsi solo se riesce a dare voce al rappresentato, ai soggetti storici reali. La forza autonoma dei parlamenti nelle società complesse si rinviene nella capacità di questi di essere effettivamente rappresentativi delle divisioni, luogo di scontro e composizione dei conflitti. Un ruolo costituzionale che non può essere assimilato a quello del Governo che deve, invece, promuovere la politica generale mantenendo un'unità di indirizzo politico, a scapito delle minoranze. Al Parlamento, istituzione del pluralismo ed espressione della società reale, si affiancherebbe così il Governo, istituzione dell'unità maggioritaria. In un equilibrio tra poteri definito dal sistema costituzionale e dalla nostra forma di governo parlamentare. In grado finalmente di restituire una effettiva rappresentanza al legislatore e una reale stabilità all'esecutivo. Una capacità di governo di società complesse garantita dalla razionalizzazione dei rapporti tra i diversi organi e non invece dalla semplificazione – sino alla negazione – delle divisioni sociali.

Un Parlamento che riuscisse ad affermarsi come reale luogo del compromesso ed organo costituzionale in grado di svolgere la funzione istituzionale di mediazione dei conflitti sociali potrebbe riguadagnare la sua specifica legittimazione popolare, oggi incrinata[5]. A quel punto anche il rappresentato dovrà convincersi – in tempi di crisi della rappresentanza e di liquefazione del rappresentante – che la lotta per le istituzioni democratiche gli appartiene. Tanto più se ne potrà persuadere quanto più si invertirà la tendenza alla progressiva verticalizzazione e concentrazione del potere, causa principale del divorzio tra il Palazzo e la piazza. Per riconquistare alle istituzioni le moltitudini disperse e ostili, bisognerebbe ritrovare la vocazione – che si pone all'origine del costituzionalismo moderno – alla divisione dei poteri e alla diffusione della sovranità.

[5] Sarebbe bene anche ricordare che «presupposto logico» per poter giungere ad un compromesso, mediando i conflitti sociali, è che il Parlamento «abbia un *quadro reale degli interessi*». Dovrebbe, cioè, essere «chiaro che non basta che vi sia comunque una minoranza in Parlamento ma è della massima importanza che *tutti* i gruppi politici vi siano rappresentati in ragione della loro forza»: così le classiche pagine di H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo* (1925), tr. it. in ID., *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 195 (corsivi dell'autore).

8. – In questa prospettiva, dovremmo tutti avere ben presente che le sorti del Parlamento si legano indissolubilmente a quelle della democrazia[6], giungendo a determinare la sua *qualificazione*[7]. Una democrazia *pluralista* non può essere governata senza un organo che sia effettiva rappresentazione della diversità del corpo sociale, diversità che l'organo governo non può neppure aspirare a interpretare. Una democrazia *conflittuale* deve trovare un luogo istituzionale di composizione che riesca a garantire il compromesso tra le diverse forze politiche. Le democrazie pluraliste e conflittuali, dunque, non possono fare a meno di Parlamenti autonomi, a differenza delle democrazie d'investitura. Sono questi i due modelli di democrazia sopra evocati che delimitano lo scontro politico più profondo e che ci devono guidare nel progettare il cambiamento.

Riscoprire la centralità del Parlamento è impresa titanica in questi tempi di dominanza degli esecutivi, ma anche in questo caso si tratta di iniziare una lunga marcia e dunque si può partire con un piccolo passo.

9. – Iniziamo a riorganizzare i lavori del Parlamento per restituire dignità al lavoro parlamentare. Non si può continuare ad assistere allo spettacolo di un Parlamento come puro teatro di scontro: da un lato il Governo – con al seguito una maggioranza silente – che impone ordini del giorno, emendamenti, fiducie, tempi; dall'altro minoranze parlamentari impotenti che urlano ma non partecipano, che si oppongono sostituendo alla ragion politica la logica degli algoritmi che sfornano migliaia di emendamenti privi di senso comune, al solo fine di allontanare la decisione. Un'opposizione impedita ad esercitare un ruolo attivo, piegata ad una cieca pratica di ordinaria follia ostruzionistica. Così il Parlamento non può che morire. Morire d'inedia o forse di vergogna per l'indecenza della rappresentazione.

---

[6] Anche in questo caso, si potrebbero rileggere, traendone gran profitto, le classiche pagine di Kelsen: «Non si può allora seriamente dubitare che il parlamentarismo sia l'unica possibile forma *reale* in cui l'idea di democrazia possa essere attuata nell'odierno contesto sociale. Alla sorte del parlamentarismo è quindi legata la sorte della stessa democrazia», op. cit., p. 174 (corsivo dell'autore).

[7] Sulle ragioni che mi inducono a ritenere essenziale "qualificare" le democrazie per dare ad esse un senso ed un valore storico reale, mi permetto di rinviare alle considerazioni svolte nel mio *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. VII ss.

Per riscoprire le virtù del confronto, le necessità del compromesso, le libere dinamiche della politica parlamentare, il primo passo è quello di cambiare le regole del gioco, *rivoltando* i regolamenti parlamentari. Nuove regole che favoriscano il confronto, non invece impediscano la discussione. Chiaramente ammettendo limiti al potere d'ostruzione delle minoranze, ma con la garanzia della permanente libertà di dibattere e l'assicurazione di poter esercitare tutte le prerogative dei parlamentari che rappresentano la nazione (ma anche la diversità che in essa si specchia) e che devono poter esercitare il mandato senza vincoli.

Un piccolo passo sarebbe quello del cambiamento dei regolamenti parlamentari, anche in questo caso nulla più di un'indicazione di marcia. Consapevoli che ben più radicali innovazioni potrebbero proporsi. Prima o poi dovremmo anche ridiscutere della struttura complessiva dei poteri, del bicameralismo, delle funzioni esercitate, del significato delle leggi, del riordinamento del nostro sconclusionato sistema delle fonti. Ma almeno iniziamo dall'organizzazione dei lavori. In fondo, non è difficile individuare le singole misure che possano assicurare la discussione e il confronto in Parlamento, quel che manca è la volontà politica e il coraggio del cambiamento.

10. – Vorrei allora concludere sul coraggio che dovremmo avere, sulla necessità di accentuare il nostro radicalismo culturale.

Non è un mio presunto giacobinismo che mi induce a chiudere queste note con una richiesta di essere più audaci. È la convinzione invece che non si potrà in nessun caso restar fermi, che nel volgere di poco tempo il mondo muterà comunque in maniera profonda. Se non saremo noi a promuovere il cambiamento altri lo faranno per noi.

La mia sensazione è che la storia stia subendo un'accelerazione. Per andare ancora più indietro oppure finalmente per cambiare verso non è ancora stabilito. Basta guardare ai nostri confini. Donald Trump, Theresa May, i populismi di destra, il ritorno degli Stati imperiali (Russia, Cina, Germania, Usa) vincono e convincono promettendo rotture e riscritture degli equilibri del mondo. Non solo la destra politica sta cambiando volto, anche a sinistra alcuni segnali di nuovo radicalismo devono essere colti. Bernie Sanders negli Sati Uniti, Jeremy Corbyn in Gran Bretagna, Podemos in Spagna, Syriza in Grecia, ora persino il moderato Benoit Hamon sembrano aver compreso che non è più il tempo della guerra di posizione, ma si deve passare ad immaginare un futuro con proposte fortemente innovative. E in Italia?

A noi che non abbiamo potere spetta solo fornire idee. Speriamo che qualcuno ci ascolti.

***

Con questo fascicolo la nostra rivista vuole cominciare a riflettere su "Le riforme in una democrazia costituzionale", nella convinzione che entro l'orizzonte definito dal nostro sistema costituzionale può svilupparsi un'ampia strategia di cambiamento istituzionale. Cambiare lo stato di cose presenti è quanto mai necessario se si vuole consolidare una democrazia costituzionale che si è andata infragilendo anche a causa del revisionismo costituzionale per come si è andato di fatto affermando nella stagione del lungo regresso italiano. Riprendere il cammino per riuscire a dare al nostro paese non solo istituzioni efficienti (secondo la semplificata e vuota retorica del neo–funzionalismo dominante), ma anche istituzioni in grado di rispecchiare i valori del pluralismo e della conflittualità sociale (secondo la complessa e piena storia del costituzionalismo democratico moderno) è possibile. D'altronde, sarebbe questo il miglior modo per mettere a frutto l'esito del referendum costituzionale che ha diviso il nostro Paese e che ora può fare riscoprire il valore del cambiamento in nome della Costituzione.

Le domande che vogliamo porre sono nette: dopo il referendum costituzionale è possibile ripensare le forme reali della democrazia costituzionale in una prospettiva diversa da quella che ci ha condotto sin qui? È possibile riscoprire il carattere pluralista e conflittuale che qualifica la nostra Costituzione? Fondamentali questioni che sembra siano andate perdute, sommerse dal diffondersi di una leggenda, di una falsa coscienza: quella secondo la quale esisterebbe un'unica razionalità del mondo in grado di unificare le divisioni e pacificare gli animi. Noi a questa narrazione del mondo (la fine della storia, l'assenza di alternative possibili, il futuro già scritto) non abbiamo mai creduto e pensiamo necessario rimanere con i piedi per terra. Per questo ci pare giunto il tempo di tornare a guardare alla realtà divisa, alle lacerazioni che attraversano la società e colpiscono i corpi vivi delle persone concrete. Dobbiamo abbandonare i falsi miti per costruire il nostro futuro. Abbiamo bisogno di quel che Stefano Rodotà ha definito un "costituzionalismo dei bisogni".

Per iniziare questo percorso abbiamo chiesto ad alcuni colleghi – che ringraziamo per la disponibilità dimostrata – di occuparsi dei primi temi: dalla rappresentanza alla partecipazione. Abbiamo chiesto di riflettere sulle sorti della divisione dei poteri ovvero su quelle dei diritti delle persone concrete. Speriamo che queste prime considerazioni non siano altro che l'inizio di un dialogo sul cambiamento promosso dalla Costituzione, la quale non può avere esaurito la propria spinta di progresso e la sua forza emancipatrice. Un altro modo tramite cui questa rivista vuole caparbiamente non arrendersi al reale, ma neppure abbandonarsi alla inconsistenza del nuovo. Tornare ai fondamentali per costruire una società nella quale la garanzia dei diritti sia assicurata e la divisione dei poteri fissata. In assenza di questo, si scriveva nel 1789, non si ha una Costituzione. Sia concesso ritenere a noi contemporanei, al tempo del disincanto, se non altro, che senza questi caratteri non si ha una Costituzione democratica e pluralista.

PARTE I
LE RIFORME IN UNA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

INTORNO ALLE COSTITUZIONI, ALL'ECONOMIA ED ALTRE QUESTIONI COLLEGATE

di *Giuseppe Ugo Rescigno*

Ho partecipato intensamente alla campagna per il no nel referendum costituzionale del 4 dicembre 2016. Ho cercato di dare il meglio nei numerosissimi incontri convegni e dibattiti ai quali ho partecipato. Però l'ho fatto di malavoglia, scontento, certo che anche in caso di vittoria dei no grande sarebbe rimasta la confusione e nessuno dei temi e dei problemi che mi stanno a cuore sarebbe stato ripreso in modo significativo e operativo. Perché allora l'ho fatto? Per due ragioni che mi sono parse decisive:

a) il testo della tentata riforma costituzionale era e rimane un vero schifo, al di là di ogni immaginazione (mi tolgo qui la soddisfazione di dire senza infingimenti e eufemismi che, se vi sono stati costituzionalisti che hanno scritto o contribuito a scrivere quel testo, questi andrebbero cacciati via dalla professione con ignominia): meglio dunque il vecchio testo del nuovo;

b) tutta la vicenda, come è stato riconosciuto da tutti ed era troppo evidente per non essere percepito, è nata, è stata costruita, si è sviluppata come un plebiscito intorno alla leadership di un politico, ed in particolare come legittimazione plebiscitaria del suo obbiettivo principale, la legge elettorale per la Camera dei deputati (solo per quella, avendo già dato per scontata l'abolizione del Senato), col suo spropositato premio di maggioranza assoluta col 40% al primo turno o con il ballottaggio al secondo turno (a parte altre raffinatezze intorno alla selezione dei candidati): era evidente, come poi è accaduto, che la sconfitta di Renzi nel referendum avrebbe significato anche la sconfitta della sua legge elettorale (sebbene formalmente il voto non avesse questa come oggetto), e quindi la riapertura del discorso intorno ad essa: una possibilità per una legge meno antidemocratica contro la certezza di una legge la più antidemocratica che conosco.

Ed ora? Nel momento in cui scrivo è stata stabilita la data per due referendum abrogativi ammessi dalla Corte costituzionale (mentre un terzo, il più importante e significativo, quello relativo all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, non è stato ammesso). Sembra che la maggio-

ranza delle Camere sia intenzionata ad approvare una legge che modifichi la normativa oggetto dei referendum e quindi li renda improcedibili: questo conferma che vi sono buone probabilità che vincano i "si", e che comunque la maggioranza teme le conseguenze negative che potrebbero derivare per il suo elettorato dal mantenimento della vigente disciplina legislativa. Quello che in questa sede ci deve interessare è la constatazione che tutti e tre i referendum (quello non ammesso e quelli ammessi) sono stati promossi dal maggior sindacato italiano, al quale nella raccolta delle firme si sono associate altre innumerevoli forze politiche e sociali, piccole e grandi, per difendere i lavoratori dipendenti contro riforme legislative che li hanno penalizzati (si tratta di un giudizio sulle norme oggetto della richiesta di referendum che mi pare universale: anche coloro che hanno voluto e sostengono quelle riforme ammettono che esse diminuiscono le tutele dei lavoratori dipendenti, e si giustificano in vario modo, per lo più sostenendo che questo esigono i mercati e la globalizzazione e non vi sono alternative; spesso poi aggiungono che questi sacrifici saranno ricompensati da un aumento della occupazione). Per una società la cui Costituzione comincia proclamando nell'art. 1 che la Repubblica è fondata sul lavoro si tratta di una vicenda che dovrebbe chiamare tutti a riflettere sulla corrispondenza tra testo della Costituzione (la Costituzione formale) ed effettiva vita della società italiana (la costituzione vivente).

La cosa che mi ha sempre sconcertato in questi ultimi trenta anni, di fronte alle molte proposte di quasi totale modificazione della seconda parte della Costituzione (in generale abortite ma qualcuna, come quella del 2001, legge costituzionale n. 3, andata purtroppo in porto), è la continua ripetizione che la prima parte non va toccata e la continua assicurazione che la prima parte non viene toccata, quando a me pare evidente che, a parte le norme sui diritti di libertà, quasi tutte le altre disposizioni sono oggi (da lungo tempo per la verità) un seguito di buone intenzioni e di promesse consolatorie alle quali corrisponde l'esatto contrario (questo giudizio così drastico non vale, o vale solo in parte e con molte precisazioni, per gli anni sessanta e settanta: chi ha memoria può facilmente ricordare le molte riforme e le numerose modificazioni che in quei decenni hanno reso la società italiana più vicina al progetto costituzionale di quanto fosse, o meglio non fosse, negli anni precedenti). Però, se si riflette più a fondo su questa mia constatazione (constatazione per me, ovviamente, ma ignorata dalla stragrande maggioranza: in altre parole la stragrande maggioranza non

afferma il contrario di quanto sostengo, più semplicemente ignora del tutto la questione, non se ne avvede e non ne parla, anzi dicendo che la prima parte non deve essere modificata dà per scontato che essa è valida e vigente), e se viene ricordato che la seconda parte costituisce, nella logica interna al documento costituzionale, la strumentazione mediante la quale si può e si deve realizzare la prima parte (e cioè il progetto di società preconizzato ed auspicato in tale parte), ribadire come un mantra che la prima parte non viene toccata è il modo più astuto ed efficace per ottenere in un colpo solo due risultati:

a) togliere dal dibattito qualsiasi domanda intorno al legame o slegame o addirittura contraddizione tra la prima parte e le modifiche proposte rispetto alla seconda parte, e prima ancora qualunque domanda sul grado di realizzazione del progetto consegnato nella prima parte;

b) nascondere il fatto che tutte le proposte di modificazione della seconda parte hanno avuto, come perno essenziale che le ha caratterizzate, l'obbiettivo di costruire meccanismi istituzionali informati al principio enunciato già nel 1975 da una importante organizzazione internazionale chiamata "Trilaterale" secondo cui era necessario diminuire nella vita politica il sovraccarico delle domande, e cioè, con parole più chiare, era necessario diminuire la democrazia, in palese contrasto con gli obbiettivi del secondo comma dell'art. 3 (per non parlare di altri, ed in particolare dell'art. 49, nel quale viene enunciato il principio che tutti i cittadini, mediante i partiti, tutti i cittadini, non solo quelli della maggioranza, hanno diritto di partecipare alla elaborazione della politica nazionale). Nel gergo oggi dominante si tratta della contrapposizione tra governabilità e rappresentatività (è significativo che in questa contrapposizione scompare la ragione di questa presunta dicotomia: governabilità o rappresentatività per che cosa?).

Ritorniamo così all'inizio di una qualsiasi indagine sulle costituzioni:

1) se qualunque costituzione, scritta o non scritta, apertamente programmatica (come è la Costituzione italiana scritta), oppure limitata alla organizzazione dei poteri (come è nell'essenziale quella della V Repubblica francese, non per caso integrata dal bloc de constitutionnalité inventato dal Conseil constitutionnelle e accettato dalla società francese), è il progetto apicale, il progetto massimo, che una società si è data e sulla cui base intende vivere, e svolgere, sviluppare, articolare

la vita collettiva e garantire le vite individuali, se questa in sintesi è una costituzione, allora l'inizio di ogni riflessione e indagine intorno alla specifica costituzione di uno specifico Paese è anzitutto la chiarificazione ed enunciazione quanto più possibile completa ed esauriente di tale progetto consegnato nel testo vigente, se un testo c'è, o nella realtà costituzionale se un testo non c'è (anche in Gran Bretagna si parla di costituzione e di diritto costituzionale);

2) c'è una storia costituzionale, complessa e niente affatto lineare: parti della costituzione formale nate morte (ad es. l'art 46) o abbandonate (ad es. le nazionalizzazioni) o senza significato costituzionale nella vita reale della società (ad es. il CNEL), o rimaste inattuate per molto tempo (ad es. il referendum prima del 1970) o ancora inattuate (art. 39); dissensi ancora attuali intorno alla interpretazione ed attuazione di norme costituzionali, con prevalenza di indirizzi divergenti (si pensi alla lotta tra costituzionalisti e Corte costituzionale intorno ai decreti-legge, o sul numero dei senatori a vita), un accumulo non sempre univoco e coerente di sentenze della Corte costituzionale; revisioni costituzionali più o meno incisive; leggi ordinarie alle quali la costituzione attribuisce il potere di dare realtà normativa a questioni oggettivamente costituzionali (ad es. le leggi elettorali); una realtà economica e sociale sempre in movimento, con continue modificazioni con le quali il diritto, anche il diritto costituzionale, deve fare i conti, proprio perché si tratta di realtà, qualcosa oggettivamente esistente che sta di fronte al diritto, il quale invece è tentativo di governare la realtà ma proprio per questo non è realtà sociale fino a che resta mero diritto: è una continua dialettica tra diritto e realtà sociale (e individuale quando si tratta di questioni relative anzitutto ad individui); irrompono a livello costituzionale problemi e tematiche che provengono dall'esterno e che magari non trovano nella costituzione neanche un principio di orientamento, o, nel migliore dei casi, principi molto vaghi (si pensi alle missioni militari all'estero, alle migrazioni di massa di stranieri nel nostro Paese per motivi di sopravvivenza, al primato del diritto dell'Unione europea, alla perdita di sovranità dello Stato italiano per quanto riguarda la moneta);

3) alla luce di 1 e 2 è possibile e inevitabile mettere a confronto costituzione formale vigente, costituzione vivente (se, quando e nella misura in cui è possibile ricostruirla), tendenze della realtà economica e sociale, non solo italiana ovviamente ma mondiale.

Mi colloco direttamente nella tematica del punto n. 3.

Sono innumerevoli i libri e gli studi che documentano la crescente divaricazione nei redditi e nei patrimoni, a livelli umanamente mo-

struosi (ricordo per tutti il bel libro di Piketty, Il capitale nel XXI secolo, Bompiani, 2014). Non sembra una buona cosa: per lo meno è quello che tutti a parole dicono, anche i difensori del sistema capitalistico. Non intendo entrare nel merito della questione. Da costituzionalista da anni mi sconcerta una banale e secondo me drammatica costatazione: nessuna costituzione, che io sappia, stabilisce un tetto massimo al reddito che una persona può ottenere in un anno, e nessuna costituzione stabilisce un tetto massimo al patrimonio che una persona può accumulare durante la sua vita e trasmettere ai suoi eredi. Si faccia attenzione: non sto sostenendo che non esistono limiti alle retribuzioni e limiti anche quantitativi alle proprietà; sto sostenendo che, per quanti limiti vi siano per alcuni redditi, e quanti limiti vi siano alla acquisizione di proprietà, in principio, come vi sono molti tipi e possibilità di reddito e molti tipi e possibilità di acquisizioni, così, per quanto limiti vi siano rispetto a specifici redditi ed a specifiche proprietà, una persona può accumulare redditi complessivi sempre più elevati e acquisire proprietà sempre più grandi. Del resto la cronaca non fa che confermare la cosa: i mezzi di informazione di massa si divertono ogni tanto a fare l'elenco dei paperoni nel mondo e ad esaltare i record sempre più alti in termini di reddito e patrimonio (per quella parte minuscola che si riesce a conoscere: è il caso di ricordare che esistono le persone giuridiche, e che attraverso le persone giuridiche redditi e patrimoni delle persone singole diventano invisibili). Potrebbe il Parlamento italiano stabilire un tetto massimo al reddito individuale e alla proprietà? In astratto penso di sì (ragiono qui come ragionava Lavagna nel 1977 col suo libro Costituzione e Socialismo, in polemica col mio Costituzione italiana e Stato borghese): pensate ad una legge tributaria che nel modulare la progressione dell'Irpef arriva fino al 100%, e cioè stabilisce il tetto massimo del reddito, oltre il quale tutto va allo Stato; pensate ad una legge sulle successioni ereditarie che azzera in pratica i patrimoni individuali e/o ad una legge tributaria sui patrimoni costruita in modo che i patrimoni che superano un determinato tetto vengano privati del tutto della parte eccedente, che viene incamerata dallo Stato o comunque appropriata da soggetti pubblici nell'interesse pubblico. La Costituzione vieta misure di questo genere? Secondo lettera no. Riuscite ad immaginare oggi misure del genere in qualche Stato del mondo? Se non riuscite ad immaginare questo (ed io sono il primo ritenerla oggi una fantasticheria: qui stava il mio dissenso con Lavagna, il cui ricordo mi resta pur sempre caro), mi pare del tutto corretto e

conseguente concludere che oggi tra i principi costituzionali supremi non scritti stanno anche quei due principi prima enunciati a proposito del reddito e del patrimonio. E' necessario evitare fraintendimenti e inutili polemiche: non sto sostenendo che le costituzioni, e la Costituzione italiana in particolare, garantiscono la possibilità di accrescere senza limiti redditi e patrimoni e per ciò stesso rendono incostituzionali leggi che cercano di limitare tale crescita e ridurre le differenze nei redditi e nei patrimoni tra i cittadini; sto sostenendo che tali leggi, anche quando vi sono (e quasi mai vi sono) e sono efficaci (e l'esperienza di questi ultimi trenta anni dimostra che non hanno alcuna efficacia in questa direzione), anche in tali casi non si propongono mai di porre tetti massimi né ai redditi né ai patrimoni. Questa realtà constatabile è, oggi, per il passato, e per il prevedibile futuro, una componente essenziale della costituzione vivente di tutti i Paesi del mondo.

La disoccupazione, da quando il capitalismo domina l'economia, è praticamente una costante (varia in più o in meno, nel tempo e nei diversi spazi, ma resta sempre o quasi sempre una componente stabile della società per lunghi periodi). Oggi è di gran moda parlare di reddito di base, reddito di cittadinanza, reddito minimo, e così via: si tratta quasi sempre di forme mascherate di indennità di disoccupazione (comunque positive: meglio di niente). Non intendo entrare nel merito di queste diverse ipotesi e proposte e esplicitare presupposti e conseguenze (anche e soprattutto sul piano morale e dei valori civili). Praticamente assente a livello di massa la proposta di ridurre con legge le ore giornaliere e settimanali di lavoro, che in astratto sembra una proposta alternativa a quelle prima elencate e migliore sotto molti aspetti. Credo di sapere la ragione di questa assenza: se uno Stato diminuisce con legge l'orario di lavoro, è facile immaginare che i capitalisti, o gli imprenditori se vi piace di più la parola, approfittando della libertà di movimento dei capitali oggi ampiamente garantita in quasi tutti gli Stati e comunque in quelli maggiormente sviluppati, lasceranno quello Stato e trasferiranno il loro investimento in un altro Stato che garantisce la possibilità di un maggior orario di lavoro e quindi maggiori possibilità di profitto a parità di altre condizioni. Emerge di nuovo il motore neanche tanto nascosto di tutti gli sconvolgimenti che attraversano oggi l'intero mondo: la libertà di movimento dei capitali in forma monetaria, che possono spostarsi rapidamente senza limiti da un luogo ad un altro, scavalcando i confini degli Stati. Si tratta di fenomeno relativamente recente (e così si spiega perché è entrata nel lessico uni-

versale una nuova parola per indicarlo: globalizzazione): comincia in pratica negli Stati Uniti con la presidenza Reagan (1980) e in Gran Bretagna con il premierato Thatcher (1979), e nel giro di un decennio coinvolge, mediante trattati e accordi internazionali, e leggi nazionali conseguenti, tutti i principali Stati, con minime variazioni. Ironia delle cose (e potenza delle contraddizioni economiche e sociali): oggi lo Stato che reagisce contro l'illimitato movimento dei capitali sono proprio gli Stati Uniti (anche se è impossibile dire per ora con quanta ampiezza ed efficacia, e con quali conseguenze). Anche in questo caso mi limito a ricordare il fenomeno, ed a pormi la ricorrente domanda: che cosa riesce a dire la nostra Costituzione, ed in generale che cosa riescono a dire le costituzioni rispetto a fenomeni come quello del libero movimento dei capitali in forma monetaria?

I capitali possono oggi muoversi liberamente per il mondo, gli Stati sono legati ai loro territori, e quindi ai popoli che abitano tali territori. D'altra parte se oggi i capitali si muovono liberamente è perché gli Stati così hanno deciso mediante trattati ed accordi internazionali; egualmente, se gli Stati volessero (ma dovrebbero essere in molti e comunque i più potenti; dovrebbero poi essere pronti e capaci di affrontare e governare le conseguenze economiche di una tale decisione), essi potrebbero bloccare o comunque disciplinare i movimenti dei capitali. Gli Stati, poiché sono i monopolizzatori della forza armata entro il proprio territorio, hanno il compito, tra gli altri, di garantire i creditori, ed oggi, proprio perché hanno voluto e organizzato la libertà di movimento dei capitali, debbono garantire i creditori di tutto il mondo, dovunque si trovino i debitori. Nello stesso tempo gli Stati sono nati e possono conservarsi perché garantiscono l'insieme sociale che essi governano e comandano, e questo insieme è fatto di debitori oltre che di creditori (anzi di debitori molto più numerosi dei creditori), ed ha interessi, bisogni, desideri, aspirazioni, problemi molto più ampi e diversificati di quanto è presente nella economia, e che l'economia (e cioè in questo caso la tutela dei creditori contro i debitori) impedisce di soddisfare. La vita politica è segnata e sconquassata da questa contraddizione.

Con gli Stati riemergono i nazionalismi (non sono mai scomparsi, ma sembravano attenuati) e le guerre (che per la verità non sono mai cessate, ora qui ora là).

Per quanto riguarda la guerra, la recente legge 145 del 2016, nel tentativo di porre ordine e dare stabilità alla questione, integra di fatto

la Costituzione: stabilisce che esiste uno stato di cose che non è né guerra difensiva (ammessa dalla Costituzione), né guerra offensiva (vietata), ma che ugualmente ammette interventi militari all'estero. D'altra parte esiste l'Onu, l'Onu è certamente una organizzazione le cui decisioni giustificano limitazioni della sovranità dello Stato italiano, e lo statuto dell'Onu ammette interventi militari all'estero che però non sono, secondo lo statuto, e non debbono essere guerra. Però la legge 145 del 2016 non limita la possibilità di missioni militari all'estero a quelle decise e guidate dall'ONU: che cosa dobbiamo dire intorno a questo? La domanda riguarda la stessa ONU: c'è sempre coerenza tra quanto decide l'ONU e i principi della nostra Costituzione scritta?

Per quanto riguarda la massa di stranieri disperati che, a costo di migliaia di morti, cercano di entrare in Italia ed in Europa, l'unica cosa che sappiamo fare e riusciamo a fare è erigere muri e infliggere altre sofferenze. Nello stesso tempo è seriamente pensabile che nel medesimo territorio possano ammassarsi altri milioni di esseri umani senza limiti? Di nuovo: che cosa dice o dovrebbe dire sul punto la nostra Costituzione?

Infine diventa sempre più evidente che il pianeta terra non è in grado i sopportare i tassi di sviluppo economico oggi praticati, e che bisogna porre sotto controllo a livello mondiale produzione, consumi e rifiuti. Si parla di sviluppo sostenibile, che comunque vuol dire uno sviluppo governato. Altri sostengono che è lo sviluppo come tale che va bloccato, ed anzi per altri è necessaria una decrescita (minore produzione e minori consumi per quei Paesi che sono una minoranza della popolazione mondiale e producono e consumano la stragrande maggioranza della produzione mondiale). Però sono presenti anche posizioni che ritengono infondati tutti gli allarmi (ed oggi il maggior sostenitore di tale tesi è il Presidente degli Sati Uniti e quindi in pratica gli Stati Uniti), e comunque l'impegno e le realizzazioni degli Stati e delle società rispetto ai pericoli ed agli allarmi è oggi minimo.

Se ripercorriamo tutti i punti critici prima elencati e rapidamente descritti, è facile vedere che c'è un elemento che li accomuna e li ricomprende: è l'economia, e naturalmente l'economia come oggi si è strutturata e funziona, dominata dalla sua forma capitalistica. Sul piano della analisi e del metodo trovo due conferme: a) anzitutto che l'economia è davvero la struttura sulla cui base si edifica la sovrastruttura, e quindi qualsiasi modificazione della sovrastruttura (che è il ve-

ro obbiettivo degli esseri umani, i quali non hanno alcuna intenzione di essere schiacciati al solo livello economico) esige però una modificazione coerente ed efficace della struttura; b) se questo mondo ci sembra orribile e pauroso, la causa prima e fondamentale viene dalla economia, e cioè dal capitalismo, e questo bisogna radicalmente modificare. Dove, in che direzione, come, con quali tempi e modi? Qui tutto tace (vedo innumerevoli ribellioni, ma nessuna proposta che vada oltre le buone intenzioni a parole e le vaghe promesse) ed io oggi non so che cosa dire.

Qualcuno dirà ragionevolmente che porre a carico delle costituzioni l'insieme dei temi e problemi prima sollevati significa attribuire alle costituzioni un compito che oltrepassa il diritto, e che comunque è del tutto inimmaginabile che possa affrontarli una singola costituzione di un singolo Stato.

Sul primo punto rispondo che dare per impossibile che le costituzioni dei diversi Paesi del mondo diano principi, criteri e regole capaci di governare razionalmente e secondo giustizia i problemi e le questioni prima elencate significa concludere che è impossibile che la politica governi l'economia, che non esiste alcun senso o direzione nella vita degli esseri umani ma solo caso e scontri continui, con vinti e vincitori, oppressi ed oppressori, sfruttati e sfruttatori, dominatori e dominati, creditori e debitori, da contare secondo quanto è accaduto, e che dunque le costituzioni come progetto sono una illusione, al più sono il racconto di quanto è accaduto e sta accadendo.

Sul secondo punto rispondo che se è vero che una singola costituzione di un singolo Stato, soprattutto se si tratta di uno Sato piccolo o medio, non può nulla contro gli sconvolgimenti che il capitalismo produce ogni giorno da ogni parte del mondo, direttamente (mediante gli spostamenti di capitali) o indirettamente (mediante le conseguenze economiche politiche e sociali che i movimenti del capitale producono), non impedisce anzitutto che gli Stati si uniscano in gruppi più efficaci e in secondo luogo che ciascuno Stato faccia quanto è possibile per raggiungere obbiettivi comuni, a partire dalla sua situazione interna. Per fare alcuni esempi: è possibile che uno Stato, o alcuni Stati alleati, pongano dei limiti al movimento dei capitali senza scatenare guerre commerciali o peggio (come è accaduto nel periodo che va dal 1945 al 1980 circa); anche un singolo Stato, attraverso leggi tributarie, può tentare di e riuscire a ridurre la divaricazione nei redditi e nei patrimoni; anche a singoli Stati, a maggior ragione ad unioni di Stati è

possibile introdurre e realizzare limiti severi allo sviluppo di produzioni e consumi che distruggono l'ambiente. In sintesi: molte cose sono ancora possibili, se esiste la volontà politica di farle, anche se esse restano all'interno di un mondo che mantiene le caratteristiche essenziali del capitalismo. Resistere è ancora possibile, anche se difficile, faticoso, rischioso. Se e fino a che punto la costituzione vivente, assistita da quella formale, aiuta in questa direzione si vedrà; se, dopo averla spremuta quanto è possibile, bisognerà aggiungere o sostituire pezzi, anche questo si vedrà; se infine sarà necessario e possibile superare il modo di produzione capitalistico, questo oggi non lo so; meglio: sono certo che l'umanità non potrà pretendere di aumentare la produzione all'infinito come esige il modo di produzione capitalistico che conosciamo, ma non so che cosa potrà venire dopo.

LE RIFORME ISTITUZIONALI
DOPO IL *REFERENDUM*

di *Giovanni Di Cosimo*

SOMMARIO: *1. Metodo; 2. Merito; 3. Obiettivi impropri; 4. Manutenzione istituzionale; 5. parlamento e Governo; 6. Bicameralismo; 7. Legge elettorale; 8. Stabilità; 9. Rappresentanza; 10. procedimento legislativo; 11. Centro e periferia; 12. Legge e Costituzione.*

1. Metodo

La questione del rinnovamento delle istituzioni repubblicane resta aperta anche dopo il 4 dicembre 2016. Il referendum ha bocciato una certa proposta di revisione costituzionale, ma sarebbe sbagliato pensare che sbarri la strada a qualsivoglia futura riforma istituzionale. Del resto, l'insoddisfazione per il rendimento di alcuni meccanismi ordinamentali è largamente diffusa e i difetti di funzionamento sono stati, e continuano ad essere, ampiamente indagati (fermo restando che solo una parte dei problemi è riconducibile alle regole ordinamentali, e che il resto dipende da altri fattori, in particolare dal comportamento degli attori politici[1]). Il significato del referendum, di cui occorre tener conto se si vuol rimettere in moto la macchina delle riforme istituzionali, è dunque più ristretto, ma pur sempre rilevante, sia sul piano del metodo che su quello del merito[2].

Sul piano del metodo il referendum segna due punti fermi. Il primo è che non bisognerebbe più tentare la strada delle grandi riforme perché sono fatalmente disomogenee e quindi coartano la volontà

[1] Le «cause della relativa inefficienza del governo parlamentare in Italia» non si risolvono soltanto agendo sui fattori giuridico-costituzionali ma anche su quelli culturali e politici (C. FUSARO, *Le trasformazioni del modello Westminster e le difficoltà crescenti del governo parlamentare in Europa*, in *Forumcostituzionale.it*, 13 dicembre 2015, p. 3).

[2] Per una lettura che enfatizza il valore del referendum cfr. V. BALDINI, *La portata costituente della decisione referendaria del 4 dicembre 2016*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, parte III, pp. 38 ss.

dell'elettore[3]. Due referendum costituzionali a distanza di dieci anni uno dall'altro stanno lì a dimostrare che gli elettori non apprezzano le riforme ad ampio spettro del testo costituzionale[4]. Aggiungo che, in alcuni casi, modifiche di ampie proporzioni rischiano di stravolgere l'impianto costituzionale, che invece è ancora valido e soltanto bisognoso di manutenzione, come dirò meglio più avanti[5].

In base al secondo punto fermo non bisognerebbe più approvare riforme sostenute unicamente dalla maggioranza di governo; sul terreno delle regole ordinamentali occorrerebbe cercare intese fra le forze politiche di maggioranza e (almeno una parte di quelle) di minoranza per l'ovvia ragione che riguardano tutti[6]. Ciò solleva la questione dell'adeguatezza della procedura di revisione costituzionale nella stagione del maggioritario. La legge elettorale maggioritaria del 2005 ha facilitato l'approvazione a maggioranza assoluta della riforma Renzi, che è stata duramente avversata dalle minoranze parlamentari. Una soluzione, prospettata già nella XII legislatura, punta a rendere più onerosa la procedura dell'art. 138 della Costituzione, stabilendo che è sempre necessaria la maggioranza di due terzi dei componenti delle Camere[7].

---

[3] A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2016.

[4] Il primo referendum costituzionale della storia repubblicana, quello del 7 ottobre 2001, riguardava una modifica del testo piuttosto estesa ma tematicamente omogenea.

[5] «Per quanto riguarda la Costituzione, un'opera di manutenzione di un testo vecchio oramai di oltre sessanta anni è certamente ipotizzabile, a condizione che non sia presentata come una necessaria svolta verso il progresso, ma tutt'al contrario, come una difesa, contro l'avventurismo populistico e demagogico, di un patrimonio giuridico e culturale da salvaguardare come un bene prezioso» (A. PIZZORUSSO, *Sulle riforme costituzionali*, intervento al convegno di Roma del 5 ottobre 2009, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, parte IV, p. 6). Qui parlo di interventi di manutenzione istituzionale per alludere a modifiche mirate delle regole ordinamentali che, alla luce della prassi, hanno l'obiettivo di migliorare il funzionamento delle istituzioni (A. PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Roma-Bari, 1999, p. 161; per un più specifico significato circoscritto al campo delle fonti del diritto cfr. A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi e altri studi sulla legislazione*, Torino, 1999, pp. 12 ss. e M. DOGLIANI, *L'ordinamento giuridico strapazzato*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione,* Torino, 2012, pp. 1 ss.).

[6] M. DOGLIANI, *Costituzione e antipolitica. Il Parlamento alla prova delle riforme,* Roma, 2016, 176; A. APOSTOLI, *Oltre l'idea di un riformismo costituzionale tellurico (destinato a tornare sempre con forme e modalità imprevedibili)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, parte III, p. 6.

[7] Cfr. la pdl cost. n. 2115 presentata il 28 febbraio 1995, primi firmatari Bassanini ed Elia. Allo scopo di sottrarre il procedimento di revisione costituzionale alla piena disponibilità della maggioranza parlamentare (R. TARCHI, *Il sistema delle garanzie*, in T. GROPPI e

Corollario del secondo punto è che il Governo non dovrebbe più svolgere quel ruolo da primattore che ha tenuto sul proscenio delle riforme istituzionali soprattutto nell'ultimo periodo[8]. Più precisamente, non è in discussione il fatto che possa avanzare proposte, anche di revisione costituzionale, come del resto è successo più volte[9]. Piuttosto, è contestabile che condizioni la fase dell'esame parlamentare, per esempio ricorrendo a forzature procedurali, come avvenuto durante la discussione della recente legge elettorale[10]; così come che monopolizzi il dibattito di fronte all'opinione pubblica, come successo nel 2016 durante la campagna elettorale per il referendum[11]. Il Governo non dovrebbe legare le proprie sorti all'approvazione delle riforme istituzionali perché in questo modo, inevitabilmente, la materia istituzionale viene risucchiata nell'area dell'indirizzo politico di maggioranza,

---

P.L. PETRILLO (a cura di), *Cittadini, governo, autonomie. Quali riforme per la Costituzione?*, Milano, 2005, pp. 73 ss.) sarebbe opportuno eliminare l'ipotesi dell'approvazione a maggioranza assoluta (così, per es., L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione*, Milano, 2012, p. 180, la quale precisa che comunque dovrebbe restare la possibilità di chiedere il referendum; la proposta opposta, di cancellare questa possibilità dall'art. 138, avanzata da E. LAMARQUE, A *mali estremi*, in *Rivistaaic.it*, n.1/2017, p. 2 ss., eliminerebbe un meccanismo di verifica che ha mostrato una notevole efficacia e attribuirebbe il monopolio sulla revisione costituzionale ai partiti). Risponde a una logica analoga la proposta di elevare il *quorum* previsto dall'art. 64 Cost. per la modifica dei regolamenti parlamentari (E. GIANFRANCESCO e F. CLEMENTI, *L'adeguamento dei regolamenti parlamentari al sistema bipolare*, in *40 modeste proposte per far funzionare un po' meglio il Parlamento*, paper di Astrid, Roma, 2007, p. 10).

[8] Sul «fortissimo intreccio fra azione di riforma costituzionale e azione di governo» nella vicenda della riforma Renzi cfr. P. CARNEVALE, *Considerazioni critiche sull'iter e sulla procedura referendaria*, in *federalismi.it*, n. 12/2016, pp. 2 s.

[9] Per la tesi che il Governo dovrebbe astenersi dal presentare progetti di legge di revisione costituzionale cfr. A. PACE, *La riforma Renzi-Boschi: le ragioni del no*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2016, pp. 1 s.

[10] M. VOLPI, *Italicum: un sistema anomalo e antidemocratico*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015, p. 6.

[11] La Costituzione è stata nel tempo vittima di vari populismi e da ultimo di «un populismo governativo: il più pericoloso, perché assume una serie di fatti politico-partitici (la «Leopolda», le primarie, una votazione favorevole in seno alla Direzione del proprio partito, un esito elettorale favorevole alle elezioni europee), per legittimare la richiesta – da parte del Presidente del Consiglio-Segretario del partito di maggioranza relativa – di un «mandato pieno» per cambiare la Costituzione; e soprattutto per legittimare, in nome del principio «il popolo lo vuole», un processo di revisione del tutto estraneo e «superiore» a quello fissato dalla Carta» (M. DOGLIANI, *Che ne è stato della Costituzione?*, in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: un bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015, pp. 37 s.).

con la conseguenza che salta l'indispensabile concorso delle opposizioni.

Ciò posto, nella fase attuale non pare vi siano le condizioni politiche per rimettere in moto il meccanismo di revisione costituzionale. La XVII legislatura volge al termine, sempre ammesso che non si vada allo scioglimento anticipato[12]. I venti proporzionalisti che spirano fanno temere che nella prossima legislatura difficilmente si troverà il consenso per realizzare puntuali revisioni costituzionali, visti l'assetto tripolare assunto dal quadro politico e gli orientamenti divergenti dei partiti sul tema delle riforme costituzionali[13]. Nondimeno, anche se non si riuscisse a modificare puntualmente la Costituzione, come sarebbe necessario per migliorare il funzionamento istituzionale, si potrebbero ottenere risultati comparabili utilizzando le fonti primarie: leggi ordinarie e regolamenti parlamentari[14]. Del resto, è indicativo che le riforme istituzionali più impattanti siano state fin qui realizzate proprio da leggi, quelle elettorali, che hanno segnato il passaggio al parlamentarismo maggioritario.

È il caso di aggiungere che, in forza del secondo punto fermo, e del suo corollario, sarebbe opportuno non fare ricorso alla decretazione d'urgenza per modificare norme ordinamentali, come invece è accaduto in questa legislatura con la riforma del finanziamento pubblico ai partiti[15], e in quella precedente con la riforma delle province che la

[12] Scrivo queste note nel mese di marzo 2017.

[13] Senza dire che la classe politica mostra un'inadeguata consapevolezza dell'importanza di questi temi, quando invece «un processo di riforma costituzionale deve sempre interagire con la storia del paese cui la riforma va applicata ed essere guidato da classi politiche lungimiranti e consapevoli di questa storia, in grado di scegliere obiettivi appropriati e realistici» (E. CHELI, *Cultura delle istituzioni, politica e innovazione costituzionale in Italia*, in *La riforma costituzionale*, Atti del convegno Aic – Roma 6-7 novembre 1998, Padova, 1999, p. 13).

[14] Naturalmente, nulla assicura che le modifiche della Costituzione siano apprezzabili per il solo fatto di essere puntuali. Basta pensare, giusto per fare un esempio di una riforma generalmente criticata, alla stravagante previsione di una circoscrizione estero per l'elezione dei parlamentari (R. BIN, *Cose serie, non riforme costituzionali!*, in *Quad. cost.li*, n. 2/2013, p. 318). Per una rassegna delle proposte di modifica volte ad adeguare i regolamenti parlamentari alla democrazia maggioritaria cfr. S. CURRERI, *Riforme regolamentari e futuro del Parlamento*, in *Quad. cost.li*, n. 4/2008, pp. 776 ss.

[15] R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *Rivista-aic.it*, n. 2/2014, pp. 18 s.; ID., *La disciplina del finanziamento dei partiti, caso straordinario di necessità e urgenza?*, in R. CALVANO (a cura di), "*Legislazione governativa d'urgenza" e crisi*, Napoli, 2015, pp. 48 ss.; ID., *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma senza fermarsi …* Voyage au bout de la nuit?, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, parte II, pp. 176 s.; M.

Corte ha censurato proprio perché il decreto legge incideva sui profili ordinamentali[16].

2. Merito

La riforma Renzi si concentrava su certi temi predisponendo soluzioni più o meno convincenti. Volendo all'indomani del 4 dicembre affrontare quei temi (più precisamente, alcuni di essi, e anche altri parimenti problematici[17]), bisogna interrogarsi sul significato del referendum. Riguardo ai contenuti, l'unico dato che con una ragionevole certezza emerge, per quanto generico, è la necessità di conservare le linee portanti dell'ordinamento della Repubblica. Vanno escluse le modifiche costituzionali che alterano l'equilibrio degli organi costituzionali nell'ambito della forma di governo parlamentare. Resta comunque ampio spazio per modifiche ordinamentali, che possono consistere in cambiamenti mirati del testo costituzionale, oppure essere realizzate con strumenti normativi ordinari.

FRANCAVIGLIA, *La decretazione d'urgenza alla luce della vicenda dell'abolizione del finanziamento pubblico dei partiti. brevi note a margine del procedimento di conversione del decreto-legge n. 149/2013*, ivi, 1/2014; A. SAITTA, *Sulla straordinaria necessità e urgenza di abolire il finanziamento pubblico dei partiti politici*, in *Forumcostituzionale.it*, 17 dicembre 2013; F. BIONDI, *Il finanziamento dei partiti italiani: dall'introduzione del finanziamento pubblico alla sua "abolizione"*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI (a cura di), *Il finanziamento della politica,* Napoli, 2016, p. 49; ID., *Riflessioni sull'uso del decreto-legge come "disegno di legge rinforzato" (a partire dalla vicenda del decreto-legge n. 149 del 2013, in tema di riforma del sistema di finanziamento dei partiti politici)*, in "*Legislazione governativa d'urgenza" e crisi* cit., p. 77. Nel merito la scelta del finanziamento privato ai partiti solleva più di un dubbio rispetto al principio costituzionale d'eguaglianza, perché si basa sul censo e quindi favorisce i partiti che rappresentano i ceti più abbienti (A. FALCONE, *Disciplina del finanziamento ai partiti, diritti di partecipazione politica e comunità locali*, in *Le Reg.*, n. 3/2014, pp. 465 ss.).

[16] Secondo la Corte «la trasformazione per decreto-legge dell'intera disciplina ordinamentale di un ente locale territoriale, previsto e garantito dalla Costituzione, è incompatibile, sul piano logico e giuridico, con il dettato costituzionale, trattandosi di una trasformazione radicale dell'intero sistema» (sent. 220/2013, su cui v. G. DI COSIMO, *Come non si deve usare il decreto legge,* in *Le Reg.*, n. 5-6/2013, pp. 1163 ss.).

[17] La riforma trascurava temi che pure avrebbero meritato di essere presi in considerazione; per esempio, la partecipazione dell'Italia all'Unione europea (cfr. G. TARLI BARBIERI, *Alcune osservazioni sulla proposta di legge costituzionale "Renzi-Boschi"*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2014, pp. 3 s., il quale indica anche altre lacune).

3. Obiettivi impropri

Una volta che si convenga sulla necessità di aggiornare le regole ordinamentali, occorre capire in quale direzione spingersi. Vi sono alcune rotte che sarebbe meglio non battere. In particolare, non si dovrebbero assecondare quegli orientamenti che forzano i tratti fondamentali del disegno costituzionale relativamente al rapporto fra gli organi della forma di governo parlamentare. Non si dovrebbe assecondare, per esempio, il rafforzamento dell'esecutivo nei confronti del legislativo realizzatosi nella prassi durante la stagione del maggioritario. Invece è proprio quel che è accaduto con la riforma del 2005, respinta dal referendum l'anno successivo, che accentuava a dismisura il ruolo del capo del Governo, fino ad imporre quel che Elia definì una forma di premierato assoluto[18].

Bisognerebbe evitate pure le rotte che, per una sorta di eterogenesi dei fini, piegano le riforme istituzionali ad affrontare problemi la cui soluzione andrebbe cercata principalmente su altri piani. Penso alle riforme istituzionali finalizzate a fronteggiare la grande crisi economica, e fra queste, in particolare, al frettoloso tentativo del Governo Monti di sopprimere le province addirittura con decreto legge[19]. Non si può escludere che gli interventi di manutenzione istituzionale contribuiscano ad affrontare questioni complesse come la crisi economica, ma si rischia seriamente che non siano davvero efficaci rispetto al loro obiettivo principale, che è la razionalizzazione della forma di governo[20]. Al limite, l'obiettivo di contenere la crisi può costituire una ragione complementare a sostegno di certe riforme, ma la ragione prima dovrebbe essere l'altra, il perfezionamento del sistema istituzionale. È

[18] L. ELIA, *Costituzione aggredita*, Bologna, 2005, pp. 133 ss.

[19] Come si ricorderà, la nota lettera di Draghi e Trichet del 5 agosto 2011 suggeriva al Governo di abolire o fondere «alcuni strati amministrativi intermedi»», citando proprio le province come esempio. Un cenno va fatto anche alle ragioni giustificative della frettolosa riforma dell'art. 81 Cost. che ben difficilmente possono essere ricondotte al buon funzionamento delle istituzioni (v., per es., F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2012 e O. CHESSA, *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche, vincoli sistemici dell'unione monetaria e principi costituzionali supremi*, in *Forumcostituzionale.it*; sulle dottrine economiche che costituiscono il substrato della riforma cfr. O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quad. cost.*, n. 3/2016, pp. 455 ss.).

[20] Su questo obiettivo cfr. il prossimo §.

diversa la prospettiva: mentre la legislazione anticrisi ad impatto ordinamentale è tutta schiacciata sul contingente, condizionata dall'urgenza di conseguire risultati di riduzione della spesa pubblica, le riforme istituzionali dovrebbero avere una prospettiva di lungo periodo, attenta a migliorare il funzionamento della macchina istituzionale[21].

Difetto in una certa misura analogo presentano i progetti volti a consolidare le istituzioni con l'obiettivo di rafforzare conseguentemente i partiti[22]. Evidentemente esiste un legame fra i due termini, fra le regole istituzionali e la politica[23]. Tuttavia, non bisogna esagerare le potenzialità taumaturgiche delle prime: le condizioni di salute del sistema politico dipendono da molti fattori, e le regole istituzionali sono solo uno di questi. In particolare, la qualità della classe parlamentare è certamente condizionata dalle regole elettorali, che qualche volta addirittura l'abbassano drasticamente, come è accaduto con la lista chiusa prevista dalla legge del 2005, ma dipende anche da altri fattori che sfuggono al raggio d'azione degli strumenti normativi (per esempio dipende dai percorsi formativi precedenti all'ingresso nelle istituzioni parlamentari).

4. Manutenzione istituzionale

Quale dovrebbe essere allora la direzione? Come accennato, e volendo usare una formula sintetica, la manutenzione istituzionale deve mirare a razionalizzare il governo parlamentare delineato dalla Costituzione repubblicana[24]. Potremmo dire che deve porsi sulla lunga scia dell'ordine del giorno Perassi presentato all'Assemblea costituente il 4 settembre 1946, che invocava l'adozione di «dispositivi costituzionali

[21] Come è stato osservato, «anche le istituzioni possono e debbono esser valutate da un punto di vista economico: ma, nel lungo periodo, l'efficacia (nello svolgimento delle funzioni) si affianca e tende a prevalere sulla efficienza» (A. CERRI, *Riflessioni sull'esito del* referendum *costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2017, p. 2).

[22] A. BARBERA, *Una risposta alla crisi del sistema politico: uninominale a doppio turno ed elezione diretta del Capo dello Stato?*, in *Quad. cost.li*, n. 2/2013, p. 251.

[23] A. RUGGERI, *Riforme della Costituzione e riforme della politica (notazioni di metodo su se,* come *e* cosa *riscrivere della carta fondamentale*), in *federalismi.it*, n. 13/2007.

[24] G. DI COSIMO, *Chi comanda. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni*, Milano, 2014, pp. 135 ss.; M. FRAU, *L'attualità del parlamentarismo razionalizzato*, in *Nomosleattualitaneldiritto.it*, n. 3/2016, pp. 28 ss.

idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo»[25]. A sua volta, effetto della razionalizzazione dovrebbe essere l'aumentata capacità di mettere in campo politiche efficaci nel conseguire i risultati attesi.

Non è questa la sede per condurre un'analisi puntuale dello stato delle istituzioni repubblicane. Detto in breve, come premessa alle considerazioni che seguono, è sufficiente rilevare che il loro rendimento risulta insoddisfacente sia sotto il profilo del principio di rappresentanza, che sotto il profilo della stabilità. Riguardo al primo profilo, basta pensare che l'attuale Parlamento è stato eletto con una legge che la Corte ha poi giudicato incostituzionale, ed ha successivamente approvato una nuova legge elettorale a sua volta annullata dalla Corte; riguardo al secondo profilo, basta pensare che in questa legislatura si sono finora succeduti tre governi. Alle difficoltà sul piano della rappresentanza e della stabilità si somma il consolidarsi nella prassi di un assetto squilibrato in favore dell'esecutivo e a danno del legislativo.

Se questo è il quadro, la razionalizzazione della forma di governo impone che si focalizzino i ruoli di Parlamento e Governo, e si cerchi una sintesi (più) soddisfacente fra rappresentanza e stabilità di governo[26].

5. Parlamento e Governo

Il rafforzamento del Governo nei confronti del Parlamento è principalmente il risultato dell'uso intensivo, se non abusivo, dei poteri

[25] Il riferimento a quella celebre decisione dell'Assemblea costituente vale *mutatis mutandis*, considerato che riguardava in modo specifico il testo costituzionale, mentre in queste pagine discuto più ampiamente delle riforme istituzionali, che in qualche caso consistono in puntuali modifiche del testo costituzionale, e in altri passano per modifiche dei regolamenti parlamentari, oppure per l'approvazione di leggi ordinarie.

[26] Per quanto riguarda la figura del Presidente della Repubblica si pone essenzialmente il tema del quorum di elezione previsto dall'art. 83 Cost., che dovrebbe essere elevato allo scopo di conservare l'indipendenza del Presidente rispetto alla maggioranza parlamentare anche in presenza di sistemi elettorali maggioritari (per esempio stabilendo la necessità della maggioranza dei due terzi anche dal quarto scrutinio in poi: così L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione* cit., 179). Per il resto, almeno in questa fase, non sembrano necessari interventi particolari di manutenzione normativa, anche in virtù del fatto che tale organo si adegua più degli altri alla tipica elasticità del governo parlamentare, tanto che il suo ruolo muta nei momenti di difficoltà del sistema politico (v. *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni* cit., 123 s.).

governativi. Come noto, uno degli aspetti più preoccupanti è il massiccio e sistematico ricorso alla decretazione d'urgenza[27]. Un timido tentativo di contenere il fenomeno si trova nell'ipotesi di riforma del regolamento della Camera dei deputati elaborata nell'attuale legislatura, che prevede il divieto in sede di conversione degli emendamenti recanti deleghe legislative[28]. Questo divieto si affiancherebbe a quello dell'art. 15 della legge 400/1988 secondo cui il Governo non può conferire deleghe legislative mediante decreto legge. Inutile dire che in entrambi i casi – sia pure in forma diversa[29] – si pone la *vexata quaestio* degli autovincoli legislativi, ossia dell'efficacia di previsioni normative che, come queste, cercano di limitare il legislatore.

Pure noti e lungamente studiati sono i profili di criticità del comportamento del Governo in Parlamento: frequente ricorso alla questione di fiducia, proposizione di maxiemendamenti ecc. Anche sul tema dei maxiemendamenti prende posizione l'ipotesi di riforma del regolamento della Camera stabilendo che sono «irricevibili gli emendamenti interamente sostitutivi di un articolo». Al riguardo, non va dimenticato ciò che accennavo in avvio in merito alla causa prevalentemente politica di molti problemi istituzionali. Nel caso specifico, questi comportamenti trovano la loro prima causa nella difficoltà di mantenere unite maggioranze eterogenee, che il Governo riesce a ricompattare solo forzando le ordinarie regole procedimentali[30].

---

[27] Per approfondimenti rinvio a *Il Governo pigliatutto. La decretazione d'urgenza nella XVI legislatura*, in *Rass. parl.*, n. 2/2013, pp. 409 ss., cui *adde*, più recentemente, L. DI STEFANO, *La decretazione d'urgenza: profili delle prassi parlamentari ed aspetti problematici della XVII legislatura*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2017 e AA.VV., *Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica* (Atti del Convegno svoltosi a Pisa nei giorni 10-11 gennaio 2015), in *Ossservatoriosullefonti.it*, n. 3/2016. La riforma Renzi interveniva su questo delicato fronte, sostanzialmente costituzionalizzando le previsioni dell'art. 15 della legge 400/1988, ma senza affrontare la principale (e più complessa) questione, costituita dall'adozione dei decreti in mancanza dei previsti requisiti di straordinaria necessità e urgenza.

[28] "Ipotesi di riforma regolamentare presentata dal Gruppo di lavoro costituito presso la Giunta per il Regolamento" (trasmessa alla Presidenza il 27 novembre 2013).

[29] Per esempio, per i regolamenti parlamentari esiste un serio problema di effettività, vista la tendenza della politica a esorbitare dalle loro previsioni a seconda delle convenienze del momento (R. BIN, *Rappresentanza e parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, in *Forumcostituzionale.it*, p. 8).

[30] P. CARETTI, *Maxi-emendamenti e questione di fiducia: una grave prassi distorsiva di difficile contrasto*, in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questione di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Atti del seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1° ottobre 2009, Padova, 2010, pp. 16 s. Altre ragioni per le quali non è semplice porre un limite

Il riequilibrio fra gli organi passa per il potenziamento della funzione di controllo parlamentare nei confronti del Governo. L'obiettivo auspicabile è l'affermarsi di una contrapposizione fra il Parlamento nel suo complesso e il Governo che si affianchi a quella tradizionale tra il raccordo maggioranza parlamentare-Governo e opposizione[31]. Va rafforzata l'azione di controllo svolta dal Parlamento complessivamente inteso, secondo una logica propriamente istituzionale che contrappone dialetticamente gli organi della forma di governo parlamentare. In questa prospettiva si potrebbe tentare di valorizzare il programma di governo. Più che una riforma delle regole, occorrerebbe che si affermasse una convenzione fra le forze politiche di maggioranza volta a mettere effettivamente il programma al centro dell'azione dell'esecutivo; a questo scopo il programma dovrebbe essere aggiornato periodicamente, per esempio all'esito di apposite sessioni di lavoro[32].

6. Bicameralismo

Nella prospettiva della razionalizzazione del governo parlamentare bisognerebbe cercare di superare il bicameralismo paritario[33]. A questo fine la riforma Renzi differenziava i compiti delle assemblee parlamentari e modificava la composizione del Senato.

Dopo il referendum, in attesa che si creino le condizioni per una revisione costituzionale condivisa su questo punto, si potrebbe agire sui regolamenti parlamentari, con la consapevolezza che in questo modo non si può abolire il bicameralismo paritario ma, più limitata-

efficace alla prassi dei maxiemendamenti sono indicate da F. ROSA, *Riforma dei regolamenti e controllo parlamentare sul Governo: se non ora, quando?*, in E. GIANFRANCESCO e N. LUPO (a cura di), *Le proposte di riforma dei regolamenti parlamentari*, , in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2009, p. 66.

[31] F. ROSA, *Riforma dei regolamenti e controllo parlamentare sul Governo: se non ora, quando?* cit., p. 73.

[32] Assimilabile è la proposta di attribuire alle commissioni parlamentari il compito di svolgere il costante monitoraggio delle politiche pubbliche (cfr. l'ipotesi di riforma del regolamento della Camera).

[33] Sulle possibili linee di riforma del bicameralismo perfetto cfr. L. CARLASSARE, *Un bicameralismo discutibile*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17 - Il Parlamento*, Torino, 2001, pp. 325 s.

mente, attenuarne i connotati. A questo scopo si dovrebbero differenziare le funzioni delle due assemblee parlamentari concentrando nel Senato la funzione di raccordo con i livelli di governo decentrati e con l'Unione europea, secondo quanto stabiliva la riforma Renzi. Contemporaneamente, allo scopo di consentire un efficace svolgimento della funzione di raccordo, il regolamento del Senato dovrebbe alleggerire il procedimento legislativo, per esempio valorizzando la commissione in sede deliberante. Potrebbe, inoltre, ridurre il potere di emendare i testi che provengano dalla Camera[34]. Ne dovrebbe risultare un assetto dove la Camera dei deputati diventa il legislatore prevalente (e che potrebbe essere ulteriormente accentuato stabilendo che il Governo presenti le proprie proposte di legge solo alla Camera).

Al moto differenziale dovrebbe corrispondere un parallelo moto volto a parificare funzioni e compiti, nelle ipotesi in cui dal punto di vista del funzionamento istituzionale la diversità risulti controproducente. Sembra opportuno, in particolare, eliminare le divergenze procedurali fra le camere[35]. Allo stesso tempo sarebbe utile rafforzare le procedure intercamerali[36]. Un aspetto connesso è la realizzazione di quel ruolo unico dei dipendenti del Parlamento di cui parlava la riforma Renzi[37].

7. Legge elettorale

La recente sentenza sull'*Italicum* annulla parzialmente la legge elettorale nel punto in cui consente al capolista plurieletto di scegliere a sua discrezione il collegio, e in quello in cui prevede l'attribuzione del premio di maggioranza al ballottaggio. Secondo la più accreditata chiave di lettura la sent. 35/2017 riporta indietro le lancette all'epoca del proporzionale[38]. Vedremo se sarà davvero così. Magari nelle pros-

[34] R. BIN, *Cose serie, non riforme costituzionali!* cit., p. 318.

[35] Specifiche proposte a questo riguardo si leggono in N. LUPO, *Per l'armonizzazione delle regole di Camera e Senato*, in *40 modeste proposte per far funzionare un po' meglio il Parlamento* cit., p. 37.

[36] G. RIVOSECCHI, *Bicameralismo e procedure intercamerali*, in *40 modeste proposte per far funzionare un po' meglio il Parlamento* cit., pp. 40 ss.

[37] Il percorso volto a istituire il ruolo unico è stata avviato nel gennaio 2016 per iniziativa degli uffici di presidenza delle Camere.

[38] M. AINIS, *La rivincita del proporzionale*, in *La Repubblica*, 26 gennaio 2017 (*contra* S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del*

sime settimane le forze politiche sapranno trovare un'intesa per evitare che le imminenti elezioni politiche si svolgano con le regole lasciate sul terreno dalla Consulta (nel 2014 per il Senato e nel febbraio di quest'anno per la Camera dei deputati). Quel che è certo, è che in caso contrario, si andrebbe incontro a un'ulteriore delegittimazione dell'istituzione parlamentare agli occhi dell'opinione pubblica[39].

Mi limito a segnalare brevemente tre aspetti che, mi pare, richiedono l'intervento del Parlamento. Il primo aspetto riguarda l'omogeneità delle regole elettorali. Come dice la Corte nella sent. 35/2017, il «corretto funzionamento della forma di governo parlamentare» presuppone che i sistemi elettorali per i due rami parlamentari consentano la formazione di maggioranze parlamentari omogenee.

Il secondo aspetto: anche se la sentenza ha salvato il sistema dei capilista bloccati, questo meccanismo rimane assai discutibile per la ragione che la Camera continuerà ad essere composta da "nominati"[40]. Si può convenire che la previsione dei capilista bloccati non ponga un problema di natura costituzionale ma politica[41], ma l'opportunità di toglierla emerge proprio ragionando sul secondo piano, quello politico, considerato il discredito nel quale è caduta la classe parlamentare agli occhi degli elettori per effetto delle liste chiuse previste dalla leg-

---

referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti, in *federalismi.it*, n. 4/2017). Tuttavia, sembra improbabile che si torni esattamente alla situazione precedente, visto che alcuni fattori tipici della stagione del maggioritario si sono consolidati, come per esempio la trasformazione dei partiti politici e il ruolo dei leader politici (sul punto rinvio a *Ritorno alla prima Repubblica*, in *Lacostituzione.info*, 21 dicembre 2016). Peraltro, il confronto non è per forza sfavorevole alla stagione del proporzionale, dal momento che alcuni aspetti degenerativi del sistema politico-istituzionale, come per esempio il numero elevato dei partiti e i frequenti passaggi dei parlamentari fra i vari gruppi, allora erano meno accentuati (v., da ultimo, P. BATTISTA, *La Prima Repubblica e i suoi detrattori*, in *Corriere della sera*, 5 marzo 2017; cfr. anche L. CARLASSARE, *Maggioritario*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2008, p. 3).

[39] A. CELOTTO, *La legge elettorale: quali prospettive?*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2017, p. 16.

[40] S. PASSIGLI, *Le correzioni necessarie per le norme elettorali*, in *Corriere della sera*, 14 febbraio 2017; A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronunzia sull'*Italicum, in *Forumcostituzionale.it*, 25 febbraio 2017; M. VILLONE, *Voto eguale e rappresentatività delle istituzioni nei sistemi elettorali*, in *Astrid* rassegna, n. 4/2017, pp. 8 s. V. anche L. TRUCCO, *Candidature multiple ed* Italicum, in *Quad. cost.li*, n. 3/2015, pp. 739 ss.

[41] S. CURRERI, *Testo dell'audizione sulle modifiche delle leggi elettorali di Camera e Senato*, in *Astrid* rassegna, n. 4/2017, p. 12.

ge elettorale del 2005. Anche il meccanismo delle candidature multiple dei capilista va cancellato per la semplice ragione che è soltanto nell'interesse dei leader politici[42]. Naturalmente si potrebbe immaginare un uso virtuoso delle liste bloccate, finalizzato a selezionare personalità di alto profilo (culturale, tecnico ecc.), estranee al circuito partitico, che non sarebbero altrimenti in grado di farsi eleggere. È facile prevedere, però, che nella realtà il meccanismo sarebbe fatalmente utilizzato in tutt'altro modo, come attesta la sconsolante esperienza delle liste chiuse.

Il terzo aspetto: occorre legare la rappresentanza parlamentare al territorio[43]. A questo riguardo, sembra opportuno puntare su meccanismi selettivi di tipo *bottom-up* e sulla territorializzazione delle candidature[44]. Decisivo è pure il ritaglio dei collegi che non dovrebbe essere imposto dall'alto ma dovrebbe vedere il concorso non formale delle autonomie locali[45].

Aggiungo che, in considerazione della strutturazione tripolare che il sistema partitico ha assunto a partire dalle elezioni del 2013, e sondaggi alla mano, la formazione di una maggioranza nella prossima legislatura appare un rebus. In questo quadro, una volta che la Corte ha giustamente chiuso la via del premio di maggioranza senza soglia, non sembra agevole trovare meccanismi giuridici che assicurino uno stabile sostegno al Governo[46].

Chi auspica che le forze politiche scelgano di conservare l'impianto dell'*Italicum*, ritiene che le censure della Corte a quella brutta legge potrebbero essere superate prevedendo che il premio di maggioranza sia assegnato in un secondo turno al quale accedono due liste (o coali-

[42] R. BIN, *Che fare? Riflessioni all'indomani del referendum costituzionale*, in *Astrid* rassegna, n. 1/2017, 11.

[43] R. BIN, *Rappresentanti di cosa? Legge elettorale e territorio*, in *Le Reg.*, n. 4/2013, pp. 659 ss.

[44] A. COSSIRI, *Il «territorio» nell'autoregolamentazione dei partiti politici. Un'analisi in prospettiva costituzionalistica*, in *Le Reg.*, n. 3/2014, p. 415.

[45] A. COSSIRI, *La costituzione del rapporto di rappresentanza politica nazionale tra discrezionalità legislativa e vincoli costituzionali*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2017, p. 9.

[46] Si ragiona di un premio, di entità contenuta ("premietto"), da attribuire alla lista più votata, che non necessariamente farebbe raggiungere la maggioranza assoluta ma agevolerebbe la formazione di coalizioni (a favore, nel caso in cui si opti per un sistema proporzionale puro, cfr. R. ZACCARIA, *Modifiche alla legge elettorale e Sentenza della Corte Costituzionale n. 35 del 2017*, in *Astrid* rassegna, n. 4/2017, pp. 3 s. e 11 s.).

zioni) che abbiano superato una soglia pari ad almeno il 30%[47]. Questa soluzione è coerente con la versione "neo-parlamentare", o "primo-ministeriale", del governo parlamentare[48]. Tuttavia, non è priva di inconvenienti, dato che potrebbe determinare effetti ipermaggioritari consistenti nell'attribuzione di un premio che, nell'ipotesi peggiore, può arrivare addirittura al 24%.

Una diversa opinione suggerisce di non enfatizzare l'obiettivo della governabilità, e di cercare piuttosto un sistema elettorale che valorizzi al massimo la volontà dell'elettore[49]. Come osserva la sentenza sull'*Italicum*, «in una forma di governo parlamentare, 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». Eppure, a causa del notevole frazionamento dell'elettorato, converrebbe evitare meccanismi elettorali accentuatamente proporzionali che renderebbero ingovernabile il sistema. Allo stesso tempo, dopo ben due sentenze costituzionali di censura delle leggi elettorali, non si può, tutto all'opposto, forzare la situazione con regole ipermaggioritarie che sacrificano il principio di rappresentanza[50]. Sicché l'unica via praticabile è cercare di tenere in equilibrio i due corni della stabilità e della rappresentanza[51]. La politica dovrebbe percorrerla evitando di fare, come molte altre volte in passato, eccessivo affidamento sulle regole istituzionali per affrontare le difficoltà (politiche) che l'affliggono.

---

[47] A. MORRONE, *Memoria per l'audizione per la legge elettorale*, in *Astrid* rassegna, n. 4/2017, pp. 8 s., secondo il quale altrimenti si rischia «una crisi politico istituzionale drammatica. Dietro l'inerzia del Parlamento si profila lo spettro di una nuova Weimar» (p.15).

[48] A. BARBERA, *La nuova legge elettorale e la «forma di governo» parlamentare*, in *Quad. cost.li*, n. 3/2015, pp. 645 ss.

[49] G. AZZARITI, *Sistemi elettorali e crisi della rappresentanza politica*, in *Italianieuropei*, n. 1/2008, p. 83. Sul mito della governabilità rinvio a *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni* cit., pp. 127 s.

[50] Il legislatore può «innestare un premio di maggioranza in un sistema elettorale ispirato al criterio del riparto proporzionale di seggi, purché tale meccanismo premiale non sia foriero di un'eccessiva sovrarappresentazione della lista di maggioranza relativa» (sent. 35/2017).

[51] A. MORELLI, *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico*, in A. MORELLI (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, , Milano, 2015, p. 4.

8. Stabilità

L'obiettivo della stabilità di governo e il principio della rappresentanza richiederebbero qualche altro intervento di manutenzione sui meccanismi istituzionali. Cominciamo dalla stabilità che costituisce una condizione necessaria ma non sufficiente per realizzare politiche capaci di aggredire i problemi strutturali[52]. Vi sono almeno tre aspetti che meritano di essere valutati. Il primo: durante la stagione del maggioritario si è affermato il ruolo guida, a tratti egemone, del Presidente del Consiglio. Ora che si annuncia un ritorno al proporzionale, non sarebbe errato consolidare la *premiership*, sottraendola alle contingenze politico-istituzionali, dato che la figura del Presidente del Consiglio può costituire un decisivo fattore di stabilità. Un passo in questa direzione è già stato fatto con la delega prevista dalla legge Madia per la riorganizzazione della Presidenza del Consiglio che potrebbe portare a un rafforzamento dei poteri del Presidente[53]. Un passo ulteriore consisterebbe nell'attribuirgli il potere di revoca e di direttiva nei confronti dei ministri[54] (ma bisogna essere consapevoli che in simili vicende conta più l'autorevolezza politica che i poteri formali di cui si dispone).

Il secondo: più volte è capitato che dopo le elezioni non si sia formata una chiara maggioranza in uno dei rami parlamentari. Il modo più diretto per scongiurare questo rischio per la stabilità di governo sarebbe sfilare il Senato dal rapporto fiduciario, come ha tentato di fare la riforma Renzi. La riconduzione del rapporto fiduciario unicamente alla Camera potrebbe essere l'oggetto di una «circoscritta e ben calibrata riforma costituzionale»[55]. In subordine, se non vi fossero le con-

[52] G. SARTORI, *Mala Costituzione e altri malanni*, Roma-Bari, 2006, p. 7. Sulla differenza fra governabilità e stabilità cfr. M. LUCIANI, Bis in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2017, p. 6: «mentre la prima, almeno nella discussione pubblica italiana, riguarda l'identificazione di maggioranze di governo chiare già attraverso il voto popolare, a prescindere da successive mediazioni parlamentari (il singolare mito del Governo "la sera stessa delle elezioni"), la seconda riguarda la capacità dei Governi (…) di durare nel tempo».

[53] A. POGGI, *La legge Madia: riorganizzazione dell'amministrazione pubblica?*, in *federalismi.it*, n. 20/2015, p. 6; G. D'AURIA, *La riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni nella legge Madia (n. 124/2015)*, in *Riv. giur. del lav. e della prev. soc.*, n. 3/2015, p. 482.

[54] M. VOLPI, *Democrazia, Costituzione, equilibrio tra i poteri*, Torino, 2005, p. 82.

[55] E. CHELI, *Dopo il referendum, per un ritorno alla ragione*, in *il Mulino*, 2 gennaio 2017, p. 2.

dizioni per una simile revisione costituzionale, sempre allo scopo di evitare il rischio della doppia maggioranza, si potrebbero parificare alcune regole che ora differenziano le due assemblee, per esempio quelle relative all'elettorato attivo, concedendo il voto ai diciottenni al Senato[56]; ma è chiaro che la soluzione più efficace sarebbe l'altra, lasciare il rapporto di fiducia con una sola camera.

Il terzo: allo scopo di stabilizzare il rapporto di fiducia viene spesso invocata la sfiducia costruttiva. Per introdurla nel nostro ordinamento occorrerebbe modificare l'art. 94 della Costituzione; in subordine si potrebbe inserire nei regolamenti parlamentari una disciplina integrativa della disposizione costituzionale. Peraltro, vi è il fondato sospetto che l'efficacia di questo meccanismo sarebbe vanificata dal carattere extraparlamentare delle crisi di governo in Italia[57].

9. Rappresentanza

I frequenti passaggi dei parlamentari dal gruppo in cui sono stati eletti a gruppi diversi comportano un effetto distorsivo sul principio di rappresentanza. Il fenomeno della migrazione parlamentare ha assunto tratti patologici da quando la fedeltà dei parlamentari ai partiti e ai gruppi non risponde più a un disegno strategico, a una visione politica, ma a valutazioni tattiche, se non brutalmente a interessi politici personali[58]. Senza mettere in discussione il principio del divieto di mandato imperativo, che peraltro non va interpretato nel senso che consenta

[56] Cfr. il ddl cost. n. 4358 presentato dal Governo nella XVI legislatura.

[57] Si è rilevato che questo istituto ha effetti controproducenti nelle democrazie maggioritarie (S. CURRERI, *La sfiducia costruttiva in Spagna: eutanasia di un istituto?*, in *Forumcostituzionale.it*, p. 4); e che non funzionerebbe a fronte della destrutturazione dei partiti che contrassegna il sistema italiano (M. FRAU, *Le origini weimariane del voto di sfiducia costruttivo e la prassi applicativa dell'istituto con particolare riferimento all'ordinamento tedesco*, in *Rivistaaic.it*,, n. 3/2012, p. 18).

[58] G. AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?,* in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Atti del XXIII Convegno annuale dell'Aic, Alessandria, 17-18 ottobre 2008, Napoli, 2009, p. 228. Per i dati, imponenti, relativi all'attuale legislatura cfr. il minidossier di Openpolis, *Giro di valzer. Quanti deputati e senatori cambiano gruppo, partito e schieramento,* n. 4 maggio 2016.

un'assoluta libertà di manovra ai parlamentari[59], si potrebbero rivedere le norme dei regolamenti sulla consistenza numerica e le prerogative dei gruppi[60]. Quanto meno andrebbe eliminata la possibilità di costituire "gruppi in deroga"[61].

Il parallelo fenomeno della moltiplicazione dei gruppi, a partire dalla XIII legislatura, è il riflesso parlamentare della fluidità del sistema dei partiti[62]. Qui occorre trovare un equilibrio fra la necessità di contenere la frantumazione del quadro politico e quella di non ingessarlo, come forse avverrebbe con la proposta di vietare la costituzione di gruppi parlamentari che non siano la proiezione di partiti presentatisi alle elezioni[63]. Pare preferibile alzare la soglia per la costituzione dei gruppi e ripensare la disciplina regolamentare dell'ipertrofico gruppo misto[64] (magari escludendo che l'appartenenza ad esso sia automatica, sul modello del regolamento di procedura del Bundestag[65]), se non addirittura sopprimerlo del tutto[66].

---

[59] M. RUBECHI, *Dai partiti ai gruppi: le proposte di modificazione dei regolamenti parlamentari*, in E. GIANFRANCESCO e N. LUPO (a cura di), *La riforma dei regolamenti parlamentari al banco di prova della XVI legislatura*, Roma, 2009, p. 47.

[60] Discutibilmente la proposta di riforma del regolamento della Camera dei deputati tace su questo punto.

[61] E. GIANFRANCESCO, *La riforma dei regolamenti parlamentari all'intersezione tra forma di stato e forma di governo*, in *La riforma dei regolamenti parlamentari al banco di prova della XVI legislatura* cit., p. 249.

[62] R. BIN, *Rappresentanza e parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, in *Astrid rassegna*, n. 64/2008; F. BIONDI, *Disciplina dei gruppi parlamentari e controlli sui bilanci: osservazioni alle recenti modifiche regolamentari di Camera e Senato*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2012, p. 13.

[63] Per questa proposta v. A. CARIOLA, *Riflessioni su sovranità e rappresentanza*, in *Rivistaaic.it*, n. 4/2016, p. 10, che in alternativa suggerisce non vengano concessi finanziamenti ai gruppi che si formano dopo le elezioni.

[64] Attualmente il gruppo misto alla Camera si compone di 52 deputati ed è diviso in 8 sottogruppi; nel complesso, dopo la scissione che ha interessato il Partito democratico, alla Camera vi sono 12 gruppi e solo 4 di questi corrispondono a liste che si sono presentate alle elezioni politiche del 2013 (fonte: sito della Camera, agg. marzo 2017).

[65] M. LUCIANI, Bis in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica* cit., p. 6.

[66] A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano, 2008, p. 301.

10. Procedimento legislativo

Con l'obiettivo di razionalizzare il governo parlamentare si possono recuperare altri contenuti della (mancata) riforma Renzi utilizzando lo strumento normativo dei regolamenti parlamentari. Vi sono almeno quattro temi che richiedono tuttora interventi di manutenzione più o meno penetranti: li indico senza avere qui la possibilità di approfondire nel dettaglio.

Un primo tema è la durata del procedimento legislativo[67]. Per abbreviare i tempi, si propone di introdurre una corsia veloce per i disegni di legge urgenti[68]. Un'altra proposta suggerisce di utilizzare organismi parlamentari misti (sull'esempio dei *Joint committee* americani)[69]. Una terza opinione sostiene che per via regolamentare potrebbe essere introdotto anche il voto a data certa, oggetto della riforma bocciata dagli elettori nel dicembre scorso[70]. In questo caso andrebbero chiariti gli aspetti controversi dell'istituto: quale effetto debba essere collegato alla scadenza dei termini[71]; quale sia il significato del carattere dell'essenzialità ai fini dell'attuazione del programma che il disegno di legge deve possedere[72]; quali debbano essere i limiti quantitativi e qualitativi alla possibilità di attivare la corsia preferenziale[73]. Non sfugge che una simile misura rafforzerebbe il Governo come dominus del procedimento legislativo secondo la logica del "comitato direttivo della maggioranza" (e quindi avrebbe ricadute anche sul piano della stabilità/governabilità).

---

[67] Per quanto l'esame dei dati dimostri che la situazione non sia poi così patologica (cfr. il mio *Camera e Senato: il ping-pong delle leggi ora e dopo la riforma*, in *Lacostituzione.info*, 1 dicembre 2016).

[68] M. VILLONE, *Tre riforme che possono fare a meno di Renzi*, in *Il manifesto*, 18 gennaio 2017.

[69] F. BASSANINI, "*Dopo il referendum, che fare?*", in Astrid rassegna, n. 1/2017, p. 8.

[70] V. LIPPOLIS, *La riforma del regolamento della Camera dei deputati del 1997 e il Parlamento del bipolarismo*, in *il Filangieri*, Quaderno 2007, pp. 23 s. Per l'opinione che sarebbe comunque opportuno modificare il testo costituzionale cfr. E. Longo, *Procedure legislative abbreviate e voto a data fissa*, in A. CARDONE (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione*, Napoli, 2014, pp. 311 ss.

[71] E. ROSSI, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, 2016, p. 111.

[72] E. BALBONI, *«Essenziale»:* was ist wesentlich? in *Quad. cost.li*, n. 2/2015, 389 ss.

[73] F. ROSA, *Riforma dei regolamenti e controllo parlamentare sul Governo: se non ora, quando?* cit., p. 65.

Un secondo tema è la qualità della normazione. A tal riguardo si potrebbe recuperare la clausola di abrogazione espressa che la riforma Renzi prevedeva per le leggi bicamerali. Occorrerebbe calibrarla bene, definendone puntualmente l'ambito di applicazione. E dovrebbe essere compresa in un atto di livello costituzionale per essere realmente efficace[74]. Si potrebbe inoltre valorizzare il ruolo del Comitato per la legislazione, per esempio rafforzandone i pareri[75]. Va in questo senso la proposta di trasformare le condizioni formulate dal Comitato in emendamenti che la commissione competente deve esaminare[76]. Condivisibile è pure la proposta di istituire il comitato anche al Senato[77]. Infine, si potrebbe aggiornare la legge sulla pubblicazione degli atti legislativi allo scopo di valorizzare le banche dati informatiche e di organizzare la legislazione per codici di settore[78].

Un terzo tema è la partecipazione. La riforma cercava di rafforzare gli istituti di partecipazione popolare sia sul lato dei referendum e delle forme di consultazione, che su quello dell'iniziativa legislativa[79]. Con lo stesso spirito si potrebbe agire sui regolamenti parlamenti per incentivare la partecipazione popolare al procedimento legislativo. A questo proposito, l'ipotesi di riforma del regolamento della Camera cerca di proceduralizzare l'esame dei progetti di legge di iniziativa popolare. È evidente, tuttavia, che alla fine ciò che conta è pur sempre la volontà politica di accogliere o meno il progetto. Al tema della partecipazione può essere ricondotta la questione della indispensabile re-

[74] A. RUGGERI, *La legge come fonte sulla normazione?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2010, 24 ss. Per un'opinione diversa cfr. P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un* factotum, in M. CAVINO e L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*. Atti del seminario di Novara 15-16 novembre 2013, Napoli, 2014, pp. 36 ss.

[75] L. DI MAJO, *Sulla qualità della legislazione: profili critici e nuove prospettive nella stagione delle riforme*, in *federalismi.it*, n. 12/2016, p. 27.

[76] Cfr. l'ipotesi di modifica del regolamento della Camera.

[77] E. GIANFRANCESCO e F. CLEMENTI, *L'adeguamento dei regolamenti parlamentari al sistema bipolare* cit., p. 21; N. LUPO e G. PERNICIARO, *Riforma del regolamento del Senato: un approccio bipartisan, ma ancora non sufficientemente organico*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2012, p. 15.

[78] R. BIN, *Che fare? Riflessioni all'indomani del referendum costituzionale* cit., pp. 5 s.

[79] Per osservazioni critiche a questa parte della riforma cfr. M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare quale riforma*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, parte I, pp. 24 ss.

golamentazione dei gruppi di pressione oggetto di un progetto di legge in discussione alla Camera dei deputati[80].

11. Centro e periferia

Il quarto tema da riprendere è il rapporto fra Stato e regioni. La riforma aveva il difetto di accentuare oltre misura il moto ricentralizzatore che, assecondato dalla giurisprudenza della Corte, ha caratterizzato la fase successiva alla riforma costituzionale del Titolo V di quindici anni prima, e il difetto di trattare in maniera clamorosamente diversa regioni ordinarie e regioni speciali[81]. Nondimeno, come ormai tutti riconoscono, il riparto di materie rimodulato nel 2001 resta ampiamente imperfetto e, più in generale, il sistema regionale mostra segni di evidente affaticamento, ad essere ottimisti. Il discorso sui correttivi sarebbe lungo, mi limito a indicare brevemente le principali linee di intervento.

In primo luogo, occorrerebbe sviluppare le potenzialità del principio di leale collaborazione fluidificando il raccordo fra centro e periferia[82]. Sul versante degli esecutivi si potrebbe rafforzare il sistema delle conferenze che ha costituito una sede di cooperazione tutto sommato efficiente[83]. Sul versante dei legislativi, invece, l'ideale sarebbe intro-

[80] Sulla necessità di regolamentare il fenomeno cfr. T.E. FROSINI, *È giunta l'ora di una legge sulle* lobbies, in *Forumcostituzionale.it*, 22 febbraio 2015; P.L. PERILLO, *Democrazie e lobbies: è tempo di regolare la pressione,* ivi, 10 luglio 2015; L. DI MAJO, *La rappresentanza in declino: partiti politici e gruppi di pressione nelle procedure democratiche*, ivi, 25 luglio 2016.

[81] U. DE SIERVO, *Appunti a proposito della brutta riforma costituzionale approvata dal Parlamento*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2016; V. ONIDA, *Regioni a statuto speciale e riforma costituzionale, Note minime su una singolare (futura) norma transitoria*, in *Rivistaaic.it*, n. 3/2016; ID., *Una riforma antiregionalista. Regioni ed enti locali nella riforma costituzionale*, in *Astrid* rassegna, n. 14/2016; G. DI COSIMO, *La riforma e le Regioni a statuto speciale*, in *Lacostituzione.info*, 28 novembre 2016.

[82] Sulle difficoltà cui va incontro l'applicazione del principio cfr. M. MANCINI, *La resistibile ascesa, l'inesorabile declino e l'auspicabile rilancio del principio di leale collaborazione*, in *Le Reg.*, n. 5-6/2013, pp. 993 ss. Sull'opportunità di sviluppare organi di cooperazione orizzontale come la Conferenza dei presidenti delle regioni cfr. P. SANTINELLO, *La cooperazione nei rapporti tra Stato e Regioni. La difficile ricerca di un modello*, in corso di pubblicazione in *Le Reg.*, n. 5-6/2016.

[83] C. MAINARDIS, *Uniformità teorica, differenziazione pratica: gli sviluppi del regionalismo italiano tra competenze e responsabilità*, in corso di pubblicazione in *Le Reg.*, 2017; F. CORTESE, *Il referendum costituzionale e gli epigoni del kantismo*, ivi, il quale sottolinea il significato della sent. 251/2016 a questo riguardo. Alcune proposte di razionalizzazione del

durre il Senato delle autonomie[84]. Peccato che, come già rilevato, l'obiettivo di rilevanti revisioni costituzionali non sembra realisticamente a portata di mano in questa fase politico-istituzionale. E allora, in subordine, si potrebbe attuare la previsione introdotta nel 2001 sulla partecipazione delle regioni e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali[85]. L'attivazione della "bicameralina", il cui compito è esprimere un parere sui progetti di legge concernenti le materie concorrenti e l'autonomia finanziaria, costituirebbe un passo avanti, malgrado che non possa assicurare una reale compartecipazione delle autonomie all'attività legislativa[86]. Fra l'altro, l'esperienza insegna che nella prassi talvolta gli organi assumono un ruolo più rilevante di quello tratteggiato dalle disposizioni che li istituiscono. Vi sarebbe però una non trascurabile controindicazione consistente nell'aggravamento del procedimento legislativo[87].

In secondo luogo, occorrerebbe prendere atto delle notevoli diversità esistenti fra le regioni. Lo strumento privilegiato resta il regionalismo differenziato promesso dal terzo comma dell'art. 116 della Costituzione[88]. Attuare finalmente questa disposizione costituzionale da-

---

sistema delle conferenze sono contenute nel documento approvato il 13 ottobre 2016 dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali a conclusione dell'indagine conoscitiva *Sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, con particolare riguardo al 'sistema delle conferenze'* (p. 89).

[84] C. PADULA, *Riflessioni sparse sulle autonomie territoriali, dopo la (mancata) riforma*, in corso di pubblicazione in *Le Reg.*, n. 5-6/2016.

[85] Documento *Sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, con particolare riguardo al 'sistema delle conferenze'* cit., p. 88 s. Sui vantaggi tanto sul versante regionale quanto su quello statale che verrebbero dalla integrazione della Commissione per le questioni regionali prevista dall'art. 11 della legge cost. 3/2001 cfr. P. CARETTI, *La lenta nascita della "bicameralina", strumento indispensabile non solo per le Regioni, ma anche per il Parlamento*, in *Le Reg.*, n. 2-3/2013, p. 355. Per la proposta di integrare la commissione con i presidenti delle regioni cfr. A. MANZELLA, *La terra di mezzo delle riforme possibili*, in *La Repubblica*, 19 gennaio 2017.

[86] S. BARTOLE, *Alla ricerca di un nuovo regionalismo dopo il referendum costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Le Reg.*, n. 5-6/2016.

[87] V. LIPPOLIS, *Le ragioni che sconsigliano di attuare l'articolo 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *federalismi.it*, n. 25/2006, p. 5, che aggiunge altri aspetti problematici. Sulle varie questioni che solleva l'attivazione della bicameralina cfr. R. BIFULCO, *L'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali: in attesa della Camera delle Regioni*, in *40 modeste proposte per far funzionare un po' meglio il Parlamento* cit., pp. 59 ss.

[88] G. TARLI BARBIERI, *Dopo il referendum: che fare?*, in corso di pubblicazione in *Le Reg.*, n. 5-6/2016.

rebbe riconoscimento normativo alle differenze che di fatto connotano il sistema regionale, e forse potrebbe aumentarne l'efficienza.

In terzo luogo, occorrerebbe ritoccare gli elenchi di materie dell'art. 117 della Costituzione, correggendo le maggiori incongruenze della revisione del 2001. I casi più evidenti riguardano quelle materie concorrenti che più coerentemente dovrebbero essere collocate fra le esclusive statali[89].

In quarto luogo, occorrerebbe riassestare il sistema degli enti locali. In particolare, si pone il problema della legge Del Rio sulle province che è stata approvata nella prospettiva dell'entrata in vigore della riforma Renzi. Bisogna capire in che misura la mancata approvazione della revisione costituzionale metta in discussione anche i contenuti della legge, il principale dei quali è la scelta della elezione di secondo grado degli organi. Prima di decidere se sia opportuno abbandonare questo modello, sembra comunque necessario valutarne l'effettivo rendimento[90].

12. Legge e Costituzione

Come ho cercato di dimostrare, la via del rinnovamento delle istituzioni repubblicane resta sufficientemente larga anche se si escludono le grandi riforme del testo costituzionale, che oltretutto, come dimostra l'esperienza, sono marcatamente divisive. Sarà bene ricordare, inoltre, come non sia affatto automatico che le riforme migliorino la situazione. Molte variabili incidono sul risultato atteso, a cominciare ovviamente dalla congruità dei contenuti prescelti dal legislatore. La mancata riforma costituzionale, per esempio, conteneva una soluzione contraddittoria sul fondamentale tema della composizione del Senato[91].

[89] Per esempio, "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" e "grandi reti di trasporto e di navigazione".

[90] G. DI COSIMO, *E ora che si fa della legge sulle province?*, in corso di pubblicazione in *Le Reg.*, 5-6/2016.

[91] Non era chiaro a chi fosse affidata la scelta dei senatori, se ai consigli regionali oppure agli elettori in occasione delle elezioni regionali (sul punto rinvio a *Molto rumore per nulla? Difetti e incongruenze della lungamente attesa riforma del Senato*, in *Le Reg.*, n. 4/2015, pp. 852 s.).

Quest'ultimo tentativo riformatore insegna che vi sono anche variabili di metodo altrettanto rilevanti. In apertura ho accennato ai due punti fermi posti dal referendum su questo piano: da un lato, la necessità di evitare le grandi riforme del testo costituzionale, dall'altro, la necessità di scongiurare le riforme a stretta maggioranza. La recente stagione ci consegna poi una tecnica legislativa assai discutibile consistente nell'inversione temporale fra revisione costituzionale e legge tematicamente connessa. Con questa tecnica si anticipano in via legislativa ordinaria determinati contenuti della riforma costituzionale in corso di approvazione. L'impostazione caratterizza la legge sulle province che anticipa in parte la riforma costituzionale promossa dal Governo Renzi, e che dopo il 4 dicembre è rimasta senza aggancio costituzionale. Allo stesso modo l'*Italicum* non disciplina l'elezione dei senatori nel presupposto che la riforma costituzionale avrebbe eliminato l'elezione diretta del Senato. In questo caso la bocciatura della riforma costituzionale ha avuto come paradossale effetto la coesistenza di due diversi sistemi elettorali[92].

Ciò ci porta in conclusione al terzo punto fermo, ossia che quando si rammenda il tessuto istituzionale bisognerebbe evitare di ricorrere a tecniche siffatte.

[92] È stato un azzardo che ha messo l'ordinamento costituzionale in una situazione d'emergenza (così V. LIPPOLIS, *Le conseguenze del "no" alla riforma Renzi nel referendum costituzionale del 4 dicembre 2016*, in *Astrid* rassegna, n. 1/2017, p. 5); un espediente di natura prevalentemente politica (C. DE FIORES, *La riforma della legge elettorale*, in **Costituzionalismo.it**, n. 1/2015, p. 15). «In tali vicende, il legislatore ordinario ricorda un trapezista sconsiderato che si lancia nel vuoto, sperando di trovare lì una barra ad attenderlo» (M. COSULICH, *Degli effetti collaterali del voto referendario. Alcune osservazioni sul filo del paradosso*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2017, p. 7).

GLI ISTITUTI DI PARTECIPAZIONE FRA RETORICA DELLE RIFORME E UMILTÀ DELL'ATTUAZIONE

di *Alessandra Valastro*

SOMMARIO: *1. Premessa: di quale partecipazione parlare; 2. Partecipazione e riforme costituzionali: due temi in fuga dalla retorica; 3. Le ambiguità del «mito» dell'appello al popolo, fra democrazia diretta e democrazia partecipativa; 4. Gli argomenti sollevati e le eredità lasciate dai dibattiti sulle riforme costituzionali; 5. La triplice declinazione del principio di partecipazione nell'orientamento del Costituente: obiettivo, strumento, metodo; 6. L'ulteriore declinazione degli istituti di democrazia partecipativa oggi: paradigma delle politiche della fragilità e metodo di governo dei conflitti; 7. Quali garanzie: attuare più che riformare: 7.1. Le indicazioni provenienti dalle inattuazioni...; 7.2. ...e quelle desumibili dalle attuazioni; 8. L'attuazione come processo incrementale, tra riforme viventi e riforme proclamate.*

«Nessuno,
come tu ora, respinge
col braccio gli orpelli,
brucia ha bruciato tutte le menzogne,
puramente
perché non le può».

Passioni, in P. INGRAO, *Variazioni serali*,
Il Saggiatore, Milano, 2000

1. Premessa: di quale partecipazione parlare

Dopo l'ennesimo tentativo di "grande" riforma costituzionale, conclusosi con il voto negativo del corpo elettorale in sede referendaria, le molte analisi del ruolo assunto dalla partecipazione popolare sono inevitabili; ma interrogarsi sul "come proseguire" rispetto agli interventi normativi comunque necessari è d'obbligo.

Per riflettere sul tema della partecipazione in connessione con quello delle riforme costituzionali vi sono essenzialmente tre prospettive: la partecipazione *alle* riforme, ossia l'analisi delle dinamiche, degli o-

rientamenti di voto e dei loro effetti allorché il corpo elettorale sia chiamato ad esprimersi sui progetti di revisione costituzionale; la partecipazione *per* le riforme, cioè le modalità di inclusione della società civile nelle scelte e nei processi di scrittura o revisione delle Costituzioni; la partecipazione *nelle* riforme, ossia l'analisi delle previsioni contenute nei testi delle proposte di riforma in ordine alla disciplina degli istituti partecipativi.

Un'analisi a tutto campo sarebbe per certi versi allettante, ma forse meno utile e in parte fuori tema rispetto alla più urgente e puntuale necessità di riflettere su come proseguire dopo l'ampio dibattito che ha accompagnato la vicenda del ddl. cost. Renzi-Boschi.

La prima prospettiva, della partecipazione *alle* riforme, è in parte fuori tema perché ad altre discipline compete maggiormente l'analisi empirica dei comportamenti di voto in occasione di un referendum costituzionale (e dei referendum in genere). Vi è un'ampia letteratura sul tema alla quale ben poco si potrebbe aggiungere; anche se taluni aspetti del modo di "comunicare" la riforma e di gestire l'appello al popolo non potranno essere ignorati nelle riflessioni che seguono, costituendo una parte dello sfondo che le animano.

La prospettiva della partecipazione *per* le riforme appare invece – purtroppo – prematura in Italia. È noto come sia in atto un crescente interesse per il ruolo della partecipazione nei processi decisionali di rango costituzionale, con inedite forme di coinvolgimento dei cittadini sperimentate in vari Paesi per la scrittura di importanti riforme o di nuove Costituzioni[1]: si tratta di un fenomeno di grandissimo interesse, soprattutto perché rilancia il tema della partecipazione come *completamento* della rappresentanza, già presente nel significato stesso di democrazia e fortemente ribadito dalle Costituzioni del secondo dopoguerra, ponendo la Costituzione stessa come «atto di completamento»

[1] Sul tema v. fra gli altri: T. ABBIATE, *La partecipazione popolare ai processi costituenti. L'esperienza tunisina*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; U. ALLEGRETTI, C. CORSI, G. ALLEGRETTI, *Constitutional Process and Constitutional Assembly: the making of Constitutions through the larger involvment of citizens*, in www.forumcostituzionale.it, 27 luglio 2016; U. ALLEGRETTI, *Recenti costituzioni "partecipate". Islanda, Ecuador, Bolivia*, in *Quad. cost.*, n. 3/2013, pp. 689ss.; X. CONTIADES, A. FOTIADOU, *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitutions*, Londo, Routledge, 2017; V. PIERGIGLI, *Revisione costituzionale e partecipazione popolare: uno sguardo comparato*, in www.federalismi.it, n. 2/2016; A. SAATI, *The participation Myth. Outcomes of Participatory Constitution Building Processes on Democracy*, Umea, Print & Media, 2015.

o «atto finale di chiusura» che conclude un contratto sociale[2]. Tuttavia, porre oggi in Italia il tema del coinvolgimento popolare nella scrittura delle riforme costituzionali appare –ahimè – prematuro, se non rischioso: perché la partecipazione è ancora ben lungi dall'essere incorporata come metodo di governo; perché ancora ci si misura con l'ineffettività di principi costituzionali in larga parte inattuati o disattesi; perché la scarsa dimestichezza con metodologie rigorose di consultazione ancora convive con le derive ben note nell'utilizzo delle forme referendarie. Ciò non apparirà reazionario o antidemocratico se affermato da una convinta sostenitrice della centralità della democrazia partecipativa, la quale però, con altrettanto realismo, non crede nei miracoli bensì soltanto nella possibilità di migliorare, all'infinito ma per gradi.

A premere sulla questione del "come proseguire" rimane dunque la terza prospettiva, quella della partecipazione *nelle* riforme. Qui sta la cartina di tornasole del livello di maturità del sistema politico, tanto in generale quanto in riferimento al tema specifico che ci occupa: i contenuti (e talvolta, ancor di più, i vuoti) dei vari progetti, che pure sembrano voler spingere in avanti il tema della partecipazione attraverso riforme che la rinforzino, paradossalmente hanno l'effetto di riportare a galla gli scheletri delle sue perduranti inattuazioni. Le spinte del riformismo "a tutti i costi" rifiutano di guardare indietro, preferendo il velleitarismo delle grandi riforme alla responsabilità quotidiana, laboriosa e paziente delle attuazioni e del loro consolidamento.

È per questo che acquista un senso interrogarsi anche sulle "riforme mancate": vi sono temi sui quali queste possono dire assai più delle riforme approvate; e il tema della partecipazione sembra essere fra questi, costringendo a confrontarsi con il sommovimento di questioni e di ragioni che la mancata riforma ha comunque provocato[3].

Vero è che, nel caso della partecipazione, questo compito si presenta ancora una volta in tutta la sua ambivalenza: più semplice e più ingrato allo stesso tempo. Esso è forse più semplice perché il tema della partecipazione è – almeno in apparenza – meno conflittuale rispetto ad

---

[2] Così V. HART, *Democratic Constitution Making*, Washington D.C., United States-Institute of Peace, 2003, citata in U. ALLEGRETTI, C. CORSI, G. ALLEGRETTI, op. cit.

[3] Come ricordava L. PALADIN, tener conto delle alternative possibili ma scartate non significa «rincorrere ipotesi dottrinarie rimaste sulla carta», bensì confrontarsi e misurarsi con alcuni momenti della storia «per meglio capire ciò che in effetti si è verificato»: *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini*, 1997, p. 258.

altri (si pensi alla questione del sistema elettorale), e dunque meno influenzato dallo scontro politico; inoltre, la ricchezza e la convergenza delle voci dottrinarie che si sono espresse negli anni in ordine alla fisionomia e alla missione degli istituti partecipativi offrono un terreno assai generoso per la ricerca di risposte. Ma il compito è anche più ingrato proprio per questo: perché il fatto che si tratti di questioni risalenti e mai risolte, benché ampiamente arate, impone di misurarsi con la perdurante vischiosità della questione "partecipazione" nei discorsi sulle riforme, con la insoddisfacente attuazione di una parte dei suoi istituti, con i moniti inascoltati del Costituente.

2. Partecipazione e riforme costituzionali: due temi in fuga dalla retorica

Partecipazione e riforme sono due temi che hanno in comune molti aspetti: declinazioni e linguaggi, aspettative e delusioni che periodicamente e puntualmente le attraversano. Semplificando, si potrebbe dire che essi hanno in comune, da un lato, la tensione verso "un mondo migliore", dall'altro la fatale attrazione per la retorica; da un lato l'ineludibile e mai sopita aspirazione ad una democrazia più matura, dall'altro il costante rischio del suo esatto contrario. E ciò, soprattutto, quando il tema delle riforme non si limiti alle scelte regolative che coinvolgono il dibattito politico ordinario ma lambisca la materia costituzionale.

Quanto è stato detto della partecipazione, e cioè che nel suo specchio «si riflettono fedelmente i vizi e le virtù, le speranze e le delusioni di questa nostra società»[4], appare oggi altrettanto vero per il tema delle riforme.

Nelle molte riflessioni che gli studiosi più attenti hanno dedicato negli anni alle dinamiche di esercizio del potere e alle sorti della democrazia emerge in modo evidente il destino che accomuna i due temi: la partecipazione, con le sue virtù compensative dei limiti della rappresentanza e insieme le patologie che ne affliggono l'effettività; le riforme costituzionali, con gli slanci rinnovatori che periodicamente le invocano e insieme gli spettri involutivi che dietro a quelle novità si muovono.

[4] M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 236.

Già alla fine degli anni '60 Norberto Bobbio parlava delle «malattie croniche della partecipazione» e Giorgio Berti della sua «parabola discendente»[5]; negli ultimi vent'anni sono sempre più numerosi i costituzionalisti, e non solo, che hanno parlato di "retorica delle riforme", utilizzando espressioni che con maggiore o minore ironia ("revival", "mito", "moda", ecc.) intendono stigmatizzare un certo modo di accostarsi alla revisione costituzionale.

Ma la retorica che ha progressivamente appesantito questi due temi non è –ahimé – quell'«arte del dire» cui rimanda l'etimologia del termine (*ῥητορική τέχνη, rhetoriké téchne*): l'arte del parlare e dello scrivere cara ai sofisti, dove l'attenzione agli aspetti estetici come tecnica del discorso teso a persuadere non contraddiceva la rilevanza dei contenuti. E forse, a ben guardare, non è più neanche la retorica cui farà riferimento più tardi l'epoca moderna, ma con valore spregiativo, per indicare un modo di argomentare «ampolloso e risonante, enfatico e sostanzialmente vuoto, privo o povero di impegno intellettuale, civile e morale»[6]: la retorica che Pirandello paragonava al «guardaroba dell'eloquenza dove i pensieri nudi andavano a vestirsi»[7].

La retorica che più di recente i temi della partecipazione e delle riforme costituzionali hanno attirato su di sé sembra scivolare verso atteggiamenti ancor più perniciosi, perché all'assenza o povertà dei contenuti e dei valori si è unita infine anche la perdita della forma: quella prosa ricercata ed esteticamente gradevole da cui dovevano discendere l'efficacia degli argomenti e la persuasione degli interlocutori ha lasciato il posto ad un vociare scomposto che imporrebbe forse di abbandonare il termine stesso di retorica.

L'esaltazione, pur solo superficiale, degli argomenti non trova più riparo negli orpelli del linguaggio. E se di questi non v'è probabilmente nostalgia in chi voglia guardare piuttosto alla sostanza delle que-

---

[5] N. BOBBIO, *Crisi di partecipazione in che senso?*, in R. ORECCHIA (a cura di), *Rapporto tra diritto e morale nella coscienza giuridica contemporanea. Il problema della partecipazione politica nella società industriale*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 82ss.; G. BERTI, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in Le Regioni, 1974, pp. 3ss.

[6] Voce *Retorica*, Vocabolario Treccani, *http://www.treccani.it*.

[7] «E gli abiti, in quel guardaroba, eran già belli e pronti, tagliati tutti sui modelli più antichi, più o meno adorni, in stoffa umile o mezzana o magnifica, divisi in tante scansie, appesi alle grucce e custoditi dalla guardarobiera che si chiamava Convenienza. Questa assegnava gli abiti acconci ai pensieri che si presentavano ignudi»: L. PIRANDELLO, *L'umorismo e la retorica*, I edizione 1908, p. 49; poi in M. LO VECCHIO-MUSTI (a cura di), *Luigi Pirandello. Saggi, Poesie, Scritti vari*, Milano, Mondadori, 1960.

stioni, il loro venir meno non ha determinato l'estinzione delle domande retoriche ma le ha anzi smascherate nella loro vacuità e ingannevolezza: prive di qualsivoglia interesse per le informazioni provenienti dalle risposte, quelle domande si riducono a slogan volti ad indurre consensi automatici, eliminando la possibilità di affermazioni che contrasterebbero con l'assunto implicito nella domanda.

Nella vicenda legata alla proposta di riforma costituzionale Renzi-Boschi il discorso politico sulle riforme e sul ruolo della partecipazione sembra in effetti aver perso anche gli ultimi orpelli di quella retorica che ormai da tempo lo accompagna, rivelando il corpo nudo e fragile di una comunità politica che fatica a ritrovare, prima ancora di una visione condivisa, un linguaggio comune sfrondato dalle ambiguità. E più le proposte di riforma si fanno povere di valori condivisi, più la partecipazione diviene terreno appetibile per alzare il tiro della retorica illudente o mendace[8].

Si può dire insomma, senza scoprire nulla di nuovo, che la *retorica delle riforme va molto volentieri a braccetto con alcune retoriche della partecipazione*. Tuttavia, nella vicenda del progetto di riforma Renzi-Boschi l'incontro (e scontro) fra i due temi sembra aver assunto tratti ulteriori, che hanno a che fare con la scarsa attenzione prestata al contesto istituzionale nel suo insieme.

In questa vicenda sembra infatti ravvisabile una sorta di miopia (se non vera e propria cecità) rispetto ai vistosi fenomeni evolutivi che in ambito territoriale stanno ponendo la questione della partecipazione e delle riforme istituzionali in ben altri termini. Si tratta di fenomeni variegati e ancora in divenire, ma che stanno cominciando ad uscire dalle episodicità e contingenze di ristretti ambiti locali e a produrre interessanti effetti nell'ordinamento: un "nuovo diritto delle città" va prendendo forma, in parziale discostamento sia dai paradigmi del diritto tradizionale che da quelli del diritto nazionale[9]; nuovi metodi di governo si vanno sperimentando a livello locale per confrontarsi con

[8] La peculiare formulazione adottata per alcuni dei quesiti referendari, come quelli sulla riduzione dei costi della politica e sulla semplificazione del procedimento legislativo, ne sono esempi emblematici.

[9] V. da ultimo, e fra gli altri: E. CARLONI, M. VAQUERO PIÑEIRO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Ist. fed.*, n. 4/2015, pp. 865ss.; G. DEMATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, Venezia, Marsilio, 2012; F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, pp. 271ss.;

le nuove crisi e le fragilità dei territori, nel tentativo di affiancare ai paradigmi della rappresentanza, della governabilità e dell'efficienza decisionistica più credibili e flessibili paradigmi di sostenibilità, precauzione, collaborazione, sussidiarietà.

L'evidenza che la storia degli ultimi decenni si è incaricata di rendere schiacciante è infatti ormai sotto gli occhi di tutti, come dimostrano la convergenza e l'interdisciplinarietà della letteratura degli ultimi anni: la fisiologica insufficienza del sapere politico e del sapere esperto, sui quali si è basata la grande costruzione della capacità decisionale dello Stato moderno ma anche l'illusione di onnipotenza delle politiche dello sviluppo senza limiti; e la necessità di integrare quei saperi con le conoscenze esperienziali di chi abita e vive i territori (v. *infra*, par. 6).

Tuttavia, quando poi si mette mano alle grandi riforme che dovrebbero coinvolgere l'intero Paese, nel discorso sul *metodo* e sul *contenuto* delle stesse riforme non sembra esservi traccia delle indicazioni che pur provengono dalla dimensione più capillare dei territori. Da un lato, l'appello al popolo non cerca più il sapere consapevole e preinformato ma piuttosto un sentire automatico e inconsapevole, non coltiva il dialogo e l'ascolto ma cavalca la paura e l'emotività; mentre enfatizza il coinvolgimento dei cittadini in decisioni importanti li restituisce alla dimensione di moltitudine bisognosa di un sistema di governo forte e decidente che li protegga dalle incertezze del destino. Dall'altro lato, negli istituti che si propone di introdurre o di riformare, si rimane ambiguamente sospesi tra formule più o meno vuote che promettono nuove forme di partecipazione e norme spesso restrittive dei margini di operatività degli istituti partecipativi già esistenti.

Dunque, oltre a confermare l'ambiguità che puntualmente caratterizza il discorso sulle riforme in ordine al ruolo della partecipazione, rispetto sia al metodo che ai contenuti delle stesse, la vicenda dell'ultimo tentativo di riforma costituzionale si è mostrata anche obsoleta, perché già vecchia ed anzi in controtendenza rispetto al cammino diverso che una parte significativa del Paese ha già intrapreso o sta mostrando di voler intraprendere.

Viene da chiedersi se la retorica della partecipazione sia un destino ineluttabile del dibattito politico quando questo si accosta al delicato processo e agli altrettanto delicati contenuti di una riforma della Costituzione. Se cioè l'ambiguità del ruolo e dei modi dell'appello al popolo sia fisiologica conseguenza del fatto che si va a toccare il Patto fon-

damentale, o patologica (e dunque evitabile) ricaduta dell'inattuazione dei suoi istituti. Occorre insomma arrendersi di fronte a un destino che sembra inchiodare la retorica della partecipazione al tema delle grandi riforme o ha ancora un senso interrogarsi sugli antidoti e le garanzie di effettività della partecipazione?

La domanda non è a sua volta retorica, poiché valgono forse entrambe le cose. Non si può infatti negare che l'argomentare retorico si addica a tutti i concetti vaghi e ampi, e in particolare alle *parole-mito*: parole la cui «capacità evocativa e simbolica è inversamente proporzionale alla loro rigorosa delimitazione concettuale ed empirica»[10]. Il termine partecipazione è di certo fra queste.

E quando tali parole vengono assunte dal linguaggio politico esse finiscono facilmente preda di quella che Ugo Scarpelli ha definito una *semantica licenziosa*, facile «a sottomettersi ad ogni libidine», per la capacità di evocare e condensare «le esperienze e le attese, i timori e le speranze di intere vite individuali e sociali». La polisemia di questi termini risveglia «negli animali politici l'istinto di possedere la semantica di queste calde parole», manipolandola in una *pragmatica suggestiva* al fine di convogliare su certi oggetti e non altri la forza pragmatica positiva o negativa, l'amore o la ripulsa[11]. Verrebbe da chiedersi se anche la parola "partecipazione" riceva «lo straordinario per così tanto lavoro», così come le parole di cui Humpty Dumpty rivendica il possesso nel tagliente dialogo con la perplessa Alice[12]. A giudicare dalla perdurante fatica che affligge l'effettività della partecipazione, si direbbe di no: la parola partecipazione lavora molto ma guadagna poco[13].

Tuttavia, come hanno evidenziato in molti, è proprio l'eccesso di flessibilità e adattabilità di queste parole che le espone al rischio della

[10] M. COTTA, *Il concetto di partecipazione politica: le linee di un inquadramento teorico*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1979, p. 194.

[11] U. SCARPELLI, *La partecipazione politica*, in *Sociologia del diritto*, seconda serie, VV/1980/2, p. 7.

[12] L. CARROLL, *Attraverso lo specchio*, tr. it. in *Le avventure di Alice nel paese delle meraviglie – Attraverso lo specchio*, Milano, Mondadori, 1978, 2010, pp. 203-204.

[13] In effetti, guardando all'inadeguatezza delle tecniche messe in atto in molti processi decisionali pur definiti (ma impropriamente) "partecipati", si deve ammettere che «gli strumenti partecipativi sembrano dover dimostrare la loro validità non *grazie* alla loro implementazione ma, spesso, *nonostante* essa»: N. PETTINARI, *Valutazione e sperimentazione nel governo partecipato dei territori. Dal livello locale qualche appunto per procedere…*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2016, p. 1.

trasfigurazione semplificante del mito, cui ci si aggrappa quando vi è «bisogno di un assoluto» per colmare «un vuoto altrimenti rischiosissimo per la stabilità dell'intelaiatura della società civile»: grandi argomenti compensatori che rischiano di creare «paesaggi troppo semplici», geometrie vuote frutto di sapientissimi artifici volti ad annullare «confusione, disordine, terrestrità e complessità» che sono tuttavia la ricchezza di ogni clima storico[14].

Del resto, sul fatto che il "paesaggio" della sovranità popolare sia destinato a svuotarsi se privato della propria anima partecipativa aveva già ammonito il Costituente, ben consapevole dei rischi connessi alla retorica della partecipazione: lo dimostrano la decisione infine assunta di spostare il principio partecipativo dal contesto più generico dell'art. 1 a quello più esigente dell'art. 3, in connessione teleologica e storicamente evolutiva con il principio di eguaglianza sostanziale; e l'affiancamento dell'aggettivo "effettiva" al termine partecipazione. Trapelava da queste scelte l'accorato richiamo a vigilare sui tranelli della partecipazione non effettiva, in quanto sporadica e intermittente o solo di facciata: quella partecipazione che si cela dietro il manto rassicurante del diritto di voto ma che non può appagarsi dell'episodicità delle sue manifestazioni, rivendicando ben altra abbondanza di momenti, luoghi e modi per esprimere la molteplicità delle voci[15]; o quella, ancor più debole, destinata a soffrire gli ostacoli di carattere economico e sociale, le mancanze di opportunità e di pre-condizioni,

[14] P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 46-47. Di «mitologie sostitutive" parlava G. DOSSETTI, *I valori della Costituzione*, Reggio Emilia, 1995, pp. 86-87, richiamato adesivamente da V. ONIDA, *Il "mito" delle riforme costituzionali*, in *Il Mulino*, n. 1/2004, pp. 15ss. Di «dimensione paranoica» della politica, quando questa si propone la realizzazione del mito, parla efficacemente P. BARCELLONA, *Le passioni negate*, Roma, Città Aperta, 2001, pp. 78ss.: applicando alla politica la suggestiva tesi di Hillman per cui la società moderna sarebbe malata di paranoia (J. HILLMAN, *La vana fuga degli dei*, Milano, Adephi, 1991), Barcellona afferma che il "letteralismo", ossia la parola presa alla lettera e la sua cogente traduzione in azione immediata, porta la politica «nella dimensione dell'assoluta coincidenza di progetto e realizzazione», individuando «come nemici tutti coloro che non accettano questa verità assoluta» (ivi, pp. 78-79).

[15] Sono ancora attuali le parole di V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, 114ss., per cui "popolo e corpo elettorale non possono mai coincidere, neanche nei sistemi democraticamente più larghi". Prima ancora, fra i tanti, C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 10ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, pp. 149ss.

l'uso distorto degli strumenti che la storia avrebbe messo a disposizione (come Internet).

Nel complesso percorso disegnato dall'art. 3, co. 2, dove la rimozione degli ostacoli che limitano la libertà e l'eguaglianza deve puntare a sprigionare infine la capacità di esercitare in modo attivo e partecipe la sovranità di ciascuno, sembra proprio di scorgere quel «fiorito sentiero che girovaghi in un territorio pieno di mine» di cui parlava Mario Nigro a proposito delle fatiche della partecipazione[16].

Tuttavia, e a maggior ragione, ciò impone ancora una volta di «tornare ai fondamentali», di «riprendere con determinazione il tema dei principi», guardando alla trama degli stessi e alle modalità della sua ricostruzione[17]. I principi della democrazia pluralista chiedono, oggi più che mai, di essere definitivamente emancipati dagli schemi insufficienti e dai miti fuorvianti della rappresentanza decidente, della delega, del monopolio pubblico nella costruzione e attuazione delle risposte ai bisogni.

Quei principi chiedono, in definitiva, di uscire dalle secche dell'inattuazione, e di allestire un più robusto corredo di istituti a garanzia dei valori che essi ancora evocano e reclamano[18].

3. Le ambiguità del «mito» dell'appello al popolo, fra democrazia diretta e democrazia partecipativa

Riguardando dunque la vicenda del ddl Renzi-Boschi nella prospettiva della partecipazione *nelle* riforme, appare subito piuttosto evidente che la principale lezione appresa sia la conferma e – se possibile – l'esasperazione dell'ambiguità esistente in ordine al ruolo e agli obiettivi della partecipazione. E ciò non più soltanto rispetto al rapporto fra rappresentanza e partecipazione bensì anche, e soprattutto, in ordine al rapporto tra le diverse forme di partecipazione. Per dirla in altri termi-

[16] M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., p. 230.

[17] Rispettivamente, G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Bari, Laterza, 2016, p. IX; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit., pp. 8-9.

[18] Gran parte della letteratura che si è occupata del "revisionismo costituzionale" ha variamente messo in luce come il tema dell'*attuazione* della Costituzione sia stato sostituito, a partire dagli anni '70, da quello della sua *riforma*, fino ad arrivare ai grandi progetti di revisione coinvolgenti l'intera II Parte.

ni, e utilizzando le categorie classiche, il nodo della questione sembra essersi ulteriormente complicato: alla inadeguatezza dei raccordi fra democrazia rappresentativa e democrazia diretta si aggiunge la confusione fra democrazia diretta e democrazia partecipativa.

La prima è questione che i costituzionalisti hanno sollevato da tempo. E la ben nota evoluzione dello strumento referendario, insieme alle ipotesi di riforma succedutesi nel tempo, confermano il fatto che si tratti di questione tutt'altro che risolta. Il problema fondamentale, è stato scritto e ripetuto da molti, è quello dell'innesto delle espressioni dirette della sovranità nel sistema delle istituzioni rappresentative: problema postosi in maniera ancor più evidente allorché si è tentato di ipotizzare forme ulteriori di referendum, come quello propositivo o deliberativo (v. *infra* par. 4).

Ma è dalla seconda questione che può forse trarsi oggi qualche indicazione ulteriore per indirizzare la riflessione sul "come proseguire".

Fondamentale appare infatti la torsione di prospettiva che questo spostamento di attenzione impone: se la prima questione, impostata nei termini classici del rapporto fra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, ha portato principalmente a ragionare sul *perché* della partecipazione e sulla funzione che questa dovrebbe svolgere rispetto alla rappresentanza (correttivo vs. integrazione, opposizione vs. controllo), la seconda questione – del rapporto fra democrazia diretta e democrazia partecipativa – impone di interrogarsi in modo più esigente su *quale* partecipazione. La visione della partecipazione come mero correttivo alle disfunzioni della rappresentanza ha portato paradossalmente a sopravvalutare il rapporto con la rappresentanza e ad alimentare l'autoreferenzialità della riflessione sulla democrazia rappresentativa, distogliendo l'attenzione dalla molteplicità delle forme e delle funzioni della partecipazione.

Per chiarire fin da ora la prospettiva che sta alla base delle riflessioni che si propongono, si può dire che la partecipazione *tout court* sta alla rappresentanza *tout court* come la democrazia partecipativa sta ai processi decisionali della democrazia rappresentativa, cioè al *modo* in cui la rappresentanza concretamente decide.

E se rispetto alla prima coppia di termini ha in effetti senso ragionare prevalentemente delle forme della democrazia diretta, in quanto *partecipazione che fronteggia la rappresentanza*, nella seconda coppia vanno piuttosto chiamati in gioco gli istituti della democrazia parteci-

pativa, in quanto *partecipazione che si confronta con i rappresentanti* nel farsi concreto delle decisioni.

Sta in ciò la vocazione integrativa più specifica, si potrebbe dire, del modello di democrazia partecipativa: un'integrazione volta ad innescare concretamente i meccanismi della responsabilità politica, così alimentando la qualità dei processi decisionali che ne sono il prodotto[19].

Ebbene, la mai compiuta emancipazione della seconda coppia di termini dalla prima, e la conseguente sudditanza teorica della democrazia partecipativa nei confronti della rappresentanza politica e dei suoi correttivi, ha prodotto e alimentato le ambiguità che tuttora si riscontrano nei modi e nelle forme dell' "appello al popolo"; e l'appiattimento delle forme della partecipazione su quelle note della democrazia diretta ha finito per aggravare ulteriormente quelle ambiguità, caricando in particolare l'istituto referendario di compiti e aspettative che non sono nella sua natura, e che in alcuni casi anzi la contraddicono.

Non è un caso che tali ambiguità esplodano con particolare vigore proprio in occasione delle "grandi" riforme. Nuovi fraintendimenti si aggiungono ai vecchi, nuovi slanci velleitari sulle virtù palingenetiche della partecipazione si aggiungono e si sovrappongono alle vecchie tecniche manipolatorie. E le retoriche della partecipazione si moltiplicano: quella più marcatamente demagogica si declina talvolta in chiave paternalistica per ottenere consenso[20], talaltra in chiave contestativa

[19] Sul contributo della partecipazione all'emersione della *responsività*, v. M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, FrancoAngeli, 2012, pp. 37ss.

[20] L'argomento della partecipazione è ormai tra quelli più ampiamente spesi nelle campagne elettorali, in modo trasversale alle varie forze politiche e con particolare riferimento alle categorie più sensibili. Ma si tratta di argomento manifesto che raramente si traduce poi in interventi strettamente conseguenti, o che privilegia comunque la partecipazione di facciata: ne costituisce un esempio l'abuso delle forme di c.d. partecipazione organica, come le consulte. Si tratta di organismi che, se dovrebbero avere il pregio di integrare stabilmente le categorie di interessi nei meccanismi decisionali delle istituzioni, in realtà scontano margini di ampia inefficacia, per l'inadeguatezza delle garanzie previste: criteri di selezione dei soggetti scarsamente inclusivi (talvolta vere e proprie "nomine" dall'alto), pareri generalmente non obbligatori, prevalente assenza di vincoli dell'amministrazione rispetto agli esiti e alla motivazione delle decisioni finali. Non si può non nutrire il dubbio che proprio il minore impatto e la scarsa incisività che questi organismi esercitano sui processi decisionali sia alla base della loro "fortuna", in quanto figure

per cavalcare il dissenso[21]; quella delegittimante, che rivendica il primato della rappresentanza evidenziando strumentalmente il disinteresse dei cittadini, è alimentata da quella oppositivo-rivendicativa, in cui la richiesta di partecipazione aspira soltanto alla spartizione del potere e assume le dinamiche fintamente collaborative della concertazione e della negoziazione.

Qual è dunque «il vero volto del popolo sovrano»[22]? E quale quello della politica che si appella al popolo? In molti se lo chiedono da tempo e in molti ne hanno scritto. Ma di certo, il ritorno di interesse degli ultimi anni per il tema della democrazia partecipativa e la diffusa confusione (non sempre casuale) che si è fatta fra questa e la democrazia diretta qualche tassello lo aggiungono, utile non soltanto all'osservazione politologica ma anche – e soprattutto – al tentativo di costruire risposte giuridiche più efficaci per gli istituti partecipativi.

La partecipazione "concreta", cioè effettiva perché produttiva di risultati, è ancora diffusamente identificata nella democrazia diretta, essenzialmente in ragione degli effetti giuridici immediati che questa produce (in realtà soltanto con il referendum abrogativo): questo ha portato alla sopravvalutazione e alla mitizzazione dell'appello al popolo unitariamente inteso. Ma sono fin troppo note le nervature antidemocratiche dell'evocazione generica del popolo, pericolosamente protesa verso il plebiscito[23]; e senza andare troppo indietro nel tempo, evocando rischi di tirannie che difficilmente potrebbero riproporsi oggi, non sono in pochi a mettere in guardia contro le dinamiche tendenzialmente ostili alla partecipazione che si celano dietro le tendenze presidenzialiste e le connesse propensioni monocratiche[24].

---

più innocue e dunque più accettabili da parte di quella politica che ancora predilige la "partecipazione di facciata".

[21] Anche in questo caso vi è una ricerca di consenso, peraltro da parte di partiti minori o nuovi movimenti, che utilizza l'argomento della rivendicazione del "potere di decidere" in capo ai cittadini in chiave destabilizzante rispetto alla maggioranza politica.

[22] P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 7.

[23] V. per tutti A. CHIAPPETTI, *Plebiscito*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 952ss.

[24] Su questi aspetti A. PUBUSA, *La democrazia partecipativa: nuovo processo di democratizzazione o autolimite del potere?*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 4/2009, 895ss.; Y. SINTOMER – G. ALLEGRETTI, *I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel nuovo continente*, 2009, Ediesse, Roma; A. SPADARO, *Costituzionalismo* versus *populismo (sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere* (a cura di G.

In ogni caso, non v'è dubbio che l'appello al popolo unitariamente inteso sia elemento connaturato agli istituti di democrazia diretta: tale capacità di mobilitazione doveva costituire la forza di questi istituti, come in effetti si è verificato in talune fasi storiche (si pensi ai referendum degli anni '70). Ma quella stessa ampiezza evocativa ne costituisce al contempo il punto di debolezza, ove non affiancata e compensata da *altri* istituti partecipativi che consentano forme diverse di interlocuzione con la politica.

È stato già affermato, con efficacia di argomenti, che «l'unico modo per sfuggire a derive plebiscitarie è quello di concepire il referendum come *una* delle forme attraverso le quali … il popolo esercita la sovranità di cui è titolare accanto ad (e non al di sopra di) altre forme di esercizio», fra le quali «la partecipazione ai processi decisionali»[25]. Per questa via si arriva anzi a considerare discutibile il «plusvalore democratico» che le delibere popolari assumerebbero rispetto a quelle assunte dagli organi rappresentativi, e persino la stessa ascrivibilità del referendum al modello della democrazia diretta.

La questione nominalistica, sebbene non debba essere sopravvalutata, è di certo indicativa dell'innata ambiguità degli istituti di democrazia diretta, quella stessa ambiguità che ha finito per riverberarsi nei modi del loro utilizzo: il referendum abrogativo è stato considerato istituto di democrazia rappresentativa *tout court*[26], «sottomodello» del-

---

BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI), vol. V, Napoli, Jovene, 2009, pp. 2007ss. Sul punto v. peraltro le efficaci argomentazioni di U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in ID. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, University Press, 2010, pp. 25-26, il quale osserva che, se per un verso è vero che le dinamiche presidenzialiste e populiste costruiscono forme di concentrazione del potere, in quanto utilizzano l'appello al popolo come «giustificazione della sua direzione da parte di un capo che pretende interpretarne tutte le esigenze», per altro verso è proprio in tali circostanze che si evidenzia la funzione «riequilibratrice» delle esperienze partecipative, anche se queste richiedono maggiore «combattività».

[25] M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1997, p. 498.

[26] Cfr. ancora M. VOLPI, op. ult. cit., p. 497, il quale osserva che «mancano nel referendum gli elementi della compresenza dei cittadini e della immediatezza delle decisioni che si riscontrano nelle assemblee popolari»; e la decisione popolare è solo la manifestazione finale di un procedimento che in varia misura si intreccia con l'azione degli organi rappresentativi.

la democrazia rappresentativa[27], istituto di «democrazia rappresentativa rafforzata»[28]; l'iniziativa legislativa popolare e la petizione sono da alcuni ricondotte al modello di democrazia partecipativa in ragione dell'assenza del voto[29]. Anche nei testi normativi (fra cui molti statuti e leggi regionali) si registrano differenti definizioni di questi istituti[30].

Ciò che qui interessa di questo dibattito è il riconoscimento, invero non sempre esplicito, del fatto che l'intrinseca polifunzionalità degli istituti di democrazia diretta, ma in particolare del referendum, non può appagare le molteplici e diverse istanze partecipative, cedendo all'illusione di uno strumento *bonne à tout faire*, ma deve al contrario essere arginata dall'affiancamento di *altre* forme di partecipazione.

Non v'è dubbio che democrazia diretta e democrazia partecipativa abbiano in comune l'obiettivo di recuperare una «rappresentanza di contenuto» della volontà popolare[31]. Ma la differenza di fondo risiede nel modo di realizzare quell'obiettivo: il modello della democrazia partecipativa mira a spezzare l'automatismo dell'identificazione della partecipazione con l'appello al popolo unitariamente inteso, attraverso forme diverse di coinvolgimento che consentano alle singole voci di innestarsi nei luoghi e nei modi di esercizio del potere, per condividere la responsabilità e la costruzione delle scelte.

Ebbene, ci pare che il cuore degli interrogativi su "come proseguire" sia tutto qui: come irrobustire (o costruire *tout court*) le garanzie di efficacia e di effettività di queste *altre* forme di partecipazione, confrontandosi con l'eredità che i discorsi sulla partecipazione nei processi di riforma costituzionale hanno lasciato sul tappeto.

---

[27] M. LUCIANI, *Art. 75 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da Branca e proseguito da Pizzorusso), Bologna, 2005, pp. 12ss., che parla di modello «rappresentativo-referendario».

[28] G.M. SALERNO, *I referendum in Italia: fortune e debolezze di uno strumento multifunzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2005, p. 1322.

[29] E. ROSSI, G. MARTINICO, *Dibattito pubblico e partecipazione nell'esperienza della regione Toscana*, in *Riv. amm.*, n. 1-2/2015, p. 17.

[30] V. ad es. l'artt. 22 dello Statuto della regione Umbria, che «riconosce il referendum quale istituto di democrazia partecipativa», includendovi sia il referendum consultivo che quello abrogativo.

[31] M. DELLA MORTE, op. cit., p. 33.

4. Gli argomenti sollevati e le eredità lasciate dai dibattiti sulle riforme costituzionali.

I dati di cui occorre prendere atto sono essenzialmente due, sebbene articolabili in riflessioni di vario tipo: da un lato, l'attenzione prestata alle modifiche degli istituti di democrazia diretta; dall'altro, l'assenza o estrema vaghezza di ipotesi concernenti *altre* forme di partecipazione.

Per quanto riguarda il primo aspetto, sembra difficile negare che il dibattito che ha accompagnato le molte proposte di revisione costituzionale abbia guardato quasi esclusivamente ai fattori di crisi – per così dire – endogena degli istituti di democrazia diretta: una prospettiva miope e riduttiva rispetto ai più ampi e complessi fenomeni di crisi sociale, politica e istituzionale, che offrono indicazioni ulteriori sul bisogno partecipativo.

Ciò risulta particolarmente evidente nelle proposte di riforma concernenti il referendum. La ricerca degli antidoti alle derive che questo istituto ha mostrato nelle sue evoluzioni applicative sono state ricercate dall'interno, rilevando i rischi connessi alla sua polifunzionalità ma di fatto esasperandola nelle proposte di nuove tipologie. La grande attenzione che la dottrina ha dedicato negli anni all'analisi dell'istituto referendario, tanto in relazione agli effetti che esso è suscettibile di produrre sulla forma di governo quanto in ordine agli esiti della pronuncia popolare, è stata purtroppo e ingenerosamente tradotta, una volta trasportata sul tavolo delle riforme, nell'affannosa ricerca di soluzioni di ingegneria costituzionale: si pensi alle questioni, puntualmente dibattute, del numero delle firme e del quorum di partecipazione; si pensi ai tentativi di frazionamento dell'istituto al fine di scinderne i molteplici volti ed effetti in altrettante tipologie, teoricamente più coerenti con le diverse finalità della partecipazione e quindi, forse, più governabili.

A quest'ultimo proposito è significativo il periodico riemergere della figura del referendum propositivo o deliberativo, presente nella gran parte dei progetti di riforma, sebbene non negli ultimi due[32]. Nel-

[32] Assente dal ddl Boschi-Renzi e da quello approvato nel 2006, il referendum deliberativo è stato ampiamente discusso nei lavori della Commissione Bozzi (1984), della Commissione De Mita-Jotti (1993) e della Commissione D'Alema (1997), anche se non sempre è approdato nei relativi testi.

le intenzioni dei suoi sostenitori, questo istituto dovrebbe soddisfare l'aspirazione a un ampliamento degli spazi di espressione diretta della sovranità, rinforzando l'iniziativa legislativa popolare e nel contempo risanando le patologie del referendum abrogativo, piegato appunto a svolgere un ruolo di fonte "attiva" attraverso il suo abuso a fini propositivi. Ma se riguardato dall'esterno, alla luce dei fattori esogeni che affliggono la capacità *rappresentativa* della *rappresentanza* politica, questo istituto manifesta tutta la propria contraddittorietà: come è stato osservato, attribuendo al popolo una funzione legislativa piena e senza confronto nel caso del silenzio delle Camere, si finirebbe per produrre un semplice accostamento di potere rappresentativo e potere diretto «in assenza di ogni accordo fra i detentori dei poteri concorrenti», nella totale elusione del problema del rapporto fra rappresentanza politica ed espressioni della sovranità[33].

Ne deriverebbe un istituto di fatto oscillante fra un carattere meramente «sollecitatorio», avallando la riduttiva e mai sopita convinzione che i problemi del sistema istituzionale siano da leggere principalmente nella prospettiva della celerità del procedimento legislativo[34], e una portata fortemente conflittuale, utilizzando la "minaccia" di un procedimento legislativo che mette interamente "fuori" le istituzioni rappresentative[35]. Ma è davvero auspicabile un "cittadino legislatore"? E questo tipo di referendum sarebbe immune dalle derive che ha conosciuto quello abrogativo? Un istituto di questo tipo deriverebbe la propria forza più dal porsi come arma politica che da una forza persuasiva autentica che si confronti sui contenuti.

È vero che il tema del referendum deliberativo vanta un precedente illustre, poiché riprende taluni aspetti della nota proposta Mortati in sede costituente: ma la decontestualizzazione di quelle proposte e la loro riproposizione oggi in un panorama profondamente mutato fini-

[33] C. CHIOLA, *Il referendum come atto legislativo: conflitto tra richieste e limiti*, in *Pol. dir.*, 1987, pp. 335ss.; ID., *Intervento*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 265ss.; G. AZZARITI, *Intervento*, ivi, p. 281.

[34] R. NANIA, in S.P. PANUNZIO, op. cit., p. 285.

[35] Per un'analisi dettagliata delle specificità delle previsioni sul referendum deliberativo nei vari progetti v. fra gli altri P. OLIMPIERI, *Il referendum deliberativo*, in G. AZZARITI (a cura di), *Quale riforma della Costituzione?*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 29ss.; M. DELLA MORTE, op. cit., pp. 145ss., il quale efficacemente osserva che tale istituto si poneva «alla stregua di contropotere funzionale alla perdita di centralità del Parlamento», compensando il sacrificio delle prerogative parlamentari con il rafforzamento «degli strumenti partecipativi nella prospettiva di un'ideale relazione esecutivo/cittadini» (p. 149).

scono per stravolgerne il senso, rischiando di produrre medicine più perniciose dei mali che si vorrebbero curare.

Piuttosto, è il senso complessivo e storicamente "situato" quello a cui oggi occorre guardare, rispetto all'ampia formulazione della proposta Mortati. Laddove ipotizzava l'espressione popolare per impedire l'entrata in vigore di una legge appena approvata dalla Camere o per introdurre nuove disposizioni legislative, quella proposta esprimeva in fondo l'esigenza di immettere la partecipazione anche all'interno dei processi decisionali: ma il limite degli strumenti previsti, e forse la ragionevolezza della scelta più restrittiva infine adottata, stava appunto nella mancanza di un'interlocuzione effettiva fra il popolo e i rappresentanti, dal momento che il referendum è strutturalmente inadeguato a consentire forme di confronto dialogico.

Neanche le figure del referendum di indirizzo e del referendum consultivo sembrano poter assolvere a questo compito: nonostante le promesse evidentemente affidate all'uso di termini (indirizzo e consultazione) che sembrano presupporre una maggiore apertura al confronto, la strutturale destinazione dell'istituto referendario alla sola possibilità di esprimere favore o contrarietà esclude in radice la produzione di quel valore aggiunto che nasce dal confronto argomentato, suscettibile di portare a modificare le reciproche posizioni e la proposta originaria.

Eppure il referendum consultivo è strumento che continua ad attrarre, per l'evidente utilità del compromesso che consente tra il soddisfacimento (apparente) delle istanze partecipative e la governabilità del dissenso; tra il carattere esigente degli istituti e delle procedure della democrazia partecipativa e gli schemi semplificanti e più veloci della democrazia diretta.

Questo istituto si colloca in effetti in una zona grigia fra i due modelli partecipativi: trattandosi di una forma di consultazione svolta all'interno di un processo decisionale, esso dovrebbe formalmente ascriversi al modello di democrazia partecipativa, tuttavia viene attuato con criteri e modalità che ne riducono fortemente l'inclusività e ne svuotano il carattere dialogico, collocandolo sul gradino più basso dei livelli di partecipazione[36].

[36] In questo senso v. anche E. FREDIANI, *La partecipazione popolare*, in P. COSTANZO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Liguria*, Giappichelli, 2011, pp. 326ss.

Il fatto è che nell'aggettivo "consultivo" si fondono e si confondono due accezioni assai diverse del concetto di "consultazione": da un lato lo strumento tipico della democrazia partecipativa, ossia il processo inclusivo che dovrebbe condursi con tecniche metodologicamente rigorose per attivare il confronto dialogico degli argomenti e delle informazioni in possesso dei soggetti interessati, al fine di consentire a questi di influenzare il processo decisionale in funzione di scelte il più possibile condivise, efficaci e rispondenti ai bisogni[37]; dall'altro il contenitore concettuale identificato dall'aggiunta del riferimento al popolo ("consultazione popolare"), che accoglie tutte le forme di esercizio della sovranità ma che viene più frequentemente utilizzato per indicare quelle che si esprimono attraverso il voto.

Questa ambiguità di fondo produce una confusione definitoria e contenutistica che si riverbera sulla disciplina e sui modi di utilizzo del referendum consultivo, a vantaggio degli aspetti semplificanti della democrazia diretta e a danno delle esigenze metodologiche della democrazia partecipativa. Ne sono conferma talune aberrazioni terminologiche presenti in atti normativi, come quella che fa riferimento a «consultazioni popolari consultive»[38]; ma anche le riduttive e ambigue applicazioni dell'istituto a livello regionale e locale[39].

---

[37] Sul carattere di «rilevazione metodologicamente rigorosa delle percezioni e delle valutazioni dei destinatari degli interventi di regolazione», in particolare C. SILVESTRO, *Leggi di semplificazione e nuove forme di consultazione nei processi di regolazione*, in *Riv. trim. scienza amm.*, n. 1/2002, p. 123. Ma v. anche A. LA SPINA, S. CAVATORTO, *La consultazione nell'analisi di impatto della regolazione*, Dip. Funzione pubblica – Pres. Consiglio dei Ministri, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2001; P. MARSOCCI, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare, in Rassegna parlamentare,* n. 1/2016; ID., *Effettività e "sincerità" della partecipazione popolare. Spunti sui cambiamenti dell'assetto costituzionale italiano*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3/2015, parte I, pp. 106, ove si insiste sul fatto che la disciplina dettagliata del metodo non è sufficiente se non consente ai partecipanti di influenzare la decisione finale. In senso analogo a quest'ultima, F. SCIARRETTA, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali pubblici quale forma di legittimazione dei poteri pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

[38] L'espressione, contenuta nella l.r. Sardegna n. 1/2008, rappresenta una sorta di avvitamento concettuale che suonerebbe quasi ironico, se non tradisse un'affannosa quanto sterile rincorsa dei significati della consultazione.

[39] A livello comunale, ad esempio, ove la genericità dell'art. 8 del Tuel di certi non ha aiutato, la maggior parte dei regolamenti sul referendum consultivo (circa l'80%) limita la partecipazione ai soli iscritti alle liste elettorali del Comune; ma anche negli altri casi (come quelli che estendono il diritto di voto anche ai minori), è comunque sempre richiesta la residenza, in alcuni casi da almeno 5 anni. Per analisi e riflessioni critiche sulle evoluzioni applicative del referendum consultivo v., più di recente: M. PIETRANGELO, *Qualche rifles-*

Eppure vi è un aspetto del referendum consultivo che impone di sostare ancora un attimo sulla sua ibrida identità. È vero che esso affida l'espressione popolare al voto e allo schema binario della scelta fra il si e il no; tuttavia vi è nel referendum consultivo un *surplus* di politicità niente affatto contraddetta dal fatto di non produrre effetti giuridici vincolanti. Come è stato ben osservato, è proprio «la duttilità» derivante dall'assenza di carattere normativo a rendere questo strumento *potenzialmente* idoneo ad «incidere sugli oggetti più diversi con un grado di vincolatività per gli organi politici talvolta superiore a quello dei referendum normativi»[40]. Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto che questo tipo di espressione popolare, non limitandosi al giudizio su un singolo atto, è suscettibile di addentrarsi ben più oltre, nella dimensione della «consonanza tra la comunità e l'organo politico nonché della connessa responsabilità politica»[41].

Questo aspetto è lo stesso su cui insistono da tempo gli studiosi più attenti del modello di democrazia partecipativa, allorché ravvisano il suo punto di forza nella capacità di *influenza* piuttosto che nella produzione di effetti vincolanti. Essi considerano riduttiva e fuorviante la pur diffusa convinzione che la forza della partecipazione dovrebbe risiedere nella sua vincolatività rispetto al decisore (partecipazione "calda")[42], sostenendo che essa debba discendere dall'influenza che riesce ad esercitare piuttosto che dai poteri legali che ad essa siano attribuiti. La democrazia partecipativa non è e non può essere «una replica -con altri protagonisti- della democrazia rappresentativa»; ed è proprio la mancanza di potere vincolante a costituire il valore aggiunto della democrazia partecipativa (partecipazione "fredda"), poiché «permette interazioni meno imbrigliate, favorisce l'informalità dei rapporti tra i partecipanti, consente loro di confrontarsi in modo aperto

---

sione sui metodi della consultazione popolare al tempo di Internet, a margine dei referendum consultivi veneti su indipendenza e autonomia, in www.federalismi.it, n. 1/2015; S. TROILO, *Fra tradizione e innovazione: la partecipazione popolare tramite consultazioni e referendum consultivi, a livello regionale e locale*, in www.federalismi.it, n. 11/2016.

[40] M. VOLPI, *Referendum*, cit., p. 503.

[41] Corte cost., 18 maggio 1989, n. 256.

[42] V. in proposito la fortunata distinzione fra partecipazione «calda» e partecipazione «fredda» elaborata da A. FUNG, *Survey article: Recipes for public spheres: Eight institutional design choices and their consequences*, in *The Journal of Political Philosophy*, n. 11/2003, pp. 338ss., ripresa e discussa in L. BOBBIO - G. POMATTO, *Il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte pubbliche*, in *Meridiana*, n. 58/2007, pp. 45ss.

senza posizioni precostituite e di inventare soluzioni nuove»[43]. Obiettivo delle forme di consultazione non è quello di moltiplicare i decisori attribuendo potere bensì quello di creare capacitazione, ossia capacità di elaborazione e invenzione: si pensi all'esperienza francese del *débat public*, che si segnala per il buon livello di influenza pur in presenza di una legge statale che espressamente esclude ogni forma di vincolatività[44].

In ogni caso, come si è detto, le prassi applicative mostrano una generalizzata attuazione al ribasso delle potenzialità del referendum consultivo.

Tornando al quadro complessivo delle proposte di riforma costituzionale, il secondo dato attiene – come si è detto – dalla vaghezza e genericità (se non vera e propria assenza) di ipotesi concernenti *altre* forme di partecipazione.

Il ddl Renzi-Boschi, che di certo poteva contare su un dibattito più che maturo e su esempi regolativi (anche costituzionali) importanti degli istituti di democrazia partecipativa, si limitava a stabilire che «Al fine di favorire la partecipazione dei cittadini alla determinazione delle politiche pubbliche, la legge costituzionale stabilisce condizioni ed effetti (…) di altre forme di consultazione, anche delle formazioni sociali. Con legge approvata da entrambe le Camere sono disposte le modalità di attuazione»[45].

Anche fra i sostenitori più convinti della riforma, che hanno voluto vedervi – fra le altre cose – un generale rafforzamento degli istituti partecipativi, poco si è riusciti a dire a sostegno di questa previsione,

---

[43] L. BOBBIO - G. POMATTO, op. ult. cit., p. 70.

[44] Le forme di co-decisione, espressione di una partecipazione apparentemente più appetibile perché vincolante, sono in realtà sempre pericolosamente protese verso dinamiche di tipo concertativo, come tali non inclusive; mentre è assai più decisiva (e insieme garantista), nella prospettiva della democrazia partecipativa, la previsione di regole che assicurino un'adeguata considerazione dei risultati della partecipazione da parte del decisore. Prevedere ad esempio l'obbligo di motivazione della decisione avrebbe il pregio di far sì che la mancata o inadeguata considerazione degli esiti del processo partecipativo divenga contestabile come un vizio sostanziale dell'atto o decisione finale, sindacabile anche in sede giurisdizionale. Sui margini e sui limiti di un sindacato giurisdizionale avente ad oggetto la corretta partecipazione, v. fra gli altri U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 326ss.; R. CAMELI, *Il controllo della partecipazione: profili istituzionali e di garanzia*, in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 357ss.

[45] Art. 71, co. 4, Cost., come modificato nel ddl.

se non che fosse «densa di aspettative»[46]. E in effetti null'altro si poteva dire a favore di una norma doppiamente in bianco e mal collocata.

Molto si potrebbe dire qui, ma bastino su tutte quatto considerazioni: il rinvio a ben due future leggi attuative (una costituzionale e una ordinaria) eludeva la responsabilità della scelta fondamentale circa il *tipo* di partecipazione cui affidare la democratizzazione dei processi decisionali; la collocazione della previsione nell'art. 71, che disciplina l'iniziativa legislativa popolare, confermava la visione riduttiva dei nuovi istituti (non a caso affiancati ai referendum propositivo e d'indirizzo) in quanto implicitamente circoscritti alla fase ex ante dei processi decisionali, in contrasto con le riflessioni e le discipline più avanzate che considerano la consultazione strumento fondamentale anche della fase ex post per la valutazione dell'efficacia; proprio la collocazione nell'art. 71 poteva, per altro verso, suggerire il rafforzamento dell'iniziativa legislativa popolare attraverso l'inserimento di una successiva fase consultiva, prevedendo il coinvolgimento dei promotori nella fase istruttoria in Commissione, sull'esempio di quanto previsto per l'iniziativa dei cittadini europei[47]; l'utilizzo generico del già abusato e ambiguo termine "consultazione" alimenta la confusione concettuale anziché attenuarla, ma soprattutto non coglie l'occasione per identificare gli istituti e le garanzie necessarie a dare effettività al principio di partecipazione di cui all'art. 3, co. 2, Cost.

Quest'ultimo argomento non è di poco conto, e tradisce forse anche più degli altri l'operazione miope (o solo retorica) che si celava dietro a questa previsione. La possibilità di cogliere l'occasione di una riforma costituzionale di grande portata anche per offrire strumenti nuovi e più adeguati ai principi della prima parte della Costituzione vantava infatti un precedente importante, per gli effetti giuridici che sta producendo: l'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale nel 2001. Con questa riforma costituzionale, pur criticabile per altri aspetti, si è infatti scritta una norma che ha consentito significativi sviluppi del più generale principio di solidarietà già riconosciuto dall'art.

[46] Così, ad esempio, G. PISTORIO, *Referendum e partecipazione popolare*, in *www.treccani.it*.

[47] In tema di iniziativa legislativa popolare la proposta di modifica dell'art. 71 si limitava invece ad introdurre l'obbligo di discussione e deliberazione da parte delle Camere, peraltro prevedendo contestualmente il drastico innalzamento del numero delle firme necessarie.

2 Cost., favorendo nuove forme di collaborazione fra le amministrazioni e i cittadini Ma il fatto che la stessa occasione non si sia colta per il principio di partecipazione non è forse casuale: si tratta infatti di un principio ancor più esigente perché più strettamente connesso al cuore dell'esercizio del potere.

Per queste ragioni la previsione del ddl Boschi-Renzi non sembrava potersi legittimare neanche come fonte di aspettative, contemplando «innovazioni "a futura memoria"» indotte piuttosto da «esigenze di immagine»[48].

Del resto neanche i disegni di legge costituzionale presentati nel tempo per riforme puntuali in tema di partecipazione sono riusciti ad osare di più. In tutte le proposte, che non stiamo qui a ripercorrere, gli istituti di democrazia diretta non riescono ad uscire dall'alternativa fra espressione del dissenso e proposta alternativa a quella delle istituzioni rappresentative: ciò che manca è sempre la previsione di *altre* forme di partecipazione che consentano l'innesto degli argomenti popolari nel processo decisionale politico.

Bisogna ammettere che questo dato fa riflettere. Il fatto, cioè, che questa lacuna accomuni tutte le ipotesi di revisione costituzionale degli istituti partecipativi (di là dall'ampiezza delle stesse) induce a pensare che le cause non stiano soltanto nella timidezza o nella malafede della politica.

Vale la pena di ricordare che questa stessa accusa di timidezza fu già contestata allorché venne rivolta al Costituente, per il fatto di non aver espressamente individuato i modi e le forme della partecipazione[49]: una tale scelta, si affermava a suo sostegno, non poteva che derivare dalla peculiare natura del principio di partecipazione e dalla sua intima connessione con le situazioni di fatto cui si riferisce il secondo

[48] Rispettivamente, M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare: quale riforma?,* in Costituzionalismo.it, 2/2016, parte I, p. 27, e G. FERRI, *Le prospettive di riforma del referendum (alla luce del procedimento di revisione costituzionale in corso)*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, E.S.I., 2016, pp. 328-329. In senso analogo, fra gli altri, E. DE MARCO, *Il referendum propositivo nell'attuale progetto di riforma della Costituzione. Aspetti preliminari e spunti di riflessione*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, I, p. 783; A. PACE, *Referendum 2016 sulla Riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2016, p.25, che parla di «mera promessa»; A. PERTICI, *La Costituzione spezzata*, Torino, Lindau, 2016, p. 126, che parla addirittura di semplice «auspicio».

[49] Così L. BASSO, *Per uno sviluppo democratico nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, II – *Le libertà civili e politiche*, Firenze, Vallecchi, 1969, p. 15.

comma dell'art. 3. Ogni tentativo di astratta individuazione di modi e strumenti avrebbe rischiato di tradursi in sterile schematismo ideologico, meglio rispondendo alle esigenze della democrazia sostanziale il fatto che la partecipazione riceva i propri contenuti «dai principi di cui all'art. 3, 2° comma, nel rilievo che tali principi danno ai fatti determinativi delle disuguaglianze e della carenza di partecipazione»[50].

Queste considerazioni appaiono ragionevoli ancora oggi; e forse ancor di più. Avrebbe un senso, ad esempio, costituzionalizzare la previsione del dibattito pubblico per le decisioni riguardanti i grandi interventi sul territorio, come pure è stato da più parti ipotizzato, dato il rilievo politico e giuridico che questo istituto va assumendo in alcune parti d'Italia e soprattutto all'estero? Eppure si tratta di strumento che, per quanto abbia dato buona prova di sé in alcuni contesti, rappresenta pur sempre soltanto *una* delle tecniche possibili per realizzare processi partecipativi; e come insegnano gli esperti della materia, non vi è una tecnica migliore delle altre e valida in assoluto ma occorre – al contrario – scegliere di volta in volta la tecnica più adeguata al contesto e agli obiettivi del processo da realizzare[51].

Con riferimento agli istituti di democrazia partecipativa è dunque principalmente il legislatore ordinario, in quanto storicamente situato, che può farsi interprete di quelle garanzie di effettività che non possono esaurirsi una volta per tutte entro formule predeterminate. Questo non significa negare che sarebbe utile, ed anzi opportuna, l'introduzione di un chiaro principio di inclusività dei processi decisionali e di talune garanzie che poi la legge ordinaria avrebbe il compito di attuare; tutt'altro. Ma la strada delle riforme costituzionali non è la via maestra, né quella decisiva: il carattere eminentemente procedurale delle forme della democrazia partecipativa e la loro stretta connessione con il sistema politico-istituzionale, in un rapporto di influ-

[50] F. FICHERA, *Spunti tematici intorno al nesso tra principi di eguaglianza e di partecipazione di cui all'art. 3, 2° comma, della Costituzione*, in AA.VV., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, E.S.I., Napoli, 1974, pp. 50-51. Analogamente V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 Cost.*, ivi, p. 25.

[51] L'idea di inserire in Costituzione la previsione del dibattito pubblico, per quanto indubbiamente affascinante per chi da anni si occupa di questi temi, ricorda il dibattito analogo che periodicamente riaffiora sull'ipotesi della costituzionalizzazione del diritto di accesso ad Internet: una previsione non necessaria, a parere di chi scrive, perché innegabilmente implicita nel combinato disposto di principi costituzionali già esistenti; e forse, a conti fatti, neanche opportuna.

enza reciproca sui modi del rispettivo rendimento[52], fa sì che occorra ragionare prioritariamente nei termini dell'attuazione costituzionale.

5. La triplice dimensione della partecipazione nell'orientamento del Costituente: obiettivo, strumento, metodo

Il proposito appena dichiarato ha un senso, tuttavia, a patto che l'attuazione sia orientata a rafforzare l'*orientamento del Costituente*[53].

Su quest'ultimo punto vale la pena di tornare a soffermarsi, seppur brevemente, perché nella mai chiarita specificità e insieme complementarietà degli aspetti in cui quell'orientamento si articola risiede probabilmente una delle cause del fallimento dei discorsi sulla partecipazione *nelle* riforme.

L'orientamento del Costituente, quale emerge dalla formulazione dell'art. 3, co. 2, deve intendersi nel senso di riconoscere al principio di partecipazione una triplice declinazione: obiettivo, strumento, metodo.

Innanzitutto, la collocazione di tale principio a chiusura del quadro delineato dai primi tre articoli evoca la costruzione di un sistema istituzionale che sappia creare le condizioni per lo sviluppo non solo individuale ma anche relazionale e comunitario della persona.

Esso pone dunque un *obiettivo* fondamentale: la realizzazione di una democrazia sostanziale, fondata sull'esercizio permanente della sovranità e su criteri inclusivi più ampi di quelli che fondano la democrazia rappresentativa e la democrazia diretta. Per indicare questo modello, già ai tempi del dibattito costituente si parlò di democrazia partecipativa: un modello terzo ma complementare rispetto ai due più tradizionali, fondato non sulla delega del potere né sulla la rivendicazione dello stesso bensì sulla collaborazione e l'interlocuzione stabile fra soggetti pubblici e società civile. Nella democrazia partecipativa può ravvisarsi la dimensione dinamica della partecipazione: se *partecipazione* è la parola che definisce l'idea, *processo partecipativo* è la locuzione che la storicizza in funzione dei suoi fini ed in connessione con

[52] La rilevanza dell'interazione fra strumenti di partecipazione e contesto istituzionale è sottolineata da M. DELLA MORTE, op. cit., pp. 173ss.

[53] G.M. SALERNO, op. cit., p. 1336, osserva che «non è tanto all'esito concreto che deve guardarsi quanto al *senso* e al *fine* delle proposte concernenti gli istituti partecipativi».

l'azione di governo, che limita e condivide nello stesso tempo alla luce delle ragioni del costituzionalismo[54]. Era del resto questo il senso più profondo del mutamento voluto dal Costituente rispetto all'impostazione liberale: passare da una partecipazione relegata in atti episodici ai confini dei processi decisionali (voto, libertà civili) ad una partecipazione strutturale alle dinamiche di esercizio del potere; da una possibilità astratta di partecipazione riferita a singoli atti nella prospettiva delle libertà negative, già tutelate altrove nel testo costituzionale, a processi partecipativi in cui l'interlocuzione col potere è permanente e le cui forme devono essere continuamente adeguate sulla base dell'esperienza storica.

In secondo luogo, per la realizzazione di quell'obiettivo lo stesso principio impone la previsione di *strumenti* adeguati, ossia di modalità di confronto ulteriori e diverse da quelle che ruotano attorno all'espressione del voto: l'affiancamento all'eguaglianza sostanziale e il dovere di rimozione degli ostacoli posto in capo alle istituzioni repubblicane impone la costruzione di una robusta impalcatura di condizioni materiali, procedure e garanzie dei livelli essenziali della partecipazione; poiché a differenza di quanto può dirsi per i diritti civili, l'effettività che la Costituzione richiede non è qui condizione «ulteriore di un diritto che già di per sé può esistere giuridicamente, ma è condizione di esistenza stessa del diritto»[55].

Infine, e di conseguenza, il principio di partecipazione necessita di essere tramutato in *metodo* di governo della complessità sociale, quale ingranaggio stabile dei processi di costruzione, attuazione, valutazione e controllo delle politiche pubbliche: un metodo che richiama l'essenza stessa del costituzionalismo in quanto determina e influenza l'efficacia e la *sostenibilità delle decisioni politiche* ben più di quanto non facciano i parametri economici (ai quali si fa invece più spesso e più volentieri riferimento).

È in questo senso che l'attenzione sul tema della democrazia partecipativa appare oggi fondamentale: non come argomento-manifesto da sbandierare in modo retorico e salvifico (il velleitarismo non è migliore della demagogia), bensì come concreta esigenza di ripensare il me-

[54] R. DICKMANN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo per una Costituzione universale dei diritti e delle libertà*, in Dem. dir., n. 4/2008, p. 633.

[55] Così, a proposito dei diritti sociali, V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, Cedam, 2002, pp. 104.

todo del decidere e dell'agire delle istituzioni rappresentative. L'obiettivo degli istituti di democrazia partecipativa, ossia delle *altre* forme di partecipazione cui le varie proposte di riforma costituzionale non riescono a dare volto né garanzie, non è quello di assicurare al popolo la possibilità di affrancarsi dal potere decisionale delle istituzioni rappresentative imponendo scelte e modalità di governo alternative, bensì quello di penetrare in *quegli stessi processi decisionali* per influire sul *modo in cui quelle stesse istituzioni rappresentative decidono*. Agendo *all'interno* dei processi decisionali, tali istituti spezzano il pernicioso automatismo dell'identificazione fra partecipazione concreta e democrazia diretta, imponendo di abbandonare la logica del popolo in favore di quella delle singole voci ed elevando la partecipazione da "incidente esterno" del percorso politico a metodo di governo interno al sistema rappresentativo.

Il più ampio modello della democrazia partecipativa, nel quale trova espressione la partecipazione-obiettivo proclamata dall'art. 3, appare allora assai più strettamente connesso e funzionale a quello della democrazia rappresentativa di quanto non lo sia quello di democrazia diretta: perché se quest'ultimo fornisce strumenti essenziali di stimolo e di controllo del potere, il primo ne è insieme obiettivo, strumento e metodo di esercizio. In una parola, lo legittima.

Ragionare sulla partecipazione-obiettivo dell'art. 3 significa infatti interrogarsi complessivamente sul *modo* in cui la volontà popolare contribuisce alla formazione della volontà politica: «ciò che può assicurare il rispetto del carattere democratico del sistema politico» non è la partecipazione in sé considerata «ma sono le *effettive condizioni* in cui» essa «assume un senso e un peso reale» nei modi in cui il potere concretamente si esercita[56].

L'effettività delle condizioni richiama il tipo di regole e di strumenti, che necessitano di essere tradotti in dispositivi a carattere eminentemente procedurale e organizzativo. In quanto storicamente mutevole, il concetto di partecipazione vale infatti non tanto o non solo come rappresentazione di ciò che la partecipazione stessa costituisce, bensì come «proposta di *organizzazione della partecipazione*, come indica-

[56] G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., pp. 18-19. Come osserva N. URBINATI, «la libertà politica della democrazia non si misura dai risultati ma dal suo esercizio, che è fare e rifare le decisioni insieme agli altri»: *Democrazia in diretta. Le nuove forme della rappresentanza*, Milano, Feltrinelli, 2013, p. 34.

zione di *quale e quanta* partecipazione si voglia realizzare e di *come* si voglia realizzarla»[57]. Lungi dal porsi in contrasto con la mutevolezza delle forme che i processi partecipativi possono assumere e delle tecniche che possono essere utilizzate, le garanzie procedurali codificate nelle norme mirano a consentire che quella flessibilità possa aver luogo senza sfociare nella casualità ed episodicità, e -dunque- nell'inefficacia: mirano cioè a presidiare il *metodo*.

Tale duplice esigenza (strutturare la partecipazione come metodo e contemporaneamente consentirne la mutevolezza delle forme in relazione ai contesti) può e deve realizzarsi puntando alla disciplina di *livelli qualitativi essenziali delle procedure partecipative*[58]: in quanto ausilio prestato agli organi rappresentativi, la partecipazione potrà infatti avere successo solo in relazione al suo «potenziale politico effettivo», ossia grazie alla previsione di procedure che puntino non tanto su garanzie meramente formali quanto sulla «incentivazione sostanziale della partecipazione stessa»[59].

Ebbene, se pressoché tutti i progetti di riforma costituzionale che si sono misurati con il tema della partecipazione hanno in vario modo evocato l'obiettivo di riavvicinare rappresentanti e rappresentati attraverso l'ampliamento delle forme di esercizio della sovranità, poi qualcosa puntualmente si è spezzato, non consentendo all'obiettivo di tramutarsi in strumenti coerenti, e dunque in metodo.

Il fatto è che l'affannosa ricerca dell'efficienza del sistema politico finisce inesorabilmente per essere attratta dalla seduzione del "*chi decide*" piuttosto che dalla lungimiranza del "*come si decide*", cadendo in quel tranello della governabilità per cui «governare è più attraente

[57] M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., p. 229.

[58] Tali livelli essenziali dovrebbero tradursi in criteri specifici volti ad orientare le scelte concernenti, in particolare: l'individuazione dei *casi nei quali è opportuno avviare processi partecipativi* (complessità e/o rilevante conflittualità della materia oggetto di discussione); l'individuazione delle *fasi nelle quali attivare i processi partecipativi (*tempestività e ripetibilità); l'individuazione e la scelta dei *soggetti da coinvolgere (*inclusività, specie nei confronti di soggetti rilevanti ma a maggiore rischio di esclusione); l'individuazione di *strategie informative e comunicative adeguate*; la scelta delle *tecniche per il coinvolgimento degli interessati* (onerosità, attendibilità dei risultati, utilità ed esaustività degli stessi); la *disciplina degli esiti dei processi partecipativi (*obbligo di motivazione); la previsione di strumenti di *monitoraggio e valutazione* dell'efficacia del processo partecipativo; la disciplina dei *profili organizzativi (*garanzia politica, di regia, di controllo e valutazione, di conduzione).

[59] G. BERTI, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, op. cit., p. 3.

che rappresentare»[60], e puntando a realizzare una «democrazia decidente» piuttosto che una «democrazia coinvolgente» ed emancipante quale quella prefigurata dalla Costituzione[61]. In un ricorrente eccesso di fiducia nell'ingegneria costituzionale, si tenta di ottenere la coesione politica e la qualità delle scelte attraverso regole che rimangono al di fuori dei processi decisionali, ricercando formule di equilibrio fra i poteri ma non anche fra gli attori tutti della vita politica.

Anche in occasione della riforma del 2001, diffusamente e impropriamente aggettivata in senso federale, non sembra essersi posta sufficiente attenzione al significato originario del concetto di federalismo, quale *metodo di governo collaborativo e partecipativo* (da *foedus*, patto, alleanza): la riduzione della prospettiva federale alla dimensione meramente territoriale di articolazione del potere e il conseguente «difetto competenzista»[62] hanno lasciato sullo sfondo le connessioni più profonde tra federalismo, collaborazione e partecipazione (v. *infra* par. 6).

Ma non v'è ricerca della stabilità e governabilità politica che possa prescindere dalla contestuale ricerca di garanzie sulle dinamiche di individuazione dei bisogni e di costruzione delle risposte. Vi è, cioè, un nesso inscindibile fra decisione e garanzie: queste ultime devono essere «incorporate nei processi decisionali di governo», affiancando le garanzie *della* decisione alle garanzie *nella* decisione[63].

La questione riporta così al modello di democrazia sostanziale delineato dal Costituente e al delicatissimo tema della qualità del sistema politico nel suo complesso: un modello in cui la decisione sia non solo possibile ma anche legittima; e sia legittima in senso non solo formale ma anche sostanziale, in quanto prodotta dal confronto con il potere, dalla continuità di un metodo del decidere che sappia strutturare in

---

[60] G. FERRARA, *La crisi del neoliberismo e della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2013, p. 3.

[61] G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa,* in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare,* cit., vol. V, p. 1798. Per un'ampia e convincente riflessione, v. E. OLIVITO, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2015, pp. 38ss.

[62] A. BARBERA, *Intervento su La revisione della forma di Stato*, in Commissione per le riforme costituzionali, *Approfondimenti allegati alla Relazione finale*, 2013, *www.riformecostituzionali.gov.it*, p. 58.

[63] A. MANZELLA, *Riforme istituzionali: torniamo alle garanzie,* in AA.VV., *Per una democrazia europea*, Firenze, Passigli Editori, 2009, pp. 101-103.

modo stabile procedure, strumenti e garanzie di un ascolto plurimo e articolato.

6. L'ulteriore declinazione degli istituti di democrazia partecipativa oggi: paradigma delle politiche della fragilità e metodo di governo dei conflitti

La riproduzione della miopia delle grandi riforme appare tanto più grave in un tornante storico in cui la consapevolezza delle fragilità ha fatto irruzione nelle vite degli individui, nelle sorti delle comunità, nelle capacità di governo dei territori, negli ingranaggi delle democrazie.

Non le crisi strettamente intese, o non soltanto; piuttosto le fragilità, le condizioni di vulnerabilità. Perché se *crisi* e *debolezza* sono stati termini fortemente congeniali al modello di sviluppo capitalista e al *welfare* assistenziale, in quanto entrambi imperniati su un sistema valoriale che ha alimentato i miti della normalità e dell'autosufficienza del potere, il riconoscimento del carattere strutturale delle fragilità impone di tornare ad interrogarsi sul modo di leggere i bisogni, sul modo di includere i saperi civici in quanto fonti di informazioni essenziali, sul modo di governare preventivamente i conflitti generati da decisioni che incidono fortemente sui territori.

Sono questi, oggi, i grandi temi; accanto a quelli della legge elettorale, della forma di governo, della ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni.

Le c.d. nuove crisi, di cui quella economica costituisce un aspetto, sono riconducibili a fenomeni solo apparentemente eterogenei, poiché tutti in realtà convergono nell'imporre il ripensamento delle politiche e dell'agire pubblici alla luce di paradigmi comuni e trasversali.

Ma due sono gli aspetti che hanno favorito, nelle "politiche delle crisi", l'ulteriore allontanamento della politica dai luoghi della partecipazione *effettiva*.

Innanzitutto, la sopravvalutazione della dimensione statica del concetto di crisi ha portato a privilegiare reazioni e politiche di tipo emergenziale, difensivo o assistenziale, rispetto a letture trasversali e di lungo periodo, per rispondere a mutamenti che generalmente non sono

affatto transitori[64]. In questa impostazione il termine crisi diventa un rassicurante eufemismo che consente di oggettivizzare forme di fragilità causate dall'azione dell'uomo e di spostare altrove il complesso tema della responsabilità[65].

Di ciò si trova conferma nella copiosa legislazione degli ultimi anni sull'emergenza finanziaria. La gran parte di questi interventi si concentra prevalentemente sulla crisi economica, e sui dati statici di questa: quali costi tagliare, quali prestazioni sacrificare, quali autonomie comprimere, quali diritti deludere. Il presupposto di queste politiche è un imperativo di "normalizzazione" che impone sofferti ma necessari sacrifici collettivi per "uscire dalla crisi".

Ma i risvolti antidemocratici di questa prospettiva non hanno tardato a rivelarsi: fra questi, una spiccata tendenza all'accentuazione del decisionismo politico e al riaccentramento del potere, che in nome dell'emergenza mette drasticamente da parte ogni dialogo, non solo con il "popolo" bensì anche –sovente – con le istituzioni locali[66]. E

---

[64] Dalle condizioni di debolezza più strettamente individuali (come la malattia) sino a quelle che colpiscono gruppi o intere comunità (come l'inquinamento o la crisi economica), tali fenomeni sono stati considerati per lo più in termini patologici rispetto a condizioni di normalità contrassegnate da pienezza (di capacità, risorse, ecc.): secondo quei modelli, il venir meno della normalità – e dunque l'indebolimento – deve essere combattuto e superato per tornare alla condizione di partenza e riaffermare il primato della normalità sulla debolezza. In questo modo, ciò che non funziona o che è diverso può essere confinato nel recinto delle patologie/eccezioni anziché indurre a mettere in discussione la validità del modello e delle relative istituzioni. Lo stesso lessico che si è sviluppato attorno alle crisi appare emblematico, perché attinge grandemente al linguaggio bellico (combattere, vincere, colpire, ecc.).

[65] Si pensi, ad esempio, al depauperamento delle risorse del pianeta, che espone a nuove forme di povertà e di alterazione dell'ecosistema; alla realizzazione di impianti altamente inquinanti che espongono gli abitanti alla contrazione di malattie. Se rispetto alle cause naturali della fragilità e della sua degenerazione in debolezza (come la contrazione di malattie legate all'invecchiamento) non può certo chiedersi ai poteri pubblici la rimozione delle stesse bensì soltanto la creazione di uguali condizioni e uguali *capacità* di sostenere o al massimo ridurre la fragilità, nel caso delle fragilità e delle forme di indebolimento causate dall'azione dell'uomo è invece chiamata in causa la *responsabilità politica* di rimuoverne e prevenirne le cause, attraverso politiche di tipo precauzionale volte a ripristinare l'eguaglianza di *chances* di vita dignitosa e sostenibile.

[66] La letteratura in proposito è ormai ampia. V. fra gli altri: R. BIFULCO, O. ROSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2013; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; G. GARDINI, *Le autonomie ai temi della crisi*, in *Ist. fed.*, n. 3/2011, pp. 457ss.; L. VANDELLI, *Sovranità e federalismo interno: l'autonomia territoriale all'epoca della crisi*, in *Le regioni*, n. 5-6/2012, pp. 845ss.

che si tratti di un fenomeno non limitato alle questioni economiche ma assai più pervasivo lo dimostrano casi come la discussa politica di ricostruzione dopo il sisma aquilano del 2009[67], o più in generale la nascita di quel filone normativo che taluno ha evocativamente definito «diritto del disastro», altri – più pragmaticamente – «diritto delle crisi industriali»[68].

In una prospettiva più esigente, che ridimensioni i dati contingenti delle crisi per contestualizzarli diacronicamente nei processi evolutivi di cui sono espressione, le crisi possono piuttosto e finalmente rivelarsi come "occasione" per un ripensamento generale delle categorie politiche e giuridiche.

Lungi dall'alimentare irrazionali (o strumentali) disperazioni, le crisi ambiscono a porsi piuttosto come «registrazione della transizione in atto, rimozione di schemi ormai decrepiti, ma anche progetto di un nuovo disegno dell'ordine giuridico innervato in categorie di nuovo conio. Noi ci troviamo, per l'appunto, all'interno di questo crogiuolo creativo»[69].

In particolare, le crisi devono essere ricondotte alla loro intima natura di situazioni di turbamento rivelatrici di fragilità: laddove quest'ultima non è condizione patologica bensì strutturale, e come tale non può essere eliminata ma piuttosto compresa e rispettata, poi governata e – quando possibile – valorizzata. La storia ha ampiamente dimostrato che la fragilità (o, meglio, la consapevolezza della fragilità) non è sinonimo di debolezza ma «una risorsa, una strategia di vita», è l'origine della voglia di legame, di comprensione, di solidarietà[70]; è la «struttura portante, *leitmotiv*, dell'esistenza», la quale «non può essere

[67] Per alcune osservazioni, v. U. ALLEGRETTI, *Osservazioni finali*, in G. ARENA - F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, p. 361, ove si definisce il progetto C.A.S.E. come «una vera e propria parodia» messa in atto dall'autoritarismo governativo della Protezione civile; e volendo A. VALASTRO, *La partecipazione come metodo di governo nella ricostruzione: perché servono le regole*, in M. L. CALANDRA, *Territorio e democrazia*, L'Aquila, 2012, pp. 265 ss.

[68] M. MASSA, *Il diritto del disastro*, in Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2013; ID., *Il commissariamento dell'ILVA: un nuovo capitolo nel diritto delle crisi industriali*, in *Quad. cost.*, n. 3/2013, pp. 617ss. Ad esempio è significativo, a proposito di quanto detto sulla legislazione emergenziale, che ben 9 decreti legge siano stati approvati soltanto sul caso Ilva di Taranto.

[69] P. GROSSI, *Prefazione*, in R. BIFULCO, O. ROSELLI (a cura di), op. cit., p. VI.

[70] V. ANDREOLI, *L'uomo di vetro. La forza della fragilità*, Milano, 2008, pp. 28-29.

se non fragile», considerata sia di per sé che nelle sue declinazioni sociali e politiche[71].

In questo senso, le crisi hanno il *pregio* di ricondurre le vicende collettive alle proprie premesse esistenziali, riavvicinando fenomeni che sono stati affrontati per lo più separatamente nei decenni passati.

In ciò risiede il secondo aspetto che ha caratterizzato le politiche delle crisi, e ancor prima le politiche della debolezza: la «barbarie dello specialismo»[72] e l'estraniazione delle vicende della debolezza in altrettante categorie chiuse[73].

Grazie all'esplosione di una letteratura che, dai comparti più diversi del sapere, ha profondamente ripensato i concetti di capacità, responsabilità e cittadinanza, le categorie della vulnerabilità tornano oggi ad apparire come nodi di una rete di fragilità che aspira ad altrettante politiche fra loro dialoganti. Basti pensare ad alcuni soltanto dei molti temi che oggi vengono affrontati in modo convergente: il concetto di capitale sociale e più ancora quello di capacità, proposto oggi come paradigma alternativo a quelli di tipo economico nella misurazione dello sviluppo e del benessere delle nazioni e degli individui; il concetto ingegneristico di resilienza e le sue estensioni socio-politiche, quale metodo di governo delle crisi fondato sulla costruzione condivisa di nuovi scenari; la c.d. cittadinanza scientifica quale possibilità di condividere le informazioni e le scelte che influiscono sui "determi-

---

[71] E. BORGNA, *La fragilità che è in noi*, Torino, 2014, pp. 5-6.

[72] J. ORTEGA Y GASSET, *La ribellione delle masse,* [1930, 1937, 1938], trad. dallo spagnolo, Milano, SE, 2001, citato da M. MAMONE CAPRIA, *La scienza in una società democratica*, Intervento a *Science and Democracy* – Forum 2012, pubblicato in M. MAMONE CAPRIA (a cura di), *Scienza e democrazia*, Napoli, Liguori, 2003, pp. 457-68, nonché su *Dmi.unipg.it*.

[73] Si pensi per tutti al fenomeno della malattia: è ormai sotto gli occhi di tutti come molte malattie siano vicende sempre meno strettamente individuali e sempre più legate ai contesti di vita e alle scelte e politiche di governo dei territori. Gli studi sull'epigenetica (e non solo) hanno ampiamente dimostrato come l'ambiente sia il principale determinante di salute degli individui, imponendo di spostare l'attenzione dal concetto di *malato* a quello di *esposto*, cioè di persona esposta a condizioni ambientali che possono – se protratte nel tempo – generare malattie (emblematici i casi della Terra dei fuochi e della valle di Taranto): il primo è qualificabile come "soggetto debole", secondo le categorie giuridiche tradizionali; il secondo è piuttosto soggetto fragile o vulnerabile, perché ad alto rischio di cadere in forme di indebolimento che lo rendono – a quel punto sì – soggetto malato e quindi debole. La differenza di prospettiva è evidente: il malato deve essere assistito e curato per eliminare o ridurre la sofferenza e il disagio che derivano dalla malattia; al soggetto esposto devono essere garantite condizioni ambientali compatibili con le aspettative medie di salute e di benessere di una vita dignitosa.

nanti ambientali" della salute degli individui e dei territori; la *welfare society* e l'*economia civile* quali modelli che affidano la progettazione e l'attuazione delle politiche all'interazione circolare e sistematica di tutte le sfere di cui si compone la società (pubblica, privata, economica); i beni comuni e la sussidiarietà orizzontale; la cittadinanza e il suo ripensamento includente nella prospettiva dello *ius loci*; l'urbanistica partecipata, che da tempo ribadisce la necessità di coniugare la tecnica dei saperi esperti con la mente locale dei luoghi e dei loro abitanti.

Tutte queste prospettive, il cui elenco potrebbe continuare, lanciano molte indicazioni all'attuazione costituzionale.

Uno degli approdi più significativi, ormai accolto da un'ampia dottrina, è il ripensamento della cittadinanza nella sua declinazione *civica*, *partecipe*, *praticata*: la condizione formale di *appartenenza* non può più essere condizione aprioristica e formale della partecipazione, un *prius* astratto da cui discenda la legittimazione a farsi parte attiva; ma è al contrario il risultato sostanziale di un *modus* di vivere e di agire dei soggetti nel contesto politico, sociale e culturale dei territori che abitano[74]. Sono le *chances* concrete di partecipazione della "persona situata" che ne determinano l'appartenenza, e dunque la cittadinanza sostanziale, non il contrario: il legame del principio di partecipazione con quello dell'eguaglianza sostanziale, altrimenti, non avrebbe alcun senso.

Un altro approdo, strettamente connesso, è il recupero delle tradizioni di pensiero legate al federalismo e al territorialismo, che consentono oggi di chiarire ulteriormente il nesso che lega la vicenda dell'abitare a quella del decidere le trame dei propri destini.

L'aspetto che qui maggiormente interessa di queste riflessioni risiede non tanto nel loro profilo istituzionale, quali criteri organizzativi del rapporto fra poteri, quanto piuttosto nel loro profilo *processuale* e *metodologico* concernente i modi di esercizio del potere[75]. La tradi-

[74] In questo senso, in particolare, G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2011, pp. 425ss., e F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, n. 2/2016, pp. 305ss. Più in generale, v. da ultimo le riflessioni contenute in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, vol. VIII, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi* (a cura di L. FERRARA, D. SORACE), Firenze, University Press, 2016.

[75] «Il conglomerato dei concetti del federalismo rimane vitale in ragione della sua capacità di porsi sui territori di frontiera più remoti del 'politico' e di superarlo, oltrepassando al contempo anche il suo monopolio e lasciando emergere le altre dimensioni della convivenza, in un'epoca nella quale individui e gruppi avvertono come un peso i legami impo-

zione di pensiero avviata in Italia da Silvio Trentin e Carlo Cattaneo intendeva il federalismo come «struttura per partecipare», ovvero come un insieme di assetti mutuamente cooperativi basati sull'interazione solidale fra attori diversi in una società complessa, volto a costruire le condizioni per lo sviluppo politico e sociale e a sviluppare gli strumenti di una democrazia autenticamente partecipativa[76].

In questa prospettiva il nesso che lega i due concetti di federalismo e di partecipazione è insieme genetico e di risultato: non è un caso che il termine federalismo sia generalmente accompagnato da aggettivi che lo qualificano (cooperativo, competitivo, solidale, fiscale, ecc.), e che in vario modo richiamano concetti legati alla dimensione fattuale della partecipazione[77].

Questa impostazione, di certo non nuova ma a lungo trascurata soprattutto in Italia, costituisce oggi la risposta ineluttabile e più credibile ai fallimenti dei falsi federalismi, quelli strumentali a logiche destrutturanti e decisioniste in cui il federalismo viene concepito piuttosto come «struttura per decidere»[78].

Non solo, ma nelle letture più recenti il paradigma del federalismo solidale e collaborativo viene posto in stretta correlazione con le dinamiche di sviluppo dei territori, in polemica con «l'insostenibilità dei modelli prevalenti di governo della società»[79] e assumendo a parametro di riferimento il territorio come «organismo vivente ad alta com-

---

sti dalla poderosa macchina egualitaria e omogeneizzante dello Stato sovrano»: L.M. BASSANI – W. STEWART – A. VITALE, *I concetti del federalismo*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 17.

[76] A. MAGNAGHI, *Il progetto locale. Verso la coscienza di luogo,* Torino, Bollati Boringhieri, 2013, p. 134; G. GANGEMI, *Federalismo come struttura per partecipare e realizzare le identità locali*, in O. PIERONI – A. ZIPARO (a cura di), *Federalismo solidale e autogoverno meridiano*, Napoli, Intra Moenia, 2007, pp. 31ss. Nell'ambito della letteratura nordamericana, D. ELAZAR significativamente ravvisa l'essenza del federalismo nella «istituzionalizzazione di relazioni particolari fra i partecipanti alla vita politica»: *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, 1987, p.11.

[77] M.M. PROCACCINI, *Partecipazione e federalismo: lessico e strumenti di un metodo di governo*, in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, cit., pp. 72 e 68.

[78] O. MARZOCCA, *Democrazia locale, federalismo solidale, cittadinanza attiva*, in A. MAGNAGHI (a cura di), *Il territorio bene comune*, Firenze, University Press, 2012, p. 96.

[79] O. MARZOCCA, op. ult. cit., p. 91. L'espressione *federalismo municipale solidale* si deve in particolare ad A. MAGNAGHI, *Dalla partecipazione all'autogoverno della comunità locale: verso il federalismo municipale solidale*, in *Dem. dir.*, n. 3/2006, pp. 134ss.

plessità»[80]. E se tale complessità è stata approfondita soprattutto in riferimento alle ricadute che essa produce sui governi locali, è evidente che si tratta di questione più generale che investe la sostenibilità delle politiche di governo *tout court*.

È dunque questo il nuovo grande scenario con il quale le politiche di governo della complessità devono misurarsi: una fitta rete di declinazioni della fragilità che reclama politiche in grado di riarticolare in modo collaborativo le responsabilità, recuperando e mantenendo un contatto costante con le coscienze dei territori, i saperi civici, le competenze esperienziali degli abitanti.

Si può allora ben dire, in un paradosso solo apparente, che rappresentanza e sovranità possono oggi aspirare a ricongiungersi e alimentarsi reciprocamente proprio sul terreno prodotto dalle crisi. Le scelte sempre più complesse che approdano sul tavolo dei decisori reclamano infatti l'integrazione dei saperi esperti e istituzionali con i saperi d'uso degli abitanti (e non dei soli cittadini in senso formale); ma anche la corresponsabilizzazione di tutti rispetto alle azioni concrete e alla valorizzazione delle capacità individuali e collettive nel trovare e attuare soluzioni.

Solo in una prospettiva di questo tipo, che accolga con decisione il paradigma collaborativo di cui è innervato il principio costituzionale di partecipazione, i relativi istituti possono recuperare anche la propria innata vocazione quali strumenti di governo preventivo dei conflitti. Ciò assume particolare importanza oggi, allorché alla fisiologica conflittualità che caratterizza la dialettica politica si stanno affiancando sempre più numerosi e delicati i c.d. «conflitti di prossimità», generati dalla progettazione di interventi infrastrutturali destinati ad avere un rilevante impatto sui territori.

Questi ultimi rappresentano oggi un importante banco di prova per una politica che ha progressivamente rivestito con il decisionismo o con le «procedure svuotate di senso» l'illusione di neutralizzazione del conflitto: una politica che ha «colpevolmente dimenticato che il conflitto è un valore che la nostra storia costituzionale ha elevato a

[80] A. MAGNAGHI, *Il progetto locale*, cit., p. 25; L. BONESIO, in MAGNAGHI, *Il territorio bene comune*, cit., pp. 57ss. Anche la riflessione giuridica è andata arricchendo le nozioni tradizionali di accezioni materiali che travalicano «i confini definiti dalla geografia costituzionale»: L. LANZONI, *Il territorio tra diritto nazionale ed europeo*, Napoli, E.S.I., 2013, p. 4. In senso analogo G.L. CONTI, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 10.

principio di legittimazione del cambiamento, iscrivendolo nei tratti pluralistici della società»[81]. E se è vero che le modalità di composizione dei conflitti sono strettamente legate alla salute delle democrazie, anche per questa via si conferma come le forme della democrazia partecipativa abbiano a che fare con lo scopo e l'essenza del costituzionalismo[82].

Come la dottrina più recente ha ben evidenziato, «alla base delle dinamiche conflittuali legate alle localizzazioni sgradite vi è un problema generale di fiducia verso le istituzioni»: ad essere messo in discussione «non è mai solo il *contenuto* e il relativo *costo* delle politiche infrastrutturali, quanto piuttosto la *modalità* stessa di elaborazione delle scelte pubbliche». Ciò che si contesta è «il monopolio della razionalità, della legittimità e dell'informazione, che si tende ad attribuire unicamente a chi deve prendere le scelte di interesse generale, escludendo chi può subire le esternalità negative prodotte da queste decisioni»[83]. Non solo, ma alla contestazione del carattere unilaterale e tecnocratico delle scelte si unisce sovente quella del carattere centralista e autoritativo delle stesse, come dimostra il fenomeno NIMTO (*Not in my Term of Office*), nel quale le amministrazioni locali sostengono o promuovono la protesta.

Per rispondere alla domanda di equità dei metodi di governo dei territori, in molti paesi è in corso la sperimentazione di tecniche e procedure – come il dibattito pubblico – volte a far emergere tutti conflitti latenti riguardanti il progetto, favorendo la più ampia informazione e la rapida mobilitazione dei soggetti toccati dalla costruzione dell'infrastruttura: obiettivo è quello di consentire processi decisionali di natura incrementale, attraverso la loro apertura in una fase in cui siano ancora possibili dei cambiamenti progettuali significativi[84].

L'argomento dei conflitti territoriali sulle grandi opere risulta oggi di grande interesse nella prospettiva della democratizzazione dei modi di esercizio del potere e del *metodo* di governo della complessità. E ciò per due ragioni.

---

[81] G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. XV; e più ampiamente in *Diritto e conflitti*, Bari, Laterza, 2010, pp. 109ss.

[82] G. AZZARITI, op. ult. cit., p. XVI.

[83] A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2015, pp. 1174 e 1193.

[84] A. AVERARDI, op. ult. cit., 1186.

La prima riguarda il fenomeno dei conflitti nel suo complesso, e la cifra che questo assume rispetto agli interrogativi iniziali su *quale partecipazione*: il fatto che le contestazioni siano gradualmente andate oltre alle questioni specifiche riguardanti l'utilità, i costi e i difetti delle singole opere, appuntandosi più in generale sul modello di sviluppo e di società che quell'opera rappresenta (il caso Tav è emblematico)[85], offre indicazioni significative sul tipo di partecipazione che si reclama. Non è più in gioco la pretesa di opporre visioni alternative né la patologica manifestazione di forme di chiusura e resistenza, bensì la richiesta di coinvolgimento degli abitanti e delle istituzioni locali nei processi di progettazione e localizzazione delle infrastrutture. In questo senso è significativo l'invito che molti rivolgono a «prendere sul serio» la sindrome Nimby[86], in quanto espressiva di preoccupazioni che portano con sé informazioni: una richiesta di coinvolgimento che riguarda non solo le identità storicamente date (in chiave difensiva) ma anche e soprattutto i caratteri dinamici del proprio futuro. A ben vedere, tutti gli atteggiamenti descritti con i coloriti acronimi delle sindromi appaiono accomunati da un elemento unitario, trasversale e prioritario rispetto alle singole questioni di volta in volta in discussione: la richiesta di non essere ignorati ma di assumere un ruolo nella decisione, cioè - in buona sostanza- una richiesta di tipo *procedurale*. È forse il tempo di introdurre un nuovo acronimo: NWIP (*Not Whithout Inclusive Participation*).

La seconda ragione riguarda il funzionamento dei dispositivi partecipativi: il *come* della partecipazione. Le analisi dei molti casi di conflitto e del diverso rendimento del dibattito pubblico, laddove esso è stato realizzato, offre indicazioni importanti in ordine alle condizioni e ai criteri che ne influenzano l'efficacia. Le criticità evidenziate, relative ai rischi di sovraesposizione di gruppi minoritari o di mera emersione del dissenso[87], confermano la necessità di pre-condizioni solide

[85] «La TAV ha smesso quasi subito di essere una infrastruttura a rete – con i suoi pregi ed i suoi inevitabili difetti – ed è diventata, per una parte dell'opinione pubblica, un emblema che condensa in sé tutte le possibili nefandezze (distruzione del territorio, spreco di risorse, *hybris* tecnologica, speculazione affaristica) che si anniderebbero in Italia nei grandi progetti di modernizzazione»: L. BOBBIO, *Discutibile e indiscussa, l'Alta Velocità alla prova della democrazia*, in Mulino, 2006, pp. 124ss.

[86] M. ROCCATO, T. MANNARINI, *Non nel mio giardino. Prendere sul serio i movimenti Nimby*, Bologna, Il Mulino, 2012.

[87] V. ampiamente A. AVERARDI, op. cit., pp. 1195ss.

(soprattutto di carattere informativo), di cornici procedurali chiare e di garanzie dei livelli qualitativi essenziali della partecipazione.

È vero che questo tipo di partecipazione non è affatto indolore nelle sue ricadute organizzative, trattandosi di una partecipazione che costa: in termini di allungamento dei tempi della decisione, di risorse economiche, di formazione delle competenze, di valutazione dei risultati. Ma i *costi della non partecipazione*, è ormai dimostrato, sono assai più alti e rilevanti, valutabili in termini di aumento della conflittualità e del contenzioso giudiziario, di esclusione, di riduzione della trasparenza e della democraticità delle decisioni, di conseguente minore efficacia delle scelte.

Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto che la previsione di istituti di democrazia partecipativa (nella specie l'istruttoria pubblica e la consultazione) «nei procedimenti riguardanti la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale» non può ritenersi lesiva – rispettivamente – della riserva del potere legislativo o dei canoni di buona amministrazione[88]. Questi istituti, ha affermato la Corte, «non sono certo finalizzati ad espropriare dei loro poteri gli organi legislativi o ad ostacolare o a ritardare l'attività degli organi della pubblica amministrazione, ma mirano a migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche». La preminenza dell'interesse pubblico all'efficace funzionamento delle istituzioni legislative ed amministrative è adeguatamente assicurata dal fatto che sarà la legge (nel caso di specie regionale) a disciplinare le modalità concrete di attuazione degli istituti partecipativi, potendo così stabilire i termini per la conclusione delle singole fasi e dell'intero procedimento e «graduare le innovazioni compatibilmente con la piena efficienza delle istituzioni regionali».

Quello che il Governo censurava come inammissibile aggravio del funzionamento del sistema istituzionale è stato insomma riqualificato dalla Corte come legittimo (e opportuno) arricchimento in termini di democraticità ed efficacia complessiva di quello stesso sistema.

[88] Corte cost. n. 379 del 2004: una pronuncia ben nota per altri aspetti ma poco valorizzata con riferimento alla legittimazione degli istituti di democrazia partecipativa. Con questa sentenza, per il profilo che qui interessa, la Corte ha respinto le censure di illegittimità avanzate dal Governo in ordine agli artt. 17 e 19 dello statuto dell'Emilia Romagna, che prevedono e garantiscono l'istruttoria pubblica e la consultazione.

Ma costruire le garanzie di questo tipo di partecipazione, come riconosce la Corte, è appunto compito della politica ed in particolare del legislatore.

7. Quali garanzie: attuare più che riformare

Le considerazioni che si sono svolte inducono a ribadire che i destini della partecipazione, o – meglio – di quel *metodo* partecipativo di cui oggi maggiormente necessita il sofferente sistema democratico, sono quelli che possono scriversi nel lavoro paziente dell'attuazione costituzionale piuttosto che nel clamore a volte inconcludente dei propositi di riforma.

A dispetto del velleitarismo che spesso accompagna i progetti di riforma, che affidano alla cesura e alla ripartenza l'illusione di cambiamenti radicali e subitanei, l'attuazione è piuttosto prosecuzione di un lavoro da altri iniziato, con l'intento del miglioramento continuo e progressivo.

Del resto occorre ricordare che alla portata normativa del principio di partecipazione, nel suo collegamento con l'eguaglianza sostanziale, consegue una *doverosità di intervento attuativo*; e che tale doverosità è riferibile alla Repubblica nel suo complesso e dunque a tutti i livelli istituzionali, ugualmente tenuti a creare gli istituti e le regole materiali idonee a dare attuazione a quel principio.

La necessità di individuare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali è oggi riconosciuta in via esclusiva allo Stato; ma la peculiare natura del diritto (sociale) a processi decisionali inclusivi, che si realizza non per mezzo di prestazioni in senso classico bensì attraverso dispositivi procedurali e organizzativi, consente di affermare che tutti i livelli istituzionali siano in realtà chiamati in causa per la sua realizzazione[89]. La disciplina dei processi decisionali rientra

[89] L'obbligo di intervento positivo imposto alla Repubblica dall'art. 3, co. 2, Cost. impone di individuare il nucleo minimo degli interventi pubblici necessari per assicurare le condizioni materiali di esercizio non soltanto dei diritti classici bensì anche della partecipazione, rimuovendo gli ostacoli che impediscono la sua effettività. Per questa ragione le pretese partecipative che riguardano l'inclusività dei processi decisionali si apparentano più ai diritti sociali che non ai diritti politici classici. In questo senso, fra i primi commentatori della Costituzione, v. P.L. ZAMPETTI, *L'art. 3 della Costituzione e il nuovo concetto di democrazia partecipativa*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*,

infatti nella competenza che ciascun ente vanta rispetto alla propria organizzazione istituzionale, e che dunque spetta tanto allo Stato quanto alle autonomie territoriali.

Muovendosi in questa prospettiva le indicazioni non mancano: esse provengono tanto dalle inattuazioni, intese come lacune ancora da colmare o come false attuazioni, in cui si celano elusioni o vere violazioni; quanto dalle attuazioni che si sono realizzate nel tempo, che sebbene disomogenee o ancora in itinere presentano spunti per scampoli di disciplina da stabilizzare e implementare.

7.1 Le indicazioni provenienti dalle inattuazioni…

Sul piano delle inattuazioni il caso più vistoso è di certo l'assenza di una disciplina statale organica che definisca e garantisca i livelli procedurali minimi della partecipazione: come insegna Mortati, è il legislatore il principale destinatario dell'obbligo di dare attuazione ai principi costituzionali[90].

Una legge statale di questo tipo avrebbe il pregio di uniformare le garanzie in tema di partecipazione, contribuendo in modo decisivo a stabilizzare strumenti partecipativi già esistenti ma spesso operanti sulla base di mere prassi; più in generale, favorirebbe il consolidamento della cultura della partecipazione come metodo di governo, orientando i legislatori e le istituzioni dei livelli territoriali nel conformarne le rispettive discipline, pur nel rispetto della propria autonomia organizzativa[91]. Verrebbe qui in gioco la funzione incentivante e propulsi-

---

cit., pp. 417ss.; L. BASSO, *Per uno sviluppo democratico nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 18. Nella letteratura più recente, v. in particolare D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Novene, 2003, in part. pp. 10ss. e 140ss.; I. PAOLA, *La partecipazione*, in A. CROSETTI - F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 238.; M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2012; A. VALASTRO, *Stato costituzionale, democrazia pluralista e partecipazione: quali diritti?*, 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, pp. 457ss.

[90] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 149.

[91] Sulla possibilità e opportunità di un intervento del legislatore statale che delinei i tratti fondamentali delle forme di democrazia partecipativa, pur lasciando al potere normativo degli enti territoriali la possibilità di modellarne autonomamente gli istituti, v. C. CORSI, *La democrazia partecipativa tra fonti statali e fonti degli enti territoriali*, in

va del diritto piuttosto che quella autoritativa e vincolante. Ed è significativo che tale funzione incentivante abbia dato buona prova di sé in talune regioni, proprio in tema di istituti partecipativi (v. *infra,* par. 7.2).

Non solo, ma il carattere di doverosità dell'intervento legislativo statale può considerarsi oggi ulteriormente avvalorato dalla previsione dell'art. 117, comma 2, lett. *m)*, Cost. Le interpretazioni più attente hanno infatti messo in luce che i livelli essenziali non costituiscono soltanto limiti da rispettare bensì anche -e in senso più ampio- garanzie; e che queste ultime non possono limitarsi ad indicazioni meramente quantitative ma auspicano più in generale la definizione della struttura organizzativa idonea ad assicurare il soddisfacimento dei diritti. Da ciò consegue che non è possibile limitarsi a definire il «*quanto*» dei diritti, ma occorre anche stabilire i principi fondamentali del «*come*» essi debbano essere attuati[92].

Tornano qui alla mente le considerazioni di Mortati sull'omissione legislativa[93]: pare infatti innegabile che l'assenza di un quadro organico di principi statali, volti a garantire quegli istituti partecipativi di cui l'art. 3, co. 2, Cost. implicitamente rinviava l'individuazione al legislatore storicamente situato, costituisca una lacuna destinata ad incidere pesantemente sulle sorti della loro effettività. Trattandosi di una prospettiva di intervento positivo, peraltro di carattere organizzativo e

---

www.osservatoriosullefonti.it, n. 1/2009; ID., *Chi disciplina la democrazia partecipativa locale?*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., pp. 175ss.

[92] Così M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione)*, in *Pol. dir.*, n. 3/2002, pp. 352-3. Nello stesso senso E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Ist. Fed.*, 2001, p. 1103. Nel senso di inquadrare tale intervento nell'ambito della competenza di cui all'art. 117 sui livelli essenziali è M. CIANCAGLINI, *Dall'incentivazione al consolidamento: un possibile percorso normativo della democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, cit., pp. 183ss. Un riferimento alla competenza di cui alla lett. *m)* è implicitamente ravvisabile anche nei pareri del Consiglio di Stato in materia di AIR, ove si afferma che «la scelta del legislatore nazionale, nel senso della necessità di individuare a livello normativo *i criteri generali e le procedure* anche della fase della consultazione, può essere attuata nella forma di livelli qualitativi minimi» (v. in particolare il parere 11 febbraio 2008 della Sez. consultiva per gli atti normativi del Cons. St.; ma anche i pareri del 27 marzo 2006 e del 21 aprile 2008, nei quali si rimarca la rilevanza dello strumento della consultazione nell'ambito dei processi decisionali di carattere normativo.

[93] C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, II, pp. 153ss.

procedurale piuttosto che economico, l'omissione è qui più difficilmente valutabile e sindacabile con gli ordinari strumenti di garanzia costituzionale; ma di certo si avverte anche il peso di un'eredità scomoda, quella dell'iniziale ascrizione dell'art. 3 Cost. alla categoria delle norme programmatiche, certamente superata sul piano teorico ma periodicamente riaffiorante in ricostruzioni ambigue[94].

Un altro caso di sostanziale inattuazione è quello che concerne la disciplina della consultazione nell'attività normativa del Governo. L'obbligo di procedere a consultazione da parte dell'Esecutivo è stato introdotto a livello legislativo già a partire dalla fine degli anni '90 (l. n. 59/1997 e l. n. 50/1999), e poi ribadito dalle leggi di semplificazione n. 229/2003 e n. 246/2005, che definiscono tale istituto *parte integrante* delle attività di valutazione *ex ante* (AIR) ed *ex post* (VIR)[95]. Queste ultime rinviavano ad un apposito decreto del presidente del Consiglio dei Ministri la disciplina dei criteri generali e delle procedure concernenti la consultazione, sebbene con delega in bianco perché priva di qualsivoglia indicazione di principi.

Il decreto infine approvato (n. 170/2008) detta la disciplina dell'AIR ed anche principi altisonanti in ordine al ruolo della consultazione, ma poi stralcia la disciplina di questo specifico profilo rinviandola ad altro decreto del presidente del Consiglio dei Ministri[96]. Non solo, ma nel prevedere le cause di possibile esenzione dall'AIR, il decreto riconosce la possibilità per il Governo di non procedere a

---

[94] Si veda la già ricordata sentenza n. 379/2004 della Corte costituzionale sulla legittimità dello statuto dell'Emilia Romagna, la quale ha suscitato non poche perplessità nella parte in cui ha affermato che alle proclamazioni di principio contenute negli statuti regionali non può riconoscersi alcuna efficacia giuridica bensì soltanto una funzione di natura politico-culturale.

[95] Sullo stretto legame fra istituti di democrazia partecipativa e valutazione della qualità normativa e delle politiche, v. A. VALASTRO, *La valutazione e i molteplici volti della partecipazione: quale ruolo per la consultazione?*, in M. RAVERAIRA (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, pp. 149ss.; N. PETTINARI, A. VALASTRO, *Democrazia partecipativa e qualità delle politiche regionali: tra bilancio e prospettive*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2016.

[96] Nell'art. 5, co. 1 e 2, del decreto si afferma che la consultazione è *parte integrante* dell'Air, costituendo uno dei momenti della «adeguata istruttoria che deve precedere la redazione della relazione; che deve essere ispirata a criteri di proporzionalità», flessibilità dei metodi e trasparenza; che deve essere «finalizzata alla più ampia partecipazione dei soggetti pubblici e privati coinvolti nell'iniziativa regolatoria», secondo criteri ispirati alla maggiore inclusività possibile.

consultazione, senza bisogno di richiedere l'autorizzazione al DAGL, nei casi di procedimenti normativi particolarmente complessi o a rilevante impatto sui destinatari: proprio le due circostanze che, secondo tutte le discipline e le indicazioni (anche sovranazionali), rendono invece opportuno il coinvolgimento dei destinatari. In tal modo la consultazione viene di fatto configurata come momento *eventuale* e *discrezionale* del processo normativo, in evidente violazione della prescrizione legislativa[97].

Infine, nel successivo d.p.c.m. n. 212/2009, in tema di valutazione di impatto, si afferma che la relazione Vir deve includere anche «i risultati di *eventuali* consultazioni» (art. 3, c. 3): così, quel rischio di svuotamento dell'obbligo di consultazione che nel decreto n. 170 viene pudicamente celato dietro l'enfasi dei principi, qui viene ignorato a piè pari, espressamente definendosi la consultazione come eventuale. Di nuovo e in ancor più stridente contrasto con la normativa statale.

L'ambiguità di queste norme, e l'assenza di regole che tuttora di fatto permane rispetto alle consultazioni governative, si ripercuote com'è ovvio sull'efficacia e sull'effettività delle procedure messe in atto negli ultimi anni, profondamente diverse fra di loro nei criteri adottati e nel seguito ottenuto[98].

Questa lacuna non è stata colmata nemmeno in occasione della recente riforma della pubblica amministrazione (l. n. 124/2015), che ha delegato il Governo alla modifica e integrazione del Codice dell'amministrazione digitale indicando tra i principi e criteri direttivi anche la garanzia della «partecipazione con modalità telematiche ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche» (art. 1, co. 1, lett. c). Il

[97] Vale la pena di riportare quanto si legge nella seconda relazione governativa sullo stato di attuazione dell'Air, con riferimento allo scorporo della disciplina della consultazione dal decreto n. 170: «Seppur *temperato* per ragioni di graduale applicazione, *il ruolo delle consultazioni resta nel regolamento comunque centrale, tanto che l'effettuazione delle stesse viene fortemente posta in rilievo dal regolamento*» (corsivo dell'autore). Ma l'ipocrisia e la contraddittorietà del linguaggio politico diventano sconcertanti allorché si precisa che la scelta dell'ennesimo rinvio «è stata dettata dall'esigenza di *preservare alla fase delle consultazioni un ruolo centrale*, funzionale e fondamentale nell'attività istruttoria che deve necessariamente accompagnare la redazione dell'Air». Senato della Repubblica, *Relazione sullo stato di attuazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (anni 2007-2008)*, presentata dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri, 6 settembre 2010, Doc. LXXXIII, n. 1, pp. 9ss.

[98] Per una panoramica sulle consultazioni governative v. C. FRAJOLI GUALDI, *E-Democracy*, in A. CELOTTO, G. PISTORIO, *Le nuove "sfide" della democrazia diretta*, Napoli, E.S., 2015, pp. 91ss.

d.lgs. n. 179/2016 è in effetti intervenuto sull'art. 9 del Codice (*Partecipazione democratica elettronica*), prevedendo il ricorso alle «forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare»: formulazione che parrebbe estendere l'utilizzo dell'istituto anche al di fuori della procedura dell'AIR. E tuttavia, come è stato osservato, «l'art. 9 conserva la natura di norma di indirizzo, come già in passato; ed anzi essa appare ulteriormente costretta dal limite dell'«ove previsto e nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente»[99].

Ancor di più, nelle consultazioni on-line l'assenza di criteri procedurali favorisce il riemergere delle ambiguità connesse alle forme della democrazia diretta, mostrando il fianco alle tentazioni semplificanti del referendum consultivo e alle seduzioni demagogiche del voto elettronico: ne sono conferma alcune forme di consultazione, solo apparentemente ambiziose, nelle quali non è difficile intravedere operazioni di pura immagine e di mera ricerca del consenso[100].

---

[99] M. PIETRANGELO, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, vol. IV - *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, cit., p. 103. Per osservazioni critiche più generali, v. P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in F. MARCELLI, P. MARSOCCI, M. PIETRANGELO, *La rete Internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, E.S., 2015, pp. 39ss.; M. PIETRANGELO, *Il contributo di Internet alla partecipazione popolare: la consultazione pubblica telematica*, ivi, pp. 61ss.

100 Si pensi per tutte alla consultazione *on-line* sul progetto di revisione costituzionale indetta nel 2013 (*www.partecipa.gov.it*). Le modalità adottate tradivano gli obiettivi e la funzione dello strumento partecipativo della consultazione, di fatto inteso come una sorta di sondaggio d'opinione anziché come metodologia volta a consentire il confronto: questionari a risposta chiusa; mancata integrazione con forme di dibattito anche fisico e decentrato; assenza di un patto partecipativo chiaro in ordine agli obiettivi e all'utilizzo degli esiti. Non che un'ampia azione di sensibilizzazione dell'opinione pubblica rispetto all'importanza del tema delle riforme non fosse (e non sia) utile, ed anzi necessaria. Ma ciò è appunto quel che è avvenuto, che è cosa ben diversa dal coinvolgimento nei processi decisionali che si dichiarava di voler realizzare. Né si può dire che un tale coinvolgimento si sia realizzato mediante l'elaborazione della sintesi da "*portare all'attenzione*" del Gruppo di lavoro e della Presidenza del Consiglio, dal momento che quella stessa sintesi non è di fatto approdata sul tavolo delle riforme né sarebbe stata concretamente utilizzabile. Il fatto è che questa sorta di consultazione si è tradotta in una sorta di doppio salto acrobatico, poiché sperava di incorporare lo strumento partecipativo nel processo decisionale più complesso (la revisione della Costituzione) senza aver prima meditato l'inserimento del metodo partecipativo fra i contenuti della riforma, fra le garanzie di democraticità dei processi decisionali e di qualità delle politiche pubbliche. In molti hanno rilevato come la finalità del Governo in quella circostanza sia stata in realtà «quella (legittima) di promozione della propria immagine»: v. fra gli altri P. MARSOCCI, *Effettività e "sincerità" della partecipazione*

Il fatto è che, al di fuori di qualsivoglia metodologia partecipativa, soprattutto con riferimento all'utilizzo degli esiti, le consultazioni telematiche degradano inevitabilmente al livello di sondaggi, peraltro privi di ogni affidabilità.

Come è stato osservato, le persone hanno imparato a scremare le informazioni e la «moltitudine di sciocchezze» presenti nel *web* insegna ad essere scettici e a costruire autonomamente il proprio sapere[101]; è inoltre ugualmente vero che l'utilizzo delle tecnologie rappresenta una potenzialità ulteriore per la realizzazione delle forme di partecipazione in comunità territoriali particolarmente ampie, specie nelle versioni più recenti e sofisticate dei c.d. *media civici*[102].

Ma questo non sposta i termini della questione di fondo: la c.d. *e-democracy non esiste*; esiste piuttosto un'azione pubblica che sceglie i mezzi più adeguati per realizzare i propri obiettivi, orientandone l'utilizzo verso la realizzazione del modello di democrazia cui si ispira. E in un modello di democrazia sostanziale, ispirato a valori di eguaglianza, solidarietà e partecipazione *effettiva*, una volta scelto il mezzo non è consentito ai soggetti pubblici di disinteressarsi delle modalità e degli effetti del suo utilizzo; al contrario, le scelte politiche in ordine agli effetti che si vogliono realizzare tramite l'utilizzo del mezzo tecnologico diviene uno dei principali misuratori della qualità e dell'efficacia dell'agire pubblico. Come è noto, in Italia è accaduto il contrario: le politiche tecnologiche si sono sostanzialmente disinteressate degli effetti dell'utilizzo delle ICT (di là dalle dichiarazioni di principio), enfatizzando le logiche di tipo infrastrutturale e organizzativo, invertendo la priorità fra *strumenti e obiettivi*.

---

popolare, cit., p. 110. Ma non ci si può nascondere che ingenerare l'illusione di coinvolgimento e di decisione diretta delle persone rischia di celare ulteriori e più subdole espropriazioni di sovranità: in questo senso A. BURGIO, *Fascino e illusioni della democrazia diretta*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2013; A. MASTROPAOLO, *La democrazia è una causa persa?*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

[101] Così P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Dir. inf.*, 2011, p. 46, citando Y. BENKLER nell'intervista del 6 maggio 2007, in *http://omniacommunia.org*.

[102] Si tratta di piattaforme che, diversamente dai *social network*, sono progettate per consentire e agevolare l'interlocuzione e la discussione fra società civile e amministrazioni: dopo *Liquid Feedback* (utilizzata per la prima volta dal Partito Pirata tedesco) molte altre se ne sono aggiunte, come Airesis, TuParlamento, ecc. Un'importante ricognizione è stata realizzata con il *Rapporto sui media civici in ambito parlamentare*, a cura della Fondazione Ahref e del Servizio informatico del Senato, maggio 2013, in *www.senato.it*.

Sul fronte parlamentare, poi, le forme della partecipazione sono rimaste a lungo relegate allo stadio degli strumenti conoscitivi e informativi. Ed anche quando, negli anni '70 e '80 si è cominciato a discutere dell'esigenza di dotare le Camere di strumenti conoscitivi autonomi rispetto a quelli del potere esecutivo, in parte rinnovando tali strumenti nei nuovi regolamenti parlamentari del 1971, tuttavia ci si è limitati a valorizzare il ruolo informativo "passivo" delle Camere, trascurando «il momento del successivo rapporto tra informazione parlamentare e società civile»[103].

Oggi quel dibattito è tornato quanto mai attuale, rendendo non più rinviabile la questione delle forme della partecipazione nei processi decisionali parlamentari: possono considerarsi segnali di un "risveglio" le nuove proposte di riforma dei regolamenti parlamentari, nel senso di maggiori aperture partecipative[104]; lo studio commissionato dal Senato nel 2013 sull'utilizzo dei *media civici* in ambito parlamentare[105]; e soprattutto la recentissima "Proposta di linee guida sulle consultazioni promosse dal Senato", presentata il 9 marzo del 2017 e sottoposta a sua volta a consultazione fino al 30 aprile successivo.

Si tratta di un documento di sicuro interesse poiché, come precisato nel discorso di presentazione del presidente Grasso, intende rispondere alla «esigenza di definire principi e requisiti uniformi per le consultazioni promosse dal Senato che, senza irrigidire lo strumento, recepiscano gli *standard* e le migliori pratiche a livello europeo e internazionale e siano coerenti con il processo di definizione di Linee guida sulla consultazione pubblica in Italia promosso dal Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri». E il contenuto è in effetti articolato nella previsione di taluni *standard* nei quali non è difficile intravedere un primo quadro di livelli qualitativi

---

[103] L. PEGORARO, *L'attività conoscitiva nel funzionamento delle istituzioni assembleari sub-nazionali*, in M. PATRONO, A. REPOSO (a cura di), *L'informazione parlamentare*, Napoli, Cleup, 1983, p. 94. Le ragioni di una tale difficoltosa apertura verso gli istituti partecipativi furono all'epoca ricondotte essenzialmente alla «incapacità di scegliere» tra «una conoscenza *concorrenziale* con quella governativa e proprio per questo indirizzata al controllo dell'informazione ricevuta dal Governo», e «una conoscenza preordinata al recupero di una capacità del Parlamento di *governare* autonomamente»: M. PATRONO, *Informazione (e informatica) in Parlamento*, in *Dir. soc.*, 1981, p. 792.

[104] D. PICCIONE, *Gli istituti di partecipazione nei regolamenti parlamentari all'avvio della XVII legislatura: cronaca di una riforma annunciata, ma ancora da meditare*, in *www.osservatorioaic.it*.

[105] V. *retro*, nota 102.

essenziali della partecipazione: *principi* di imparzialità e correttezza, di inclusione e accessibilità, di trasparenza e pubblicità, di riscontro; *requisiti* di strutturazione e congruità, di chiarezza, di tempestività e di riservatezza. Questi principi e requisiti, si afferma, dovrebbero guidare la preparazione della consultazione, accompagnarne lo svolgimento e assistere l'elaborazione dei documenti finali, la comunicazione dei risultati e degli effetti sulla decisionale da assumere[106].

Nell'attesa dei risultati della consultazione, ancora in atto mentre si scrive, e soprattutto della futura implementazione delle nuove Linee guida, occorre comunque prendere atto della generalizzata assenza di garanzie partecipative anche nelle leggi nazionali di settore: nonostante la frequente previsione di principi in favore della più ampia partecipazione dei soggetti interessati, si assiste poi alla pressoché totale assenza di garanzie sugli istituti partecipativi. E laddove talune previsioni vengano abbozzate, esse tendono a riguardare più i soggetti che le procedure, con un particolare favore per le forme associative e i soggetti organizzati piuttosto che per i singoli individui. Si registra cioè l'assenza di garanzie di carattere metodologico, ma anche della garanzia dell'inclusività nel suo senso più pieno[107].

Se insomma appare innegabile che la normativa statale in tema di democrazia partecipativa si sia sempre mossa ai limiti della Costituzione, che è concetto ben diverso da quello dell'attuazione "leggera" di norme a maglie larghe, è altrettanto vero che la strada di un'attuazione più credibile è in gran parte tracciata: riprendere le fila del complesso di norme di cui si è detto, da quelle delle leggi di semplificazione a quelle del Codice digitale, e magari coordinarle con le nuove Linee guida cui si dovesse approdare all'esito della consultazione del Senato, costituirebbe un importante passo avanti, poiché po-

[106] Si tratta del primo documento che sembra finalmente volersi ispirare ai *principi* e *requisiti* che già nel 2002 la Commissione europea aveva indicato, nella Comunicazione "*Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*, 11.12.2002, COM 2002, 704 def.

[107] V. l'utile rassegna compiuta da E. ROSSI, G. MARTINICO, op. cit., pp. 17ss. La stessa constatazione può peraltro estendersi al livello regionale dove, con pochissime eccezioni (v. *infra* par. 7.2), molte delle "nuove" e più mature norme statutarie in tema di partecipazione sono ancora in attesa di attuazione o – peggio – sono state attuate in modo del tutto inadeguato. Per un quadro d'insieme, V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino, Giappichelli, 2013.

trebbe rappresentare il primo tassello di una disciplina nazionale dei livelli essenziali per le procedure partecipative.

7.2 … e quelle desumibili dalle attuazioni

L'altro piano dal quale attingere indicazioni sul "come proseguire" è assai più variegato e concerne le forme di attuazione che si sono realizzate nel tempo, in modo disomogeneo ai vari livelli territoriali; laddove l'eterogeneità del quadro, conviene precisarlo, è solo in parte fisiologica conseguenza dell'autonomia costituzionale dei regolatori.

A livello statale, una prima e potenzialmente importante apertura sul panorama degli istituti di democrazia partecipativa può ravvisarsi nella recente disciplina degli appalti pubblici, che ha finalmente introdotto la previsione del dibattito pubblico con le comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali. Per quanto si tratti ancora una volta di uno scampolo normativo rispetto alla previsione di un quadro più generale di garanzie procedurali e metodologiche, tuttavia è indubbio che si tratti di una delle tessere più importanti, perché indicativa della volontà di recepire il metodo partecipativo quale strumento di governo delle politiche territoriali e – soprattutto – dei conflitti di prossimità. La vera sfida posta da questa previsione, semmai, è fare in modo che anch'essa non si risolva in un'occasione mancata.

Le modalità della delega legislativa in bianco e dei molteplici rinvii ai decreti del Presidente del Consiglio ricorda infatti troppo da vicino la vicenda della disciplina della consultazione nei decreti Air e Vir: la legge delega (l. n. 11/2016) ha previsto – fra i principi e i criteri direttivi – l'introduzione del dibattito pubblico, la pubblicazione *on line* dei progetti e degli esiti della consultazione pubblica e l'inserimento delle osservazioni nella valutazione sul progetto definitivo (art. 1, co. 1, lett. q); ma il successivo d. lgs. n. 50/2016 ha rinviato in radice la questione, delegando ancora una volta un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri a fissare i criteri per l'individuazione delle opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico e a definire le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della procedura (art. 22, co. 2).

In una storia che sembra ripetersi, il decreto legislativo cui era affidata l'attuazione della delega rinvia ulteriormente e in bianco, rinunciando a compiere almeno alcune scelte politiche fondamentali in or-

dine ai principali criteri procedurali e organizzativi: ad esempio i criteri di individuazione delle opere per le quali sia obbligatorio procedere a dibattito pubblico, i criteri di individuazione dei soggetti ammessi a partecipare, il livello di vincolatività degli esiti, e soprattutto la natura e composizione del soggetto chiamato a condurre la procedura di consultazione pubblica. Si tratta di aspetti fondamentali che preferirebbero la fonte primaria a quella di terzo grado, la quale dovrebbe più propriamente assolvere alla precisazione degli aspetti metodologici. Neanche le censure di genericità e incompletezza avanzate nel parere del Consiglio di Stato sono state ascoltate, se non per aspetti esterni ai contenuti, come la modifica della fonte oggetto del rinvio da d.m. a d.p.c.m. e la previsione di un termine per la sua adozione (un anno), che nel testo originario mancava[108].

Il fatto che si sia devoluta l'intera disciplina ad una tale fonte induce a pensare che non si intenda perseguire la strada di un'autorità indipendente, secondo il modello francese e – in Italia – quello toscano: questa scelta imporrebbe di certo la fonte legislativa, come del resto auspicano i vari disegni di legge presentati negli ultimi anni in questo senso[109].

Ma più in generale, si ha la sensazione che ancora una volta sia stata sottovalutata la portata di quella che potrebbe essere davvero una "grande riforma", non per l'ampiezza dei contenuti bensì per l'impatto sulla democraticità dei processi decisionali, e sebbene condotta non sul piano costituzionale bensì su quello della legislazione ordinaria. Data la grande novità degli istituti in questione, ad oggi assenti nell'ordinamento nazionale, affidarne *interamente* la costruzione ad un d.p.c.m. significa disinnescarne a monte le potenzialità più innovative, in ragione dei limiti formali legati al tipo di fonte; significa rischiare di replicare il sostanziale fallimento delle politiche di AIR e

[108] Per un esame dettagliato delle disposizioni dettate dal d. lgs. 50/2016, anche rispetto a taluni punti di dubbia compatibilità con i principi della legge delega, v. l'interessante analisi di D. ANSELMI, *l dibattito pubblico: profili giuridici*, in Astrid Rassegna, n. 21/2016.

[109] Cfr. in particolare: Pdl 15 marzo 2013, "*Disciplina del dibattito pubblico sulle decisioni concernenti la realizzazione di infrastrutture e opere pubbliche di rilevanza strategica nazionale*", AC 151; Pdl 9 maggio 2013, "*Norme per la consultazione e la partecipazione in materia di localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*", AC 916; Ddl 26 marzo 2015, "*Norme per la consultazione e la partecipazione in materia di localizzazione e realizzazione di infrastrutture e opere pubbliche*", AS 1845.

VIR, ugualmente previste da una riforma legislativa innovativa ma poi svilitesi in meri adempimenti formali e automatismi burocratici.

Del resto, esempi da cui attingere per la disciplina del dibattito pubblico non mancavano: tra questi, ben noti e ampiamente studiati, il *débat publique* introdotto in Francia con legge nazionale nel 1995[110]; e quello introdotto in Toscana nel 2007.

Quest'ultimo rappresenta un altro scampolo di attuazione cui guardare con interesse, poiché l'esperienza ormai decennale è in grado di fornire elementi preziosi sia rispetto alle criticità che ai punti di forza.

Fra le prime, da considerare attentamente allorché si scriveranno le nuove regole nazionali, i costi elevati, la lunghezza effettiva della procedura e la frequente tardività del dibattito rispetto alla fase di avanzamento della progettazione dell'intervento[111].

Tra i punti di forza, da consolidare e ampliare, innanzitutto la «valenza di tipo informativo»: l'esposizione delle persone «a molti temi e a molte idee, incluse le idee che esse rifiutano e i temi per i quali avevano prima manifestato scarso interesse»[112], insieme al vincolo che il decisore assume rispetto alla condivisione delle conoscenze, producono un «condizionamento democratico» che compensa il carattere non vincolante degli esiti della consultazione[113].

In secondo luogo i risvolti organizzativi e di rapporto fra i poteri: oltre alla figura dell'autorità indipendente, è da guardare con favore il *raccordo* creato fra questa e l'intero circuito politico-istituzionale, in evidente contestazione dell'assunto diffuso nella stagione concertativa degli anni '90, per il quale i canali di interlocuzione con la società ci-

---

[110] Fra gli studi più recenti, v. quello di M. ZINZI, *La democrazia partecipativa in Francia alla luce delle recenti riforme legislative*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, n. 2/2014, pp. 822ss.

[111] Su questi aspetti v. fra gli altri M. DELLA MORTE, op. cit., pp. 115ss.

[112] C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 9.

[113] M. BOMBARDELLI, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo di governo*, Padova, Cedam, 2010, p. 37. È questo un aspetto da non trascurare nei suoi risvolti pratici, poiché la diffusione di informazioni non parziali sin dall'inizio impedisce ai decisori di poter utilizzare, in un secondo momento, altri dati per sostenere le proprie posizioni; e andrebbe a beneficio anche delle attività di monitoraggio ex post dell'esito delle scelte infrastrutturali, oggi scarsamente efficiente. Così A. AVERARDI, op. cit., 1217-1218.

vile dovevano essere appannaggio dei soli esecutivi, con forte indebolimento delle assemblee rappresentative.

Infine, l'uso incentivante della fonte legislativa regionale nei confronti degli enti locali, al fine di favorire la diffusione di garanzie uniformi pur nel rispetto dell'autonomia organizzativa dei Comuni: si pensi al Protocollo d'intesa e ai numerosi incentivi previsti dalla legge, non solo di tipo economico ma anche logistico e informativo rispetto alla presentazione dei progetti[114].

La fiducia lungimirante nell'opportunità di incentivare gli enti locali ad adottare e disciplinare procedure partecipative è stata condivisa dalla legge sulla partecipazione della regione Emilia Romagna (n. 3/2010); ed anche dalla legge sul bilancio partecipativo della Regione Lazio (n. 4/2004).

Quest'ultima legge costituisce un altro tassello della poliforme attuazione regionale, che sebbene sia infine fallita mantiene un alto livello di interesse come indicazione da riprendere. Si tratta della legge che aveva introdotto nel Lazio una fase obbligatoria di partecipazione nella procedura di bilancio regionale, contestualmente ad un importante sistema di incentivi per gli enti locali. La bontà del modello, coadiuvato da una buona normativa di attuazione (reg. n. 4/2004), aveva in effetti favorito una grande diffusione del bilancio partecipativo anche a livello locale. Peccato che dopo alcuni anni, di fatto con il cambiamento degli equilibri politici al governo della regione, senza neanche una modifica legislativa bensì sulla base di una semplice delibera assembleare, il bilancio partecipativo regionale non sia più applicato. Eppure si tratta di modello regolativo che mantiene intatta la propria validità e a cui si può continuare a guardare come a un esempio da imitare: ciò in particolare in questi anni, che sembrano di nuovo maturi per un ritorno di attenzione su questo istituto, dopo la grande fortuna degli anni '90 e il successivo oblio. Abbandonato infatti ai primi segnali della crisi economica, esso sta tornando a manifestare le proprie potenzialità proprio in ragione della scarsità delle risorse, allorché si fa più urgente ed esigente la necessità di razionalizzarne e condividerne i criteri di spesa rispetto ai bisogni. Ne sono conferma i molti casi

[114] Sull'importante ruolo che può svolgere in questo senso la legislazione regionale v. M. CIANCAGLINI, *Dall'incentivazione al consolidamento*, cit., p. 195; V. DE SANTIS, *La nuova legge della Regione Toscana in materia di dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione*, in www.osservatorioaic.it, ottobre 2013.

di Comuni che tornano a sperimentare il bilancio partecipativo, anche affidandone le garanzie a nuovi regolamenti.

Quest'ultimo riferimento si connette ad un altro tassello dell'attuazione, riferito appunto al livello locale, dal quale provengono le indicazioni più significative nel senso del rafforzamento di paradigmi di tipo collaborativo. Del resto ciò non è affatto casuale: per un verso, è questo il livello di governo più immediatamente sfidato dalle crisi, schiacciato tra le fragilità dei territori e i tagli delle politiche dell'emergenza; per altro verso vi è per i Comuni, rispetto gli altri livelli istituzionali, «una giustificazione maggiormente cogente» nel considerare il principio partecipativo paradigma di buon governo[115].

Alcune aperture si stanno registrando nella disciplina delle forme di partecipazione ai processi decisionali: seppure in presenza di perduranti inadeguatezze (come l'abuso delle consulte, la disciplina ambigua del referendum consultivo e la debolezza delle garanzie), nei regolamenti degli ultimi anni si intravede il tentativo di affrancarsi dalle obsolete forme di partecipazione previste dal Tuel in favore di dispositivi più moderni e della loro strutturazione in metodo[116]. In particolare, negli interventi regolativi più recenti colpiscono i tentativi di razionalizzazione della normativa in tema di partecipazione, l'utilizzo di strumenti di *soft law* per la definizione delle procedure e delle metodologie e l'ampliamento delle classi di inclusività: sono in aumento le figure di regolamento che, raggruppando istituti previsti nel tempo e in modo disorganico con atti *ad hoc*, li ricongiungono entro una cornice di principi comuni; è in aumento l'utilizzo di documenti contenenti Linee guida ad integrazione delle previsioni normative, al fine di precisare con un maggior livello di flessibilità e insieme di dettaglio i criteri metodologici da seguire nella costruzione dei processi partecipativi; nell'individuazione dei soggetti si fa più spesso riferimento alle categorie di residente e di abitante piuttosto che a quella di cittadino.

---

115 U. ALLEGRETTI, *Modelli di partecipazione e governance territoriale. Prospettive per i processi partecipativi nei comuni "dopo" le circoscrizioni*, in *Ist. fed.*, n. 2/2011, pp. 205-207.

116 L'abolizione delle circoscrizioni ha dato certamente una spinta in questo senso. Come infatti osserva U. ALLEGRETTI, op. ult. cit., p. 199, l'esistenza di forme partecipative rimane «modalità organizzativa e di azione doverosa», per nulla intaccata dalla soppressione delle circoscrizioni: l'esser costretti a separarsi da questa esperienza pone semmai «i Comuni nell'occasione di riprendersi una capacità creativa di modalità più effettive per lo svolgimento di una funzione partecipativa aperta alla loro cittadinanza».

Aperture più significative, e di ben maggiore impatto sulle categorie giuridiche tradizionali, sono quelle che si registrano nell'attuazione del contiguo principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale. Sebbene si tratti di principi concettualmente diversi, non v'è dubbio che partecipazione e sussidiarietà costituiscano un *continuum*, ponendosi come strumenti di un metodo di governo fondato sul paradigma collaborativo: partecipazione "al decidere" e partecipazione al "fare".

L'indicazione che qui interessa estrapolare dalla vicenda applicativa del principio di sussidiarietà orizzontale riguarda il fatto che i Comuni abbiano cominciato ad attivarsi direttamente per la sua attuazione, introducendo nuove regole che costituiscono a pieno titolo *livelli essenziali di natura procedurale delle forme di collaborazione con gli abitanti*.

Nel 2014 il Comune di Bologna ha sperimentato e poi approvato regole innovative sulla «amministrazione condivisa dei beni comuni urbani»[117], concretizzando un modello teorizzato già dalla fine degli anni '90 e ora ulteriormente "legittimato" dall'introduzione dell'art. 118, ult. co., Cost.[118]. Successivamente, altri Comuni hanno cominciato a replicare quelle regole, in un effetto imitativo virtuoso che ha assunto proporzioni inaspettate. Il cuore di questi regolamenti è costituito da innovative regole di natura procedurale e organizzativa, volte a consentire per mezzo di atti non autoritativi di natura pattizia interventi concreti degli abitanti, che sarebbero altrimenti preclusi sulla base del sistema amministrativo tradizionale[119]. Esse disegnano e sistematizzano un quadro di strumenti, procedure, organizzazione e soggetti

[117] Cfr. *Regolamento sulla collaborazione fra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*, Comune di Bologna, 22 febbraio 2014.

[118] G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in St. parl. pol. cost., 1997, pp. 29ss. In questo modello il ruolo e la fisionomia degli interlocutori (sia pubblici che privati) cambiano radicalmente: i cittadini vengono considerati come portatori non solo di bisogni ma anche di risorse; e l'amministrazione diventa «uno dei "luoghi" in cui la varietà, le capacità, in una parola le risorse della società italiana possono manifestarsi, contribuendo alla soluzione di problemi di interesse generale» (*ibidem*, p. 33). Le capacità delle persone divengono risorse fondamentali non tanto o non solo dell'agire pubblico bensì di un agire collettivo che diviene interprete – insieme alle istituzioni – dell'interesse generale; e il riferimento alla cittadinanza è assunto nel suo senso più ampio, come esercizio attivo di sovranità, ossia come impulso di vivere in modo attivo e propositivo il rapporto con i luoghi, gli altri abitanti e le istituzioni, indipendentemente dal proprio *status* giuridico.

[119] Per un quadro esaustivo e in continuo aggiornamento dei Comuni che hanno adottato il regolamento o ne hanno avviato l'esame, nonché sui contenuti e le evoluzioni applicative dei Patti di collaborazione, v. *www.labsus.org*.

che altro non sono se non livelli essenziali volti ad assicurare le precondizioni e le garanzie per l'esercizio effettivo di un aspetto della sovranità sostanziale, quella che si esplica nella partecipazione alla realizzazione concreta dell'interesse generale; e in tal modo di certo favoriscono il progressivo consolidamento di una cultura della collaborazione come metodo e non come eccezione o esperienza contingente.

Ebbene, ragionare di garanzie giuridiche dei livelli essenziali della partecipazione dovrebbe allora apparire concretamente possibile anche per l'altra faccia della sovranità, non solo a livello statale bensì anche a livello locale. Del resto anche l'art. 3, co. 2, Cost., come l'art. 118, è congegnato in modo da poter essere attuato direttamente da tutti i livelli istituzionali, anche quelli locali, senza che occorra l'intermediazione legislativa[120].

È vero che i nuovi regolamenti sull'amministrazione condivisa dei beni comuni hanno potuto contare su un terreno giuridico vergine che, seppure da edificare *ex novo*, ha sicuramente favorito la "fantasia istituzionale" dei Comuni più intraprendenti; mentre i regolamenti sugli istituti di democrazia partecipativa scontano la difficoltà di "ripulire" dalla ruggine un panorama normativo ampiamente risalente e fortemente influenzato dall'impostazione riduttiva e ormai obsoleta delle prescrizioni del Tuel.

Ed è anche vero che all'esplosione di interesse per il tema dei beni comuni ha contribuito in modo decisivo la situazione di crisi: in un'epoca in cui le difficoltà accomunano come non mai amministratori e amministrati e l'urgenza di mettere a valore il capitale sociale chiede strumenti nuovi rispetto a un modello giuridico ottocentesco

[120] In questo senso, con riferimento all'art. 118 Cost., G. ARENA - G. COTTURRI, *Introduzione. Il "valore aggiunto" della cittadinanza attiva*, in G. ARENA - G. COTTURRI (a cura di), *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, Roma, Carocci, 2010, pp. 14-15. Per converso, in un circolo virtuoso di imitazione al rialzo, proprio quel di più di capacità creativa che i Comuni sono oggi sfidati a mettere in campo può costituire una spinta benefica anche per le più faticose e riottose attuazioni degli altri livelli istituzionali. Un segnale in questo senso è già visibile, ad esempio, nei tentativi di "recepimento" messi in atto dal legislatore statale rispetto alla disciplina degli "interventi di sussidiarietà orizzontale": prima l'art. 24 del c.d. decreto "Sblocca Italia" (d.l. n. 133/2014, conv. con legge n. 164/2014), concernente "Misure di agevolazione della partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione del territorio"; poi l'art. 189 del Codice degli appalti (d. lgs. n. 50/2016), concernente "Interventi di sussidiarietà sostanziale". Queste previsioni, seppure non prive di criticità, offrono oggi un fondamento ulteriore alle nuove regole comunali. Una volta tanto, un caso in cui l'attuazione ha preceduto la formale (ma non necessaria) autorizzazione legislativa.

impermeabile alle aperture orizzontali, appare comprensibile che i Comuni privilegino strumenti che consentono un impatto immediato e fattivo della partecipazione dei cittadini.

Ma le due tipologie di strumenti partecipativi non possono considerarsi fungibili, bensì soltanto – seppur necessariamente – complementari; e occorre evitare il rischio che l'enfasi posta sul "fare" non divenga il nuovo alibi per rimettere in ombra il "decidere", poiché è infine da questo che dipenderà la possibilità di assicurare effetti duraturi e stabili alle nuove dinamiche collaborative.

8. L'attuazione come processo incrementale, tra riforme viventi e riforme proclamate

Allorché ci si affacci sul grande tema dell'oggi, quello di un metodo di governo sostenibile della complessità e delle fragilità, si ha la sensazione di trovarsi dinanzi due mondi, sempre più staccati e diversi: nazionale e locale. Diversi i temi in discussione, diversi i paradigmi e i valori evocati, diverse le strategie proposte per uscire dalle crisi, diversi gli strumenti immaginati e sperimentati.

Mentre i discorsi sulle "grandi" riforme sembrano puntualmente tornare indietro, dimenticando un principio costituzionale ancora in larga parte inattuato e appiattendo il tema della partecipazione sugli insufficienti istituti della democrazia diretta, a livello locale si tenta di andare avanti, discutendo di cura dei beni comuni, di circuiti di moneta complementare, di economia civile, di *welfare society*, di *sharing community*. Si discute di una «società decente», seppure imperfetta, per dirla con l'efficace espressione di Margalit[121].

Sulle ragioni di questa divaricazione molto si potrebbe dire e molto è stato detto. È vero che vi è nella dimensione locale un terreno privilegiato per la sperimentazione di forme più marcatamente collaborative e reticolari, in ragione della maggior prossimità fra istituzioni e abitanti. Ma è anche vero che il carattere in larga parte etero-diretto della politica nazionale, influenzata da un interlocutore niente affatto parita-

[121] A. MARGALIT, *La società decente*, Milano, Guerini e associati, 1998.

rio (il mercato internazionale), difficilmente favorisce il dialogo con le comunità territoriali[122].

L'esempio dei regolamenti comunali sulla cura condivisa dei beni comuni dimostra meglio di altri – ammesso che ve ne sia bisogno – quanto l'attuazione sia un fenomeno in divenire.

In quel caso si è infatti innescato un processo attuativo incrementale fondato sul *learning by doing*: dopo le prime repliche pressoché testuali del regolamento originario, si è cominciato ad assistere ad evoluzioni e miglioramenti significativi, frutto di quanto emerso dalle esperienze dei Comuni che ne avevano già avviato l'applicazione.

Si tratta insomma di un'attuazione che, procedendo senza clamori ma ampliandosi e perfezionandosi progressivamente, finisce per assumere la veste di una vera e propria riforma. Ma una *riforma vivente*, non proclamata.

È una riforma che va scrivendosi pezzo per pezzo, e che si diffonde nella misura in cui si verifica che i suoi dispositivi funzionano. È una riforma che nasce in certo senso già solida, perché ha in sé la forza dei risultati che produce nel suo farsi. Si sperimenta, si osserva, si scrive e si fa, poi si osserva ancora e nel caso si corregge: un circolo virtuoso che si sposta in avanti. L'opposto delle riforme proclamate.

Il punto è che il discorso sulla partecipazione *nelle* riforme dovrebbe forse tornare a confrontarsi con quella che Paolo Grossi definisce la «carnalità» del diritto: quel paesaggio giuridico più ampio in cui il diritto è dotato di un'intima sapienzialità, perché innervato «negli strati profondi e durevoli della società, ossatura e riposta struttura di questa»[123]; e la politica è forma sociale, spazio della creatività e della tra-

[122] È diffusa la constatazione del progressivo spostamento dell'indirizzo politico al di fuori dei confini dello Stato e delle implicazioni che ciò ha avuto sulle categorie del diritto costituzionale, a cominciare dalle derive del mito della governabilità. Per alcune convincenti riflessioni v., fra gli altri, G. FERRARA, *La crisi del neoliberismo e della governabilità coatta*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2013; G. GRASSO, *Crisi economico-finanziaria, globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «La separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, pp. 5ss.; G. GUERRA, *La procedura di revisione della Costituzione e il ruolo del referendum: riflessioni sul metodo*, in *www.osservatorioaic.it*, fasc. 3/2016; C. PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazia nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2016, pp. 174ss.

[123] P. GROSSI, op. cit., pp. 73 e 19ss., ove si suggerisce di tornare ad attingere dalla visione medievale dell'ordine giuridico, fondato su un «potere politico incompiuto» ovvero non totalizzante, non privo di effettività bensì della «pretesa di controllare l'interezza del sociale». V. anche, più estesamente, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995.

sformazione/elaborazione dei grandi conflitti che abitano le relazioni fra gli individui[124].

Ricordare questo significa tornare a riconoscere l'imprescindibilità del confronto con il potere, e la conseguente necessità di recuperare forme dialogiche di relazionamento: «dalla protesta alla proposta, dalla piazza all'impegno istituzionale»[125].

Rinunciare a questo sforzo, continuando a limitare i discorsi sulla partecipazione *nelle* grandi riforme ai ritocchi degli istituti di democrazia diretta, significa irrimediabilmente (e forse non casualmente) mantenere debole la partecipazione nel suo complesso, perché costretta nei recinti del contropotere o della rivendicazione di potere: apparentemente opposte negli intenti, le due cose di fatto coincidono, perché non accettano o non riescono a raggiungere il confronto con il potere. «Perché "dopo" (dopo la denuncia, dopo il movimento, dopo la ribellione, dopo la vittoria) sono le istituzioni, i poteri costituiti, gli ordinamenti giuridici che torneranno a governare i diritti», a stabilire le gerarchie di valori tra i diritti, tra i diritti e il mercato[126].

Difficile dire se la difficoltà di mettere mano ad una seria "riforma attuatrice" dipenda dal fatto che l'interesse del legislatore (sia ordinario che costituzionale) per la regolazione della partecipazione diminuisce man mano che diminuisce il tasso di politicità delle sue espressioni e dunque l'influenza sulla forma di governo (da qui il maggior interesse per il referendum); o se, al contrario, laddove non è obbligato da precise norme costituzionali (come per gli istituti di democrazia diretta), il legislatore si sottragga proprio per la consapevolezza del potenziale di influenza posseduto dagli istituti di democrazia partecipativa, in ragione delle sua forme più flessibili.

Certo è che in un momento storico in cui occorre rinunciare definitivamente al "mito illuministico della verità" e accontentarsi della ricerca della soluzione migliore possibile, seppure transitoria e perfettibile, rimettere il *metodo* del decidere al servizio delle scelte possibili appare la via più credibile da seguire. Ma ciò, conviene ribadirlo ancora, non nel senso di rivalutare i tecnicismi formalistici e astratti che tanta parte hanno avuto nelle politiche di negazione dei conflitti, bensì nel senso di lasciare spazio ad «una ragione più debole che non ha la

[124] P. BARCELLONA, op. cit., p. 50

[125] G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 148.

[126] AZZARITI, op. ult. cit., p. 147.

pretesa di afferrare la verità, ma che può aiutare la convivenza»[127]. Questa ragione ha bisogno di garanzie procedurali per consentire a quell'«intima sapienzialità» del diritto di sprigionarsi, assicurando che la flessibilità e la creatività dei confronti non si disperdano nell'improvvisazione. Quando il confronto dialogico ammutolisce lascia spazio alla recrudescenza dei conflitti, come è oggi evidente nei preoccupanti fenomeni che vanno diffondendosi, non solo in Italia.

Non si tratta di appiattirsi su un piano di provvisorietà e transitorietà, rinunciando alla tensione verso una visione valoriale alta e un disegno politico di lungo periodo; quanto, piuttosto, di ammettere la molteplicità delle voci e la necessaria inclusività delle scelte, la ricchezza derivante dal confronto degli argomenti – tanto più se configgenti –, la maggior lungimiranza insita nella logica della sperimentazione e valutazione continue. In altre parole, si tratta di lasciar entrare la cifra della fragilità nei modi di accostarsi alle decisioni, con tutte le risorse che essa porta con sé: in particolare, la lucida umiltà che discende dalla consapevolezza della fallibilità[128].

In questo senso ha ragione chi, scansando la riduttività degli argomenti legati al «modello della politica in malafede», punta piuttosto l'attenzione sulle colpe della politica «ben intenzionata»: non comunicare, non dialogare, non spiegare le difficoltà e i limiti che si frappongono alla sua azione[129].

Perché «ritrovare il limite è ritrovare la razionalità»[130]. La stessa Costituzione nasceva con una profonda consapevolezza del senso del limite: la declinazione collaborativa delle formule «solidarietà politica» e «partecipazione politica» che essa utilizza negli artt. 2 e 3 mantiene ancora intatta tutta la propria prescrittività, laddove richiama «il significato solidaristico del "decidere"»[131].

Il recupero della prospettiva del *come* si decide, oggi schiacciata da quella del *chi* decide, potrà probabilmente restituire fiato anche al te-

---

[127] P. BARCELLONA, op. cit., p. 25.

[128] L. LOMBARDI VALLAURI, nell'intramontabile saggio in cui si interroga sul ruolo del diritto e della politica rispetto alle vite e agli interessi «meritevoli di tutela», afferma: «Prima, dunque, riconoscere; poi servire. Infine tutelare»: *Abitare pleromaticamente la Terra*, in ID. (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990, p. XCV.

[129] Così G. GEMMA, p. 10, che attribuisce questa colpa principalmente al timore dell'impopolarità e della sconfitta elettorale.

[130] P. BARCELLONA, op. cit., p. 57.

[131] «… dopo aver discusso insieme ed aver illustrato i rispettivi punti di vista»: A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, 2008, pp. 194ss.

ma della governabilità, non quella decisionista in cui si è inaridito il dibattito degli ultimi anni bensì quella che ha a cuore la realizzazione del progetto di società pluralista e solidale disegnato dal Costituente[132].

Perché se è indubbio che l'accrescimento della complessità sociale e la sempre maggiore evidenza del carattere strutturale delle fragilità ha reso più arduo l'impegno del governare, tuttavia la negazione del limite e della sua portata razionalizzante ha portato a identificare la difficoltà del governare con l'incapacità di decidere: ciò ha determinato un ripiegamento dello stato-apparato su stesso e la progressiva sostituzione della «contemplazione del potere» alla «contemplazione dell'uomo»[133].

Ma ha ragione chi oggi contesta l'assunto che dall'aumento della complessità sociale derivi automaticamente l'aumento della difficoltà di governo del sistema[134].

È questo, in fondo, lo stesso assunto che aveva contestato negli anni '60 il fisico russo e premio Nobel Ilya Prigogine nella sua teoria delle «strutture dissipative», per spiegare il fatto che gli organismi viventi sono in grado di conservare i loro processi vitali in condizioni di non-equilibrio. Egli era affascinato dall'*enigma della stabilità lontano dall'equilibrio*.

Studiando i sistemi chimici e fisici Prigogine giunse a scardinare la teoria termodinamica classica per cui la dissipazione dell'energia (per trasmissione di calore, attrito, ecc.) è sempre associata ad una perdita; e dimostrò che nei sistemi aperti la dissipazione diviene una fonte di ordine. Quando cresce il flusso di energia e materia che attraversa le strutture dissipative, l'attivarsi dei c.d. anelli di retroazione (cioè di fluttuazione e correzione continua) fa sì che tali strutture passino per nuove forme di instabilità e si trasformino in nuove strutture di maggiore complessità.

---

[132] In questo senso v. le ampie riflessioni di A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2016, parte I, pp. 11ss.; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, ivi, 1/2016, parte I, pp. 45ss.

[133] G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1994, p. 64.

[134] E. OLIVITO, op. cit., p. 85, richiamando le parole di L. GALLINO, *Della governabilità: la società italiana tra premoderno e neo-industriale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1987, p. 18.

Ebbene, quelle fluttuazioni che conseguono all'allontanamento dalla situazione di equilibrio, e che nell'ambito della cibernetica sono considerate distruttive, nella teoria di Prigogine appaiono come fonte di nuovo ordine e di nuova complessità[135]. Verrebbe da dire che si tratta di resilienza, se non fosse che anche questo termine è ormai abusato.

Forse è proprio in questo che può ravvisarsi la risorsa offerta oggi dalle c.d. instabilità (*rectius* fragilità) delle vite e delle società umane: il loro essere fonte di quelle «intuizioni dell'indicibile e dell'invisibile che sono nella vita»[136], e che sole possono dischiudere nuove forme di complessità. Ma queste ultime potranno concretamente dispiegarsi solo a patto che le politiche riescano ad innescare i propri anelli di retroazione, attraverso la comprensione degli stati di disequilibrio e la capacità di correggere progressivamente le fluttuazioni impresse dalla complessità del reale.

È in queste fluttuazioni che possono giocare un ruolo gli istituti di democrazia partecipativa. Consentire ai saperi situati di dare voce a quelle intuizioni, introducendole in modo più stabile dentro ai processi decisionali della rappresentanza, appare infatti una strada obbligata: non unica, tantomeno salvifica; ma di certo obbligata. È la strada che dovrebbe essere percorsa da una politica decisa a farsi "autrice" di nuove garanzie partecipative, attingendo più all'umiltà dell'attuazione che alla retorica delle riforme.

[135] F. CAPRA, *La rete della vita,* Milano, 1997, p. 198 ss.
[136] BORGNA, *La fragilità*, cit., p. 3.

PARTE II
SAGGI E ARTICOLI

SERVIZI E DISSERVIZI
PICCOLO CONTRIBUTO
ALLA RICERCA DEL SENSO PUBBLICO DEL SERVIZIO

di *Alessandra Pioggia*

SOMMARIO: *Premessa; 1. La tutela dai disservizi e le carte dei servizi pubblici; 2. La tutela dai disservizi nello schema di testo unico sui servizi pubblici locali; 3. L'utente consumatore e l'amministrazione intermediario; 4. Servizi e disservizi; 5. segue...: l'amministrazione intermediario "debole" e l'utente consumatore "egoista"; 6. Qualche notazione conclusiva.*

Premessa

Nel corso degli ultimi anni, anche in considerazione dell'accresciuta attenzione ai diritti degli utenti[1], il dibattito in materia di pubblici servizi si è arricchito delle questioni relative alla tutela dei cittadini di fronte alle inefficienze e agli inadempimenti in materia di prestazioni di servizi pubblici[2], scoprendo così il tema dei "disservizi".

Si tratta di una prospettiva che rivela aspetti molto interessanti della recente evoluzione del concetto di pubblico servizio. Il suo principale

[1] A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2010.

[2] M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere individuale*, in *Dir. amm.*, 2000, 414; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; L. IEVA, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico: dall'organizzazione alla Carta dei servizi*, Milano, 2002; A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003; F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di) *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004; F. GIGLIONI, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2005, 335; A. GUALDANI, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007; V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008; M. TIBERII, *Lo statuto unico del rapporto tra privato e pubblica amministrazione: dalla legge n. 241 del '90 alle carte per gli utenti dei servizi pubblici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, Napoli, 2012, 9 ss.

pregio è quello di riportare l'attenzione sulla prestazione, rimettendo al centro della questione la funzione del servizio, spesso oscurata dall'enfasi sulle modalità di affidamento della sua erogazione, delle quali in questi anni ci si è occupati in maniera quasi ossessiva.

Affrontare con consapevolezza il tema dei "disservizi", ovvero dei cattivi servizi, presuppone però di chiarirsi su quale sia il "servizio buono" e, in ultima analisi, impone di intendersi non solo su cosa sia il servizio pubblico, ma anche sul senso e sulla ragion d'essere di esso.

Per delimitare il campo, premetto che non tratterò qui di servizi burocratici, e quindi, indirettamente, di funzioni amministrative in senso stretto, ma mi occuperò unicamente dei servizi pubblici, di quelli, cioè, attraverso i quali vengono erogate prestazioni idonee a soddisfare bisogni degli individui e della collettività. Di questi considererò prevalentemente, ma non solo, i servizi economici.

La sfida resta impegnativa. Lo è sempre stata nel nostro sistema nel quale non si è mai sopito il dibattito sul significato da attribuire alla qualificazione come pubblico di un servizio[3], e le cose, se possibile, si sono ulteriormente complicate con l'irruzione nel panorama delle definizioni di pubblico servizio delle nozioni di provenienza eurounita-

[3] Per M.S. GIANNINI, La nozione di pubblico servizio "resta fra le più tormentate". Così in *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 69-70. Sulla complessità della nozione più di recente anche R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2006, 25; G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 145. Naturalmente la complessità qualificatoria aumenta consistentemente per i servizi pubblici locali, intersecandosi in questo caso con l'autonomia degli enti territoriali nella valutazione delle esigenze della collettività rappresentata. In tema si vedano, fra gli altri, M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 929; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; A. POLICE, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, 2008, 65; F. Merloni, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 623; A. Romano Tassone, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 855; F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, 14/2016, 3. Sulla dimensione urbana, quale luogo di identificazione di nuove esigenze e di produzione di nuovi servizi, si vedano le interessanti considerazioni di E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2016, 235; F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, ivi, 271.

ria, quali soprattutto quelle di servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale[4].

Quel che mi propongo non è naturalmente risolvere la questione di cosa debba intendersi per pubblico servizio, ma stimolare ulteriormente il dibattito cercando di partire dall'idea di disservizio e quindi, per così dire, dal lato di ciò che non dovrebbe essere il servizio, piuttosto che dal lato di ciò che dovrebbe essere. Si tratta di un approccio particolare, dal momento che non indica l'assenza del servizio o della prestazione di servizio, ma una modalità indesiderata del suo atteggiarsi.

Proprio in questa prospettiva, proverò a confrontarmi con due diverse accezioni di disservizio.

La prima, più consueta, è quella che riguarda la non corrispondenza della prestazione di servizio concretamente erogata ad uno standard qualitativo e quantitativo. A questo tipo di disservizio il nostro ordinamento, come si dirà fra breve, ha effettivamente dedicato, soprattutto negli ultimi anni, una crescente attenzione. La disciplina si inserisce nella regolazione del rapporto fra cittadino utente e soggetto erogatore della prestazione.

L'altro significato al quale vorrei fare riferimento è molto più ampio e generale e può essere ascritto all'idea di disservizio soltanto in senso lato. Introduco qui un concetto di disservizio non come scarto rispetto ad uno standard produttivo, ma come scostamento dal modello di servizio pubblico immaginato in sede costituzionale, dove il servizio è mezzo di emancipazione individuale e collettiva, di costruzione della cittadinanza attraverso la redistribuzione della ricchezza e per il tramite della solidarietà e della partecipazione, e, in sintesi, strumento di politica in generale e politica sociale in particolare.

---

[4] G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 381; A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747; D. Sorace, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1; G. Di Gaspare, *I servizi pubblici in trasformazione*, Padova, 2010; F. Merusi, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati* (*parzialmente*) *liberalizzati: una introduzione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati, (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 3 ss.; G. Napolitano, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 218 ss.

Questa seconda accezione di disservizio, come cercherò di dimostrare, è in parte collegata con la prima ed è da quest'ultima, quindi, che conviene partire.

1. La tutela dai disservizi e le carte dei servizi pubblici

Il processo di allontanamento dell'erogazione dei servizi pubblici dall'amministrazione tradizionalmente intesa, attraverso forme di liberalizzazione e, soprattutto, attraverso il sempre maggiore coinvolgimento di organizzazioni private e di soggetti imprenditori nella gestione, ha portato al superamento dell'idea di un rapporto di utenza conformato dalle regole della relazione amministrativa, assegnando ad esso, in modo sempre più marcato, i caratteri del normale rapporto che si instaura tra il produttore e il consumatore[5].

La vicenda probabilmente più significativa di tale processo è quella delle carte dei servizi, nate proprio con l'intento di definire il "buon servizio" nell'ottica della maggiore attenzione alla qualità della prestazione erogata e alla tutela dell'utente[6].

Come è noto, si tratta di uno strumento introdotto all'inizio degli anni '90[7], in corrispondenza del superamento di molte forme di gestione pubblica dei servizi[8]. L'idea era quella di indurre i soggetti pri-

[5] F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, IV, 106 ss.

[6] A. CORPACI, *Le linee del sistema di tutela degli utenti dei servizi pubblici*, in Id. (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, cit., 12 ss., sottolinea come proprio il superamento della pubblicità del soggetto gestore, la cui natura garantiva il perseguimento delle finalità di tutela degli interessi generali, spinge verso una migliore definizione dei requisiti delle prestazioni anche in termini di garanzia degli utenti attraverso le carte dei servizi.

[7] Il processo è analogo a quello che negli stessi anni avviene in altri Paesi, europei e non: in Gran Bretagna viene adottata la Citizen's Charter (1991), in Francia la Charte des services publics (1992), in Spagna il Plan de Modernizaciòn de la Administraciòn del Estado (1992), e negli Stati Uniti il Government Performance and Results Act (1993). In tema P. Marconi, *La Carta dei servizi pubblici e la Citizen's charter. La normativa sulla Carta dei servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 790 ss.

[8] Il 27 gennaio 1994 viene emanata la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri "Principi sull'erogazione dei servizi pubblici" che introduce lo strumento della "Carta dei servizi", su cui si vedano G. SCIULLO, *Profili generali della direttiva 27 gennaio 1994 (Principi sull'erogazione dei servizi pubblici)*, in *Dir. econ.*, 1996, 47 ss.; G. VESPERINI, S. Battini, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997; S. Battini, *Tutela dell'utente e carta dei servizi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1998, 186. L'art. 2 del d.l. 163 del 1995 convertito, con modificazioni, nella l. 273 del 1995, sancisce

vati gestori a definire, alla luce di criteri guida fissati dall'amministrazione, gli standard di prestazione da assicurarsi nell'erogazione del servizio[9].

Inizialmente disciplinata come strumento di autoregolazione esecutiva dei gestori, in attuazione di indirizzi generali, la Carta dei servizi vede poi rafforzarsi, perlomeno negli intenti del legislatore, il suo ruolo di "patto" fra erogatore e utente[10] sul contenuto di qualità delle prestazioni erogate[11]. Nella gran parte dei casi, tuttavia, la pretesa partecipazione degli utenti si rivela solo simbolica[12] ed è anche questo a giustificare un rafforzamento del ruolo di guida nella definizione dei contenuti delle carte dei servizi delle autorità di regolazione, che divengono progressivamente attori importanti del processo di disciplina dei contenuti e della qualità dei servizi pubblici[13]. Alla fine degli anni 90 la carta dei servizi viene inquadrata fra gli strumenti per la garanzia della qualità dei servizi pubblici e per il monitoraggio dei risultati[14].

---

l'obbligo, per tutti i soggetti erogatori di servizi, di adottare le relative carte. In tema si vedano anche G. VESPERINI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 173 ss.

[9] A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, 620, considerava come la Carta dei servizi avesse il merito di contribuire "a puntualizzare e specificare l'obbligo di prestare il servizio, che non è più quello di erogare una prestazione qualunque, ma una prestazione con caratteristiche oggettivamente stabilite; correlativamente, la garanzia dell'utente sta nel conoscere preventivamente i livelli necessari perché la prestazione possa considerarsi sufficiente, e nell'esistenza di meccanismi di misurazione delle singole prestazioni". Vedi anche F. GIGLIONI, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità della prestazione dei pubblici servizi*, in *Pol. dir.*, 2003, 405; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 168.

[10] G. DELLA CANANEA, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 738; L. IEVA, *Il principio della qualità del servizio pubblico e la Carta dei servizi*, in *Foro amm.*, 2001, 231.

[11] L'articolo 2, c. 461, della l. n. 244/2007, prevede come obbligatoria la consultazione delle associazioni di categoria in funzione di una redazione della carta dei servizi partecipata e, soprattutto, rispondente alle reali esigenze dell'utenza dei servizi pubblici locali.

[12] M. CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 2014, 373.

[13] In questo senso la l. 481 del 1995, che ha istituito le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. G. IACOVONE, *Tecnica, politica e (in)effettività della tutela dell'utente di servizi di pubblica utilità*, in *Foro amm. C.d.S.*, 6, 2003, 2085.

[14] Si veda l'art. 11 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286 e l'art. 112 del d.lgs 18 agosto 2000, n. 267, che sancisce l'applicazione ai servizi pubblici locali delle disposizioni contenute nel citato art. 11.

Sotto il profilo della tutela dell'utente dai disservizi, rilevano strumenti quali quello del reclamo e dell'indennizzo automatico forfetario da corrispondersi in caso di violazione dei parametri di qualità stabiliti nella carta. Ma anche questi meccanismi rivelano ben presto i loro limiti, dovuti essenzialmente alle incertezze sull'esito dei reclami, alle esiguità degli indennizzi[15] e alle difficoltà legate alla dimostrazione delle circostanze che li rendono esigibili. L'operazione nel complesso appare foriera di risultati meno incisivi di quelli immaginati in partenza.

Per qualche anno il dibattito sulle carte dei servizi appare sopito[16] e, come dimostrano i diffusi inadempimenti nell'adozione e la scarsa propensione all'aggiornamento delle carte, poca attenzione viene ad esse dedicata anche da soggetti gestori e autorità regolatrici dei servizi.

Una decisa ripresa del tema della carta dei servizi si registra invece in tempi più recenti, a partire dalla metà del primo decennio del nuovo millennio. Nel 2005, il Codice del consumo adottato con il d.lgs. 206, all'articolo 2, include fra i diritti "fondamentali" dei consumatori e degli utenti quello "all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza"[17]. Con una norma di rinvio, contenuta all'articolo 101, il decreto incarica il legislatore di stabilire "per determinati enti erogatori di servizi pubblici l'obbligo di adottare... apposite carte dei servizi", garantendo anche agli utenti la partecipazione alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di qualità. A tale impegno assolve per i servizi pubblici locali la legge finanziaria del 2008 (n. 244 del 2007) che al comma 461 dispone l'obbligo per gli enti locali di inserire nel contratto di servizio con il soggetto gestore l'impegno ad adottare la carta della qualità dei servizi, in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate.

[15] Peraltro la giurisprudenza in diversi casi ha riconosciuto un ampio margine decisionale del gestore nella definizione dell'indennizzo. Ad esempio Tar Sicilia, Palermo, 13 giugno 2012, n. 1230.

[16] L'unico organismo centrale che era stato costituito a questo scopo, il Comitato Permanente per l'attuazione delle carte dei servizi presso il Dipartimento della Funzione Pubblica, non è stato più ricostituito a partire dal 1999.

[17] F. ROVERSI MONACO, M. GOLA (a cura di), *Mercato, diritti e consumi: le tutele di settore*, Bologna, 2008.

Ma è il 2009 che vede adottare le principali disposizioni che riportano al centro dell'attenzione la questione della tutela degli utenti dai disservizi per il tramite delle carte.

Il d.lgs. 150 del 2009 le include fra gli strumenti utili alla definizione della qualità attesa della performance e articola la funzione di indirizzo in materia di carte dei servizi prevedendo un potere di proposta da parte della Commissione per l'integrità, la valutazione e il merito nelle amministrazioni pubbliche[18] e l'adozione di direttive della Presidenza del Consiglio[19].

La legge 69 dello stesso anno[20] incide in profondità anche sul contenuto necessario della carta, disponendo che in essa debba essere prevista la possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamentino "la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante", di promuovere la risoluzione non giurisdizionale della controversia, nonché di ricorrere eventualmente a meccanismi di sostituzione dell'amministrazione o del soggetto inadempiente. A dover individuare lo schema tipo di procedura conciliativa sono le autorità di regolazione dei servizi o, ove non istituite, il Ministro per lo sviluppo economico, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

Infine il d.lgs 198 del 2009 include la violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi fra gli elementi che giustificano il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici.

La cosidetta *class action* pubblica, introdotta dal decreto appena richiamato, come noto, consente ai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori di agire in giudizio per la violazione di standard qualitativi del servizio nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, quando da ciò derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei loro interessi[21]. Nel quadro degli strumenti di rafforzamento delle garanzie

[18] La Civit ha adottato in merito le delibere 88/2010 e 3/2012 in materia di standard di qualità dei servizi resi al cittadino dalle pubbliche amministrazioni.

[19] Le direttive assumono la forma di atti di indirizzo e coordinamento, previa intesa in Conferenza, per i servizi erogati da regioni ed enti locali.

[20] Si veda l'articolo 30 della legge.

[21] C.E. GALLO, *La* class action *nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, 501 e ss.; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *www.giustamm.it;* F. PATRONI GRIFFI, Class action *e ricorso per l'efficienza delle amministra-*

degli utenti dei servizi, l'azione collettiva ricopre una posizione specifica, dal momento che non mira tanto ad ottenere una prestazione, né consente di accedere a forme di ristoro dei pregiudizi discendenti dalla non erogazione o cattiva qualità di essa, ma è rivolta essenzialmente ad evidenziare un malfunzionamento del servizio promuovendo, anche attraverso la pronuncia giudiziale, il ripristino della corretta erogazione del servizio. Sotto quest'ultimo profilo le previsioni normative guidano e delimitano il potere del giudice, stabilendo che esso debba tenere conto delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione del gestore del servizio e che, nell'ordinare di porre rimedio al disservizio accertato, non debba superare i limiti delle risorse strumentali, finanziarie e umane già assegnate in via ordinaria, preservando così la finanza pubblica da nuovi o maggiori oneri[22].

Il consolidamento della tutela dell'utente avvenuto nel corso del primo decennio del secolo attuale lascia però scoperto il profilo del risarcimento per i danni provocati dalla cattiva qualità del servizio. Si tratta di un ambito che sconta diverse incertezze dovute essenzialmente alle residue difficoltà di collegare qualità dei servizi e pretese degli utenti. Il tentativo di risolvere tali incertezze attraverso lo strumento delle carte dei servizi è operato dall'articolo 8 del d.l. n. 1 del 2012 (convertito con l. 27/2012) che dispone che nelle carte debbano essere definiti anche gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, indicando in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti di essi. La fissazione di tali diritti spetta alle autorità indipendenti di regolazione dei servizi e alle amministrazioni dotate di competenze di regolazione sui servizi pubblici, anche locali.

---

zioni e dei concessionari pubblici, in *federalismi.it*, n. 13/2010; A. Bartolini, *La* class action *nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 953; A. TRAVI, *Nota a parere del Consiglio di Stato n. 1943/2009*, in *Foro it.*, 2009, III, 98; A. MARCIANÒ, *L'azione di classe amministrativa e gli orientamenti desumibili dalle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Lav. nelle p.a.*, 2012, 145 ss.; G. SORICELLI, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, 2012.

[22] Nel complesso si tratta di uno strumento che, come segnalato sin dall'inizio, A. BARTOLINI, *La* class action *nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, cit., 960, mostra diversi profili di debolezza. Si veda comunque anche A. DE SANTIS, *La crisi dell'azione di classe a tutela di consumatori e utenti*, in *Foro it.*, 2013, 285 ss.

L'importanza delle carte dei servizi nella tutela dell'utenza è infine ulteriormente confermata dai nuovi obblighi di trasparenza che il d.lgs. 33 del 2013 impone anche per esse.

2. La tutela dai disservizi nello schema di testo unico sui servizi pubblici locali

Nel 2016, in esecuzione della delega contenuta nella legge 124 del 2015[23], il governo ha avviato un processo di razionalizzazione della materia dei servizi pubblici locali di interesse economico attraverso la predisposizione di un testo unico. Come è noto, tuttavia, il percorso si è interrotto a seguito della pronuncia della Corte costituzionale che ha riconosciuto illegittima la scelta del legislatore delegante di impiegare il debole strumento del parere, piuttosto che quello dell'intesa in Conferenza unificata, per coinvolgere le autonomie regionali e locali nel percorso di attuazione[24].

Il progetto di decreto legislativo, per quanto oramai dall'incerto destino, conferma comunque il quadro che si è andato sin qui delineando, testimoniando il consolidarsi di una approccio sempre più attento al rapporto fra utente ed erogatore del servizio.

L'articolo 24 del progetto di decreto, che si propone di regolare gli obblighi del gestore dei servizi pubblici con riferimento alla carta dei servizi, ribadisce la necessaria adozione di quest'ultima, la pubblicazione e una serie di contenuti obbligatori relativi alle prestazioni, alla trasparenza dei costi e ai diritti anche di natura risarcitoria degli utenti. Un ruolo chiave è riconosciuto alle autorità di regolazione alle quali

[23] Articoli 16, commi 1 e 4, e 19 della legge.

[24] Si tratta di una sentenza interessante sotto diversi profili. In particolare appare significativo ai nostri fini il richiamo, da parte della Corte, al fatto che una regolazione generale dei servizi pubblici di interesse economico non si risolve unicamente in una disciplina di mercato e quindi non può essere integralmente, o anche solo prevalentemente, ricondotta alla materia relativa alla tutela della concorrenza. Esistono infatti aspetti indiscutibilmente propri della regolazione dei servizi, e come tali presi in considerazione dalla legge delega, quali la definizione delle modalità di tutela degli utenti o l'introduzione e il potenziamento di forme di consultazione e diretta partecipazione dei cittadini (lettere h) e p) dell'articolo 19), che toccano materie di competenza legislativa regionale e regolamentare degli enti locali. Sulla competenza statale in materia di tutela della concorrenza nel rapporto con la disciplina dei servizi pubblici locali v. anche M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 122.

l'ipotesi di nuova disciplina affida il compito (insieme alle amministrazioni con funzioni di regolazione per i servizi che non vedano la presenza di una apposita autorità) di articolare gli specifici diritti degli utenti e gli obblighi del gestore, per i quali la disciplina attuale rinvia ai contratti di servizio. Così quelli che oggi sono semplici obblighi da imporsi tramite contratto di servizio ai gestori, diverrebbero oggetto di decisioni delle autorità di regolazione che potrebbero essere meglio dettagliate in termini di impegni da assumersi da parte del gestore.

Nella disciplina dei doveri che il gestore assume attraverso il contratto di servizio, sono presenti, oltre all'obbligo di adottare, aggiornare e rendere pubblica la carta dei servizi, una serie di contenuti che dovrebbero certamente rifluire anche nella carta stessa. Così è per l'indicazione della dimensione di offerta dei servizi, degli standard quantitativi delle prestazioni, delle procedure per proporre reclamo, delle modalità di ristoro dell'utenza in caso di violazione degli standard qualitativi e delle condizioni generali del contratto. Nel contratto di servizio si conferma l'obbligo delle parti ad impegnarsi a sottoporre a periodici controlli, anche con indagini presso gli utenti, la qualità e quantità dei servizi offerti, e a verificare l'adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato, così come fissati dal contratto stesso (e, deve ritenersi, dalle carte dei servizi) alle esigenze dell'utenza.

Complessivamente lo schema di decreto dedica una sicura attenzione alla qualità dei servizi e alla tutela degli utenti, la cui centralità è esplicitamente "affermata" fra i principi generali dall'articolo 4 che ne prevede la concretizzazione "anche favorendo forme di partecipazione attiva".

3. L'utente consumatore e l'amministrazione intermediario

Sullo sfondo della articolata disciplina che configura gli strumenti di tutela dell'utente dal disservizio propriamente inteso, quello, cioè, che si verifica per lo scostamento della prestazione concretamente erogata dallo standard qualitativo e quantitativo che impegna l'erogatore, si delinea una idea di servizio pubblico sulla quale vale la pena di soffermare l'attenzione.

L'aspetto che qui mi pare più significativo è come, nel rafforzare le forme di garanzia dell'utenza, si vada rarefacendo la relazione fra

l'utente del servizio e l'amministrazione che ha assunto su di sé la responsabilità di assicurarlo[25]. Si tratta di un elemento cruciale, come testimonia il fatto che le definizioni di pubblico servizio, sulle quali la dottrina giuridica non ha mai smesso di esercitarsi, prendono in considerazione proprio questa relazione[26].

Nell'articolazione delle garanzie, così come si sono andate sviluppando negli ultimi anni, l'interlocutore dell'utente, invece, è quasi sempre solo il gestore del servizio. L'oggetto della tutela è la prestazione come definita nella carta dei servizi e la carta, se pure in esecuzione di indirizzi e con vincoli imposti da parte pubblica, anche tramite il contratto di servizio, è atto e impegno assunto dal gestore nei confronti degli utenti. La partecipazione di questi ultimi alla redazione della carta e la possibilità di coinvolgerli nella verifica del suo rispetto rafforzano l'idea di un patto fra di essi e il gestore, dal quale l'amministrazione rimane "esterna", sullo sfondo, assumendo il ruolo di semplice intermediario fra gestore e utenti[27]. Del resto, la natura della carta come "atto" del gestore e l'incompetenza dell'amministrazione affidante ad imporre modifiche di essa è stata confermata anche dalla giurisprudenza[28], che ha chiarito come lo

[25] In questo senso anche D. De Grazia, *L'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici nella prospettiva della tutela degli utenti*, in *Persona e mercato*, 2012, 3. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 43, considera come "il nuovo regime dei servizi di pubblica utilità dirige il diritto alla prestazione non più verso lo Stato o altro ente pubblico, ... ma nei confronti di soggetti privati (le imprese erogatrici) che agiscono secondo la logica propria del mercato, gravitando sulla sfera pubblica unicamente la responsabilità variamente articolata per il servizio complessivamente considerato". G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., 572 segnala la "duplice direzione alla quale sono rivolte le pretese degli utenti", come risultato della distinzione fra i soggetti che gestiscono i servizi e le autorità preposte alla loro regolazione.

[26] Così è per la nota distinzione fra servizio pubblico in senso oggettivo e in senso soggettivo, ma anche per la sintesi e la combinazione che molti studiosi hanno offerto di queste due prospettive. Da ultimo si veda F. Fracchia, *Pubblico e privato nella gestione sei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, cit., 5, che qualifica il pubblico servizio come "la complessa relazione che si instaura fra il soggetto pubblico che organizza un'offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, e utenti".

[27] Sui pericoli di una regolazione affidata alla cura dei privati per la tutela dei diritti di libertà non economicamente "sensibili" si vedano le interessanti considerazioni di F. Bilancia, *Statuto del consumatore ed evoluzione della società politica*, in *Costituzionalisimo.it*, 1/2009. Sul rapporto fra diritto pubblico e privato nella tutela degli interessi pubblici e nella garanzia dei diritti, si vedano comunque le considerazioni di G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 661.

[28] Così Tar Sicilia, Palermo, 13.06.2012, n. 1230.

strumento a disposizione dell'amministrazione per concordare contenuti che possono rifluire anche nella carta dei servizi sia unicamente il contratto di servizio.

La distanza che si crea fra amministrazione e cittadino nel momento in cui l'erogazione del servizio è affidata ad un soggetto imprenditoriale (tramite concessione o appalto) o è realizzata attraverso una organizzazione privata controllata (s.p.a. *in house*) non è l'unica, né la principale ragione della rarefazione dell'amministrazione come interlocutore degli utenti del pubblico servizio.

A ben guardare, infatti, c'è una ragione più profonda che dipende dall'idea di servizio che c'è dietro agli strumenti di tutela dell'utenza dal disservizio.

Prendiamo le mosse dalla definizione di servizio di interesse economico generale, che, anche per la forza espansiva che ha mostrato nel volgere di questi ultimi anni, (come conferma la sua estendibilità a molti servizi "sociali"), può ben essere presa a paradigma di ciò che oggi sta alla base dell'idea di servizio pubblico[29]. Come è noto, ai sensi di tale definizione, i servizi sono prestazioni che il mercato eroga o potrebbe erogare dietro corrispettivo economico, ma che non sono di fatto erogate alle condizioni che l'amministrazione assume come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della comunità, della cura degli interessi della quale si occupa.

L'inadeguatezza del mercato giustifica, quindi, l'assunzione del servizio secondo il modello ripreso anche dallo schema di decreto sul testo unico dei servizi pubblici locali. In quest'ultimo l'assunzione è disciplinata dall'articolo 5 che, al secondo comma, fornisce indicazioni significative anche su come debba essere inteso il "pubblico interesse" che consentirebbe all'amministrazione di assumere il servizio[30]. Questo dovrebbe essere definito dall'ente locale in termini di: prezzo, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al

[29] D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e Welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, 240; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008, 52 ss.; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, 2008, 75 ss.

[30] Per una illustrazione delle modalità di assunzione del servizio locale nello schema di decreto attuativo della delega contenuta nella legge 124 del 2015, vedi ampiamente F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, cit. 9 ss.

servizio. Come si vede gli elementi che giustificherebbero l'assunzione e che riempiono di contenuto l'interesse pubblico vengono qui ricostruiti con riferimento al prodotto "finito": il prezzo, la sicurezza, la continuità, l'accesso. Il richiamo alla qualità, che pure potrebbe giustificare valutazioni che attengono alla costruzione della prestazione con modalità diverse da quelle già esistenti sul mercato, appare debole così come è, inserito fra gli altri elementi e per di più agganciato alla sicurezza: non la "qualità" da sola, cioè, ma la "qualità e sicurezza", a lasciar intendere che si tratta di elementi attinenti al prodotto servizio e non al processo di produzione dello stesso.

Ora, a me pare che dietro a tutto questo ci sia una precisa idea di servizio che è andata maturando in questi anni[31] e che ha eroso e delimitato il senso della qualificazione pubblica ad esso riferita. I caratteri fondamentali del servizio sono, cioè, quelli definiti dal mercato (si badi bene: esistente o potenziale, questo non è importante), ovvero quelli della produzione economica[32]. La qualificazione pubblica si aggiunge, senza modificare il carattere essenziale della prestazione, ma, per così dire, "correggendola" limitatamente ad elementi attinenti alle sue caratteristiche di prodotto finito (prezzo, accessibilità, ecc...).

Il nodo non sta, come pure si potrebbe pensare e si è pensato, nell'idea di "fallimento del mercato"[33], ma nella definizione di "che cosa" il mercato non riesce a fare adeguatamente. Se infatti questo "che cosa" viene individuato unicamente nelle caratteristiche mancanti ad un prodotto che già c'è, si rischia di ragionare soltanto in termini di correzioni, perdendo la prospettiva della creazione di qualcosa di significativamente diverso da quanto il modello imprenditoriale privato è interessato ad offrire.

---

[31] F. MERUSI, *La tormentata via della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 413; G. PIPERATA, *Il lento incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, ivi, 2011, 33 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit.

[32] Sul requisito di "attività produttiva e di rilievo economico" che ricorre come elemento necessario, naturalmente insieme ad altri, per la qualificazione di una attività quale pubblico servizio, Cons. St., sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268, su cui G. CAIA, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2013*, Treccani.it.

[33] G. CORSO, *La gestione dei servizi fra pubblico e privato*, in AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 30 ss.; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit.; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001.

Dietro questa impostazione c'è tutto un sistema di principi ed equilibri che si è andato modificando nel rapporto fra fini sociali e libertà di iniziativa economica[34], c'è lo spostamento verso politiche di tipo competitivo piuttosto che redistributivo[35], peraltro aggravate, nelle loro conseguenze dalla crisi economica[36], ma c'è soprattutto l'idea di una amministrazione esecutrice di una legalità economica, piuttosto che operatrice di trasformazione sociale[37].

---

[34] G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semi-globalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 3; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 395; R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli, gestioni e destino delle utilities*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli, 2014, 23; A. SANDULLI, *La persistente centralità dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2015, VIII.

[35] F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e Unione monetaria*, in *Rivista AIC*, 2014; R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell'Unione Europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, 2013, 37ss.; S. GIUBBONI, *European Citizenship and Social Rights in Times of Crisis*, *Working Paper-LPF* n. 2, Torino, 2013, 5 ss.; S. GIUBBONI, A. PIOGGIA, *Lo Stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento*, in C. Corsi (a cura di), *Felicità e benessere. Una ricostruzione critica*, Firenze, 2015, 75 ss.; C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali tra Costituzione e diritto europeo*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, 121 ss.

[36] A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *www.giurcost.org*; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2013; C. JOERGES, S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 343 ss.; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 79 ss.; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Torino, 2015.

[37] In questo processo l'incidenza della disciplina comunitaria non è limitata alle regole che hanno direttamente impatto sui servizi e sulla loro assunzione. Infatti queste lasciano liberi gli ordinamenti nazionali nel configurare le caratteristiche della prestazione oggetto del servizio e di conseguenza la sua qualità pubblica. E così che la "missione di interesse generale", che giustifica i limiti all'applicazione delle norme di concorrenza, è riempita di contenuto dagli Stati e lo stesso vale per la dimensione della sfera pubblica. Ad influenzare in maniera significativa la discrezionalità degli ordinamenti nazionali intervengono però altri strumenti: dai limiti all'indebitamento, che in maniera più o meno esplicita promuovono la dismissione di molte attività di prestazione, alla "cultura" del mercato che indica la competizione come lo strumento principale di qualsiasi azione di miglioramento della qualità, fino alle regole sulla libera prestazione dei servizi, che, nel rimuovere i limiti alla circolazione dei fornitori e degli utenti, prendono a riferimento regole di mercato nella disciplina dell'erogazione e della fruizione dei servizi, anche pubblici. Anche la Corte di giustizia europea, secondo G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Bari, Laterza, 2013, non sfugge alla ambivalenza tra un'effettiva opera di consolidamento dei diritti sociali e un'innegabile controtendenza a sacrificarli alle ragioni del mercato. Sul "tradimento" dei diritti sociali da parte delle logiche nazionali ispirate al rispetto dei vincoli europei, F. BILANCIA, *I diritti sociali ed il diritto alla salute nell'ordinamento dell'Unione*

Di tutto ciò naturalmente non possiamo occuparci in questa sede, ma questo non impedisce di segnalare come il mutamento dell'idea di servizio pubblico si inserisca in un quadro complessivo del quale, se pure da un punto di vista parziale, contribuisce a chiarire i tratti.

La costruzione del servizio pubblico a partire dalle correzioni ad un prodotto già offerto sul mercato o potenzialmente erogabile con le caratteristiche dell'impresa in esso operante, appare coerente con la tendenziale preferenza che il nostro ordinamento è andato accordando in maniera progressiva ad una erogazione del servizio da parte di operatori economici che operano in un sistema concorrenziale[38]. L'articolazione graduale delle modalità attraverso le quali l'ente locale, che abbia deciso di assumere un servizio come pubblico, opera per garantirlo all'utenza, così come prefigurate dall'articolo 6 dello schema di decreto, ne rappresenta in maniera evidente l'attuale punto di arrivo. La prima ipotesi, quella che, anche in considerazione del riferimento al principio di proporzionalità come guida all'assunzione del servizio, dovrebbe essere vagliata in via preferenziale, è quella di lasciare che il servizio continui ad essere erogato sul mercato da operatori economici che non stabiliscono alcun legame con l'amministrazione. È il caso in cui quest'ultima decida di intervenire unicamente imponendo obblighi di servizio pubblico a carico di tutte le imprese che operano nel mercato.

La seconda possibilità è addirittura ancor più rispettosa della autonomia imprenditoriale, dal momento che prevede il riconoscimento agli utenti di vantaggi economici e di titoli da utilizzare per la fruizione del servizio.

---

europea. Un'introduzione, in S. R. MARTINI, S. BILANCIA (a cura di), *O direito à saùde na união europeia e no mercosul*, Porto Alegre, 2014, 29 ss.

[38] S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007, sviluppa in maniera interessante proprio la tesi per cui il servizio pubblico, o meglio "il servizio di pubblica utilità, sia la risultante di una complessiva regolazione della concorrenza, piegata, nell'ambito di un programma ex art. 41, co. III, Cost., a specifiche esigenze sociali"; ciò implica anche che "le potenzialità della nozione di servizio di pubblica utilità coincidono con quelle del diritto della concorrenza", per cui se il diritto della concorrenza appare insufficiente all'adempimento della missione di interesse generale, il fenomeno che ne scaturisce è estraneo alla fattispecie qualificata dalla nozione di servizio di pubblica utilità; ivi, 26. Sulla promozione e tutela della concorrenza come funzione pubblica e come "unità di misura delle categorie che abbiano riflessi sui rapporti economici" come quella di "servizio pubblico", F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, cit., passim, spec. XVI.

Da ultimo: la terza, quella che dovrebbe rappresentare la forma di maggiore intervento pubblico, si traduce nell'attribuzione dell'obbligo di servizio pubblico a carico di uno o più operatori economici.

È sintomatico che fra quelle che l'articolo 6 elenca come "modalità di perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico" non sia espressamente prevista la gestione diretta in economia o tramite azienda. È questa una soluzione che incontriamo soltanto all'articolo successivo e che è inclusa fra quelle attraverso le quali si individua l'operatore "economico" a cui affidare il servizio. Si tratta di una dimenticanza? Oppure la sfera pubblica, nel momento in cui decide di trattenere per sé il servizio ed erogarlo direttamente agli utenti si percepisce come un "operatore economico"?

La domanda non è banale perché sposta l'attenzione dalla prestazione al processo organizzativo necessario a produrla. Il legislatore delegato sembra dare per scontato che si tratti sempre e necessariamente di un processo ambientato in una organizzazione che ha caratteri e struttura economici e alla quale gli obblighi di pubblico servizio sono imposti come "aggiunta".

Come si vede, la stessa prospettiva che abbiamo considerato essersi affermata per il prodotto servizio (qualcosa che esiste o esisterebbe sul mercato in base alle sue logiche e che deve essere semplicemente corretto per corrispondere alle esigenze pubbliche) si riflette anche sull'organizzazione produttiva: di base a carattere economico, correggibile con obblighi di servizio[39].

Uno dei principali punti di intersezione di queste due visioni è il meccanismo delle compensazioni economiche, al quale corrisponde l'idea per cui la differenza fra una prestazione di servizio coerente con le logiche imprenditoriali e di mercato e una prestazione di servizio pubblico, conformata per essere funzionale al perseguimento di finalità di interesse generale, sia completamente ed esattamente "monetizzabile". A ciò, evidentemente, corrisponde l'idea della natura tutta economica della prestazione e dell'organizzazione necessaria a realizzarla.

In questa prospettiva, allora, la distanza fra l'utente e l'amministrazione che ha assunto il servizio si spiega anche in termini per così dire "culturali": l'interlocutore del cittadino per ciò che con-

[39] M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 508.

cerne caratteri e qualità del servizio è "l'operatore economico", dal momento che tutte economiche sono anche le questioni che attengono alla sua produzione ed erogazione. L'amministrazione sembra assumere qui il ruolo di semplice intermediario fra utenti e impresa, con la funzione di rendere i primi acquirenti con la medesima capacità di spesa e con la medesima possibilità di acquisto di prestazioni aventi caratteristiche uniformi. Coerentemente con tutto ciò, per la tutela dei propri diritti, il cittadino ha accesso ai medesimi rimedi che sono previsti a tutela dei consumatori e degli utenti (dei servizi resi da privati) e le carte dei servizi rappresentano lo strumento per estendere all'area dei servizi pubblici quei meccanismi protettivi tradizionalmente riservati al consumatore e all'utente di servizi offerti dai privati sul mercato[40].

4. Servizi e disservizi

Nell'ottica assunta in questa sede si tratta ora di evidenziare quali conseguenze derivino da tutto ciò in termini di disservizio in senso ampio, ossia, come precisato all'inizio, di scostamento fra l'idea di servizio pubblico che emerge dalla Costituzione, con tutte le sue specificità e potenzialità, e l'idea di servizio pubblico che emerge dall'assetto attuale.

Sarebbe troppo lungo e impegnativo procedere preliminarmente ad una ricostruzione complessiva della funzione costituzionale dei servizi pubblici. Ai nostri fini possiamo semplicemente richiamare ciò che si dà per acquisito, cioè che essi siano il principale strumento che la Repubblica ha a disposizione per adempiere all'impegno assunto ai sensi del secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione[41]. È essenzialmente attraverso le prestazioni di servizio, infatti, che le istituzioni provvedono alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona e la sua

[40] In questo senso A. M. Benedetti, *Liberalizzazioni, carte dei servizi e diritti degli utenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 517.

[41] Ricostruisce attentamente questo rapporto L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 127 ss.

partecipazione all'organizzazione politica, sociale ed economica del Paese[42].

Questo ha, o dovrebbe avere, delle ricadute importanti non solo sulla prestazione di servizio, ma anche e soprattutto sul processo di organizzazione ed erogazione della prestazione stessa[43]. Nella misura in cui però il servizio, come si è visto, si concepisce sin dall'inizio come strutturalmente imprenditoriale, le garanzie di soddisfazione dell'utente sono naturalmente spostate e concentrate sul prodotto e sulle sue caratteristiche qualitative e quantitative, trascurando il modo in cui l'operatore economico provvede ad erogarlo.

Ciò è del tutto coerente con l'idea del servizio privato (erogato, appunto, da una organizzazione imprenditoriale), ma potrebbe, in alcuni casi, non esserlo pienamente per il servizio pubblico. La sua funzione, infatti, è più complessa. Se certamente si può dire che il singolo servizio è destinato a soddisfare un singolo bisogno attraverso una singola prestazione (rimozione dell'ostacolo) più o meno articolata, esso in quanto pubblico, rappresenta anche il tassello di un disegno più ampio, che nel suo complesso rende la rimozione dei bisogni strumentale al pieno sviluppo della persona umana. È così che non solo il prodotto prestazione, ma anche il modo in cui questo è costruito nella relazione fra erogatore e utente possono adempiere a tale funzione.

Esistono prestazioni di servizio per godere delle quali si entra in profonda relazione con l'organizzazione che le eroga. Quando si tratta

[42] A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1994; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*. XI, Roma, 1989; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2011; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002; C. PINELLI, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in ID., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli 2012, 396 ss.

[43] È del resto questo il senso delle previsioni contenute nella cosiddetta Costituzione economica e, in particolare, nell'articolo 43, previsioni che aprono prospettive di gestione pubblica e partecipata che hanno la propria ragion d'essere nella strumentalità dell'attività di servizio alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale. In una prospettiva di ricaduta dei caratteri della prestazione di servizio sulle modalità organizzative dell'erogatore sembra di recente essersi, se pur timidamente, mossa la ridisciplina dei contratti pubblici attraverso la previsione di modalità particolari per la selezione dei contraenti nella fornitura dei servizi sociali. In questo senso si veda l'articolo 143 del d.lgs. 50 del 2016 che consente, per determinati servizi, appalti riservati a soggetti non profit o organizzati attraverso la partecipazione di lavoratori e utenti.

di una organizzazione privata questa, insieme ai diritti speculari agli obblighi di servizio concernenti la prestazione stessa, la sua qualità e i suoi requisiti (che possono avere anche una ricaduta sull'organizzazione dell'erogatore, ma unicamente sotto il profilo, per così dire, produttivo), è tenuta a rispettare gli altri diritti dell'utente in termini di non violazione di essi. Di una organizzazione pubblica, invece, si può dire certamente che essa sia tenuta, oltre che ad erogare la prestazione, non solo a rispettare gli altri diritti, ma in diversi casi a promuoverli e realizzarli[44].

Un esempio particolarmente significativo è quello dei servizi sanitari. Per quanto connotati da caratteri di forte specificità, che li ha tenuti a lungo protetti dalle logiche concorrenziali, anch'essi sono da alcuni anni oggetto di discipline mirate ad introdurre dinamiche competitive nella loro erogazione[45]: dal sistema dell'accreditamento e degli accordi nel "mercato" interno, a quello dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, disciplinata in modo da eliminare tutti una serie di vincoli alla libera prestazione dei servizi nello spazio europeo[46]. Anche quelli sanitari sono oggi in linea di massima considerati dall'ordinamento eurounitario servizi economici di interesse generale[47].

Lo spostamento dell'attenzione verso il prodotto-prestazione che tutto ciò comporta, reca con sé il rischio di far perdere di rilievo alla

---

[44] B. SORDI, *Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale*, in *Quad. fiorentini*, 2002, 582, ricorda come l'organizzazione pubblica dei servizi abbia costituito la "fonte di un più solido sentimento di appartenenza alla comunità e costituzione della cittadinanza". Sul rapporto fra modalità organizzative dell'erogazione dei servizi, tutela dei diritti degli utenti e diritti degli erogatori, vedi ampiamente A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, *passim*, spec. 137 ss. Per alcune considerazioni in tema anche A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir, sicurezza soc.*, 2011, 21 ss.

[45] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"* in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, Franco Angeli, 2008, 361.

[46] M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012; A. Pioggia, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in Libro dell'anno del diritto 2015, Treccani.it.

[47] In questo senso la Decisione della Commissione del 20 dicembre 2011, riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. In tema si veda anche il significativo contributo di A. BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. pubb.*, 2010, 195.

dimensione organizzativa della relazione fra erogatore e utente, dimensione all'interno della quale si realizzano diritti che convivono con quello alla salute e concorrono con esso a realizzare l'obiettivo costituzionale del pieno sviluppo della persona umana. Uno fra tutti quello all'autodeterminazione che certamente anche una struttura privato-imprenditoriale deve rispettare, ma che nell'idea del servizio pubblico non deve solo essere rispettato, ma promosso e pienamente realizzato. In questo senso mi pare estremamente significativo richiamare qui un passaggio di una pronuncia con la quale il Consiglio di Stato[48] ha indicato con grande chiarezza quali siano i termini e i contenuti della "complessa" doverosità di servizio che grava sull'organizzazione sanitaria nel rapporto con la persona. Dopo aver ricordato come la soddisfazione del diritto alla salute sia anche un mezzo attraverso il quale la Repubblica contribuisce alla realizzazione della personalità del singolo, i giudici ricostruiscono i doveri dell'organizzazione sanitaria come corrispettivi del diritto ad una prestazione molto più articolata della semplice erogazione di un servizio medico e che si concretizza in una attività "che va dall'accoglimento del malato alla comprensione delle sue esigenze e dei suoi bisogni, dall'ascolto delle sue richieste alla diagnosi del male, dall'incontro medico/paziente alla nascita e all'elaborazione di una strategia terapeutica condivisa, alla formazione del consenso informato all'attuazione delle cure previste e volute, nella ricerca di un percorso anzitutto esistenziale prima ancor che curativo, all'interno della struttura sanitaria, che abbia nella dimensione identitaria del malato, nella sua persona e nel perseguimento del suo benessere psico-fisico, il suo fulcro e il suo fine". Come si vede, qui si va ben oltre il riconoscimento di diritti ad una prestazione, coinvolgendo in pieno il servizio e la sua organizzazione nel progetto costituzionale di emancipazione e sviluppo della persona. La prestazione diventa parte di quello che il Consiglio di Stato definisce un "percorso esistenziale" che ha come fulcro e fine la "dimensione identitaria" della persona.

Non si tratta di aspetti che riguardano soltanto questo tipo di servizio, connotato, lo abbiamo premesso, da significative specificità. Considerazioni analoghe si possono fare anche per altri tipi di prestazioni.

Si pensi alle modalità di gestione che in alcuni comuni hanno garantito per decenni il servizio di refezione scolastica con la partecipa-

[48] Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460.

zione e persino con il contributo operativo dei genitori e, indirettamente, della collettività degli utenti[49]. In queste realtà sono state condivise risorse conoscitive, partecipative, di crescita sociale, di solidarietà, di educazione e di salute, che, oltre a garantire un servizio, hanno contribuito in maniera significativa al percorso di pieno sviluppo delle persone coinvolte e alla loro "partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"[50]. In questi ultimi anni sono prevalse le scelte di esternalizzazione della gestione che in molti casi hanno di fatto escluso gli utenti dal processo produttivo, con l'esito per cui il prodotto servizio continua ad essere erogato, ma si sono ridotti e in diversi casi sono scomparsi gli spazi in cui venivano garantiti gli "altri" diritti e la relazione fra sfera pubblica e collettività contribuiva alla realizzazione del progetto di società iscritto in Costituzione.

In casi come questo, e come tutti quelli in cui l'amministrazione riduce il suo ruolo a mero intermediario fra utenti e impresa che eroga la prestazione, si rinuncia a un pezzo del servizio pubblico, un pezzo che è spesso importante e che quasi sempre contribuisce a caratterizzarlo come pubblico.

Non c'è dubbio che, con le inevitabili differenze, considerazioni analoghe a quelle appena proposte per i servizi sanitari e per quello di refezione scolastica possano farsi per molti altri: si pensi a diversi servizi culturali che possono favorire lo sviluppo del territorio e l'inclusione sociale[51], ma anche al servizio di raccolta dei rifiuti e allo sviluppo della responsabilità civica attraverso forme consapevoli e informate di raccolta differenziata, al trasporto urbano e alla promozione della salute attraverso il movimento fisico, alla cura del verde pubblico e il recupero di zone urbane degradate, per non parlare della gestione del servizio idrico che il dibattito sull'acqua come bene comune ha

[49] Sulla interessante vicenda del servizio di refezione scolastica erogato dal Comune di Perugia si veda N. ANGELASTRO, *Caos mense scolastiche a Perugia: genitori esclusi*, in *Labsus.it*, 25 agosto 2015.

[50] Nelle *Linee di indirizzo nazionale per la refezione scolastica*, adottate con intesa in Conferenza unificata il 29 aprile 2010, si afferma che "la ristorazione scolastica non deve essere vista esclusivamente come semplice soddisfacimento dei fabbisogni nutrizionali, ma deve essere considerata un importante e continuo momento di educazione e di promozione della salute diretto ai bambini, che coinvolge anche docenti e genitori".

[51] G. SCIULLO, *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 2/2009; C. BARBATI, *Governo del territorio, beni culturali e autonomie: luci e ombre di un rapporto*, ibidem.

arricchito di grande valore sociale[52]. In questi casi il servizio presenta un "valore aggiunto" che costituisce un contributo alla trasformazione della società non solo attraverso la prestazione, ma anche e soprattutto attraverso le modalità, anche organizzative, dell'erogazione.

5. segue...: l'amministrazione intermediario "debole" e l'utente consumatore "egoista"

Quanto considerato da ultimo richiede all'amministrazione, per così dire, di "immaginare il servizio", prima di affidarlo ad un soggetto che si occupi della sua erogazione, non solo in termini qualità e quantità delle prestazioni, ma anche sotto il profilo dell'organizzazione in cui si ambienta il rapporto fra erogatore ed utente. Una amministrazione mero intermediario di tale relazione non adempie al suo ruolo in maniera piena e produce essa stessa "disservizi".

Lo dimostrano casi come quelli in cui è l'inadeguatezza e la "povertà" del contratto di servizio a rendere la relazione di servizio improntata alla mera pretesa di prestazioni minime, con il sacrificio di aspetti quali il coinvolgimento dell'utente attraverso una adeguata informazione e una responsabilizzazione nel godimento di una prestazione che è strumento di emancipazione per sé e per gli altri, nonché valore per la collettività tutta. Di episodi di questo tipo reca traccia la giurisprudenza, come nel caso in cui il Consiglio di Stato[53] ha cassato la pronuncia con la quale il giudice di primo grado aveva condannato il gestore per aver leso l'interesse alla qualità e sicurezza del servizio, ad una adeguata informazione e a una corretta pubblicità, ritenendo che le oggettive carenze nell'organizzazione e nella erogazione dipendessero dal contratto di servizio e dal comportamento degli utenti e non fossero quindi ascrivibili al gestore.

Una amministrazione che si concepisce come intermediario, perde la propria capacità di costruire il servizio secondo logiche autenticamente "differenti" da quelle industriali e di mercato e finisce per esse-

[52] Sul rapporto fra la dimensione di "bene comune" dell'acqua e le modalità di gestione del servizio idrico, A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; con particolare riferimento alla significativa esperienza di Napoli, da ultimo L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 169 ss.

[53] Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 aprile 2014, n. 1560.

re catturata da queste ultime[54]. In questo senso mi paiono significative le sentenze con le quali diversi giudici hanno sanzionato le scelte organizzative di Poste italiane di disporre la chiusura di uffici postali dislocati in zone montane, la cui scarsa utenza non garantiva più condizioni di equilibrio economico. L'aspetto più interessante della vicenda è ben messo in evidenza dal Consiglio di Stato[55], quando sottolinea come l'impiego di una logica di tipo esclusivamente economico-produttivo nell'effettuare scelte di riorganizzazione del servizio sia dipesa non tanto e non solo dalle decisioni di Poste italiane, quanto dal modo in cui il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 7.10.2008 e il Contratto di programma 2009-2011, stipulato dal Ministero con Poste italiane, rendevano valutabile la sostenibilità del servizio. Erano e sono, cioè, le decisioni dell'amministrazione sulla quale grava la responsabilità di assicurare il servizio e non solo quelle del gestore a seguire "una logica di tipo solo economico", trascurando di tenere conto della particolare conformazione di alcune aree geografiche, della necessità di assicurare piena soddisfazione alle esigenze degli utenti e, infine, di realizzare quella coesione sociale e territoriale alla quale il servizio, al di là delle singole prestazioni di cui si compone, mira nel suo complesso.

È evidente qui l'immiserimento del ruolo specifico dell'amministrazione nella concezione del servizio pubblico e nella interlocuzione con il gestore in un'ottica che dovrebbe essere quella dell'impiego del servizio per la trasformazione della società, così come la Costituzione richiede.

In senso analogo e, per ulteriori aspetti significativi, sono interessanti anche alcune recenti vicende legate al servizio pubblico di trasporto ferroviario.

Un paio di anni fa, alcune interrogazioni parlamentari hanno posto all'attenzione del Governo il fatto che Trenitalia avesse deciso di sopprimere diverse tratte di intercity inquadrate nei servizi cosidetti "a mercato", esclusi cioè dal pacchetto degli obblighi di servizio e quindi liberamente modificabili dal gestore. La scelta di Trenitalia dipendeva dalla scarsa redditività di tali tratte, in diversi casi in perdita, dovuta

[54] Sulla debolezza dell'amministrazione nell'interlocuzione con l'impresa affidataria del servizio v. ampiamente N. GIANNELLI, *Beni comuni e servizi pubblici: utilità sociale e gestione democratica*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 614 ss.

[55] Consiglio di Stato Sez. III, 27 maggio 2014, n. 2720.

alla diminuzione dell'utenza. In parte questo effetto era ed è determinato dallo sviluppo di un altro servizio "a mercato" quello dell'alta velocità. L'aspetto significativo di questa vicenda non è solo quello, analogo al caso precedente, relativo alla "inadeguatezza" del contratto di servizio e alla scarsa capacità dell'amministrazione di costruire un servizio pienamente rispondente alle esigenze dell'utenza. Si profila qui un altro effetto della trasformazione dell'idea di servizio pubblico. La soluzione prospettata da Trenitalia, di fronte alle vibranti proteste delle regioni danneggiate dalle paventate soppressioni, è quella di includere nel contratto di servizio le tratte in via di soppressione. A questo fine, tuttavia, il Governo segnala come per compensare i nuovi oneri di servizio occorrerebbe introdurre un sovrapprezzo al canone dovuto per l'esercizio di servizi di trasporto passeggeri sulle tratte ad alta velocità, incidendo così su tariffe medie fra le più onerose in Europa. Quel che salta agli occhi è qui la perdita della funzione di redistribuzione solidale della ricchezza che tradizionalmente si ascriveva al servizio pubblico, una perdita che diventa quasi un capovolgimento producendo effetti del tutto opposti. I maggiori costi gravano sugli utenti, in maniera niente affatto proporzionale e progressiva, aumentando ulteriormente le diseguaglianze che derivano dalle condizioni economiche, ma anche territoriali, sociali, familiari, professionali, ecc.

Effetti di amplificazione delle diseguaglianze proprio come conseguenza dell'organizzazione del servizio derivano anche dal modo in cui la trasformazione dell'idea di servizio pubblico si è riflessa sull'idea di utente come consumatore. L'affidamento a logiche concorrenziali nell'erogazione dei servizi ha portato non solo una maggiore attenzione alla tutela del singolo dalla violazione del patto di servizio con l'erogatore della prestazione, ma anche alla valorizzazione della libertà dell'utente, in quanto strumento essenziale all'attivazione della competizione fra erogatori. Naturalmente si tratta di un elemento positivo, visto che accresce i diritti del singolo nel rapporto con il servizio. Ma non sempre gli effetti sono eguali per tutti e non sempre si riflettono in una crescita della qualità del servizio per tutti. Come si è visto nel caso dei servizi di trasporto, l'aumento dell'offerta non vale ad aumentare le opportunità per tutti gli utenti e, anzi, può tradursi in un *vulnus* per coloro che si trovano in condizioni di maggiore debolezza, impoverendo proprio i servizi che rispondono alle esigenze più costose da soddisfare. Lo stesso si è visto accadere per la scuola, in cui l'accresciuta libertà degli utenti ha finito per "creare" istituti di serie

B, all'inizio meno di moda di altri, per poi finire ad essere di fatto riservati alle fasce deboli e agli immigrati. In sanità qualcosa di simile è accaduto con la mobilità interregionale che ha indebolito le strutture già deboli, e altrettanto potrebbe avvenire con la mobilità transnazionale. Quest'ultima, peraltro, suscettibile di aumentare a dismisura le diseguaglianze nel godimento del diritto alla salute, stante la necessità di far fronte con i propri mezzi alle spese di viaggio e permanenza all'estero.

L'effetto di dinamiche come queste è anche quello di perdita della dimensione collettiva e solidale del servizio, spezzettato in prestazioni minime per tutti e prestazioni eccellenti per pochi, con la conseguenza di neutralizzare così anche la forza della pressione sociale sull'amministrazione per ottenere servizi migliori. A veder sacrificata la propria posizione sono spesso proprio i più deboli, che lasciati soli a chiedere maggiori tutele, hanno una voce flebile e più facile da trascurare. Questo vale anche nel rapporto fra operatore economico che eroga il servizio e utenti, stante anche la debolezza della cosiddetta "*class action* amministrativa" alla quale si è accennato prima.

6. Qualche notazione conclusiva

Si è consapevoli che quanto sin qui considerato non può avere come conseguenza l'affermazione della necessità che ad erogare il servizio pubblico debba essere sempre e solo una organizzazione soggettivamente pubblica, o il sostenere che la libertà degli utenti vada ridotta.

Sarebbero affermazioni antistoriche e difficilmente sostenibili.

Non c'è dubbio tuttavia che l'assunzione acritica del principio per cui gran parte dei servizi pubblici (perlomeno di tutti quelli di cui può predicarsi la natura di servizio di interesse economico generale) siano da erogarsi attraverso una organizzazione imprenditoriale, secondo le sue logiche e con limiti e requisiti che riguardano solo il prodotto-prestazione, porti con sé in molti casi un impoverimento della funzione costituzionale del servizio pubblico con i conseguenti "disservizi" nel senso ampio che si è proposto di attribuire a tale espressione.

Cosa fare dunque?

Sicuramente approntare strumenti per recuperare il "valore aggiunto" dei servizi pubblici anche nel momento in cui si sceglie legittimamente di affidarli all'esterno, consapevoli del fatto che certe soluzioni

operative, che certamente non è impossibile configurare come specifici obblighi di servizio, passano per l'organizzazione delle modalità di erogazione della prestazione e che non tutti i "prodotti" di un servizio autenticamente pubblico sono monetizzabili e suscettibili di essere sterilizzati nel meccanismo delle compensazioni economiche.

Questo comporta la necessità di un recupero della responsabilità politica nel campo dei servizi pubblici, una responsabilità che non può essere più occultata dietro i vincoli di finanza pubblica o gli impegni assunti in sede europea. Naturalmente c'è bisogno di una "buona" politica, rispettosa delle esigenze della distinzione, attenta alle regole dell'anticorruzione, sensibile alla missione che la Costituzione assegna alla Repubblica e, quindi, alla sua amministrazione. Una politica in grado di affermare questa missione anche di fronte ad interessi che non coincidono con quelli della collettività, come in alcuni casi sono quelli dell'impresa, senza limitarsi a fare da intermediario fra questi e quelli collettivi, ma assumendo responsabilmente scelte che restituiscano il senso della natura pubblica del servizio.

GOVERNO DELL'ECONOMIA E GESTIONE DEI CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA
APPUNTI SUL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ

di *Angelo Schillaci*

SOMMARIO: *1. Premessa; 2. Principio di solidarietà, sviluppo democratico e ruolo delle Corti (e dei Parlamenti) nel governo dell'economia; 3. Principio di solidarietà e pluralismo territoriale; 4. Le quattro dimensioni del principio di solidarietà nell'Unione europea; 5. L'ambiguo carattere solidaristico delle misure anticrisi; 6. Rilievi conclusivi: conflitti, democrazia, solidarietà.*

1. Premessa

L'analisi del rapporto tra governo dell'economia e sviluppo democratico dell'Unione europea offre un'occasione per riflettere sui conflitti che si agitano sullo sfondo del processo di integrazione europea, non solo sul piano della loro articolazione istituzionale o interordinamentale, ma anche con riguardo alla loro più profonda attinenza alle concrete dinamiche di inclusione sociale. La gestione della crisi economica e finanziaria che ha interessato gli stati membri dell'Unione europea (ed in particolare, gli stati dell'area mediterranea) negli ultimi anni, ha infatti messo in luce – conclamandola – la profonda debolezza del processo di integrazione sul piano dell'articolazione e della gestione dei conflitti sociali, particolarmente accentuati in conseguenza delle politiche di austerità poste in essere nel tentativo di arginare gli effetti della crisi sulla stabilità finanziaria dei paesi aderenti alla moneta unica.

In premessa, pare tuttavia necessario stabilire cosa si intenda per "governo dell'economia", quali siano le sue relazioni con un altro concetto utilizzato di frequente nel medesimo campo semantico – quello di *governance* – e soprattutto, quali specifici problemi ponga la

relazione tra governo dell'economia e sviluppo democratico sul piano costituzionale[1].

Detta relazione, se riguardata dall'angolo visuale del diritto costituzionale, pone un problema di rilievo, vale a dire quello della legittimazione democratica degli strumenti di governo dell'economia e, più in generale, quello relativo alla portata e al significato ultimo dello stesso concetto di "costituzione economica", che si ritiene ancora preferibile rispetto a quello di *governance*. Si tratta, evidentemente, di questioni che hanno sollevato un dibattito ricco e articolato, e non solo con riferimento al costituzionalismo del secondo dopoguerra: il rapporto tra economia e diritto, e il tentativo di dare una cornice costituzionale alla gestione delle dinamiche del mercato, al fine di orientarne lo svolgimento nel senso di un contenimento delle disuguaglianze ed in vista dell'attuazione di un progetto costituzionale di liberazione e promozione sociale della persona segna, a ben vedere, l'intero itinerario storico del costituzionalismo moderno[2].

---

[1] Il dibattito sul concetto di *governance* è molto ricco. Per un inventario dei problemi posti da tale concetto sul piano costituzionale v. in particolare F. BALAGUER CALLEJÓN, *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2016, specie per l'affermazione che «l'alternativa tra *governance* e governo nasconde l'alternativa tra modello costituzionale e democratico e un diverso modello di decisione, basato sulla legittimazione funzionale e (apparentemente) tecnica, che mira a neutralizzare il conflitto politico ed eludere la responsabilità» (p. 11). Una ricostruzione critica del concetto di *governance* è offerta, di recente, da G. COMMISSO, *La governance nell'economia sociale di mercato. Una interpretazione foucaultiana*, in *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2015, pp. 265 ss. Come rileva Commisso, in particolare, a posizioni che vedono nella *governance* un «processo in grado di favorire prassi consensuali, trasparenti, inclusive e responsabili mettendo in opera molteplici saperi/competenze e differenti reti di attori che hanno l'obiettivo di comporre le fratture che attraversano la politica e l'economia» (p. 266), si contrappongono posizioni critiche, le quali rilevano che «nel suo funzionamento concreto, la *governance* si articola in un insieme di strategie discorsive e tecniche di potere tese a produrre le condizioni di esercizio della libertà economico-politica necessaria all'ampliamento degli scambi economici e ai movimenti del capitale globale» (p. 267). Nella prospettiva del diritto costituzionale, simile polarità rinvia al nesso tra neoliberismo, individualismo metodologico e orientamento delle dinamiche economiche secondo le finalità costituzionalmente rilevanti di tutela dei diritti e garanzia dell'eguaglianza, e dunque alla tensione tra prospettiva neoliberale di autonomia del mercato e recupero di una istanza solidaristica che rinvia alla dimensione sociale e comunitaria: sul punto, v. ancora G. COMMISSO, cit., pp. 269 ss. e 274 ss., ma soprattutto P. RIDOLA, *I diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, pp. 154 ss.

[2] Sul punto, oltre a P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, pp. 139 ss., v. almeno M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Questione giustizia*, 2012, pp. 92 ss.; C. PINELLI, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, in ID., *Nel*

Con riferimento al processo di integrazione europea, si pongono peraltro problemi specifici, legati – come ovvio – al ruolo preponderante svolto da (alcuni) governi nazionali nell'articolazione delle politiche di gestione della crisi economico-finanziaria scoppiata a partire dal 2008: tale circostanza ha riproposto, con forza in parte inedita (anche alla luce dell'irrobustirsi di una coscienza pubblica del problema, attraverso prassi di resistenza e lotta di movimenti anti-austerità negli stati del sud dell'Unione[3]), il problema del cd. "deficit di democrazia" dell'Unione ma, soprattutto, il problema della legittimazione democratica e costituzionale delle scelte di politica economica, specie sotto il profilo della loro capacità di incidere sulla tenuta e sull'effettività dei diritti sociali fondamentali e della stessa dignità della persona.

Più in generale, molte sono le dimensioni del rapporto tra governo dell'economia e sviluppo democratico dell'Unione europea che possono essere analizzate. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, al ruolo dei Parlamenti nel controllo sulle decisioni nazionali ed europee adottate nell'ambito dell'articolazione delle politiche di gestione della crisi economica e dei loro effetti nonché, più in generale, al profilo del controllo, da parte delle Corti, sulle decisioni che incidono sul governo dell'economia; o ancora, al rilievo del pluralismo territoriale, e delle ambiguità cui dà luogo nell'articolazione del rapporto tra governo dell'economia e sviluppo democratico; infine, si consideri la tensione – che nel processo di integrazione europea si presenta come costitutiva e permanente – tra diritti e mercato, e dunque tra integrazione economica e integrazione politica ma anche, su un piano più generale, tra legittimazione delle decisioni secondo criteri di efficienza – un aspetto che si lega strettamente alle ambiguità insite nel concetto stesso di *go-*

---

lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza, Napoli, 2012, pp. 281 ss.; G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2015; I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012, nonché, da ultimo, F. Saitto, *Economia e stato costituzionale*, Milano, 2016.

[3] Si consenta sul punto il rinvio, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, ad A. Schillaci, *Democrazia, diritti, movimenti. Dimensioni costituzionali della crisi*, in F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López, J. F. Sánchez Barrilao (a cura di), *The impact of the economic crisis on the EU institutions and Member States/El impacto de la crisis económica en las instituciones de la UE y de los Estados miembros*, Granada – Cizur Menor, 2015, pp. 655 ss.; v. anche A. Baylos Grau, *Modello sociale e governance economica. Uno sguardo dal sud dell'Europa*, in *Lavoro e diritto*, 2013, pp. 585 ss.

vernance – e legittimazione costituzionale degli strumenti di governo dell'economia.

Nel quadro di questo contributo, si tenterà di traguardare gli ambiti così sinteticamente tratteggiati attraverso il prisma del principio di solidarietà e della sua specifica portata nella materia all'esame[4].

Le ragioni di simile scelta rinviano, anzitutto, alla necessità di continuare a riflettere, nel panorama del costituzionalismo europeo, sul nesso tra democrazia e solidarietà: come è stato affermato, infatti, «solo la presenza effettiva di segni della solidarietà consente di continuare a definire democratico un sistema politico»[5]. Si delinea, in tal senso, una reinterpretazione del concetto di democrazia nel panorama del costituzionalismo democratico e sociale del XX e del XXI secolo, che lo riporta ad una delle sue declinazioni classiche, vale a dire quello di democrazia "sociale" o "integrale"[6]: una democrazia, la cui effettività non è cioè affidata soltanto ai congegni della rappresentanza, ma che entra piuttosto in continuo confronto dialettico con il radicamento delle pratiche di partecipazione politica nelle concrete esperienze di vita – l' «intersecarsi tra storia e usi quotidiani»[7] – e dunque anche con l'effettività dei diritti sociali, secondo criteri di eguaglianza sostanziale e materiale, come consacrato, ad esempio, dall'art. 3, comma 2 della Costituzione italiana[8]. Una solidarietà che si traduca – a livello normativo e di concreta articolazione delle politiche pubbliche – in strumenti di effettività dei diritti sociali e dunque di garanzia dell'eguaglianza sostanziale può insomma rappresentare la precondizione per l'esercizio efficace, consapevole e responsabile delle libertà politiche e dunque contribuisce a migliorare la qualità della vita democratica.

---

[4] Il che, evidentemente, consentirà di affrontare solo incidentalmente le molte altre questioni che pulsano sullo sfondo della ricostruzione del principio di solidarietà: per tali suggestioni si rinvia, da ultimo, ad A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016.

[5] Così S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Roma – Bari, 2014, p. 10.

[6] Si consenta, sul punto, il rinvio ad A. SCHILLACI, *Crise économique et crise démocratique en Europe: le défi d'un démocratie intégrale*, in F. BALAGUER CALLEJON, A. VIALA, S. PINON (a cura di), *Le droit constitutionnel européenne a l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe*, Clermont Ferrand, 2015, pp. 239 ss.

[7] S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., p. 57.

[8] Sul punto, v. anche A. APOSTOLI, *Il consolidamento…*, cit., p. 5, nonché, più in generale, C. PINELLI, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in ID., *Nel lungo andare…*, cit., pp. 381 ss.

Nel prisma del principio di solidarietà, in altri termini (e come meglio si vedrà in conclusione), è possibile inseguire il conflitto, in Europa, nelle molteplici dimensioni in cui si manifesta, e la sua gestione può essere condotta nella direzione di un recupero delle sacche di marginalizzazione. Inoltre, la riflessione sul principio di solidarietà è idonea ad attraversare le dimensioni della relazione tra governo dell'economia e sviluppo democratico europeo segnalate in apertura, e cioè il ruolo dei Parlamenti e delle Corti, il ruolo del pluralismo territoriale, la tensione tra diritti e mercato, e l'ambiguo carattere solidaristico delle misure anticrisi.

2. Principio di solidarietà, sviluppo democratico e ruolo delle Corti (e dei Parlamenti) nel governo dell'economia

La crisi economico-finanziaria che ha interessato l'Europa negli ultimi anni – ed in particolare la crisi del debito che ha colpito gli stati dell'Europa meridionale (ma prima di loro l'Irlanda) – ha avuto effetti significativi sugli equilibri tra ruolo dei Parlamenti e ruolo dei governi, sia a livello europeo, che a livello nazionale (con sfumature diverse).

Le misure adottate dalle istituzioni dell'Unione, e la loro attuazione all'interno degli stati interessati, restituiscono il quadro di un vero e proprio corto circuito tra impatto della crisi economica e crisi della democrazia rappresentativa, già in atto, con diversa intensità, ad entrambi i livelli[9]. Le vicende degli ultimi anni hanno visto una decisa riespansione dell'elemento intergovernativo nell'articolazione delle misure anticrisi a livello europeo; allo stesso tempo, il ruolo centrale dei governi ha determinato la progressiva marginalizzazione del ruolo dei Parlamenti nazionali, sia sul piano del controllo delle scelte effettuate in sede europea dai rispettivi governi, sia sul piano della loro ca-

[9] Sul punto v. tra i molti, in generale, E. CHITI, P. G. TEIXEIRA, *The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 683 ss. Per un'analisi non drammatizzante delle risposte – istituzionali e sul piano del governo dell'economia – nel quadro dell'evoluzione del costituzionalismo contemporaneo, v. A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, pp. 79 ss.; ID., *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014 (12.9.2014 http://www.rivistaaic.it/crisi-economica-e-integrazione-politica-in-europa.html).

pacità di incidere sui contenuti delle misure adottate a livello europeo. In aggiunta, non si può dimenticare che l'indebolimento della posizione dei Parlamenti, quando siano in discussione misure di contenimento della spesa pubblica suscettibili di incidere sull'effettività dei diritti sociali fondamentali, si riflette direttamente sulla finalizzazione costituzionale dell'uso delle risorse a disposizione.

2.1 Ruolo dei Parlamenti

Per un verso, infatti, l'adozione di misure di "salvataggio" degli stati in difficoltà – avvenuta per lo più al di fuori delle procedure previste dal diritto dell'UE, attraverso l'adozione di Trattati internazionali, la cui relazione con il diritto europeo è ancora in fase di definizione – ha determinato una ulteriore contrazione del ruolo (già per vero debole) del Parlamento europeo, spostando (ancor di più) l'asse dei processi decisionali sul versante intergovernativo[10]; inoltre, la scelta di intervenire al di fuori del quadro del diritto UE, ha determinato l'impossibilità di ricorrere agli strumenti previsti dai Trattati in relazione al controllo delle misure adottate da parte dei Parlamenti nazionali[11].

Tale spostamento di baricentro ha inciso sul ruolo dei Parlamenti nazionali, tuttavia, anche sotto altro profilo. Da un lato, infatti, essi di-

[10] Come afferma C. PINELLI, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2014, p. 1, «il *crisis management* fa perdere quota alle istituzioni rappresentative a vantaggio dei governi, ma per una ragione che concerne specificamente l'assetto dell'Unione. Con la crisi dell'eurozona l'UEM è divenuta giocoforza un luogo privilegiato dei processi decisionali dell'Unione, così di fatto accentuando la differenziazione fra stati membri a seconda della loro adesione all'euro; per giunta, i disaccordi fra stati sulle risposte da fornire alla crisi hanno portato come è noto a superare lo stesso metodo intergovernativo, e a ricorrere ad accordi internazionali quali quelli del Fiscal Compact e dell'istituzione dei fondi salvastati, previa modifica dell'art. 136 TFUE. Il PE, al quale già il diritto primario riserva un ruolo marginale in sede UEM, ne è risultato ulteriormente emarginato» (http://www.costituzionalismo.it/articoli/470/).

[11] Sul ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea, v. ora, in generale, N. LUPO, C. FASONE (a cura di), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford, 2016. Per un'analisi dell'impatto della crisi sul ruolo dei parlamenti nazionali, v. invece gli atti del Convegno su *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, consultabili all'indirizzo http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/news/anticipazioni-convegno-finale-prin-2010-2011-parlamenti-nazionali-e-unione-europea-nella-governance-multilivello-in-memoria-di-antonio-zorzi-giustiniani-1949-2015/.

vengono, almeno in potenza, l'ultimo baluardo per l'esercizio del controllo sulle decisioni adottate dai governi, e per la sorveglianza sui loro effetti, specie a livello sociale. D'altro canto, la crisi della democrazia rappresentativa a livello nazionale, e soprattutto la crisi della capacità integrativa del processo politico – unitamente all'approccio emergenziale alla gestione degli effetti della crisi – hanno fatto sì che non sempre i Parlamenti nazionali abbiano potuto esercitare compiutamente dette funzioni di controllo e riequilibrio, anche in conseguenza, come è stato affermato, della «significativa riduzione dell'ambito di incidenza del potere legislativo, specie in relazione all'espansione del ricorso agli atti governativi aventi forza di legge, ed in particolare ai decreti legge, e alla limitazione dei poteri parlamentari di controllo non solo per ciò che riguarda le politiche europee ma anche con riguardo alla politica interna»[12]. Una simile tendenza si inserisce peraltro nel quadro della più generale incidenza dei vincoli finanziari di fonte europea, che hanno significativamente ridotto l'ambito della discrezionalità politica in tema di uso e destinazione delle (già scarse) risorse disponibili[13].

La riflessione sul ruolo dei Parlamenti nel governo dell'economia rileva, dunque, essenzialmente su due piani. Per un verso, essa non può che rinviare all'impatto dispiegato dalla crisi sul rapporto tra istituzioni parlamentari ed esecutivi, sia con riferimento agli assetti istituzionali interni, sia per ciò che concerne la possibilità di una partecipazione parlamentare ai processi decisionali europei. Per altro verso, il problema del ruolo dei Parlamenti nel governo dell'economia rinvia – in relazione al rapporto tra gestione della crisi, misure di austerità e

[12] Così, in particolare, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Parlamenti nazionali*…, cit., pp. 12-13.

[13] Sul punto, cfr. ancora C. PINELLI, *La giurisprudenza*…, cit., p. 7: «la natura fondamentalmente intergovernativa delle vecchie e delle nuove istituzioni dell'eurozona esalta un altro tipo di differenziazione. Mentre i governi dei paesi creditori restano legati ai tradizionali circuiti di responsabilità politica nei confronti dei rispettivi parlamenti, quelli dei paesi debitori si sentono più responsabili nei confronti di istituzioni non elettive e dei mercati finanziari, da cui dipende la loro stessa sopravvivenza». Sulla discrezionalità politica nell'uso e nella destinazione delle risorse, in relazione all'effettività dei diritti sociali, oltre allo stesso C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in ID., *Nel lungo andare*…, cit., pp. 269 ss., v. L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015 nonché, da ultimo, F. SAITTO, *'Costituzione finanziaria' ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo "stato fiscale" allo "stato debitore"*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017 (http://www.rivistaaic.it/costituzione-finanziaria-ed-effettivit-dei-diritti-sociali-nel-passaggio-dallo-stato-fiscale-allo-stato-debitore.html).

tenuta del principio democratico nell'UE – anche al profilo del controllo sulla discrezionalità politica in tema di uso e destinazione delle risorse.

2.2 Ruolo delle Corti: il Bundesverfassungsgericht *e le misure di sostegno per la crisi dell'Eurozona*

Il recupero della centralità degli organi di garanzia, ed in particolare delle Corti, si è misurato, negli ultimi anni, non soltanto con riferimento al sindacato sugli strumenti posti in essere a livello europeo per garantire il "salvataggio" di alcuni stati membri, ma anche con riguardo alla possibilità di riequilibrare alcuni effetti delle misure di austerità che a tali piani di risanamento erano collegate. D'altro canto, il rapporto tra istituzioni politiche e organi di garanzia nell'articolazione di risposte alla crisi che non misconoscano o rinuncino all'effettività dei diritti sociali fondamentali, non appare esente da profili problematici, che coincidono, in larga parte, con la dibattuta questione della legittimazione delle Corti, con il significativo corollario che «è la qualità effettivamente democratica di tali istituzioni l'ingrediente fondamentale affinché i diritti sociali non siano brutalmente sacrificati durante le crisi economiche»[14].

Con riferimento al primo profilo – ruolo delle Corti nel controllo sugli strumenti di gestione della crisi finanziaria, posti in essere a livello europeo – va ricordato, almeno, il ruolo del Tribunale costituzionale federale tedesco, in dialogo con la Corte di giustizia dell'UE, con riferimento al Meccanismo europeo di stabilità e agli OMT (vale a dire agli aiuti nei confronti dei singoli stati in difficoltà, consistenti nel sostegno indiretto del debito sovrano attraverso l'acquisto di titoli di stato sui mercati secondari da parte della BCE). Con una prima sentenza, del settembre 2012, il Tribunale costituzionale federale dichiarava la non contrarietà alla Legge fondamentale del Meccanismo europeo di Stabilità e del cd. *Fiscal compact*, anche sulla base del rilievo della persistenza di un ruolo significativo del Parlamento nazionale sulle dinamiche di applicazione dei meccanismi previsti dai trattati in

[14] Così, in particolare, A. GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Diritto pubblico*, 2013, pp. 1011 ss., 1011-1012. Sul punto, v. anche F. SAITTO, *La 'solitudine' delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerity e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto pubblico*, 2016, pp. 421 ss.

discorso[15]. Successivamente, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di un insieme di decisioni riconducibili alla BCE e relative all'attivazione di operazioni monetarie definitive (*Outright Monetary Transactions* – OMT), aventi l'effetto di sostenere il debito degli stati membri in difficoltà, il *BVerfG* sollevava rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia[16], per l'accertamento della compatibilità di tali decisioni con il diritto primario dell'UE, ed in particolare con gli artt. 119, 123 par. 1 e 127, parr. 1 e 2 del TFUE (ma anche con gli artt. da 17 a 24 del Protocollo n. 4 sul Sistema europeo delle banche centrali). La Corte di Lussemburgo si esprimeva nel giugno del 2015[17], affermando che tali decisioni non travalicano le competenze dell'UE nell'ambito della politica monetaria; la decisione finale del *BVerfG* è stata pubblicata il 21 giugno 2016.

Nel primo caso il Tribunale costituzionale federale ha avuto un ruolo sinergico rispetto a quello delle istituzioni parlamentari (in entrambi i casi, i giudizi dinanzi al *BVerfG* erano stati instaurati anche su iniziativa di membri del *Bundestag*) nell'interpretazione delle misure anticrisi alla luce dei principi del diritto costituzionale nazionale, ma anche del diritto europeo, con particolare riguardo al rilievo del necessario coinvolgimento del Parlamento nazionale, così alleggerendo la conflittualità costituzionale interna cui le misure europee avevano dato luogo; nel secondo caso, l'attivazione del rinvio pregiudiziale contribuisce a traslare in sede europea il conflitto sorto all'interno dell'ordinamento nazionale, ottenendo dalla Corte un intervento chiarificatore sull'estensione delle competenze europee, ma anche sui limiti delle stesse, con riferimento, in particolare, all'importanza fondamentale del nesso di condizionalità tra OMT e perseguimento di politiche di risanamento all'interno degli stati.

Nella decisione sulla legittimità delle OMT a seguito della pronuncia della Corte di giustizia, infine, il Tribunale costituzionale federale

---

[15] Su tali decisioni, oltre a C. PINELLI, *La giurisprudenza…*, cit., v. P. RIDOLA, *«Karlsruhe locuta causa finita?». Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in Federalismi.it, 2012; A. DI MARTINO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul meccanismo europeo di stabilità e sul fiscal compact:una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in Federalismi.it, 2012.

[16] Su tale decisione, v. A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, in Federalismi.it, 2014.

[17] Corte di giustizia UE, 16 giugno 2015, *Gauweiler*, in c. C-62/14.

riconduce il sindacato sulle misure in oggetto nell'alveo della propria giurisprudenza sulla legittimazione e sui limiti del processo di integrazione comunitaria. In quest'ottica, la sostanziale adesione alle conclusioni della Corte di giustizia – e dunque, l'esclusione della natura di atti *ultra vires* delle decisioni istitutive del sistema delle OMT, così come di una loro incidenza negativa sull'identità costituzionale tedesca – è resa possibile, in estrema sintesi, dall'ancoraggio dell'intera vicenda ai due principi della responsabilità integrativa degli organi costituzionali tedeschi (*Integrationsverantwortung*) e del controllo "amichevole" sugli atti dell'Unione (*Europarechtsfreundlichkeit*). Allo stesso tempo, tuttavia, la responsabilità integrativa non è declinata solo con riferimento al passato – con riferimento cioè alla acquiescenza di governo e Parlamento alle misure adottate in sede europea – ma anche, significativamente, con riferimento al futuro: in tal senso, il Tribunale costituzionale federale delinea una serie di condizioni, il rispetto delle quali appare fondamentale per mantenere la compatibilità delle misure in esame con l'identità costituzionale tedesca[18].

2.3 Segue: ruolo delle Corti, principio di solidarietà e misure di austerità

Il secondo profilo di analisi del ruolo delle Corti riguarda, come accennato, il controllo di legittimità su alcune misure di austerità adottate all'interno degli stati membri, nell'ambito delle politiche anticrisi impostate a livello europeo.

Con riferimento a tale seconda tipologia di interventi, è possibile recuperare, in qualche misura, la portata del principio di solidarietà come possibile contrappeso, al momento di orientare l'esercizio del

[18] Sul punto, v. almeno E. DENNINGER, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2016, pp. 261 ss.; A. DE PETRIS, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale Costituzionale Federale tedesco alla sentenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in Federalismi.it, 29 giugno 2016; P. FARAGUNA, *Il caso Gauweiler/OMT torna dalla Corte di giustizia al BVerfG: ricorsi infondati (ma non troppo)*, in *Quad. cost.*, n. 3/2016, pp. 593 ss. nonché, più di recente, D. MURSWICK, *Die Eurokrise vor dem Bundesverfassungsgericht: «Euro-Rettungsschirm», Europäischer Stabilitätsmechanismus und Rettungsmaßnahmen der EZB: Dokumentation der Schriftsätze und systematische Einführung*, Baden-Baden, 2016; F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze «controdemocratiche», principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017.

potere politico ed assicurare il controllo della discrezionalità del legislatore nell'adozione delle misure di austerità. In altri termini, si tratta di domandarsi, nell'ottica qui prescelta, se ed in quale misura il principio di solidarietà possa rappresentare un valido criterio di orientamento e soprattutto di controllo della ragionevolezza dell'uso discrezionale del potere da parte del legislatore quando si tratti di amministrare risorse scarse.

Sembra rilevante, in questo senso, la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale italiana, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale del blocco della rivalutazione automatica delle pensioni di anzianità e di vecchiaia, una delle misure cardine delle politiche di austerità poste in essere in Italia dal 2011 in poi. In particolare, la dichiarazione di illegittimità costituzionale è pronunciata sulla base della rivendicazione, da parte della Corte, della necessità di un «corretto bilanciamento tra controllo della spesa e tutela dei diritti», ritenendo in particolare «irragionevolmente sacrificato sulla base di esigenze finanziarie non illustrate nel dettaglio il diritto ad una pensione adeguata» che, secondo la Corte, rappresenta «espressione certa, seppure non esplicita, del principio di solidarietà e del principio di eguaglianza sostanziale»[19].

Dunque, il controllo della Corte investe il rapporto complesso tra politiche di austerità e tenuta del principio di solidarietà, chiamando direttamente in causa la portata e i limiti del ruolo dei Parlamenti e del potere politico nell'articolazione del governo dell'economia in relazione a politiche di austerità, nonché, più in generale, il profilo dei rapporti tra governo dell'economia e qualità della vita democratica.

---

[19] La sentenza è stata oggetto di un vasto dibattito anche (ma non solo), in relazione alle sue conseguenze finanziarie e al seguito legislativo della decisione, realizzato con il Decreto Legge n. 65/2015 (su tale aspetto v. ad esempio le critiche di M. ESPOSITO, *Le inadempienze del legislatore prima e dopo la sentenza della Corte costituzionale sul c.d. blocco delle pensioni*, in *Giurisprudenza costituzionale.*, 2015, pp. 568 ss. In generale, la dottrina è tornata a riflettere con vivacità sul rapporto problematico tra effettività dei diritti sociali e del dovere di solidarietà e tenuta del bilancio pubblico, anche alla luce del nuovo art. 81 Cost. Tra i molti contributi, cfr. il dibattito ospitato dalla Rivista *Federalismi.it (fasc. 10/2015)*; cfr. altresì A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Giur. Cost.*, 2015, pp. 551 ss.; F. GHERA, *Il blocco della perequazione delle pensioni tra Corte costituzionale e legislatore*, ivi, pp. 990 ss.; E. MONTICELLI, *Il complesso dibattito in materia di diritti previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015*, in *OsservatorioAIC*, luglio 2015.

Si consideri, peraltro, che nell'articolazione delle politiche di austerità determinate dalla contingente emergenza di gestire l'impatto della crisi, il ruolo dei Parlamenti è limitato in origine dalla fisiologica tendenza degli esecutivi a sfruttare al massimo le proprie attribuzioni costituzionali: ad esempio, nel caso deciso dalla Corte costituzionale italiana, il blocco delle pensioni era contenuto in un decreto legge, su cui il Parlamento aveva avuto possibilità di intervenire solo con lo strumento della conversione, in un passaggio politico convulso e caratterizzato da una gestione di tipo emergenziale.

Sembrerebbe così dischiudersi – in primissima approssimazione – la possibilità di fare ricorso al principio di solidarietà come elemento funzionale ad orientare il governo dell'economia verso finalità di tipo costituzionale, così superando una troppo rigida polarizzazione tra strumenti di *governance* e decisioni politiche adottate nell'ambito del circuito della rappresentanza. In questa prospettiva, peraltro, il principio di solidarietà può rilevare in più dimensioni: l'irrobustimento della dimensione cooperativa degli strumenti di partecipazione sociale e politica, ma anche l'arricchimento dei contenuti delle misure anticrisi, nella misura in cui ne orienta le virtualità verso la salvaguardia del modello sociale, e l'inclusione delle marginalità.

3. Principio di solidarietà e pluralismo territoriale

Con riferimento, invece, al ruolo delle autonomie e del pluralismo territoriale nell'articolazione del governo dell'economia, il principio di solidarietà assume rilevanza nel quadro di un suo possibile profilo di tensione con il principio autonomista.

Il principio autonomista, se riguardato come sede di articolazione delle politiche anticrisi, rischia infatti di rinviare all'idea di uno sviluppo asimmetrico dei territori, se non si rifletta sulla necessità di ricercare equilibri nel rapporto tra pluralismo territoriale, solidarietà, sussidiarietà ed eguaglianza. Simile tensione tra unità e pluralismo, tra principio autonomista e principio solidarista, chiama in causa, per un verso, la compresenza – nelle matrici culturali del principio solidarista – di istanze volte alla difesa dell'autonomia e, viceversa, di attenzione al riconoscimento delle interdipendenze, vale a dire la dialettica tra autonomia e corresponsabilità nella costruzione culturale del principio di

solidarietà[20]. Per altro verso, anticipando considerazioni che si svolgeranno in seguito, se riportata alla dimensione europea, tale tensione rinvia a quella tra solidarietà e sovranità, che investe le relazioni tra gli stati membri, ma anche tra questi e le istituzioni dell'Unione[21]: una dialettica, quella tra sovranità e solidarietà, che – se può apparire, specie nell'oggi, nettamente sbilanciata a favore del primo elemento – presenta al tempo stesso significative virtualità di *Ausgleich*, di bilanciamento tra le due istanze, nel quadro delle dinamiche tipiche dell'apertura in senso cooperativo dello stato costituzionale[22].

Peraltro, nell'articolazione delle esperienze europee di federalismo e regionalismo, il principio solidarista è abbastanza presente. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, all'art. 2 della Costituzione spagnola, che richiama con forza l'istanza di solidarietà tra le Comunità autonome; ma anche all'art. 119, comma 5, della Costituzione italiana, in tema di interventi perequativi da parte dello stato come specifica misura di correzione e contenimento degli effetti distorsivi e delle asimmetrie determinate dal principio di autonomia finanziaria delle regioni; o ancora, sempre con riguardo alla Costituzione italiana, l'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione, relativo alla competenza legislativa statale esclusiva in tema di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali.

Allo stesso tempo, il ricorso al principio di solidarietà è spesso apparso funzionale – specie nell'esperienza italiana – a legittimare deroghe al riparto di competenze tra stato e regioni, a favore del legislatore

---

[20] Per il legame tra *solidarity* e *social responsibility*, v. ancora K. P. SOMMERMANN, *Some reflections*…, cit., p. 13 e anche, con riferimento specifico alla UE, pp. 19 ss.; di vera e propria «Verantwortungs-Solidarität», che nasce dalla reciproca responsabilità (*wechselseitigen Verantwortung*) di tutti gli attori coinvolti nel processo politico (UE, stati, cittadini) parla R. BIEBER, *Gegenseitige Verantwortung – Grundlage der Verfassungsprinzip der Solidarität in der Europäische Union*, in C. CALLIESS (a cura di), *Europäische Solidarität und nationale Identität*, Tübingen, 2013, pp. 67 ss., 67.

[21] Si tratta, come notano M. KOTZUR e K. SCHMALENBACH, di una tensione che percorre tutta la vicenda del principio di solidarietà nell'ambito del diritto internazionale: «the shadowy existence of the legal principle international solidarity does not come as a surprise given the strong tension bewteen sovereignty and solidarity. Sovereignty drives the States' desire to retain a policy area and to act unconstrained by concerns of others; solidarity, in contrast, promotes the need to work cooperatively in order to address complex issues that are of common concern» (*Solidarity among Nations*, in *Arch. Öff. Rechts*, 2014, pp. 68 ss., 89).

[22] Sul punto, v. per tutti P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur*, Berlin, 2013, specie pp. 96 ss.

nazionale, chiamato a riequilibrare gli effetti asimmetrici del decentramento. Si pensi in particolare, a tale proposito, alla giurisprudenza costituzionale relativa ad interventi para-assistenziali, adottati nell'esercizio della competenza legislativa statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. (livelli essenziali delle prestazioni). Ad esempio, nella decisione n. 10/2010 – relativa alla cd. carta acquisti (*social card*), introdotta dal legislatore statale (D.L. n. 112/2008) per sostenere persone in situazione di particolare difficoltà economica, consentendo loro di acquistare generi di prima necessità – la Corte costituzionale ha escluso la violazione della competenza esclusiva regionale in tema di servizi e assistenza sociale: l'intervento dello stato nell'esercizio della competenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), deve infatti ritenersi ammissibile «nel caso in cui esso risulti necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, soprattutto in presenza delle peculiari situazioni sopra accennate, deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo»[23]. La deroga al riparto delle competenze, con l'accentramento nelle mani dello stato di competenze già attribuite alle regioni si giustifica, in questo caso, alla luce dello stretto legame che sussiste tra il titolo di competenza in oggetto, e l'attuazione dei principi di eguaglianza e solidarietà di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Nella medesima prospettiva, la Corte ha rinvenuto nell'esigenza di assicurare l'adempimento ai doveri di solidarietà una delle giustificazioni all'esercizio del potere sostitutivo da parte dello stato: chiamata a pronunciarsi su una forma particolarmente penetrante di potere sostitutivo – consistente nella possibilità per il governo nazionale di rimuovere un Presidente di regione responsabile di una situazione di grave dissesto finanziario dell'ente – la Corte ha ritenuto tale ipotesi coerente con il sistema delle autonomie disciplinato dalla Costituzione. In particolare, afferma infatti la Corte, «autonomia non significa

[23] C. Cost., sent. n. 10 dell'11 gennaio 2010, Cons. dir., par. 6.3. Su tale decisione v., F. SAITTO, *Quando l'esigenza di tutela della dignità fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 182 ss. mentre, per un inquadramento critico del provvedimento oggetto di giudizio, v. C. PINELLI, *"Social Card", o del ritorno alla carità di stato*, in ID., *Nel lungo andare…*, cit., pp. 253 ss.

[…] potestà di deviare rispetto al comune percorso definito dalla Costituzione, sulla base di principi e valori insensibili alla dimensione territoriale, tra i quali spicca l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»[24].

Il rapporto tra principio autonomista e principio solidarista chiama così in causa, in definitiva, le tensioni fra i tre principali modelli federali che hanno caratterizzato le esperienze costituzionali europee: federalismo unitario, federalismo competitivo e federalismo cooperativo[25].

Si tratta, in quest'ottica, di valutare se ed in che termini il principio di solidarietà possa dispiegare le proprie virtualità nella composizione – in sede teorica ma anche in sede applicativa – delle disarmonie e delle tensioni tra simili modelli. In prima approssimazione, sembra possibile affermare che una chiave di lettura utile ad illuminare e superare la polarizzazione tra le alternative possa incentrarsi sul rilievo del principio di sussidiarietà, proprio nella prospettiva di un approfondimento dei suoi rapporti con il principio di solidarietà. Molto affascinanti, in questo senso, le possibilità aperte da quelle letture del principio di sussidiarietà che ne sottolineano la dimensione cooperativa, superando l'idea di un suo rapporto esclusivo con un assetto rigido della separazione di competenze tra livello di governo centrale e livelli decentrati, rinviando piuttosto ad un assetto per così dire "fluidificato" del riparto di competenze: in simile assetto, infatti, l'allocazione efficiente delle competenze secondo criteri di massima prossimità democratica – scopo classico del principio di sussidiarietà – è rideterminata continuamente sulla base del confronto e della concertazione tra i livelli di governo interessati, attraverso dinamiche di tipo cooperativo[26]. Il legame tra moduli cooperativi e solidarietà, allontanando l'integrazione tra comunità e livelli di governo da uno schema neces-

[24] C. cost., sent. n. 219 del 16 luglio 2013.

[25] Spunti in P. RIDOLA, *Federalismo europeo e modelli federali*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 417 ss.

[26] Per l'affermazione che al principio di sussidiarietà sia «connaturato un certo margine di flessibilità [nel senso che] esso orienta gli assetti autonomistici nella direzione del perseguimento di obiettivi e finalità comuni, piuttosto che in quella di una rigida ripartizione di compiti», v. P. RIDOLA, *Sussidiarietà «verticale», autonomie e principio federativo*, in ID., *Diritto comparato…*, cit., pp. 379 ss., 399. In generale, v. anche G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009.

sariamente oppositivo, può contribuire a sciogliere alcune delle ambiguità pure insite nel rapporto tra autonomia, sussidiarietà e solidarietà.

Una tale prospettiva può contribuire, peraltro, a recuperare un profilo importante del federalismo cd. unitario, vale a dire quello rivolto alla correzione delle asimmetrie e delle disuguaglianze fra territori, così recuperando, al tempo stesso, l'istanza solidarista. Il rilievo obbligante del principio di solidarietà appare, infatti, quale passaggio centrale nella realizzazione di una convergenza cooperante verso l'obiettivo condiviso di garantire promozione sociale, uguaglianza sostanziale e tutela dei diritti. Si tratta, in altri termini, di domandarsi se ed in che termini il riferimento al principio di solidarietà possa arricchire le dimensioni del principio di sussidiarietà, già declinato in termini cooperativi, contribuendo alla sua ricostruzione quale fondamentale correttivo delle asimmetrie che possono essere prodotte da una interpretazione troppo rigida del rapporto tra autonomia e sussidiarietà stessa[27].

Allo stesso tempo, il principio di sussidiarietà può contribuire a rafforzare l'effetto integrativo della solidarietà stessa, fornendo all'allocazione efficiente delle competenze criteri diversi, in ragione della diversa intensità dei gradi di interdipendenza che si riscontrano ai vari livelli di governo[28].

Il rapporto tra sussidiarietà e solidarietà – nel quadro della composizione della tensione tra diversi modelli di federalismo e regionalismo – chiama in causa, dunque, la problematica connessione tra sussidiarietà e socializzazione dell'articolazione delle politiche pubbliche, tanto su base orizzontale (rapporti tra pubblico e privato) quanto – per ciò che qui maggiormente rileva – della articolazione dei rapporti tra livelli di governo: il rapporto tra sussidiarietà e socializzazione sembra poter essere ulteriormente illuminato dal rilievo del principio di solidarietà, proprio nella misura in cui esso funge da correttivo del rischio di asimmetrie tra i territori[29].

---

[27] Per ulteriori considerazioni sul punto, v. soprattutto P. RIDOLA, *Sussidiarietà «verticale»*…, cit., pp. 408 ss.

[28] Così K. P. SOMMERMANN, *Some reflections*…, cit. p. 23.

[29] Per l'affermazione del legame tra sussidiarietà e «socializzazione dell'organizzazione territoriale», v. ancora P. RIDOLA, *Sussidiarietà «verticale»*…, cit., p. 379. Sul punto, v. anche P. RIDOLA, *Sussidiarietà e democrazia*, in Id., *Diritto comparato*…, cit., pp. 353 ss., specie pp. 357 ss.

La stessa partecipazione – dei livelli di governo, ma anche delle istanze sociali coinvolte – alle dinamiche di decisione e di gestione dei rapporti tra livelli di governo assume così un ruolo potenzialmente nuovo, nella misura in cui moduli cooperativi aperti alla rappresentazione degli interessi sociali e territoriali coinvolti possono arricchire la legittimazione democratica delle decisioni politiche e amministrative in tema di allocazione del potere[30], migliorando la qualità della vita democratica attraverso l'intreccio in parte inedito tra sussidiarietà e solidarietà.

4. Le quattro dimensioni del principio di solidarietà nell'Unione europea

Con riferimento al terzo profilo del rapporto tra governo dell'economia e sviluppo democratico europeo qui considerato, è necessario soffermarsi sul rilievo del principio di solidarietà nel diritto dell'Unione europea.

Nell'esperienza del processo di integrazione europea, il principio di solidarietà presenta anzitutto un carattere multidimensionale, almeno sotto quattro profili.

In primo luogo, vi è una multidimensionalità per così dire "interna" al principio di solidarietà, ben descritta ad esempio da Bieber quando afferma che esso comporta ad un tempo obblighi di prestazione, obblighi di lealtà e obblighi di responsabilità[31]. Questa triade – che anima il principio di solidarietà quale «principio costituzionale multidimensionale» dell'UE (*mehrdimensionalen Verfassungsprinzip*) – rinvia peraltro ad una serie di snodi problematici, che saranno oggetto di qualche considerazione critica, specie con riferimento alla questione del "nesso di condizionalità" come tratto tipico delle misure di salvataggio poste in essere dagli stati dell'Eurozona; valga rilevare, per ora, che essi ripetono, del principio di solidarietà, gli aspetti controversi legati alla tensione tra autonomia e interdipendenze, ma anche al rapporto tra solidarietà, riconoscimento e inclusione delle differenze.

[30] Che una chiave dell'effetto integrativo del principio di solidarietà stia nello sviluppo di pratiche solidali e cooperative sostenute dalla partecipazione dei cittadini è affermato, ad esempio, da K. P. SOMMERMANN, *Some reflections…*, cit., p. 24. Sul punto v. anche, diffusamente, S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., pp. 36 ss.

[31] Cfr. R. BIEBER, *Gegenseitige Verantwortung…*, cit., p. 77.

In secondo luogo, qualche elemento del carattere multidimensionale del principio di solidarietà può essere ricavato dalla stessa analisi testuale dei riferimenti a tale principio contenuti nei Trattati istitutivi dell'Unione europea e nel diritto primario. Vengono in rilievo, anzitutto gli artt. 2 e 3 del TUE in cui, come ben noto, la solidarietà figura, per un verso, tra i caratteri del modello sociale europeo, nella misura in cui l'art. 2 afferma che i valori di dignità, libertà democrazia, eguaglianza, stato di diritto e tutela dei diritti umani – compresi quelli delle persone appartenenti a minoranze – sono «comuni agli stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Tale affermazione di principio è per altro verso meglio specificata dall'art. 3, che al par. 3 iscrive la lotta all'esclusione sociale e la solidarietà tra generazioni tra i caratteri fondativi del mercato interno. Si pensi, inoltre, al Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, specificamente intitolata alla solidarietà, pur con tutti i suoi limiti e le sue ambiguità, nella misura in cui rinvia all'opera dei legislatori nazionali e lascia dipendere da essi, in buona sostanza, l'effettività dei diritti sociali ivi riconosciuti.

Una terza dimensione del principio di solidarietà nell'UE è poi riconducibile al profilo della solidarietà tra gli stati membri: tale principio, legato a quello di leale cooperazione ma con esso non pienamente coincidente[32], è ad esempio enunciato, nella materia che ci occupa, dall'art. 122 del TFUE. Tale disposizione prevede che – in caso di gravi difficoltà incontrate da uno stato membro nell'approvvigionamento di alcuni prodotti – il Consiglio possa adottare le misure adeguate per fare fronte a tale situazione «in spirito di solidarietà».

Si tratta, invero, di un profilo assai problematico, poiché rinvia non soltanto all'assetto cooperativo del processo di integrazione europea ma anche, e soprattutto, ad ambiguità molto forti. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, alla persistenza e alla resistenza del principio sovranista – variamente incarnato dalle logiche del modello intergovernativo – ma anche al complesso legame, che si è intravisto all'opera pro-

[32] Per l'affermazione di un legame tra principio di solidarietà e principio di leale cooperazione tra stati, v. ad esempio M. KOTZUR – K. SCHMALENBACH, *Solidarity among Nations*, cit., p. 74: in particolare, secondo gli autori, se è vero che i due principi rimangono necessariamente distinti, «*loyalty without a minimum degree of solidarity would theoretically be inconceivable and practically be impossible*».

prio nelle vicende di gestione della crisi, tra solidarietà interstatale e dinamiche *lato sensu* egemoniche[33].

Allo stesso tempo, tuttavia, il principio di solidarietà tra stati ha conosciuto una qualche forma di effettività giuridica, come dimostra ad esempio la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla solidarietà finanziaria tra stati membri, in rapporto all'obbligo di riscossione e conseguente conferimento al bilancio comunitario (all'epoca) dei proventi del dazio di importazione (art. 30 TFUE) per attrezzature di carattere militare. In quei casi, all'obiezione statale secondo cui all'obbligo di conferimento si opponeva il carattere delle merci importate, strettamente legato alle prerogative sovrane dello stato in tema di sicurezza nazionale (e dunque asseritamente rientrante nella deroga di cui all'art. 346 TFUE), la Corte di giustizia rispose in termini severi, consolidando un orientamento in base al quale la solidarietà finanziaria che si attua attraverso il conferimento del dazio al bilancio dell'Unione non può conoscere deroghe, neanche se giustificate dall'istanza sovranista: in altri termini, tra autonomia e coscienza delle interdipendenze, tra libertà e solidarietà, devono prevalere in questo caso le seconde[34].

Una quarta dimensione del principio di solidarietà nell'UE rinvia infine alla solidarietà tra cittadini degli stati membri dell'UE. Anche a tale proposito, può essere richiamata una interessante serie di pronunce della Corte di giustizia dell'UE in tema di tutela dei lavoratori transfrontalieri ed in particolare in relazione al diritto del lavoratore cittadino UE, stabilito in altro stato membro, di accedere al locale sistema di *welfare* e sicurezza sociale. In particolare, nel caso *Brey*[35] la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla titolarità, da parte del lavoratore transfrontaliero, del diritto ad una prestazione previdenziale integrativa per inattività lavorativa sopravvenuta, mentre nei casi *Dano* e *Alimanovic* si controverteva sulla spettanza dell'indennità di disoccupazione involontaria per ricerca di primo impiego nello stato membro di destinazione.

---

[33] Per questa ricostruzione, v. ad esempio F. BALAGUER CALLEJÓN, *Parlamenti nazionali e Unione europea*…, cit., pp. 13 ss.

[34] Si vedano ad esempio CdG 4 marzo 2010, *Commissione c. Portogallo*, in c. C-38/06; CdG, sent. 15 dicembre 2009, *Commissione c. Italia*, in c. C-387/05, nonché, in pari data, *Commissione c. Danimarca*, in c. C-461/05; *Commissione c. Grecia*, in c. C-409/05; *Commissione c. Germania*, in c. C-372/05.

[35] CdG, 19 settembre 2013, *Brey*, in c. C- 140/12.

La Corte di giustizia – con severità forse minore nel caso *Brey*, e con maggiore nettezza negli altri due casi – ha composto il dissidio tra libertà di circolazione dei lavoratori (e cittadinanza sociale europea) da un lato, e tenuta del sistema di sicurezza sociale del singolo stato membro, dall'altro, in maniera alquanto ambigua.

In particolare, nei casi *Dano* e *Alimanovic*[36], la Corte adotta una posizione di maggiore apertura rispetto al margine di discrezionalità dello stato membro nella concessione delle prestazioni assistenziali, affermando il vincolo tra sussistenza delle condizioni di soggiorno ai fini della Direttiva 2004/38 (per finalità di impiego) e diritto alla prestazione di assistenza. Al contrario, nel caso *Brey*, la Corte aveva ravvisato la sussistenza del diritto del lavoratore a percepire l'indennità integrativa controversa, affermando che, per un verso, esiste un obbligo di solidarietà finanziaria tra i cittadini dell'Unione ma che, per altro verso, spetterà al giudice del rinvio verificare se ed in che termini la corresponsione dell'indennità appaia sostenibile, nel caso concreto, in vista della tenuta del sistema interno di *welfare*. In altri termini, ad essere censurata da parte della Corte di giustizia è l'automatica esclusione delle prestazione integrativa, qualora il lavoratore non dimostri una sufficiente capienza reddituale: detto automatismo, infatti, «non consente alle autorità competenti dello stato membro ospitante, qualora le risorse dell'interessato siano inferiori all'importo di riferimento per la concessione di tale prestazione, di procedere […] a una valutazione globale dell'onere che rappresenterebbe, in concreto, la concessione di tale prestazione per il sistema di assistenza sociale nel suo complesso a seconda delle circostanze individuali che caratterizzano la situazione dell'interessato» (par. 77). Una volta esclusa la compatibilità dell'automatismo con il diritto europeo, la Corte delega il giudice del rinvio a valutare, nel caso di specie, «se la concessione di una prestazione quale l'integrazione compensativa a una persona nella situazione del sig. Brey possa rappresentare un onere eccessivo per il sistema nazionale di assistenza sociale» (par. 79).

Da un lato si registra, pertanto, l'importante affermazione di principio sulla capacità del principio di solidarietà (europeo) di pervadere anche la sfera delle relazioni tra cittadini: afferma infatti la Corte che «la direttiva 2004/38 ammette […] una certa solidarietà finanziaria dei

[36] CdG, 11 novembre 2014, *Dano*, in c. C-333/13 e CdG, 15 settembre 2015, *Alimanovic*, in c. C-67/14.

cittadini dello stato membro ospitante verso quelli degli altri stati membri, in particolare se le difficoltà incontrate dal beneficiario del diritto di soggiorno sono temporanee» (par. 72); d'altro canto, la delega al giudice del rinvio – strumento frequentemente utilizzato dalla Corte di giustizia nelle vicende relative a diritti, e che presentino un elevato potenziale di conflittualità, sul piano dei principi, tra Unione e stato membro[37] – può mettere a rischio l'effettività degli obblighi di protezione derivanti dallo stesso principio di solidarietà.

Ulteriore profilo del principio di solidarietà nel diritto europeo attiene ai rapporti fra territori nelle esperienze di decentramento. Con una rilevante serie di decisioni, la Corte di giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto europeo di disposizioni tributarie interne, adottate da alcuni territori autonomi, contenenti un regime favorevole per le imprese e i soggetti operanti in tali territori. Emerge, in questi casi, una tensione tra finalità solidale delle misure adottate – e loro funzione di correzione delle asimmetrie fra territori – e ricostruzione di esse, da parte della Corte, secondo i criteri interpretativi tipici delle decisioni in materia di aiuti di stato, e dunque in una logica di tutela della concorrenza nel mercato.

In particolare, nella decisione relativa alle agevolazioni fiscali concesse dalla regione autonoma delle Azzorre[38], la Corte afferma che «il solo fatto che il sistema fiscale regionale sia concepito in modo da assicurare la correzione di tali disparità non consente di ritenere che qualsiasi beneficio fiscale concesso dalle autorità della regione autonoma in questione sia giustificato dalla natura e dalla struttura del sistema fiscale nazionale» e che «agire sulla scorta di una politica di sviluppo regionale o di coesione sociale non è sufficiente affinché una misura adottata nel contesto di tale politica sia considerata per ciò solo giustificata» (par. 82). Viceversa, nella decisione relativa al regime fiscale favorevole adottato in alcune province del Paese basco, e contestate da soggetti economici e sindacali di territori limitrofi[39], la Corte opera un bilanciamento più meditato tra tutela della concorrenza (la

[37] Per un caso analogo di delega al giudice del rinvio, in ambito differente, cfr. Cdg, 29 aprile 2015, *Léger*, in c. C-528/13: su tale decisione, per qualche riflessione ulteriore sui rapporti tra Corte di giustizia e giudice rimettente, si consenta il rinvio ad A. SCHILLACI, *La prudenza non è mai troppa? la Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali*, in *Quaderni di SidiBlog*, n. 2/2015, pp. 167 ss.

[38] CdG, 6 settembre 2006, *Commissione c. Portogallo*, in c. C- 88/03.

[39] CdG, 11 settembre 2008, *UGT- Rioja*, in cc. C- 428 a 434/06.

logica di analisi resta comunque quella degli aiuti di stato) autonomia legislativa dei territori – e dunque autonomia del processo politico e del governo dell'economia rispetto alle logiche del mercato – e soprattutto rilievo dell'istanza solidarista. Se quest'ultima – pure invocata dai soggetti intervenuti in giudizio – resta peraltro sullo sfondo, maggiore rilevanza assumono le concrete condizioni di autonomia politica dei territori: sarà infatti il giudice del rinvio, sulla base dei criteri elaborati dalla Corte nella sentenza relativa al regime fiscale delle isole Azzorre, a dover valutare se «le *normas forales* in esame, adottate dai *Territorios Históricos*, costituiscano un aiuto di stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE», verificando «se i *Territorios Históricos* e la Comunità autonoma del Paese Basco dispongano di un'autonomia istituzionale, procedurale ed economica sufficiente affinché una norma adottata da tali autorità nei limiti delle competenze ad esse conferite sia considerata di applicazione generale in seno a tale ente infrastatale e non abbia carattere selettivo ai sensi della nozione di aiuto di stato di cui all'art. 87, n. 1, CE» (par. 141).

I casi analizzati mostrano, pertanto, un problema assai serio proprio sul piano dei rapporti tra logica mercatista e logica solidarista nell'analisi dei processi di decisione politica in Europa, con ripercussioni significative sia sulla tenuta del principio di solidarietà (anche in termini di correzione delle asimmetrie fra territori) che sulla tutela dei diritti fondamentali coinvolti ma anche, in definitiva, sulla stessa qualità della vita democratica.

5. L'ambiguo carattere solidaristico delle misure anticrisi

Un ultimo ambito di riflessione è rappresentato dal complesso rapporto tra politiche di gestione della crisi economica – specie con riferimento al "salvataggio" o all'aiuto finanziario a stati membri in particolare difficoltà – e principio di solidarietà. Si tratta di verificare, in altri termini, se le misure anticrisi adottate dai governi degli stati membri possano essere analizzate attraverso il prisma di una dinamica di tipo cooperativo e solidale tra gli stati membri[40] nonché, più in generale, quale sia la relazione tra esse e la risalente alternativa culturale

[40] Così, almeno in parte, F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, pp. 337 ss.

– nella genesi e nelle dinamiche evolutive del processo di integrazione – tra integrazione (solo) economica e istanza solidaristica[41].

La risposta non è agevole, benché sia innegabile che proprio l'analisi delle vicende di gestione della crisi abbia risvegliato l'interesse della dottrina europea per il principio di solidarietà: si pensi, però, all'affermazione, autorevolmente formulata, secondo la quale la solidarietà non è un percorso unidirezionale[42]. Allo stesso tempo, è stato suggestivamente affermato che le misure "anticrisi" si inseriscono in una fase di sviluppo del processo di integrazione che, dopo la "primavera costituzionale" dei primi anni 2000, pare caratterizzata da «una sorta di 'controcostituzione' che ha il suo più forte pilastro nel cd. Fiscal compact e di cui può essere ricostruita una più risalente genealogia che, tuttavia, rimanda ad una storia che aveva mantenuto una forte consapevolezza della necessità non solo di arginare le tendenze neoliberiste, ma di dare all'UE una più forte legittimità fondata proprio sui diritti»[43].

La dinamica solidale che può essere ravvisata alla base delle misure anticrisi, in altre parole, non sarebbe diretta soltanto dall'Unione europea – o meglio dai governi di alcuni stati economicamente avvantaggiati dell'Eurozona – verso lo stato in difficoltà, ma dallo stato in difficoltà deve poi potersi dirigere nuovamente verso "l'Europa", in termini di gestione responsabile delle proprie finanze e dunque, più in generale, in termini di *corresponsabilità* verso la tenuta e la stabilità del sistema economico e finanziario dell'Eurozona. Alla "concessione" di una misura di solidarietà da parte del livello europeo – e già il riferimento ad una logica concessoria in una dinamica solidale presta il fianco a significativi profili di ambiguità – deve dunque corrispondere l'impegno da parte dello stato membro ad adottare misure interne

[41] Sul punto, v. ad esempio H. BRUNKHORST, *Europe at crossorads: between the kantian mindset of democratic capitalism and the managerial mindset of capitalist democracy*, in *Arch. Öff. Rechts*, 2014, pp. 25 ss., 38 ss. Sul punto, v. anche M. DANI, *Il diritto pubblico europeo*…, cit., pp. 339 ss., specie 342 ss.

[42] La solidarietà, afferma I. PERNICE, *Solidarität in Europa*, in Aa. Vv., *Europäische Solidarität*…, cit., pp. 25 ss., rinvia ad una relazione fondata sulla reciprocità (*ein Gegenseitigkeitverhältnis*) e che dunque non può essere concepita come un percorso a senso unico («Sie ist dabei keine Einnbahnstraße», p. 26). Analogamente C. CALLIESS, *«In Vielfahlt geeint» - Wie viel Solidarität? Wie viel nationale Identität?*, ivi, pp. 5 ss., 17.

[43] Così S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., p. 6.

di austerità – sul piano del governo dell'economia ma anche a livello normativo[44] – idonee a stabilizzare e risanare il proprio bilancio.

Il rilievo del principio di solidarietà, in altri termini, sembra non poter essere disgiunto – almeno nella lettura richiamata – dal rinvio altrettanto forte al nesso tra solidarietà e responsabilità[45]: la solidarietà, in altri termini, viene immediatamente connessa al correlativo obbligo di rispettare una serie di parametri normativi e di concreti obblighi sul piano del governo dell'economia[46].

Il cd. "nesso di condizionalità", che ha caratterizzato tutte le operazioni di "solidarietà" nei confronti degli stati mediterranei – e soprattutto la vicenda del risanamento greco – apre dunque una serie di riflessioni ad ampio raggio sulla rilevanza effettiva del principio di solidarietà in queste fattispecie: si consideri, peraltro, che proprio la presenza di una forte condizionalità è stata tra le ragioni che hanno consentito alla Corte di giustizia – nella richiamata sentenza *Gauweiler*, ma anche nella precedente sentenza *Pringle*[47] - di ritenere tanto il Meccanismo europeo di stabilità, quanto il cd. *Fiscal compact* compatibili con il diritto europeo e soprattutto con i principi che presiedono alla disciplina dell'Unione economica e monetaria.

Ci si potrebbe domandare, tuttavia, se davvero la corresponsabilità si traduca – nell'ottica del principio di solidarietà – in una mera dinamica di reciprocità, e ad una relazione di tipo sinallagmatico tra prestazione solidale ed obbligo di adottare misure di austerità in vista del risanamento finanziario dello stato membro.

Soccorre, a questo proposito, la tradizione del diritto internazionale, nella quale, per un verso, il principio di solidarietà si è affacciato proprio in quegli ambiti della vita internazionale in cui è esclusa

[44] Si pensi, solo per fare un esempio, all'art. 3, comma 2, del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (cd. *fiscal compact*), ai sensi del quale l'effettività regola del pareggio di bilancio e dei principi in materia di stabilità finanziaria dovranno essere garantite attraverso «disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio».

[45] Nella richiamata prospettiva di R. BIEBER, *Gegenseitige Verantwortung*…, cit.

[46] La misura di solidarietà finalizzata al «salvataggio» dello stato in difficoltà non è, insomma, un «act of generosity»: tale prospettiva è assunta, criticamente, dall'editoriale introduttivo del fascicolo monografico che l'*Archiv des Öffentliches Rechts* ha dedicato, nel 2014, al tema «Transnational Solidarity: an interdisciplinary approach» (cfr. p. 8).

[47] Cdg, 27 novembre 2012, in c. C- 370/12. Su tali decisioni, v. anche O. PORCHIA, *Il ruolo della Corte di giustizia dell'UE nella governance economica europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, pp. 593 ss.

l'applicazione del principio di reciprocità (come le azioni umanitarie, o la stessa protezione dei diritti umani) e, per altro verso, ha mantenuto una forte tensione etica: come è stato affermato, «solidarity is one of the multifunctional, constituent elements of the concept of justice in public international law»[48].

Più in generale, le dinamiche del principio di solidarietà nel diritto internazionale rinviano alla tensione tra universalismo e particolarismo, e soprattutto alla possibilità che tale polarizzazione venga superata attraverso l'assunzione di una prospettiva critica, incentrata sul rilievo delle concrete relazioni tra gli attori della comunità internazionale, e le concrete realizzazioni di giustizia cui esse danno vita. Il discorso sarebbe, evidentemente, molto lungo e complesso, in quanto rinvia alle stesse alternative culturali che hanno condizionato la nascita del diritto internazionale moderno: da un lato, la sovranità dello stato e la sua pretesa espansiva; dall'altro, l'aspirazione a realizzare un complesso normativo universale, solidamente fondato su principi di ragione, e valevole a prescindere dalle concrete condizioni storiche di sviluppo della comunità internazionale. Tra affermazione dell'istanza soggettiva e spinta – uguale e contraria – dell'istanza oggettiva, il profilo delle concrete relazioni tra i soggetti del diritto internazionale, dunque la sua componente sociale (che implica il principio di solidarietà), pare senz'altro suscettibile di aprire nuove prospettive, specie con riguardo al rapporto tra volontà e relazione nella fondazione del diritto internazionale[49].

Una interpretazione troppo rigida del nesso di condizionalità, invece, rischia di non considerare adeguatamente gli effetti delle misure di austerità sulla tenuta del modello sociale – e del processo integrativo – non solo all'interno dello stato membro interessato ma anche al livello europeo, specie sul piano della tenuta dei presupposti di cultura costituzionale che dovrebbero animare il processo di integrazione europea. L'impatto, a questo proposito, è stato dirompente, ed ha segnato il passaggio ad una nuova fase di sviluppo del processo di integrazione, i cui esiti sono – oltre che del tutto incerti – particolarmente fragili nelle premesse. I problemi, infatti, non si pongono soltanto con riferimento

[48] Così, in particolare, K. WELLENS, *Revisiting solidarity as a re-emerging constitutional principle: some further reflections*, in R. WOLFRUM – C. KOJIMA (a cura di.), *Solidarity: a structural principle in International law*, Berlin-Heidelberg, 2010, pp. 3 ss., 7.

[49] Ho approfondito questi profili in *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, 2012, specie pp. 37 ss.

alla tenuta del principio di solidarietà tra gli stati, ma anche e soprattutto con riguardo all'effettività – ma si dovrebbe forse dire alla messa a repentaglio – del principio di solidarietà *all'interno* degli stati interessati, nella misura in cui le misure di austerità mettono a rischio – vanificano – molte delle conquiste del costituzionalismo democratico e sociale, specie sul piano della tutela di alcuni diritti sociali fondamentali, come quello alla salute o quello alla previdenza.

Torna allora alla mente la riflessione di Hermann Heller, sia con riferimento alla sua critica dell'internazionalismo socialista sia con riferimento alla sua riflessione sul rapporto tra democrazia politica ed omogeneità sociale: due posizioni teoriche strettamente connesse tra loro, nella misura in cui il rifiuto dell'internazionalismo discende, in Heller, dalla convinzione che la cornice della statualità fosse – all'epoca – l'unica dimensione in grado di contenere e gestire le dinamiche di integrazione del corpo sociale secondo criteri di promozione dell'eguaglianza sostanziale, ed è da tali dinamiche di integrazione che discende, al tempo stesso, la buona qualità della vita democratica[50].

Ecco, seppure non sembri proponibile, ad oggi, favorire lo sviluppo democratico e sociale in Europa attraverso un ritorno alla dimensione nazionale, non si può negare che proprio l'impatto delle misure anticrisi – e del nesso di condizionalità sociale delle stesse – possa in qualche misura richiamare l'attenzione sull'importanza del legame fra tenuta dei modelli sociali e qualità della vita democratica. L'accentramento a livello europeo delle misure anticrisi non può avvenire, in altri termini, privilegiando l'aspetto competitivo, a discapito delle logiche imposte dal principio di solidarietà, ma anche di leale cooperazione tra stati; e non può avvenire con indifferenza rispetto alla tenuta del modello sociale interno ai singoli stati. Lo sviluppo democratico dell'Unione europea passa anche attraverso l'approfondimento della legittimazione sociale dei processi di decisione politica e, soprattutto, dei loro effetti.

In altre parole, il processo di integrazione europea – sul piano politico – non può avvenire, con un'erosione crescente della responsabilità

[50] Il riferimento è ad H. HELLER, *Sozialismus und Nation*, Berlino, 1925, (ora in ID., *Gesammelte Schriften*, Tubingen, 1992, Bd. I, pp. 437 ss.), nonché ID., *Democrazia politica e omogeneità sociale* (1928), ora in ID., *stato di diritto o dittatura? e altri scritti*, a cura di U. Pomarici, Napoli, 1998, pp. 9 ss. Per ulteriori approfondimenti, si consenta nuovamente di rinviare ad A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali…*, cit., pp. 93 ss.

degli attori politici e dunque della legittimazione democratica dei processi di decisione[51]; allo stesso modo, le dinamiche di gestione della crisi non possono prescindere dalla tenuta del modello sociale, e dunque dal rilievo del principio di solidarietà, con il suo fondamentale corollario rivolto alla correzione delle asimmetrie nello sviluppo e delle disuguaglianze non solo tra gli stati membri, ma anche al loro interno.

Qualcosa di analogo, a ben vedere, si sta verificando sul fronte della gestione delle frontiere esterne, in cui – ai numerosi tentativi di avviare, in sede europea, dinamiche di gestione cooperativa delle frontiere meridionali in relazione ai flussi migratori, al fine di garantire la conciliazione tra accoglienza dei migranti, sicurezza e condivisione della responsabilità nei loro confronti tra stati frontalieri e altri stati dell'Unione – si sono regolarmente contrapposte le resistenze di numerosi stati membri, che si sono spinti, talora, fino alla sospensione degli accordi di Schengen e alla chiusura delle frontiere[52].

Anche in questo caso, dunque, il rifiuto della solidarietà *fra* stati si è tradotto nella vanificazione del principio di solidarietà *all'interno* degli stati, nel suo legame più prossimo con la stessa tutela della dignità della persona umana.

---

[51] Cfr. sul punto alcuni lavori di F. BALAGUER CALLEJÓN. ed in particolare *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'Unione europea*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 5, Napoli, 2009, pp. 13 ss., ma anche ID., *Crisi economica,* cit., specie laddove afferma che il processo di integrazione europea avrebbe rappresentato per i governi degli stati membri una vera e propria "fuga" dalla responsabilità politica. Nel senso che vi sia una connessione molto stretta tra l'aspirazione a liberarsi dal controllo democratico («*get rid of democratic control*») e preminenza dell'istanza economicistica nello sviluppo del processo di integrazione europea, v. H. BRUNKHORST, *Europe at crossroads…*, cit., p. 41. Analogamente, v. C. PINELLI, *Il doppio cappello dei governi fra stati e Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, pp. 639 ss.

[52] Questi profili sono stati approfonditi da A. ROMANO, sia in *governo della frontiera e libertà di circolazione degli stranieri tra stati membri e Unione europea*, tesi di dottorato discussa il 30.06.2014 nell'Università di Roma «Sapienza» che, da ultimo, in *La rinascita delle frontiere interne: il declino (reversibile?) di Schengen*, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi dei migranti tra Italia e Unione europea. Rapporto IRPA 2016*, in corso di pubblicazione, pp. 90 ss. Sul punto, v. anche A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017.

6. Rilievi conclusivi: conflitti, democrazia, solidarietà

Tanto le dinamiche di gestione della crisi economica, quanto la problematica gestione delle frontiere e dei flussi migratori dimostrano dunque che esiste una stretta connessione tra tenuta della solidarietà tra stati membri ed effettività della solidarietà all'interno degli stati, sia con riguardo ai diritti dei cittadini, quanto con riferimento all'accoglienza degli stranieri e alla garanzia dei loro diritti fondamentali.

In questo quadro, un riferimento forte al principio di solidarietà potrebbe arricchire l'intreccio – tipico del processo di integrazione - tra apertura cooperativa degli stati membri e resistenza dell'istanza sovranista, nel senso di approfondire e rendere effettivo il senso di quella che Markus Kotzur ha definito – in altro ambito – «corresponsabilità cooperativa» (*kooperative Mitverantwortung*)[53]. Inoltre, l'interazione virtuosa tra solidarietà interstatale e solidarietà infrastatale potrebbe contribuire ad approfondire la legittimazione del processo di integrazione europea proprio sul piano dell'effettività dei diritti fondamentali, e dei diritti sociali in particolare, così recuperando una delle istanze fondamentali del costituzionalismo democratico e sociale europeo: l'idea di una democrazia "integrale", in cui la legittimazione e la gestione dei conflitti siano affidate non soltanto a congegni procedurali, ma anche e soprattutto a dinamiche di integrazione sociale – attraverso il godimento di diritti sociali fondamentali – capaci di qualificare la cittadinanza in senso sostanziale e sociale, rendendo effettiva la partecipazione politica e, così, migliorando la qualità del processo politico, garantendone il pieno sviluppo in senso democratico.

Con riguardo al contesto europeo occorre dunque domandarsi, in altri termini, se il principio di solidarietà possa essere ricompreso tra gli strumenti di gestione dei conflitti che emergono dalla crisi economica e dai metodi e mezzi prescelti per affrontarla. L'analisi sin qui condotta dimostra che una maggiore attenzione al principio di solidarietà potrebbe infatti contribuire a (ri)mettere al centro delle politiche pubbliche dell'Unione la possibilità di articolare il conflitto sociale attraverso un allargamento e un approfondimento del processo politico

[53] V. ad esempio M. KOTZUR, *Kooperativer Grundrechtsschutz. Eine Verfassungsperspektive fuër Europa*, in *Jahrbuch öff. Rechts*, 2007, pp. 337 ss.

europeo, così affrontando una tradizionale carenza – il principale profilo di debolezza – dello stesso processo di integrazione[54].

D'altro canto, il rilievo del principio di solidarietà ripropone un tratto conflittuale del processo di integrazione, che rinvia alle sue stesse radici culturali: la tensione tra esigenze del mercato e tutela dei diritti che, se da un lato caratterizza l'intera traiettoria storica dello sviluppo di un sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali, non cessa di porre interrogativi sul piano della tenuta dei principi del costituzionalismo sociale che ha caratterizzato le esperienze costituzionali nazionali nella seconda metà del XX secolo[55].

I conflitti sui quali può incidere il principio di solidarietà, non sono così soltanto quelli relativi ai rapporti tra Unione e stati membri, o al ruolo dei Parlamenti, o dei territori, ma anche quelli attinenti alla dimensione materiale di esperienza che si intreccia (ed entra in conflitto) con la dimensione istituzionale; dunque, i conflitti che sono originati dall'inasprirsi delle marginalizzazioni, dagli effetti dei vincoli di austerità sull'articolazione delle politiche sociali e, di conseguenza, sulle concrete condizioni di vita dei consociati, e dunque proprio quella dimensione con la quale il diritto pubblico europeo fa più fatica ad entrare in relazione[56].

In questa prospettiva, occorre dunque tornare a riflettere sul legame tra solidarietà, riconoscimento, ed articolazione politica dei conflitti, al fine di verificare se il principio di solidarietà possa svolgere la funzione di argine al consolidamento di un «ordine giuridico e politico»

---

[54] Nel senso che il diritto pubblico europeo «sembra evolvere in una direzione opposta a quella della legittimazione e mediazione dei conflitti» v. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, p. 311.

[55] Per una ricostruzione classica, v. tra gli altri P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella «Costituzione europea»*, cit.; con accenti in parte diversi, G. AZZARITI, *Il valore della Carta dei diritti fondamentali nella prospettiva della costruzione europea: dall'Europa dei mercanti all'Europa dei diritti?*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo stato*, Milano, 2003, pp. 393 ss.; con posizione forse ingenerosa nei confronti degli itinerari di sviluppo del sistema europeo di protezione dei diritti, M. DANI, *Il diritto pubblico…*, cit., pp. 336-337 ritiene che «una volta normalizzati all'interno delle strutture di regolamentazione del mercato, i diritti fondamentali sono privati del loro potenziale emancipatorio e, almeno in parte, della loro autenticità».

[56] Ivi, p. 312. Sul punto, v. anche E. OLIVITO – G. REPETTO, *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, specie pp. 6-10.

che, come è stato affermato, «continua ad essere insensibile [ai conflitti] e a coltivare un ethos contrario alla loro istituzionalizzazione»[57].

6.1 Solidarietà e conflitti: un rapporto problematico

Allo stesso tempo, il rapporto tra solidarietà e conflitti appare caratterizzato da un'intima, profonda, tensione. Potrebbe temersi, infatti, che il riferimento alla solidarietà finisca per riproporre il rischio "irenico"[58], da più parti indicato come vizio originario dell'integrazione (costituzionale) europea, consistente, in ultima analisi, nell'obliterazione dei conflitti in una dimensione non caratterizzata dalla polarizzazione politica tipica delle democrazie pluraliste[59].

Eppure, il riferimento al principio di solidarietà non sembra implicare necessariamente l'idea di un superamento del conflitto, né tantomeno la rinuncia ad esso come strumento di interpretazione delle dinamiche storiche e della loro traduzione sul piano politico, costituzionale nonché, più in generale giuridico[60]. Se è vero, infatti, che il concetto stesso di solidarietà può rinviare, in prima battuta, all'idea di un contesto sociale pacificato, è altrettanto vero che, come insegna Hermann Heller, «omogeneità sociale non può […] mai significare eliminazione della struttura necessariamente antagonistica della società» e che «la comunità pacifica e priva di conflitti [può] avere senso solo come promessa profetica»[61].

Tentare di articolare il rapporto tra solidarietà e conflitti, in questo senso, non significa rinunciare alla consapevolezza che «i soggetti storici sono attraversati da conflitti spesso non riducibili»[62]. Piuttosto, è possibile domandarsi se l'attenzione al ruolo del principio di solidarietà non consenta anch'esso di «*tornare al conflitto*, assumendolo entro

[57] Così ancora M. DANI, *Il diritto pubblico europeo…*, cit., p. 322.

[58] L'espressione è tratta da M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, pp. 1643 ss.

[59] Con specifico riferimento al contesto europeo, cfr. le riflessioni di F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in B. ANDÒ, F. VECCHIO (a cura di), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, a cura di, Padova, 2012, pp. 333 ss.

[60] Sul punto, v. in generale G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010.

[61] Così H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., p. 19

[62] Così G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, cit., p. 360

la prospettiva del costituzionalismo democratico»[63], ad esempio chiamando in causa la moltiplicazione dei *cleavages* – delle differenze – rilevanti ai fini del riconoscimento e della gestione del conflitto[64], con un ancoraggio forte alle radici che i conflitti stessi affondano nelle dinamiche storiche, nell'evoluzione culturale e sociale della comunità di riferimento.

La relazione tra solidarietà e conflitti condiziona peraltro anche il problema della declinazione normativa del principio. Se, ad esempio, un concetto obbligante di solidarietà finisce per sopravvalutarne il nesso con la coesione sociale, deve essere tuttavia considerato il legame altrettanto profondo tra la codificazione costituzionale del principio solidaristico e le situazioni asimmetriche che esso è chiamato a comporre[65], così recuperando la dimensione del conflitto. Allo stesso modo, la contrapposizione tra solidarietà intesa come esito di comportamenti spontanei e, viceversa, come oggetto di prescrizioni normative[66] – che chiama in causa la profonda tensione, che pervade l'intera storia del costituzionalismo, tra autonomia personale e rilievo (obbli-

[63] Ivi, p. 361

[64] Cfr. efficacemente, al riguardo, G. BASCHERINI, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, pp. 125 ss., 160: «rispetto a mezzo secolo fa, il pluralismo odierno appare, infatti, non meno disomogeneo e conflittuale, rivelando al contrario una moltiplicazione e frammentazione di *cleavages* che attraversano una società sempre più complessa, ed è questa maggior complessità che sollecita una più adeguata considerazione delle molteplici e profonde connessioni che legano oggi tra loro gli ambiti politici, economici e sociali della solidarietà, se s'intende conservare quella tensione all'integrazione che connota il discorso costituzionale dei doveri».

[65] Ricorda G. BASCHERINI, *La solidarietà politica*, cit., p. 131, che, ad esempio nella lettura del principio da parte di Giorgio Lombardi, «è la disomogeneità politica, economica e sociale a spiegare la previsione costituzionale della solidarietà».

[66] Come è stato osservato, la dimensione normativa della solidarietà non cessa di porre interrogativi (E. RESTA, *Il racconto della fraternità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, p. 113. Detta dimensione normativa e obbligante è valorizzata, ad esempio, da L. CARLASSARE, *Solidarietà…*, cit., la quale osserva, anche a proposito di C. Cost., sent. n. 75/1992, che si deve escludere che l'art. 2 «abbia valore soltanto descrittivo o esprima una speranza affidata al sentimento di solidarietà, sottolineandone invece il valore prescrittivo: la disposizione indica un assetto giuridicamente imposto. La convivenza sociale deve essere costruita normativamente sulla base del principio di solidarietà» (p. 46), con la connessa critica delle tendenze che riconducono le dinamiche del principio di solidarietà alle risorse della sussidiarietà (analogamente G. BASCHERINI, *La solidarietà politica*, cit., p. 126). Sul principio di sussidiarietà, e le sue tensioni interne, v. per tutti P. RIDOLA, *Sussidiarietà e democrazia*, in Id., *Diritto comparato…*, cit., pp. 353 ss.; per ulteriori considerazioni sul rapporto tra solidarietà e sussidiarietà, cfr. *supra*, par. 3.

gante?) dell'intersoggettività[67] – potrà forse essere illuminata dalla constatazione che la solidarietà, più che un obbligo, è il risultato di una relazione che nasce dall'avvicinamento empatico e dal riconoscimento dell'altro e della sua richiesta: solidarietà, come è stato affermato, è una conquista[68]. Si può così ripetere l'invito a «rimettere a valore l'attitudine della solidarietà a creare e riformare legami sociali, a ricomporre i soggetti di quei legami con modalità inclusive e cooperanti e a investire sulle funzioni di integrazione civica che ne caratterizzano la storia costituzionale»[69].

6.2 Autonomia individuale, riconoscimento delle differenze e coscienza delle interdipendenze

D'altro canto, non mancano letture del principio di solidarietà, incentrate sul rapporto tra riconoscimento dell'autonomia individuale e coscienza delle interdipendenze, con un doppio rinvio al principio libertà e, per altro verso, all'eguaglianza[70]. Allo stesso tempo, la relazione tra solidarietà ed eguaglianza può essere declinata valorizzando in particolare il nesso tra solidarietà e riconoscimento delle differenze.

Può conseguirne, in primo luogo, la neutralizzazione di un rischio connesso alle dinamiche del principio di solidarietà, e che si identifica nel rapporto tra solidarietà e principio identitario: il rischio, cioè, di una solidarietà che – offrendo alle cerchie più piccole, ristrette ed omogenee l'illusione profetica di una convivenza priva di conflitti con il "diverso" – divenga strumento di chiusura alle più ampie dinamiche di cooperazione tra soggetti diversi, comunità e gruppi, che inverano

[67] L'idea che l'intera vicenda storica dei diritti costituzionali sia segnata dal nesso (conflittuale) tra «tensione dell'individuo verso la propria autorealizzazione ed impossibilità di sfuggire ad un quadro sociale di riferimento» connota in profondità la riflessione di P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, p. 183. Per una recente, suggestiva riflessione sui rapporti tra libertà, intersoggettività e riconoscimento v. A. HONNETH, *Il diritto della libertà*, Torino, 2015.

[68] In questa prospettiva, v. E. RESTA, *Il racconto*…, cit., pp. 115-116.

[69] Così G. BASCHERINI, *La solidarietà politica*…, cit., p. 126

[70] Afferma infatti K. P. SOMMERMANN che «the principle of solidarity is based on the mutual recognition of the individual autonomy on the one hand and the awareness of the mutual dependance of the members of a given community on the other hand» (*Some reflections*…, cit., p. 10).

invece la dimensione costituzionale e sistemica del principio solidaristico[71].

Il nesso tra solidarietà e conflitti potrebbe così essere rinvenuto, ad un livello più profondo, nell'apertura della solidarietà stessa al riconoscimento delle differenze, e nella peculiare forza integrativa della solidarietà tra diversi. In questi termini, il rapporto tra solidarietà e gestione dei conflitti pare strettamente connesso al legame tra solidarietà, pluralismo e integrazione della comunità politica.

Il riconoscimento delle differenze, se riguardato nel suo legame costitutivo con il principio di solidarietà, non rinvia infatti necessariamente al campo semantico della tolleranza, bensì piuttosto alla spinta verso l'inclusione e l'integrazione delle differenze, senza cancellarle ed anzi includendole, in una cornice processuale, attraverso il riconoscimento della loro pari dignità sociale[72] .

La dimensione politica del conflitto è così preservata, ma il nesso tra solidarietà e riconoscimento può contribuire ad attivare, in forme in parte inedite, la responsabilità degli attori in conflitto e dunque, in ottica helleriana, la cooperazione (solidale) per la gestione del conflitto stesso, riportandolo nella dimensione storica: indicare una possibile via di uscita non significa, insomma, negare che possano esservi conflitti irresolubili (o non immediatamente risolubili, la soluzione dei

---

[71] Afferma infatti S. RODOTÀ che «il riconoscimento si presenta così come ulteriore elemento costitutivo della solidarietà, con effetti immediati sul modo in cui si istituisce il suo rapporto con l'uguaglianza» la quale «ha nell'accettazione piena delle diversità un elemento fondativo, e proprio nel suo congiungersi con la solidarietà definisce le condizioni dell'inclusione» (*Solidarietà*, cit., pp. 87-88). «La solidarietà – osserva in senso analogo E. RESTA – nel suo punto più alto, si esplica fra 'estranei'», (*Il racconto*…, cit. p. 111); nel senso che la storia costituzionale della solidarietà sia «attraversata da una interna tensione tra inclusione ed esclusione, ora prevalendo l'idea di una solidarietà 'universale', ora invece di una solidarietà 'contro'», v. G. BASCHERINI, *La solidarietà politica*, cit., p. 128.

[72] Spunti in tal senso in P. RIDOLA, *Costituzione, stato e società nelle democrazie pluralistiche. Lo "spazio pubblico"*, in ID., *stato e Costituzione in Germania*, Torino 2016, pp. 123 ss. In tale ottica, peraltro, i processi di integrazione della comunità politica rivelano il loro più profondo legame con la promozione della persona e dell'uguaglianza sostanziale, attraverso la valorizzazione del nesso tra art. 2 e art. 3, comma 2 della Costituzione (in questo senso, v. ancora P. RIDOLA, *Garanzie costituzionali e dimensioni dei diritti di libertà*, in ID., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, pp. 1 ss., specie 14 ss.). In altri termini, se si assume – come sembra suggerire C. PINELLI, *Nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità*, in ID., *Nel lungo andare*…, cit., pp. 157 ss. – la dimensione intersoggettiva come paradigma interpretativo, è possibile preservare la dimensione del conflitto, perseguendo la sua legittimazione attraverso il riferimento ad un quadro costituzionale incentrato sul riconoscimento della pari dignità di ogni differenza.

quali non possa cioè essere affidata al corso della storia, alla maturazione di coscienza e consapevolezza, alle dinamiche di evoluzione della cultura e delle pratiche di una comunità).

L'omogeneità sociale non è, in questo senso, un contesto necessariamente pacificato, che ha obliterato la dimensione del conflitto, bensì una "dimensione psico-sociologica nella quale le opposizioni e le lotte d'interesse sempre presenti appaiono legate da un sentimento e da una 'coscienza del noi', da una volontà collettiva che si pone in atto"[73].

L'idea di una solidarietà tra "diversi" – strutturalmente legata, cioè, alle molteplici identità che rivendicano l'eguale diritto di partecipare alla costruzione della comunità politica – consolida, in questa prospettiva, il legame tra solidarietà, riconoscimento delle differenze e pluralismo politico e culturale, a sua volta idoneo a riflettersi, in definitiva, sulla qualità della vita democratica[74]. D'altro canto, il nesso originario tra solidarietà e conflitto è valorizzato in talune ricostruzioni – particolarmente sensibili al profilo storico-concettuale – che evidenziano come il riconoscimento dell'altro come "fratello" non possa che nascere dalla coscienza dolorosa e conflittuale dell'alterità[75].

Pertanto, più che sul suo legame con il cosmopolitismo (che pure rappresenta il fondamentale antecedente culturale del concetto rivoluzionario di fraternità), il destino della solidarietà sembra giocarsi sul riconoscimento e sul recupero delle differenze, e dunque sull'assunzione della dimensione del conflitto come sua necessaria premessa. Per affrontare e gestire il conflitto, è necessario in altre parole riconoscere le differenze, lasciando emergere la solidarietà – morale e materiale – come mezzo per non obliterarle, ed anzi per valoriz-

[73] Così H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., p. 19. D'altro canto, avverte ancora Heller, «politica deriva da *pòlis* e non da *pòlemos*» ma «l'affinità della radice linguistica resta significativa» (ivi, p. 15).

[74] Osserva sul punto A. APOSTOLI, *Il consolidamento…*, cit., p. 14, che «di poca rilevanza e utilità, soprattutto nell'attuale fase storica, sarebbe parlare di solidarietà e di coesione sociale all'interno di una comunità compatta, monolitica, che disconosce le differenze tra gli individui e tra i gruppi».

[75] Per questa suggestione, E. RESTA, *Il racconto…*, cit.; in prospettiva psicoanalitica, si rinvia ai lavori di J. Benjamin sul rapporto tra riconoscimento, solidarietà e uscita dal conflitto, ed in particolare a EAD., *The Discarded and the Dignified. From the Failed Witness to «You are the Eyes of the World»*, in *Publicseminar.org*, 24 dicembre 2014 (http://www.publicseminar.org/2014/12/the-discarded-and-the-dignified-parts-1-and-2/#.WDyq3oQg9Lw).

zarne la pari dignità sociale così conservando, del concetto di integrazione, l'aspetto dinamico, di processo che mantiene continuamente aperta la possibilità del conflitto.

La solidarietà appare pertanto, in quest'ottica, quale «costruzione sociale», dotata di una «ineliminabile attitudine cooperativa» ed in questo senso «è proprio alla politica che il rinnovato intreccio tra solidarietà ed eguaglianza offre una preziosa opportunità per riaffermare la propria funzione secondo i principi di un ordine costituzionale forte della sua stessa legittimità»[76].

[76] Le citazioni sono tratte da S. RODOTÀ, ***Solidarietà***, cit., rispettivamente alle pp. 90, 115 e 112. Nella medesima prospettiva sembra porsi K. P. SOMMERMANN, quando afferma che il sentimento della solidarietà («feeling of solidarity») è indispensabile per l'integrazione di una società pluralistica (***Some reflections***…, cit., p. 12).

LA POSSIBILE DISCIPLINA (LEGISLATIVA) DEI PARTITI POLITICI ED IL SUO COLLEGAMENTO CON IL LORO FINANZIAMENTO*

di *Paola Marsocci*

SOMMARIO: *1. Per una possibile definizione legislativa dei partiti: l'evoluzione nel tempo del confronto dottrinale e delle proposte in Parlamento: 1.1 Un breve sguardo alla comparazione con altri Paesi europei e con l'Ue; 2. Le precedenti proposte di attuazione dell'art. 49; 3. XVII legislatura: la proposta di legge approvata dalla Camera dei deputati: 3.1 La registrazione dei partiti e delle altre formazioni politiche e il deposito dello statuto come onere oppure come obbligo; 3.2 Trasparenza delle elezioni e trasparenza interna della vita dei partiti e delle altre formazioni politiche; 4. La selezione delle classi dirigenti politiche. Il caso delle "primarie" tra la rinuncia (temporanea?) a disciplinarle per legge e la loro effettiva introduzione negli statuti dei partiti; 5. Democrazia interna ai partiti e sistema elettorale: considerazioni conclusive.*

1. Per una possibile definizione legislativa dei partiti: l'evoluzione nel tempo del confronto dottrinale e delle proposte in Parlamento

Progettare e costruire spazi di incontro, di aggregazione e di selezione della élite al fine di discutere e promuovere pubblicamente temi politici significa dar corso alla previsione costituzionale dell'art. 49 della Costituzione italiana.

Questa disposizione, oltre a prescriverne la forma (libera associazione di privati), prescrive la funzione fondamentale dei partiti: essere strumento a disposizione dei cittadini per «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». Inoltre, dall'analisi dei lavori preparatori e dalla scelta di riservare a loro uno specifico articolo della Carta, appare evidente che l'intento dei Costituenti italiani è stato quello di assegnare ai partiti un *persistente* ruolo protagonista.

* Il presente contributo sarà tradotto e pubblicato con il titolo *A possible (legislative) regulation of political parties and its connection to their funding*, anche in M.R. ALLEGRI, P. MARSOCCI, M. DILETTI, *Political parties and political foundations: how their structure and financing are changing*, Aracne, Roma 2017.

Non esistono molti dubbi sul fatto che pensiero e azione politica di ogni persona possano meglio esprimersi in un contesto collettivo organizzato. Tali organizzazioni devono pertanto essere ed apparire solide e durature nel tempo (il che non significa che siano immutabili) ed è – a mio avviso – in questa accezione che si può continuare ad affermare che i partiti continuano oggi ad essere necessari. La forma partito è stata dunque individuata dai costituenti come *privilegiata*, proprio per questa sua natura di associazione tendenzialmente stabile e coerente con i fini specifici liberamente individuati al proprio interno, oltre che con il sistema democratico nel suo complesso. Per questi motivi, appartiene anche – e per certi versi soprattutto – a tali organizzazioni la possibilità di individuare e formare le persone che andranno a ricoprire cariche politiche e incarichi istituzionali.

Ai partiti, tuttavia, non spetta il "monopolio" dell'agire politico. L'attuazione del principio pluralista, che caratterizza la nostra forma di Stato, non permetterebbe l'esclusione o la limitazione eccessiva dell'azione di altre identità politiche collettive. L'ordinamento giuridico ha il compito di garantire anche l'attività di movimenti ed altre formazioni politiche democratiche, che intendano o meno dotarsi di una forma organizzativa persistente e dettagliatamente definita[1]; tuttavia, è utile da subito ricordare che solo a partire dal 2013 i movimenti politici sono stati accostati ai partiti e se ne è riconosciuta, sebbene implicitamente, la pariordinazione[2].

[1] Per una possibile distinzione tra questi diversi soggetti, cfr. P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, spec. 41 ss. Ha osservato A. POGGI, *È ancora attuale il dibattito sul "metodo" democratico interno ai partiti?*, in *Federalismi.it*, n. 24/2014, 7, che «ha senso parlare di democrazia interna per i partiti, come per qualunque altra forma politica vi si voglia sostituire. La democrazia interna per lo Stato costituzionale è, infatti, garanzia di inclusione sociale, attraverso lo strumento della politica».

[2] Sulla questione, è di rilievo la recente pronuncia del Tribunale di Napoli sul caso dalla espulsione di alcuni iscritti al Movimento 5 Stelle avvenuta in prossimità delle consultazioni per la scelta del candidato sindaco a Napoli, in vista delle elezioni della primavera 2016. Il giudice ordinario, in sede cautelare, nell'accogliere l'istanza (con ordinanza del 14 luglio 2016), assimila M5S ad un partito politico, in quanto associazione con articolazioni sul territorio che abbia come fine quello di concorrere alla determinazione della politica nazionale. Sulla base dunque anche di elementi sostanziali – quali la presentazione di liste elettorali – il movimento deve ricadere sotto la stessa disciplina dettata dal codice civile in tema di esclusione di un associato.

Nel contesto della trasformazione della rappresentanza politica (non da ultimo di quella sovranazionale), la storia dei partiti e dei movimenti è specchio delle modifiche della società politica e la sua lettura ci permette di far luce sulle caratteristiche attuali non solo della forma di governo[3], ma appunto dello stato di diritto.

I fondamenti costituzionali sia della partecipazione politica dei cittadini (ma anche dei non cittadini) sia della rappresentanza politica si rinvengono nell'interpretazione dei caratteri della nostra forma di Stato; non è sufficiente guardare solo all'art. 49 (ed al suo richiamo alla libertà di associazione prescritta nell'art. 18[4]), ma ai principi di democrazia, di sovranità popolare, di riconoscimento e di garanzia delle libertà sia come singolo sia come formazioni sociali, di solidarietà politica, di uguaglianza formale e sostanziale, di laicità in termini culturali. Occorre pertanto studiare in che modo oggi sia possibile interpretare l'art. 49 in rapporto appunto non solo con l'art. 18, ma con gli artt. 1, 2 e 3 della Costituzione.

Si pensi – per quel che in questo contributo si intende evidenziare – al nesso tra il carattere democratico della Repubblica e l'esercizio delle libertà in un contesto doverosamente solidale. La partecipazione politica è promozione dell'attivismo individuale nel sociale; l'individuo è libero di agire con finalità politiche all'interno e tramite un gruppo sociale (la solidarietà non può che esprimersi tramite un contesto col-

[3] Osservando, in particolare, il rapporto tra l'art. 49 e l'art. 67 Cost., recante il divieto di mandato imperativo, e l'interpretazione che del rapporto tra queste due disposizioni costituzionali e l'art. 1 ha dato nel tempo la Corte costituzionale. Cfr. N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, Giuffrè 1991; P. RIDOLA, *La rappresentanza parlamentare fra unità politica e pluralismo*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova 1995; S. MERLINI, *I partiti politici e la Costituzione (Rileggendo Leopoldo Elia)*, in *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, a cura di S. MERLINI, Firenze, Passigli Editori, 2009; G. AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Atti del XXIII Convegno annuale, Alessandria, 17-18 ottobre 2008, Jovene, Napoli 2009).

[4] Sul punto, di recente cfr. G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2016, 3, che tuttavia ritiene che l'attrazione della interpretazione dell'art. 49, «sul versante della libertà di associazione (come ha affermato anche la giurisprudenza costituzionale, spec. ordinanza n. 79 del 2006)» sia un ostacolo alla valorizzazione del «rilievo pubblicistico che avrebbe potuto conferire ai partiti» e che ciò dipenda dal fatto che il «riconoscimento normativo di funzioni costituzionalmente rilevanti dei partiti è rimasto incompiuto».

lettivo), «ove si svolge» – è scritto nell'art. 2, comma 2 – al contempo la «sua personalità».

A mio avviso, è necessario sottolineare che proprio in questa prescrizione costituzionale si rinviene la necessità di disciplinare il sistema dei partiti e delle altre formazioni politiche, garantendo sia il pluralismo esterno sia quello interno. La persona deve poter scegliere la propria parte politica tra un ventaglio sufficientemente ampio di proposte e, se ritiene di volersi spendere direttamente, deve poter essere messa nella condizione di contribuire con la propria personalità alla definizione dei programmi e delle attività di quel gruppo.

Ma quali forme organizzative risultano oggi non solo compatibili ma efficaci per ciascuno di questi scopi? Interpretano correttamente la loro "funzione" costituzionale quei partiti che concentrano pressoché tutte le loro energie sul momento elettorale, quale elemento ineludibile (?) per acquisire le cariche istituzionali ed il potere ad esse connesso?

Utili a garantire il *pluralismo esterno* sono, come noto, innanzitutto i sistemi elettorali, ossia l'insieme della legge propriamente elettorale e delle altre leggi necessariamente connesse (finanziamento, campagna elettorale e comunicazione sia politica sia istituzionale, provvidenze editoria e radiotelevisione). L'Italia è, dopo decenni, ancora alla ricerca di un sistema elettorale che non si limiti a fotografare lo stato dei rapporti di forza tra i partiti (peraltro in trasformazione convulsa e costante) in competizione, ma che garantisca l'equilibrio doveroso tra rappresentanza democratica pluralista e possibilità che la composizione del Parlamento sia utile ad esprimere la fiducia ad un governo che dia buone aspettative di stabilità. La forma organizzativa dei partiti e delle altre formazioni politiche è in parte causa, in parte effetto del buono o cattivo funzionamento di questo circuito. Agire anche su questo aspetto, oggi più che mai, può inoltre contribuire a contrastare il consolidarsi delle istanze valoriali estremistiche che si stanno palesando in tutta Europa.

Quanto alla garanzia del *pluralismo interno*, è noto come da anni in Italia si sia riacceso l'interesse per l'approvazione di una legge che riguardi l'organizzazione propria dei partiti e delle altre formazioni politiche.

Certo è che, in entrambe le prospettive, risulta essenziale dare attuazione al principio di pubblicità (o, se si preferisce, di trasparenza) delle attività delle associazioni con finalità politiche; finalità pur sempre di rilievo "pubblico", anche se perseguite da soggetti con natura

giuridica privatistica[5]. In sintesi, se ciascuno di noi ha il diritto di scegliere di partecipare attivamente o di esprimere il proprio consenso ad una parte politica, ciò si fonda sul presupposto che le differenze tra queste ci siano ed emergano.

In questo scritto si darà conto del dibattito sull'opportunità che la legge ordinaria intervenga oltre ed a fianco dell'autonomia (anche normativa) che tali soggetti hanno nello stabilire e far valere le proprie regole interne.

Sin dal suo avvio, non è mai stata in discussione la scelta radicale tra autoriforma e intervento legislativo; quest'ultimo, infatti, non è in contrasto con il dettato costituzionale, *ma certamente non è da questo prescritto*. Al contrario, in dottrina e nel dibattito politico-istituzionale spesso si usano espressioni che spingono l'opinione pubblica a pensare che, ad oggi, si sia in presenza di una "inattuazione" costituzionale in senso formale. Si agisce, insomma, *come se* l'art. 49 contenga una riserva di legge, la cui assenza, come è noto, distingue questa disposizione costituzionale da quella dell'art. 39, in materia di sindacati[6]. Credo, invece, che sia più corretto ragionare sul quanto e sul perché, a distanza di quasi 70 anni, la nostra Carta non risulti ancora integralmente *inverata*, ossia sviluppata in tutte le sue potenzialità di norma fondamentale, capace di imprimere la trasformazione dello Stato (come comunità e come apparato) nel senso prescritto dai suoi principi supremi. Non si tratta dunque di *attuare,* nel senso di "fare come pre-

[5] I partiti sono formazioni sociali con caratteristiche peculiari, come anche evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale italiana. Nell'ordinanza n. 79 del 2006, la Corte ha, infatti, negato che sia possibile qualificarli come poteri dello Stato, ma ha colto l'occasione per notare come «i partiti politici vanno considerati come organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche». Non si tratta dunque di istituzioni, ma di parti private-sociali che permettono l'espressione della persona nella società politica. Individualismo e personalismo, come di conseguenza lo scopo di lucro (cfr. Corte Cassazione, sentenza della Sezione lavoro del 7 gennaio 2003, n. 26), in questo senso, sono obiettivi semplicemente anacronistici per un partito politico.

[6] Peraltro l'avere ad oggi disatteso le prescrizioni dell'art. 39, non ha impedito a quella norma di produrre effetti anche formali, in termini di forza abrogativa o di capacità di invalidare norme di rango inferiore ed in generale di capacità di contribuire alla interpretazione di altre norme pari o sotto ordinate; così ancora di consentire mediante l'analogia la soluzione di controversie, cfr. G. GROSSI, *Attuazione ed in attuazione della Costituzione*, spec. 3 ss., Milano, Giuffrè 2002; sui significati che il termine "attuazione" assume in relazione alle previsioni degli artt. 39 e 49 Cost., cfr. le condivisibili osservazioni di D. MORANA, *Partiti politici e sindacati tra modello e attuazione costituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 31/12/2016, 8 s.

visto"[7] da una fonte del diritto scritto – in questo caso da quella suprema – ed in modo da rendere operante quanto da essa stabilito, ma di continuare il cammino prospettato del disegno costituzionale, interpretando *in quella prospettiva* l'attualità e le trasformazioni che essa porta con sé.

Del resto, quello dell'articolo 49 è uno degli esempi più significativi rispetto al quale resta valido l'insegnamento di Carlo Esposito. Non possono se non le Camere dare attuazione alla disposizione costituzionale sui partiti, ma il legislatore ordinario non potrà mai rispondere per la sua inattività, in quanto la Costituzione «sembra abbia considerato tali norme come inizialmente cedevoli o elastiche o che comunque abbia attribuito agli organi legislativi eminentemente politici una ampia discrezionalità sulla scelta del momento e del modo di attuazione della disposizione»[8].

Inoltre, oggi occorre fare i conti con lo squilibrio (patologico) – che si è progressivamente rafforzato in Italia a favore di queste ultime – tra fonti parlamentari e fonti governative; si pensi all'introduzione delle norme sul finanziamento tramite decreti legge[9], ma anche alle spinte determinate dal tentativo (opportuno) dell'Unione europea di costruire un sistema europeo dei partiti.

In questo senso, si può dire che il confronto dottrinale, avviato sin dai primi anni di attuazione costituzionale, prende le mosse da una serie di considerazioni ancora attuali: lo svuotamento progressivo della autorevolezza politica (intesa come capacità effettiva di mediazione) dei partiti; la persistenza di abusi etici (e non solo) all'interno dei partiti; la necessità di assicurare forme di finanziamento, entro un quadro stringente di controlli da affidare ad organi imparziali. In tempi più recenti, si sono inoltre presentati almeno due ulteriori elementi fattuali: il trasformismo, apparentemente inarrestabile sia nel numero sia negli assetti, delle formazioni politiche (che continua a delineare un sistema

[7] G. AMATO, *Disposizioni di attuazione*, in Enc. dir., XIII, 209.

[8] *I partiti nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana*, *Saggi*, Cedam, Padova 1954.

[9] Cfr. A. SAITTA, *Sulla straordinaria necessità* e urgenza di abolire il finanziamento pubblico dei partiti politici, in *www.forumcostituzionale.it*, 17 dicembre 2013; R. DICKMANN, *La contribuzione su base volontaria ai partiti politici prevista dal decreto legge n. 149 del 2013. Molte novità ed alcuni dubbi di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 5/2014; R. CALVANO, *La disciplina del finanziamento dei partiti, caso straordinario di necessità e urgenza?* in *La "legislazione d'urgenza" tra XVI e XVII legislatura. Un bilancio*, Napoli 2015, 43 ss.

di multipartitismo esasperato) e la tentazione a rafforzare la figura del leader, fino a rendere quasi irrilevanti le funzioni degli altri organi espressivi del pluralismo interno alle singole formazioni politiche. Infine – e ovviamente non da ultimo – lo scenario in cui collocare la "crisi" dei partiti (o meglio del loro modello novecentesco) è quello delle trasformazioni del capitalismo e dei profondi cambiamenti dei «rapporti fra politica ed economia, con una radicale inversione dell'influenza d'indirizzo e regolativa, ormai appannaggio della seconda»[10].

Già negli anni '50 dello scorso secolo, numerose e autorevoli voci avevano sostenuto che l'auspicabile intervento del legislatore non sarebbe servito a "guarire" tutti i mali del sistema politico-partitico, ma a ricondurre il sistema allo spirito del costituzionalismo democratico, stimolando e garantendo «coloro che non si sentono depoliticizzati, coloro che vogliono partecipare, coloro che chiedono potere»[11]. La leva fondamentale per attivare e soddisfare – in primo luogo attraverso la rappresentanza – tali ambizioni è infatti a disposizione principalmente nella stessa politica e nei suoi attori.

Oggi, le opinioni si dividono sul *quantum* di ciò che la legge dovrebbe prevedere.

Molti ritengono che l'intervento debba essere quanto meno invasivo possibile, a salvaguardia della autonomia e della responsabilità delle singole forze politiche; l'autoriforma sarebbe realizzabile anche facendo leva sugli strumenti normativi a loro diretta disposizione, quali statuti, regolamenti, codici etici, consuetudini e convenzioni costituzionali. Per i partiti e le altre formazioni politiche sono necessarie "buone" norme, dunque – a partire da quelle del diritto parlamentare che incidendo indirettamente, ma in potenza profondamente, sono troppo spesso disattese oppure innovate nel senso di marcare la differenza tra partiti e gruppi parlamentari –, ma non necessariamente un'unica legge che ambisca a disciplinarne lo statuto giuridico, fino ad

[10] A. ALGOSTINO, *Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico*, in *Nomos*, 3/2015, 10.

[11] Così ricorda Elia L., *Il ruolo dei partiti nella democrazia italiana*, *Atti del convegno della DC Lombardia, Cadenabbia 18-19 settembre 1965*, in www.dircost.unito.it, 29, nel ricostruire il dibattito scaturito dal libro *Studi sui partiti politici*, di G.D. Ferri del 1950 e animato da G. Guarino e C. Esposito al convegno dei giuristi cattolici del 1958, poi da S. Galeotti e da C. Mortati con la sua tesi sulla opportunità di procedere con legge di revisione costituzionale.

addivenire alla previsione di uno "statuto tipo" che contenga previsioni puntuali e standardizzate, che interessino tutta o parte della vita delle organizzazioni[12] (tesi alla quale aderisco, come cercherò di argomentare di seguito). Altri autori pensano, invece, che l'intervento debba essere pregnante, anche sul modello di altre realtà europee e più recentemente di quello dell'Unione. Esso servirebbe non solo ad elencare gli elementi la cui presenza risulta indispensabile per qualificare in senso democratico la vita interna delle forze politiche[13], ma a prescriverne più nel dettaglio contenuto e funzione. Resta fermo che il limite è rappresentato dal libero sviluppo delle finalità politiche caratteristiche di ciascun partito[14].

1.1. Un breve sguardo alla comparazione con altri Paesi europei e con l'Ue

Guardando a quanto accade in altri contesti nazionali europei, si nota che è frequente – soprattutto negli Stati che più di recente hanno implementato un sistema democratico, come quelli dell'Europa orientale – la scelta di disciplinare formalmente (in costituzionale o con legge) la democrazia dei partiti. A volte viene individuato un nucleo di valori indisponibili per la loro azione, il cui rispetto è garantito in molti casi alla giustizia costituzionale. Si nota, poi, che esiste un collegamento stretto tra scelte riguardanti il finanziamento dei partiti e il regime giuridico della loro organizzazione interna[15].

---

[12] Cfr., G.U. RESCIGNO, *Intervento*, in AA.VV., *Partiti politici e società civile*, cit., 323 ss., BARBERA A., *La democrazia "dei" e "nei" partiti, tra rappresentanza e governabilità*, in *Paper* di *Forum di Quaderni costituzionale*, 2007.

[13] Così, E. CHELI, S. PASSIGLI, *La disciplina dei partiti politici*, in Astrid, *Proposte di politiche pubbliche per il governo del Paese*, Passigli, Bagni a Ripoli 2013, 38; L. FERRAJOLI, *Intervento in occasione dell'indagine conoscitiva sulle proposte di legge per l'attuazione dell'art. 49*, del 21 marzo 2016, disponibile sul sito *http://www.camera.it*.

[14] S. MERLINI, *Partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale,* in *Annuario AIC* 2008, *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Jovene, Napoli 2009; E. ROSSI, *Premessa*, in E. ROSSI e L. GORI (a cura di), *Partiti politici e democrazia. Riflessioni di giovani studiosi sul diritto dei e nei partiti*, Plus, Pisa 2011.

[15] S. BONFIGLIO, *La disciplina giuridica dei partiti e la qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, in *Nomos*, n. 3/2015. Molti, a partire da E. BETTINELLI, *La legge sul finanziamento pubblico dei partiti. Note critiche sui rapporti tra sistema politico e diritto dei partiti*, "Il Politico", 1974, 640, hanno osservato che il legislatore italiano ha fatto il primo passo sostanziale verso una disciplina a diretta ga-

Molto spesso come reazione a ricorrenti fenomeni corruttivi, è comunque in crescita il numero di Paesi che hanno adottato una disciplina per le organizzazioni politiche.

A volte la legge incide sulle autonome scelte dei partiti[16], più spesso stabilisce incentivi ed oneri, senza interferire direttamente sul loro assetto e funzionamento interno (conformemente alle indicazioni, espresse sul punto dalla Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, del Consiglio d'Europa, nelle *Guidelines on Political Party Regulation* del 2010).

Allo stesso tempo, oggi sta riemergendo con forza l'altra delicata questione, ovvero se sia necessario che il legislatore intervenga per disporre forme di controllo sulla compatibilità con i principi costituzionali dei valori proposti e rappresentati dai partiti e dalle altre formazioni politiche. Di fronte ai fenomeni di terrorismo interno ed internazionale, tali orientamenti politici vengono estremizzati e mettono palesemente in discussione il principio pluralista che ha nutrito le democrazie del secondo dopoguerra; è proprio in questa ultima prospettiva, che alcuni auspicano che il legislatore sia animato in futuro da un atteggiamento realista, capace di contestualizzare l'esperienza italiana nel contesto europeo attuale[17].

Riprendendo la sintesi elabora di recente dal servizio studi della Camera dei Deputati (Dossier del 16 marzo 2016), in Europa molti Paesi richiedono come obbligo la personalità giuridica dei partiti (tra questi, l'Austria, il Portogallo, la Spagna e gran parte dei Paesi dell'Europa orientale); mentre in Germania ed in Belgio i partiti possono scegliere se avere o meno personalità giuridica, in Francia i partiti sono definiti quali persone morali di diritto privato e nel Regno Unito sono associazioni senza obbligo di registrazione. Inoltre, nella maggior parte dei Paesi, la legge, in misura più o meno ampia, deter-

---

ranzia del sistema dei partiti, proprio con la prima legge (la n. 195 del 1974) sul loro finanziamento (pubblico), presentata non a caso come attuativa dell'art. 49.

[16] Anche se, come testimoniano i casi tedesco e spagnolo, «la legge di disciplina dei partiti desume la normativa che impone ai partiti dagli statuti degli stessi partiti», A. POGGI,. *È ancora attuale il dibattito sul "metodo" democratico interno ai partiti?*, in *Federalismi.it*, n. 24/2014.

[17] Cfr. A. BURATTI, La *condotta antidemocratica dei partiti politici come "illecito costituzionale"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2003, 875 ss.; F. CLEMENTE, *Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici*, in *Federalismi.it*, n. 6/2015.

mina i requisiti minimi che gli statuti interni devono contenere. In alcuni casi, è poi previsto il vincolo della registrazione per la presentazione di liste alle elezioni (Albania, Lettonia, Lituania, Montenegro, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Ungheria); in altri, la registrazione costituisce un onere per accedere ai benefici economici (Francia, Regno Unito, Svizzera).

È possibile poi accennare a qualche ulteriore elemento di raffronto[18].

In Francia è prevalsa una lettura liberale della funzione costituzionale dei partiti dettata dall'art. 4 della Costituzione (revisionato nel 2008 con un esplicito riferimento al principio pluralista). Si tratta di persone giuridiche largamente sostenute con finanziamento pubblico e non soggette al regime di controllo valido in generale per le associazioni o fondazioni, ma a quello di una apposita Autorità indipendente (formata da magistrati). La più recente legislazione sul finanziamento concesso ai partiti e la connessa normativa sulla trasparenza della vita pubblica hanno prodotto una nuova disposizione che prefigura uno statuto specifico dei partiti destinata a sostituire quella fino ad ora applicata, di carattere generale, valida per tutte le associazioni. Per quel che riguarda la partecipazione alle elezioni, non è richiesto ai partiti politici alcun requisito obbligatorio; gli unici obblighi previsti gravano sui singoli candidati[19].

A caratterizzare la Germania sono innanzitutto l'espresso divieto di fondare partiti antisistema (sul quale vigila il Tribunale Costituzionale federale, in quanto l'art. 21, comma 1, della Legge fondamentale stabilisce che l'ordinamento interno dei partiti debba essere conforme ai principi democratici e richiede che essi rendano conto pubblicamente della provenienza e dell'utilizzo dei loro mezzi finanziari e dei loro beni) e l'esplicitazione della riserva di legge per la loro disciplina. Nella *Gesetz über die politischen Parteien* sono disciplinati – primo caso in Europa – anche i presupposti in base ai quali i partiti partecipano al finanziamento statale, in attuazione del principio della parità di trattamento tra soggetti in competizione. Attenzione particolare è

[18] Si consulti anche il sito dell'Istituto intergovernativo IDEA, http://www.idea.int, dove sono presenti dati aggiornati sui sistemi elettorali e la disciplina dei partiti ed il loro finanziamento in molte parti del mondo; in particolare il *paper* curato nel 2016 da D. R. PICCIO, su *The state of political finance regulations in Wester Europe*.

[19] Cfr. S. CATALANO, *Il finanziamento della politica in Francia*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, Editoriale scientifica, Napoli 2016, 350 ss.

poi destinata alle fondazioni politiche collegate funzionalmente ai partiti, ma indipendenti da un punto di vista formale[20].

L'ordinamento spagnolo ha privilegiato la scelta eteronoma, intervenendo con la *Ley orgánica*, n. 6/2002 (modificata dalla n. 3 del 2015), approvata nel rispetto di un modello costituzionale che – pur rifacendosi in larga parte a quello della legge fondamentale di Bonn del 1949 – ha recepito il solo vincolo interno per i partiti e non il vincolo esterno rispetto ai fini. La fondazione del partito deve essere formalizzata attraverso un accordo pubblico di costituzione e i partiti politici acquisiscono la personalità giuridica con l'iscrizione nel *Registro de Partidos Políticos,* istituito presso il Ministero dell'Interno, previa presentazione dell'atto di fondazione e dei documenti che provano il soddisfacimento dei requisiti previsti dalla legge. I contenuti minimi che devono essere presenti negli statuti sono disciplinati nel dettaglio. In attuazione al principio del pluralismo politico, prescritto dalla Costituzione, la legge stabilisce limiti specifici per la presentazione delle formazioni politiche alle elezioni, così come disciplina il finanziamento, contemperando il necessario intervento pubblico con la previsione di tetti al finanziamento privato (la legge è stata riformata nel 2015)[21].

Nel Regno Unito, le leggi, le fonti statutarie e la prassi non prevedono nessun obbligo per i partiti di dotarsi di personalità giuridica, (nel senso in cui questo istituto è concepito dagli ordinamenti civili continentali), ma ne disciplinano costituzione, attività e finanziamento. Si tratta di organizzazioni prive di *legal personaluty*, regolate dal diritto privato le cui controversie ricadono nella competenza del giudice comune. È prevista, tuttavia, la registrazione non obbligatoria dei partiti politici – introdotta dapprima dal *Registration of Political Parties Act* 1998 e poi compiutamente disciplinata nel quadro del *Political Parties, Elections and Referundums Act* 2000 – che si perfeziona mediante l'apposito procedimento dinanzi alla *Electoral Commission* (autorità indipendente preposta all'applicazione delle norme in materia di elezioni e di finanziamento dei partiti) e l'iscrizione del partito medesimo in un apposito albo pubblico. I vantaggi riguardano la tutela del simbolo depositato e della sua esclusiva utilizzazione sulle schede

[20] Cfr. I. PELLIZZONE, *Il finanziamento della politica in Germania*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, cit., 365 ss.

[21] Cfr. L. CAPPUCCIO, *Il finanziamento della politica in Spagna*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, cit., 387 ss.

elettorali, e la garanzia dell'accesso alle campagne elettorali radiotelevisive. Per potersi registrare, il partito politico deve avere uno statuto che ne stabilisca le finalità, gli organi direttivi e le modalità organizzative e decisionali (*constitution*); esso deve altresì conformare la propria struttura ad alcuni requisiti minimi, tra cui la designazione di un leader, di un tesoriere e di un soggetto responsabile per l'uso della denominazione e dei segni distintivi del partito sulle schede elettorali (*nominating officer*). La registrazione presuppone che il partito si sia dotato di regole di contabilità concernenti la gestione finanziaria e la rendicontazione delle spese elettorali (*financial scheme*). Quanto al finanziamento della politica, il principale apporto deriva dalla contribuzione privata e quello pubblico – sebbene in costante aumento – resta residuale, legato a fondi (*policy development grants*) destinati allo sviluppo di piattaforme politiche da includere nei manifesti elettorali; esistono poi forme di finanziamento erogate a favore della opposizione parlamentare (*Short e Cranborne money*), in proporzione alla forza dei singoli partiti[22]

Novità sono da ultimo intervenute nel diritto dell'Unione europea, che – a partire dalla introduzione della norma sui partiti nel Trattato di Maastricht[23] – ha perseguito l'obiettivo di collegare statuto delle formazioni politiche e loro finanziamento. L'esperienza maturata negli anni ha spinto verso uno specifico *status* giuridico europeo delle formazioni politiche, con l'ambizione di costruire un quadro uniforme e comune[24] che tuttavia, ancora oggi, non ha portato l'Unione a varare

[22] Cfr. F. ROSA, *Il finanziamento della politica nel Regno Unito*, in G. Tarli Barbieri e F. Biondi, *Il finanziamento della politica*, cit., 413 ss.

[23] La sezione 41 del Trattato di Maastricht aggiunse al Trattato di Roma l'articolo 138A: «I partiti politici a livello europeo sono un importante fattore per l'integrazione in seno all'Unione. Essi contribuiscono a formare una coscienza europea e ad esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione». L'articolo 10, comma 4 del Trattato sull'Ue recita: «I partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione». L'articolo 224 del Trattato sul funzionamento dell'Ue recita: «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, determinano lo statuto dei partiti politici a livello europeo di cui all'articolo 10, paragrafo 4 del trattato sull'Unione europea, in particolare le norme relative al loro finanziamento».

[24] Si veda A. CIANCIO, *I partiti politici europei e il processo di democratizzazione dell'Unione,* in *Federalismi.it*, n. 9 del 2009; M.R. ALLEGRI, *I partiti politici a livello europeo fra autonomia politica e dipendenza dai partiti nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 22 del 2013, M. DECARO, C. FASONE, *I partiti politici nell'ordinamento composito europeo*, relazione al VI Colloquio italo-polacco sul tema "Il ruolo dei partiti politici tra Costituzione e pras-

una procedura elettorale uniforme[25], né ad avere un sistema compiuto di soggetti politici popolari europei capaci «di radicarsi nella società e di definire le condizioni preliminari per la costruzione di una sfera pubblica europea» e di fare interagire cittadini europei e rappresentanza politica espressa dalle sue istituzioni[26].

Con non poche difficoltà, la necessità di migliorare il quadro giuridico e finanziario in questo ambito ha poi portato al riformato "Regolamento (Ue, Euratom) n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee". Le norme sono applicabili dal 1 gennaio 2017. La nuova disciplina interviene sullo *status* di questi soggetti attraverso il riconoscimento di una personalità giuridica europea, subordinato all'inserimento in un apposito registro, cui si accompagna il rafforzamento dei controlli sulla democraticità della organizzazione interna dei partiti politici europei.

L'osservanza di una serie di requisiti formali dovrebbe facilitarne la possibilità di operare su tutto il territorio dell'Ue. La personalità giuridica europea si affianca o sostituisce, infatti, le personalità giuridiche nazionali eventualmente preesistenti, consentendo di superare gli ostacoli legati alle diversità degli ordinamenti giuridici nazionali (attualmente i partiti politici europei e le fondazioni, benché ricevano fondi dal bilancio dell'Ue, sono soggetti giuridici nazionali). Siamo in presenza quindi di una base normativa che coinvolge tre ordini di fonti: il regolamento europeo, la legislazione nazionale per tutti gli aspetti non previsti dal regolamento europeo e, per tutto ciò che residua, i rispettivi statuti.

«Potranno registrarsi come partiti politici europei (non più, come recita il regolamento/statuto attualmente in vigore, "partiti politici a livello europeo") quelle alleanze politiche – cioè cooperazioni strutturate fra partiti politici e/o fra cittadini – che non perseguono fini di lu-

---

si", promosso dalle Università di Danzica e di Torun e dalla Luiss "Guido Carli" di Roma (Danzica, 21-23 giugno 2016).

[25] Cfr. P. MARSOCCI, *Solidarietà e coesione nell'attuale Unione europea*, in P. MARSOCCI (a cura di), *Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, 9 ss.

[26] Come osserva condivisibilmente C. DE FIORES, *Brevi considerazioni sulla democrazia rappresentativa in europa*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2014, 3.

cro, che hanno sede in uno degli Stati membri, che osservano nel programma e nell'azione i valori su cui l'Unione europea si fonda (cioè la dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza lo stato di diritto e il rispetto per i diritti umani, inclusi quelli delle minoranze), che hanno partecipato alle elezioni europee o che semplicemente hanno espresso pubblicamente l'intenzione di parteciparvi, che sono rappresentati nel Parlamento europeo o nelle assemblee parlamentari nazionali o regionali in almeno un quarto degli Stati membri (cioè attualmente sette) oppure che hanno ricevuto, in almeno un quarto degli Stati membri, almeno il tre per cento dei voti espressi in ognuno di tali Stati membri in occasione delle ultime elezioni del Parlamento europeo»[27].

La proposta originaria della Commissione risulta sostanzialmente diversa, in punti non secondari, rispetto al testo ora vigente. In particolare, il controllo sulla democraticità (pena la cancellazione dal registro) resta ancorato alla menzione dei valori su cui si fonda l'Unione europea (art. 3 comma 1 lett. c), ma solo con riferimento al programma e all'azione del partito – quindi alla sua proiezione esterna – e non alla sua struttura interna. Ad effettuare i controlli sarà una apposita Autorità indipendente monocratica, dotata di personalità giuridica, coadiuvata da altri soggetti in determinate competenze (quali in particolare la radiazione di un partito dal Registro o il controllo di tipo finanziario).

Il regolamento contiene anche disposizioni che innovano in tema di finanziamento dei partiti politici europei e delle loro fondazioni[28]. Si passa da un sistema di finanziamento basato su sovvenzioni al funzionamento ad uno fondato su un regime di contributi alla spesa: i partiti europei, quindi non saranno più gravati dall'obbligo di presentare un programma di lavoro annuale o bilanci previsionali di funzionamento a giustificazione della richiesta di sovvenzioni, ma dovranno semplicemente giustificare *ex post* le spese sostenute. Per quanto riguarda le erogazioni liberali, invece, è stato previsto il limite massimo di "diciottomila euro annui per donatore". Quanto alla questione della trasparenza, il Parlamento europeo dovrà realizzare un apposito sito

[27] M.R. ALLEGRI, *Il nuovo regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei: una conclusione a effetto ritardato*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2015, 3.

[28] Cfr. G. GRASSO, G. TIBERI, *Il finanziamento dei partiti politici europei*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, cit., 433 ss.

internet attraverso il quale rendere conoscibili nei confronti dei cittadini tutte le informazioni riguardanti i partiti politici europei. L'accessibilità totale delle informazioni dovrebbe potenziare l'*accountability* dei partiti europei.

2. Le precedenti proposte *in* attuazione dell'art. 49 della Costituzione

In Italia, la scelta contenuta nei programmi degli attuali partiti e nelle più recenti proposte legislative va, invece, univocamente nella direzione di approvare una legge che determini un assetto comune della vita interna di tutti i partiti o movimenti politici e che definisca composizione e funzioni di organi chiamati a garantirla in senso democratico[29].

Considerato che il trattamento giuridico dei molteplici fenomeni associativi non deve essere identico, ma che è possibile per il legislatore sottoporre a maggiori limiti e a controlli più incisivi talune categorie di associazioni, nel caso dei partiti politici si parte dunque dalla rinnovata esigenza di interpretare il riferimento al "metodo democratico" contenuto nella norma costituzionale. Ci si chiede, insomma, in che modo oggi quelle parole si possano tradurre in istituti giuridici vigenti; fino a che punto il legislatore si possa spingere nell'imporre obblighi e nel determinare limiti alla loro azione (interna ed esterna), considerato che l'azione politica dei cittadini si esprime esercitando diritti di libertà (non solo quello di associazione, ma anche quelli di manifestazione delle opinioni politiche, di voto, di riunione ecc.).

Stabilire con legge anche solo lo "scheletro" di uno statuto, non è operazione agevole, come dimostra l'esempio, appena richiamato, della disciplina che progressivamente l'Ue tenta di consolidare. Si tratta di determinare, in uno quadro organico, non solo i temi oggetto dell'eventuale disciplina, ma i comuni principi e gli eventuali limiti

[29] Alcuni ritengono che, «anche alla luce delle considerazioni svolte sul piano del diritto comparato, la situazione italiana rischia di essere una vera anomalia, nel senso di una vera e propria "anomia persistente", sul piano europeo ed internazionale», così di recente, G. MELONI, P. GAMBALE, *La regolamentazione dei partiti la loro democrazia interna in Italia*, relazione al VI Colloquio italo-polacco sul tema "Il ruolo dei partiti politici tra Costituzione e prassi", promosso dalle Università di Danzica e di Torun e dalla Luiss "Guido Carli" di Roma (Danzica, 21-23 giugno 2016).

all'attività del partito o movimento, senza trascurare la definizione di soggetti e le funzioni di organi chiamati a tutelarne ogni componente interna.

La disciplina riguarderebbe tutti, anche quelle formazioni che – magari temporaneamente, per scelta o per necessità – non intendessero presentare proprie candidature alle elezioni, pur volendo continuare a svolgere le altre finalità politiche loro attribuite (per es. campagne referendarie, formazione politica e promozione della cultura politica e di alcuni specifici temi ecc.). Se rese obbligatorie, a mio avviso tali scelte potrebbero contribuire a svuotare di senso il fondamentale principio della autonomia (e responsabilità) politica dei partiti, oltre che riproporre il tema sensibile del giusto equilibrio tra questo e l'azione di controllo giurisdizionale[30].

Ad oggi, la normativa non prevede forme di riconoscimento dei partiti da parte dello Stato; essi sono considerati "associazioni non riconosciute", prive di personalità giuridica, alle quali si applica la disciplina generale prevista dal Codice civile per tale categoria[31]. I partiti sono dotati di piena autonomia organizzativa ossia della possibilità di strutturarsi nei modi ritenuti i più rispondenti agli interessi del gruppo (nel limite dell'interpretazione della parte di disposizione costituzionale che cita il "metodo democratico") e potrebbero, dunque, anche scegliere di acquisire la personalità giuridica, laddove questo requisito sia dettato dalla legge come onere per ricevere finanziamenti o rimborsi elettorali. Così anche, liberi sono di stabilire le regole interne per l'ammissione degli iscritti o il loro allontanamento; per la selezione delle candidature alle cariche interne ed alle diverse elezioni; per l'articolazione delle sedi sul territorio; per la gestione delle con-

[30] In generale sulla scarsa giustiziabilità degli articoli 49 e 67 e sui suoi motivi, cfr. G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2016; M. SICLARI, *Appunti sulla giustiziabilità dei diritti politici*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2016. Sulla possibilità di un'ulteriore espansione del controllo giurisdizionale "fino al cuore della vita dei partiti, ovvero alla loro organizzazione interna", cfr. le considerazioni di A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 16 ss.

[31] Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova 1992, 362, «presupposto inderogabile per la spettanza del diritto di associazione non è la individualità fisica della persona, ma la soggettività giuridica. Non però la vera e propria personalità giuridica (che attualmente né i partiti, né i sindacati possiedono) ma quella ridotta soggettività che la unanime giurisprudenza ormai ammette anche per le associazioni non riconosciute»; A. CATELANI, *Partiti politici e garanzie costituzionali*, in *Nomos*, 3/2015.

troversie e la costituzione degli organi di controllo. Altrettanto, i partiti ad oggi sono liberi di avere anche regole estremamente "leggere" e/o poco pubblicizzate dentro e fuori l'organizzazione. Sarebbero comunque nulle eventuali regole interne tese ad escludere o limitare la tutelabilità giudiziaria delle situazioni soggettive degli associati (artt. 2 e 24 Costituzione) e l'accesso alla risarcibilità dell'eventuale danno[32].

Come già accennato, è chiaro che nell'ordinamento giuridico vigente è già possibile rinvenire norme che influiscono in modo rilevante sulle autonome scelte organizzative delle formazioni politiche.

Prima tra tutte, le leggi elettorali, quelle sul finanziamento, quelle sulle campagne elettorali, ma anche gli stessi regolamenti delle Camere (laddove attribuiscono rilievo ai partiti nella organizzazione dei gruppi parlamentari) e i regolamenti dell'Ue che, più di recente, indirizzano verso la costituzione di un sistema europeo dei partiti e delle fondazioni politiche ad essi collegate[33]. Vanno, inoltre, ricordati gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con le garanzie offerte dalla giurisprudenza della Corte EDU, ed i documenti approvati dalla Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia) in tema di disciplina dei partiti politici e designazione delle candidature. Questi ultimi, ad oggi, assicurano uno spazio all'autonomia organizzativa interna ai partiti molto ampio, «pur con i richiamati limiti della rappresentatività, trasparenza e responsabilità, con ciò rendendo impervio il percorso di una eventuale conte-

[32] La giurisprudenza di merito sta tutelando in modo sempre più incisivo gli iscritti ai partiti, in accordo con l'interpretazione del vincolo associativo fatto valere dalla dottrina giusprivatistica, cfr. da ultimo l'ordinanza delle Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione 18 maggio 2015, n. 10094, dove – in particolare sulla risarcibilità del danno – si legge che «la natura di associazione di diritto privato del partito politico non è tuttavia elemento dirimente al fine di escludere la giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale a fronte dell'addebito mosso al tesoriere del partito di avere distratto a fini privatistici fondi erogati al partito stesso quali rimborsi delle spese elettorali», punto 3.1 del "Considerato in diritto".

[33] Si vedano G. Grassi. G. TIBERI, *Il finanziamento dei partiti politici europei*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, cit., 433, ss.; M.R, ALLEGRI, *I partiti politici europei fra autonomia politica e dipendenza dai partiti nazionali*, in G. LEVI e F. SOZZI (a cura di), *Unione politica in progress. Partiti e gruppi parlamentari europei (1953-2014)*, Padova, Cedam, 2015.

stazione per via giudiziaria da parte degli iscritti al partito in merito a decisioni assunte dagli organi statutari»[34].

In riferimento alle legislature precedenti all'attuale (la XVII)[35], si ricorda la proposta di legge presentata al Senato nel 2006 da due costituzionalisti, Massimo Villone e Cesare Salvi, poi abbinata ad altre, discusse ma mai approvate. Prendendo a spunto il modello tedesco, il testo intendeva "valorizzare" la prima parte dell'art. 49, ossia la concezione del partito come frutto della libertà di associazione del singolo ad un gruppo politico. Si proponevano regole giudicate dagli stessi estensori "leggere" e aperte a opzioni diverse, a seconda delle scelte dei partiti (ad esempio per quanto riguarda le primarie). La premessa era però la modifica della loro natura giuridica: non più associazioni di fatto, ma associazioni giuridiche soggette alla disciplina civilistica di riferimento. Per poter accedere all'uso di risorse pubbliche, il partito avrebbe avuto l'onere di dotarsi di uno statuto finalizzato soprattutto a tutelare gli iscritti. Nel contenuto dello statuto comparivano: l'iscrizione degli associati ad una apposita anagrafe; la possibilità di rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria anche per attivare la sanzione della revoca, totale o parziale, del finanziamento pubblico, nel caso di violazione delle regole attuative del "metodo democratico"; alcuni istituti di democrazia diretta degli iscritti, quali il *recall* degli organi esecutivi (ossia la possibilità di far decadere e contestualmente sostituire gli organi esecutivi monocratici o collegiali attraverso il voto degli iscritti) e il *referendum* (necessario per il cambio del nome e del simbolo). Inoltre, il testo individuava nell'Assemblea generale di tutti gli iscritti – alla quale sarebbe stato possibile partecipare anche con voti espressi per via telematica – l'organo rappresentativo del partito e definiva altri organi esecutivi, comunque collegati agli iscritti, insieme ad organi di garanzia anche a tutela delle minoranze interne.

Nella XVI legislatura erano state depositate diverse proposte di iniziativa parlamentare in tema di "attuazione" dell'art. 49 Cost., al fine

[34] D. GIROTTO, *Organizzazione e democrazia interna nei partiti politici secondo la Corte di Strasburgo*, in *LaCostituzione.info* (21 febbraio 2017, 3.

[35] Sulle diverse proposte presentate nella XIII legislatura per disciplinare unitamente l'ordinamento interno dei partiti e le forme del loro finanziamento, cfr. C. PINELLI, *Il punto su disciplina e finanziamento dei partiti*, in *Diritto pubblico*, 2000, 154-157. Dello stesso autore, la ricostruzione del dibattito sulla costituzionalizzazione dei partiti politici e sul metodo democratico nel periodo post Weimar, *Discipline e controlli sulla "democrazia interna" dei partiti*, Cedam, Padova 1984.

di intervenire essenzialmente sempre sul riconoscimento giuridico e sulla regolamentazione della attività e del funzionamento dei partiti[36]. Tutte accumunate dall'esigenza di "definire" il partito politico, i testi offrivano soluzioni pratiche affatto univoche. In tutte, poi, compariva la previsione dell'obbligo di adottare uno statuto, ma con soluzioni nel merito anche molto differenziate, a partire proprio dagli ulteriori vincoli all'autonomia normativa (procedure e maggioranze, forme di pubblicità e pubblicazione degli atti). Non sempre, in particolare, si prevedeva l'attribuzione di personalità giuridica, che, come si è detto, nel panorama europeo è dato acquisito almeno come onere per accedere al finanziamento pubblico. Alcune proposte recavano anche disposizioni in materia di finanziamento e, in un caso, prevedevano come unico contenuto l'istituzione di fondazioni politico-culturali.

Dall'iter di queste proposte di legge – unificate nel 2012 con l'adozione di un testo base proposto dal relatore Maurizio Turco ("Attuazione dell'art. 49 Cost. in materia di partiti politici", A.C. 244 e abb.) – era stato successivamente distinto un testo in materia di controllo e trasparenza dei bilanci dei partiti e dei contributi pubblici, poi approvato ed entrato in vigore con la legge 6 luglio 2012, n. 96, "Norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici, nonché misure per garantire la trasparenza e i controlli dei rendiconti dei medesimi. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle leggi concernenti il finanziamento dei partiti e dei movimenti politici e per l'armonizzazione del regime relativo alle detrazioni fiscali".

Anche sulla spinta dell'impatto sull'opinione pubblica determinato dai provvedimenti del Governo Monti in tema di riduzione della spesa pubblica e suo controllo, con l'approvazione della legge n. 96 del 2012, per la prima volta l'ordinamento considera l'esistenza dello Statuti e dell'atto costitutivo (vincolati nei contenuti a una generica conformità ai principi di democrazia interna) quale *onere* per accedere ai contributi[37]. La contribuzione pubblica sarebbe valsa come incentivo o

[36] Cfr. G. MAESTRI, "*Con metodo democratico": i progetti di legge per attuare l'articolo 49 della Costituzione nella XVI legislatura*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4/2012, 857 ss.

[37] Si legge all'art. 5: «L'atto costitutivo e lo statuto sono redatti nella forma dell'atto pubblico e indicano in ogni caso l'organo competente ad approvare il rendiconto di esercizio e l'organo responsabile per la gestione economico-finanziaria. Lo statuto deve essere conformato a principi democratici nella vita interna, con particolare riguardo alla scelta dei candidati, al rispetto delle minoranze e ai diritti degli iscritti».

disincentivo rispetto alle scelte di organizzazione ed alle attività delle forze politiche che, partecipando alle competizioni elettorali, avessero avuto un minimo riscontro di consenso.

3. XVII legislatura: la proposta di legge approvata dalla Camera dei deputati

Attualmente è all'esame del Senato il testo del disegno di legge approvato (a seguito della unificazione di diverse proposte) dalla Camera dei Deputati l'8 giugno 2016 sulla "Disciplina dei partiti politici. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica" (A.S. 2439).

L'art. 1 individua i destinatari della legge: non solo i partiti, ma anche i movimenti e i gruppi politici organizzati. La stessa disposizione chiarisce la finalità generale della legge, ossia quella di «favorire la più ampia partecipazione dei cittadini alla vita politica», e individua gli obiettivi da realizzare per perseguirla nella «promozione della trasparenza della loro attività» e nel «rafforzamento dei loro requisiti di democraticità».

Nell'art. 2, compiendo un passo avanti rispetto alle prime formulazioni proposte[38], si contribuisce all'interpretazione dell'art. 49 della Costituzione, disponendo che l'espressione della libertà di associazione a fini politici, garantita a tutti i cittadini, sia utile a concorrere «alla formazione dell'indirizzo politico, all'elaborazione di programmi per il governo nazionale e locale, alla selezione e al sostegno di candidati alle elezioni per le cariche pubbliche, nel rispetto del principio della parità di genere». Tutto in conformità dell'intera Costituzione e dei principi fondamentali dell'ordinamento democratico.

Il legislatore sembra, dunque, voler accogliere la tesi che le formazioni politiche tendenzialmente stabili ed organizzate abbiano la "funzione" di inverare tali principi, interpretandoli nell'attualità dell'ordinamento costituzionale, soprattutto attraverso le competenze che hanno l'impatto più forte ed immediato sul funzionamento delle

[38] Nonché alla legge n. 13/2014 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, recante abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore" che all'art. 2, comma 1, si è limitata a riprendere la formula della disposizione costituzionale.

istituzioni pubbliche: le candidature alle elezioni e la predisposizione dei programmi.

Nel testo non sembra esplicitata, tuttavia, l'altra funzione che caratterizza il modello costituzionale italiano di partito, di cui ho detto nel primo paragrafo: quella di promuovere la personalità dei singoli attraverso l'attivismo politico. I partiti dovrebbero essere il luogo – non esclusivo, ma privilegiato[39] – dove le persone possono proporre alla libera discussione temi di interesse generale, formare e formarsi al metodo del confronto di idee, rappresentare i conflitti presenti nella società[40], orientare verso determinate posizioni la propria parte politica e cercare di allargare il consenso all'esterno con ogni mezzo di comunicazione idoneo, promuovere il dialogo ai diversi livelli territoriali attivando reti politiche di riferimento, stimolare ogni istituzione all'adozione di soluzioni di piena attuazione dell'ordinamento giuridico vigente.

Questo modello di partito o di formazione politica è necessario oggi più che mai.

«Concorre» (essere ciascun cittadino parte insieme ad altri) a «determinare» (produrre effetti su) la «politica nazionale» (nell'accezione più ampia possibile[41]), come prescrive l'art. 49.

---

[39] In linea con il pensiero di C. MORTATI, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, s. 1, 1949, ora anche in *Nomos*, n. 2/2015.

[40] G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010; con riferimento alle scelte elettorali, ribadisce recentemente M. LUCIANI, *A lezione di storia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 1 s., che «I sistemi sociali occidentali sono attraversati da linee di tensione fortissime, che talora seguono i vecchi e tradizionali solchi di frattura (capitale/lavoro; centro/periferia; religione/secolarizzazione, etc.), talaltra ne tracciano di nuovi o nuovamente strutturati (penso a giovani/vecchi oppure a stabilità/precarietà). Sistemi così articolati e conflittuali hanno bisogno di una qualche riduzione della loro complessità, certo, ma non si governano con la sola semplificazione. E il disagio deve essere in qualche modo rappresentato, altrimenti trova pericolosi canali extraistituzionali di manifestazione».

[41] Ricorda M. LUCIANI, *I partiti, la politica nazionale, il sistema elettorale*, intervento al *Seminario Astrid* su *I partiti nel nuovo sistema italiano: forme della democrazia o strumenti del leader?* (Roma, 30 gennaio 2008), disponibile in **http://www.astrid-online.it**, che «La Costituzione distingue molto chiaramente la determinazione della politica nazionale, che è prevista dall'articolo 49, dalla direzione della politica generale del Governo…se non cogliamo questa differenza e non identifichiamo la distanza profonda che separa un monopolio o un oligopolio dei partiti nella determinazione della politica nazionale e una eventuale estensione di questa posizione al dominio della politica generale del Governo, non comprendiamo lo schema costituzionale».

Nel secondo comma dell'art. 2, certamente, si fa un passo avanti verso questa direzione, sancendo il «diritto di tutti gli iscritti [a] partecipare, senza discriminazioni, alla determinazione delle scelte politiche che impegnano il partito». Se l'organizzazione ed il funzionamento dei partiti, movimenti e gruppi politici saranno improntati al principio della trasparenza ed al metodo democratico, questo diritto sarà garantito nel suo esercizio. La legge che si propone, dunque, indica alcune soluzioni per realizzare questo obiettivo, non escludendo – anzi indicando – che tale impegno sia perseguibile anche con il sistema di disciplina interna (statuti, regolamenti, codici etici)[42].

Nel DDL in esame è ribadita la scelta che i partiti siano associazioni non riconosciute, dunque disciplinate dal codice civile. È utile ricordare che, riguardo all'atto associativo, l'articolo 36 del codice civile prevede che «l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute come persone giuridiche sono regolati dagli accordi degli associati»; la disposizione non prefigura una determinata struttura e non stabilisce forme, condizioni o limiti particolari all'autonomia degli associati. Unica eccezione, l'indicazione dello scopo (in riferimento l'art. 18 Cost. che impone il limite dei fini che siano «vietati ai singoli dalla legge penale» e che proibisce «le associazioni segrete e quelle a carattere militare che perseguano, anche se indirettamente, scopi politici». Circa i contenuti della regolazione interna, dunque, l'autonomia è molto ampia, come anche confermato dalla giurisprudenza più recente. In particolare, in tali enti non può mancare, anche se non espressamente citato nell'atto costitutivo, «un organo deliberante (assemblea) formato di tutti i membri o associati» (Corte Cassazione, sent. del 3.11.1981, n. 5791), le cui deliberazioni sono impugnabili (art. 23 cc.) su istanza degli organi dell'associazione o di qualunque associato, iscritto o aderente.

Credo sia importante, allora, partire dall'assunto che la specifica forma organizzativa di un partito o altra formazione politica è, insieme alla indicazione dai suoi ideali di riferimento e dalle sue proposte di azione politica, il DNA di questi soggetti. Solo conoscendolo una persona potrà sentirsi politicamente "a casa" e solo apprezzandolo in comparazione con gli altri, potrà decidere il proprio livello di coinvol-

[42] Nel testo si legge infatti che l'osservanza del principio della trasparenza e del metodo democratico, «ai sensi dell'articolo 49 della Costituzione, è assicurata *anche* attraverso il rispetto delle disposizioni della presente legge».

gimento attivo in queste organizzazioni. Regole tanto delicate quali quelle relative a inclusione ed espulsione dei associati; denominazione, simboli e sedi; organi interni, loro funzioni e poteri; selezione delle candidature interne e esterne; patrimonio e fonti di finanziamento; utilizzo dei mezzi di comunicazione ecc. devono essere rimesse agli associati stessi proprio perché esse costituiscono l'identità del partito o movimento stesso e, al contempo, permettono di distinguerlo dagli altri.

A mio parere, non andrebbe dunque nel senso di potenziare la democrazia la scelta del legislatore di imporre l'obbligo di dotarsi di uno statuto già sostanzialmente precompilato in tutte le sue parti e di prescriverlo come precondizione per poter partecipare alle elezioni. Ci troveremmo semplicemente di fronte a partiti fotocopia ed avremmo eliminato uno degli elementi utili proprio per il controllo democratico da parte degli iscritti e degli elettori sull'organizzazione interna dei partiti e sul suo metodo. Tale idea, inizialmente presente in alcune PDL, non compare peraltro nel testo approvato dalla Camera[43]. Del resto, credo sia utile sottolineare che l'elettore o l'attivista politico potrebbero compiere con maggiore consapevolezza la scelta di preferire quel determinato partito, proprio perché sanno che si sottopone ad oneri aggiuntivi, pur di favorire ad ampliare il livello della sua interazione con il tessuto sociale.

Se quindi la legge sarà varata nel testo attuale del DDL non si opterà per una rottura definitiva del paradigma civilistico, mentre si effettueranno delle scelte riguardo ad ampiezza e tipologia dei contenuti, ossia del *quantum* della regolamentazione eteronoma.

Concludendo sul punto, se l'acquisizione della personalità giuridica sarà mantenuta come *onere*, occorrerà comunque motivare e calibrare con attenzione le misure introdotte; per non incorrere in violazioni del principio di uguaglianza, le disposizioni dovranno essere ragionevoli e non discriminatorie o tali da limitare di fatto la possibilità che altri soggetti politici concorrano a determinare la politica generale, pur continuando a non volere effettuare la registrazione. In questa direzione appaiono adeguati, tra gli altri, gli incentivi connessi alla ripartizione di eventuali risorse pubbliche o all' "affievolimento" di alcuni ob-

[43] Si ricorda che la I Commissione Affari costituzionali della Camera ha svolto nel marzo 2016 un'apposita indagine conoscitiva sull'esame delle proposte di legge recanti disposizioni di attuazione dell'articolo 49 della Costituzione.

blighi, come ad esempio quello già ricordato relativo al numero di sottoscrizioni per presentazioni liste o quelli utili ad ottenere benefici ulteriori, come l'uso di spazi per archivi storici, luoghi riunioni a prezzi calmierati, formazione politica giovanile, ecc…

3.1. La registrazione dei partiti e delle altre formazioni politiche come onere oppure come obbligo

Come si è accennato, altri ordinamenti nazionali prevedono l'obbligatorietà dell'acquisizione della personalità giuridica dei partiti, con alcune conseguenze: una maggiore tutela giuridica degli associati; una maggiore chiarezza sul patrimonio (autonomia patrimoniale perfetta); più trasparenza e pubblicità della storia della associazione e della sua identità (anche simbolico-visiva). Tutti elementi che in democrazia sono essenziali, ma che un partito o movimento politico può (anzi dove) perseguire efficacemente anche spontaneamente, facendosi direttamente parte attiva per la realizzazione dei principi dettati dalla stessa Costituzione. Con o senza registrazione obbligatoria, la funzione dei partiti rimane quella dettata dalla Carta, distinta e più onerosa rispetto a quella delle altre associazioni[44].

Tra le due possibili opzioni, obbligo oppure come onere, con la legge n. 96 del 2012 (art. 5) in Italia è prevalsa la scelta del riconoscimento della personalità giuridica delle associazioni politiche come *onere*, a fronte di alcuni incentivi specifici. Nel caso in cui un partito o movimento voglia accedere a rimborsi elettorali e contributi pubblici tale legge prescriveva il deposito di uno statuto, redatto nella forma di atto pubblico, rispettoso dei «principi democratici nella vita interna,

[44] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il metodo di Mortati*, in *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese,* ESI, Napoli 1989, 55, sottolinea a questo riguardo che nel pensiero di Costantino Mortati «la Costituzione e il diritto costituzionale rappresentano una conquista storicamente realizzata da certe forze e insidiata da altre», la cui messa in sicurezza, perciò, ha bisogno del costante impegno da parte di tutti gli attori sociali che si riconoscono nel suo nucleo "materiale", espresso nei primi cinque articoli della Carta. Nella direzione di esplicitare ulteriormente la funzione costituzionale dei partiti, da molto tempo si dibatte della possibilità di riformulare l'art. 49, a partire dalla proposta della prima Commissione bicamerale per le riforme, quella presieduta dall'on. Aldo Bozzi (1983-1985), per l'introduzione di un secondo comma dedicato proprio al finanziamento pubblico che avrebbe così recitato: «La legge disciplina il finanziamento dei partiti, con riguardo alle loro organizzazioni centrali e periferiche, e prevede le forme e le procedure atte ad assicurare la trasparenza e il pubblico controllo del loro stato patrimoniale e delle loro fonti di finanziamento».

con particolare riguardo alla scelta dei candidati, al rispetto delle minoranze e ai diritti degli iscritti».

Con il decreto legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 13, è intervenuta la prescrizione dettagliata dei contenuti necessari degli statuti (art. 3), ma è mutato il regime dei finanziamenti[45]. Questi sono diventati privati nel senso, è meglio evidenziare, che sono sempre a carico dello stato, ma nella forma di contribuzione indiretta, ossia realizzata tramite sgravi fiscali e destinazione volontaria da parte dei contribuenti del 2 per mille dell'Irpef[46]. Rispetto alla legge n. 96 del 2012 il DL n. 149 mantiene poi, seppure con ampie modifiche, la parte relativa alla trasparenza e ai controlli dei bilanci, come pure il vincolo tra democrazia interna e concessione dei benefici.

Si tratta della denominazione e della descrizione del simbolo, quali elementi che valgono a identificare ed a distinguere il partito dagli altri; di tutto ciò che concerne gli organi deliberativi, esecutivi, di gestione finanziaria[47], di controllo e garanzia (esistenza, funzionamento, durata ecc.); dei diritti e dei doveri degli iscritti, con particolare riguardo alla tutela delle minoranze e alla parità tra sessi; delle relazioni (anche patrimoniali) tra centro ed eventuali articolazioni territoriali; delle misure disciplinari interne e delle garanzie previste per le relative procedure; delle modalità di selezione delle candidature per le elezioni nelle assemblee rappresentative; delle procedure per modificare

[45] La disciplina prevede che il nuovo sistema di finanziamento andrà a pieno regime a partire dal 2018. Hanno evidenziato come paradosso che in Italia si sia abolito il finanziamento pubblico, proprio mentre si introducevano oneri più stringenti di regolazione interna dei partiti, mentre nel resto d'Europa è proprio il finanziamento pubblico a costituire la contropartita dell'intervento del legislatore nell'autonomia delle associazioni politiche, F. DI MASCIO, D. R. PICCIO, *La regolazione dei partiti*, in ***Rivista trimestrale di diritto pubblico***, n. 2/2015, 383.

[46] La disciplina oggi in vigore supera la parziale riforma del sistema di contribuzione pubblica disposta dalla legge n. 96 del 2012. Non più un sistema di rimborsi elettorali è affiancato al cofinanziamento dello Stato, proporzionato alle capacità di autofinanziamento dei partiti, ma forme di contribuzione alternative che potenziano un istituto già previsto dall'ordinamento (la detrazione fiscale dei finanziamenti privati) e inseriscono un meccanismo (quello del 2 per mille) sperimentato per un breve periodo nel 1997 (L. 2/1997 e, in gran parte, abrogato dalla L. 157/1999).

[47] Sull'analisi economica del bilancio dei partiti, cfr. U. COMITE, Un *approccio manageriale alla gestione dei partiti politici*, Franco Angeli, Roma 2016, 165 ss.

lo statuto; delle regole sulla trasparenza e dei suoi limiti in funzione di garanzia degli iscritti[48].

Se il DDL in esame diventerà legge, saranno introdotte delle modifiche per meglio specificare la posizione giuridica degli iscritti. Lo statuto dovrà contenere «le forme e le modalità di iscrizione; i diritti e i doveri degli iscritti e i relativi organi di garanzia; le modalità di partecipazione degli iscritti alle fasi di formazione della proposta politica del partito, compresa la selezione dei candidati alle elezioni, nonché le regole per l'istituzione e per l'accesso all'anagrafe degli iscritti, consultabile da ogni iscritto nel rispetto della normativa vigente in materia di protezione dei dati personali». Così anche dovrà specificare «i criteri di ripartizione delle risorse tra gli organi centrali e le eventuali articolazioni territoriali».

Ad un altro punto del dibattito in corso in Parlamento è interessante, inoltre, porre attenzione. In alcune delle proposte di legge che hanno dato origine al testo unificato si prevedevano ipotesi a lungo discusse anche in passato (a partire dalle proposte formulate da C. Mortati prima e dopo l'Assemblea costituente[49]), quali quella di impedire la partecipazione alle elezioni alle formazioni prive di un'organizzazione molto articolata e stabile nel tempo, ossia sostanzialmente partitica.

In democrazia non può essere vietata la presentazione di liste elettorali in ragione del fatto che esse non siano connesse a "partiti" o perché non siano radicate sull'intero territorio nazionale o, ancora, perché non siano provviste di un sostanzioso budget finanziario di partenza. Nessuna formazione politica o movimento che ha dato corpo alla democrazia costituzionale del '900 sarebbero mai potuti nascere, crescere e connotare le nostre esperienze nazionali. È legittimo che una forza politica nasca e cresca – se ci riesce, anche in occasione elettorale –, anche se è assolutamente auspicabile che esistano e siano ben radicate parti politiche con principi, storia e visioni politiche or-

[48] Anche i partiti non iscritti al *"Registro* nazionale dei *partiti politici" che rispondano ai requisiti previsti dalla legge possono essere destinatari di forme di finanziamento pubblico indiretto. Sul Registro e in generale sulle competenze della "*Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici", cfr. F. BIONDI, *Finanziamento pubblico e regolazione giuridica dei partiti dopo il decreto legge n. 149 del 2013*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, cit., 55 ss..

[49] Sulle quali cfr. di recente G. MAESTRI, *I partiti come presentatori di liste elettorali: un interessante ritorno al "primo" Mortati*, in *Nomos*, n. 3/2015, 52 ss.

ganizzate e peculiari. Un ordinamento democratico pluralista deve semmai introdurre le leve per realizzare soprattutto questo secondo obiettivo, ma non può escludere a priori che di fatto non sia così. In questa direzione, altre soluzioni prospettate da quelle stesse proposte di legge apparivano invece auspicabili; tra queste, la previsione di forti semplificazioni o esenzioni dall'obbligo di sottoscrizione delle candidature per quelle formazioni politiche in grado di dimostrare di aver dato garanzie di stabilità nel tempo.

Per partecipare alle competizioni elettorali, le norme attualmente vigenti (l. n. 52 del 2015) impongono il deposito del contrassegno e, nel caso di forze politiche che intendano usufruire del finanziamento pubblico in base alla nuova legge (n. 13 del 2014), anche dello statuto. Ciò è possibile anche per quelle associazioni politiche che *non* si dichiarino "partiti" o che – pur avendo uno statuto e dovendolo depositare – non siano registrate. Il DDL in esame andrebbe ad integrare tale disposizione, con la previsione che (pena ricusazione della lista) partiti o gruppi organizzati in mancanza di statuto, debbano presentare «una dichiarazione, con la sottoscrizione del legale rappresentante autenticata dal notaio, che indica i seguenti elementi minimi di trasparenza: 1) il legale rappresentante del partito o del gruppo politico organizzato, il soggetto che ha la titolarità del contrassegno depositato e la sede legale nel territorio dello Stato; 2) gli organi del partito o del gruppo politico organizzato, la loro composizione nonché le relative attribuzioni; 3) le modalità di selezione dei candidati per la presentazione delle liste».

Tanto più sarebbe stato discutibile introdurre (come invece si leggeva in alcune delle proposte iniziali), accanto all'onere della registrazione, l'obbligo di presentare candidati in tutte le tipologie di competizione elettorale[50]. Il risultato sarebbe stato avallare la concezione, a mio avviso incostituzionale, in base alla quale un partito o è "nazionale" e/o "europeo", o non è un partito. Mi limito, in questo senso, a ricordare che in Italia la mancata rielezione di rappresentati di liste elettorali (a destra come a sinistra) di partiti – evidentemente minoritari dal punto di vista delle percentuali di consensi – è stata nel passato sostanzialmente determinata dal modello elettorale vigente (oltre che da

[50] Così anche C. PINELLI, *Osservazioni in merito ai progetti di legge sull'attuazione dell'art. 49 Cost. in materia di disciplina dei partiti politici (AC 3004, 3147, 3438, 3494 e 3610)*.

accordi politici tra le forze maggioritarie dei due schieramenti), in ragione delle numerose e variamente articolate soglie di sbarramento. Quegli stessi partiti, come anche alcune altre formazioni neonate, esclusi dalla competizione nazionale, hanno avuto comunque successivamente rappresentanza nelle assemblee elettive regionali e locali. Promuovere politica in questi contesti non significa essere indifferente rispetto alla "politica nazionale" e soprattutto non coltivare il progetto politico di rientrare in futuro in quel livello di rappresentanza.

3.2. Trasparenza delle elezioni e trasparenza interna della vita dei partiti e delle altre formazioni politiche. Ulteriori obblighi per la gestione finanziaria

Come sopra accennato, premesso che è di dubbia costituzionalità qualsiasi limitazione che non sia strettamente connessa all'efficacia delle procedure elettorali pubbliche in termini di razionalità, trasparenza, non discriminazione, garanzie di pluralismo, il legislatore può trattare in modo differente l'attività dei partiti (rispetto a quella di altre associazioni) in queste che sono le occasioni in cui il loro rilievo "istituzionale" è evidente.

Il testo del DDL introduce disposizioni – che, se disattese, comporterebbero sanzioni economiche – volte ad assicurare la trasparenza in occasione del voto (anche se la rubrica dell'art. 3, fa riferimento solo alle elezioni della Camera dei deputati) e disposizioni per la trasparenza degli organi, delle regole interne e delle modalità di selezione delle candidature (art. 5). In una disposizione ulteriore (art. 6) si disciplina la trasparenza dei finanziamenti, contributi, beni o servizi, come elemento della gestione interna del partito che però ha una grande rilevanza nel sistema dei partiti in competizione elettorale e nella prevenzione della corruzione che è da tempo un fenomeno pervasivo dell'intera sfera pubblica.

Quanto al primo profilo, si propone di dedicare un'apposita sezione del sito internet del Ministero dell'interno, denominata "Elezioni trasparenti", per pubblicare: il contrassegno depositato da ciascun partito o gruppo politico organizzato; lo statuto ovvero la dichiarazione di trasparenza; il programma elettorale e il soggetto indicato come capo della forza politica; le liste di candidati presentate per ciascun collegio.

Quanto al profilo della trasparenza interna, analogamente, in un'apposita sezione del sito internet di ciascun partito politico, denominata "Trasparenza", dovranno essere pubblicati: lo statuto e il rendiconto di esercizio nonché tutti gli altri dati richiesti dall'art. 5, comma 2, DL 149/2013. Se si tratta di partiti, movimenti e gruppi politici organizzati che abbiano scelto di non usufruire delle forme di finanziamento e dunque non siano iscritti nel registro dei partiti politici, in questa stessa sezione dovranno comparire: le procedure richieste per l'approvazione degli atti che impegnano il partito, movimento o gruppo politico organizzato; il numero, la composizione e le attribuzioni degli organi deliberativi, esecutivi e di controllo, le modalità della loro elezione e la durata dei relativi incarichi; le modalità di selezione delle candidature nonché l'organo comunque investito della rappresentanza legale. È inoltre pubblicata l'indicazione del soggetto titolare del simbolo del partito, movimento o gruppo politico organizzato; se il soggetto titolare del simbolo è diverso dal partito, movimento o gruppo politico organizzato, sono pubblicati anche i documenti che lo abilitano.

Quanto al profilo della trasparenza dei mezzi economici e finanziari a diposizione dei partiti, è bene premettere che – come si è detto – dal 2013 il finanziamento pubblico è stato abolito e sostituito da forme di finanziamento privato (*rectius*, pubblico indiretto)[51]. Pertanto, sempre nel proprio sito internet, dovranno comparire le liste dei beni mobili ed immobili e degli strumenti finanziari; la lista delle erogazioni al partito o ai candidati, elargite in qualsiasi forma (compresa la messa a disposizione di servizi, di finanziamenti o di contributi) di importo annuo pari o superiore ad euro 5.000. Tali informazioni saranno depositate presso o trasmesse alla Commissione per la garanzia dei partiti politici, che dovrà metterle a disposizione di tutti i cittadini che ne facciano richiesta. Entro il 15 luglio di ogni anno, i rappresentanti legali o i tesorieri dei partiti, movimenti e gruppi politici organizzati dovranno trasmettere alla Commissione per la garanzia dei partiti politici la dichiarazione di avvenuta pubblicazione sui propri siti Internet di tutte le erogazioni percepite nell'anno precedente.

[51] Ne consegue una nuova (problematica) giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, cfr. R. DE NICTOLIS, *La giurisdizione esclusiva sul finanziamento dei partiti politici: un nuovo guazzabuglio normativo*, in *Federalismi.it*, n. 6 del 2014.

Infine, nel testo sono citate le fondazioni o associazioni legate a partiti o movimenti politici: le relazioni tra questo soggetti dovranno conformarsi ai principi di trasparenza, autonomia finanziaria e separazione contabile[52]. Sempre riguardo alla trasparenza dei bilanci, il testo unificato (art. 8) modifica l'obbligo (vigente ai sensi dell'art. 9 della legge 96 del 2012) di avvalersi di una società di revisione dei bilanci iscritta nell'albo applicandolo ai partiti e ai movimenti politici, ivi incluse le liste di candidati che non siano diretta espressione degli stessi, che abbiano almeno un rappresentante eletto alla Camera dei deputati, al Senato della Repubblica o al Parlamento europeo. Ampliate, poi, le sanzioni amministrative pecuniarie già previste al DL 149/2013, che si applicherebbero sia ai partiti che beneficiano delle contribuzioni previste nelle nuove norme sia ai partiti che non accedono alla destinazione del 2 per mille.

Il DDL (art. 7) innoverebbe poi anche le norme che riguardano la possibilità consentita agli enti territoriali (anche in convenzioni con istituzioni pubbliche e private) di agevolare da un punto di vista economico l'attività delle organizzazioni politiche, previa adozione di appositi regolamenti. Si tratta, in questo caso, di un ulteriore stimolo alla scelta della iscrizione al registro dei partiti. Solo i soggetti iscritti, infatti, potrebbero ricevere vantaggi riguardanti la fornitura di beni o servizi e la stipula di convenzioni per la messa a disposizione di locali (la cui manutenzione ricadrebbe però sui beneficiari) per lo svolgimento di riunioni, assemblee, convegni o altre iniziative finalizzate allo svolgimento dell'attività politica. Se passasse questa disposizione, sarebbe abrogata quella analoga (art. 8 della legge 96 del 2012), in particolare non comparirebbe più – opportunamente – l'esplicito riferimento alle scuole come sedi possibili da mettere a disposizione a questi fini.

[52] Ad oggi le fondazioni restano sottratte all'ambito di applicazione della legge n. 13 del 2014, salvo nel caso in cui finanzino i partiti per più del 10% dei propri proventi di esercizio. Cfr. C. MARTINELLI, G.E. VIGEVANI, *Il finanziamento delle associazioni e delle fondazioni politiche*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, cit., 203 ss.

4. La selezione delle classi dirigenti politiche. Il caso delle "primarie" tra la rinuncia (temporanea?) a disciplinarle per legge e la loro effettiva introduzione negli statuti dei partiti

Come ribadito dalla dottrina recentemente, in Europa il caso italiano è caratterizzato dalla difficoltà di varare una disciplina che interpreti la posizione costituzionale dei partiti, tenendo insieme coerentemente la loro regolazione giuridica e il sistema dei finanziamenti[53]. Considerato, poi, che il testo unificato interviene su un settore che ha formato oggetto, anche in tempi recenti, di una significativa stratificazione normativa, analizzando il DDL e il suo *iter* in Parlamento, si nota infine che si è rinunciato a trattare alcune questioni, invece presenti in alcune delle proposte poi confluite in quella unificata.

Si tratta, in particolare, della possibilità di delegare il Governo all'elaborazione di un testo unico di natura ricognitiva in materia di disciplina, contribuzione e trasparenza dei partiti, movimenti e gruppi politici. Nessun riferimento è stato introdotto, poi, sul tema dei finanziamenti privati[54] e sul nodo delle incompatibilità tra cariche pubbliche e di partito.

Un'altra questione, sulla quale sembra opportuno in questo lavoro soffermare l'attenzione, è quella della disciplina delle modalità di selezione delle candidature[55].

Come accennato in apertura, ci sono ragioni costituzionali per ritenere utile che l'ordinamento giuridico affidi soprattutto ai partiti la possibilità di selezionare le persone che andranno a ricoprire cariche politiche e incarichi istituzionali. Si tratta del principale tramite perché le istanze politiche di singoli e gruppi sociali riescano a tradursi in decisioni pubbliche vincolanti. Il legislatore che si appresti ad indirizzare il sistema politico-partitico e più in generale la rappresentanza politica

---

[53] Cfr. F. BIONDI, *Il finanziamento dei partiti politici italiani: dall'introduzione del finanziamento alla sua "abolizione"*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, cit., 13.

[54] Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Il finanziamento privato ai partiti nel decreto legge n. 149 del 2013: limiti e garanzie di trasparenza*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, cit. 128 ss.

[55] Le proposte di legge C. 3494 Zampa e 3610 D'Alia recavano una delega al Governo per l'adozione di un decreto legislativo che disciplini lo svolgimento delle elezioni primarie per la designazione delle candidature nelle elezioni politiche.

è chiamato pertanto ad offrire concrete soluzioni perché questi processi siano rispettosi dei diritti degli iscritti e degli elettori.

Come osservato anche nei paragrafi precedenti, è dunque fondato costituzionalmente lo sforzo del legislatore teso ad incentivare le parti politiche in direzione della stabilità organizzativa e della massima trasparenza, ma non un eventuale tentativo di *impedire tout court* la presentazione di liste elettorali da parte di soggetti che non presentino nella loro disciplina interna contenuti minuziosamente dettagliati (obiettivo invece presente in alcune delle proposte iniziali) e standardizzati sulle candidature sia alle cariche esterne sia a quelle interne ai partiti.

Il voto – come espressione di una preferenza o di una scelta, in una accezione generale –, è molto utilizzato anche fuori dall'esperienza giuridica. Esso rileva per il diritto se è inserito in un procedimento tipizzato, dove devono essere sempre presenti le specifiche garanzie di libertà, uguaglianza e in alcune circostanze, segretezza. Inoltre, non si tratta, di un istituto esclusivo del diritto costituzionale, ma in quell'ambito, il voto è «atto costituzionale per eccellenza», innanzitutto per la ragione che «solo col voto la rappresentanza può prodursi e può costruire la sua proiezione in organi che ne rispecchiano la fonte plurale di provenienza»[56].

Riprendendo qui considerazioni già svolte in passato[57], appare utile mettere in evidenza la principale suddivisione tra: il voto che produce l'effetto di incardinare le persone in organi (monocratici o a composizione plurale) e il voto che determina il contenuto di una deliberazione, ossia l'elemento costitutivo di un atto. Nomina ed elezione, determinazione o deliberazione sono propriamente atti costituzionali, solo se operate da una pubblica autorità (uffici od organi, tra cui il corpo elettorale, che è organo costituzionale della Repubblica), nell'esercizio di una pubblica funzione. Anche se esercitati nell'ambito della "vita" di organizzazioni di immediato rilievo costituzionale, quali i partiti politici, i voti finalizzati a nomine o ad elezioni interne o a deliberazioni sostanziali di atti espressi da soggetti che, a diverso titolo, costituiscono l'organizzazione di un partito non rilevano direttamente co-

[56] G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 5 ss.

[57] In P. MARSOCCI, *La selezione delle élite politiche: partiti, metodo democratico e "primarie"*, in AV. VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*. vol. 1, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 713 ss.

me atti costituzionali. Si tratta di atti interni ad associazioni (abbiano o meno personalità giuridica) rispetto ai quali, inoltre, è importante distinguere quelli finalizzati alla selezione dei candidabili, da quelli finalizzati a scegliere i candidati e, successivamente, ad incardinarli nella carica (elezione o nomina).

Le primarie – così come vengono usate da ormai molti anni nel panorama politico italiano[58] – sono consultazioni e non elezioni in senso proprio, appunto perché i soggetti (iscritti, elettori o anche stranieri[59]) chiamati a questo genere di voto dentro i partiti e dentro le coalizioni si esprimono solo sulla selezione dei candidabili. La loro decisione non porterà a preporre alla carica (interna come esterna al partito) il o i soggetti votati, ma a "raccomandarne" la candidatura a coloro che hanno il potere di farlo e – ad oggi – tale competenza è sempre stata dei soli vertici dei partiti. Si tratterà di una facoltà di "proposta" più incisiva, se espressamente richiesta dalle norme interne al partito come obbligatoria e vincolante.

Se allora, come è evidente, le primarie non hanno l'effetto immediato e appunto "diretto" di una designazione ad un incarico pubblico e nemmeno a funzioni interne alle formazioni politiche, esse tanto meno possono essere richiamate (neppure simbolicamente) come espressione di democrazia diretta e – solo molto indirettamente – lo sono di democrazia rappresentativa, perché nessuno sarà eletto in base a quei voti.

Le primarie sono piuttosto espressione di partecipazione solidaristica alla vita politica in democrazia, non foss'altro perché permettono l'espressione di un voto individuale da contare insieme ad altri voti; i risultati delle consultazioni serviranno a raccogliere e valutare le opinioni di tutti gli appartenenti ad un gruppo, circa una certa questione. Del resto, le deboli garanzie circa il rispetto dei caratteri del voto (libertà, personalità, segretezza, uguaglianza), offerte in occasione delle consultazioni primarie effettivamente realizzate, sono un altro argo-

[58] Per una ricognizione relativa ai primi anni di svolgimento delle primarie, cfr. P. MARSOCCI, *Le "primarie": i partiti italiani alle prese con il metodo democratico*, in Rivista AIC, n. 2/2011, 5 ss.

[59] Nulla vieta di estendere ai minorenni e agli stranieri tali consultazioni, anzi la loro mancata inclusione risulterebbe una forzatura rispetto al loro esercizio della libertà di associazione (di partecipazione alla vita ed alle decisioni) in partiti politici, laddove né l'art. 18, né l'art. 49 individuano nel raggiungimento della maggiore età l'esercizio di tali diritti.

mento a favore della natura non elettorale (in senso tecnico) di questi "voti".

Se il Parlamento decidesse di dettare norme valide per tutte le formazioni, non potrebbe farlo minuziosamente, sostituendosi di fatto nell'esercizio dell'autonomia normativa e organizzativa dei partiti. Se vorrà, potrà limitarsi a introdurre per legge la previsione che statuti e regolamenti contengano forme consultive (e relative forme di garanzia dei diritti rispetto alle procedure adottate) anche per l'individuazione delle cariche interne alle formazioni politiche, oppure ad incentivarne in qualche modo l'introduzione. Ciascun partito o formazione politica si farà carico di giustificare ai propri iscritti ed elettori le specifiche scelte tra consultazioni aperte o chiuse, nonché le scelte circa il livello di effettività delle garanzie apprestate ed il rispetto della trasparenza e chiarezza dei comportamenti. Starà ai cittadini scegliere, anche in base a questi elementi, se partecipare.

Il discorso cambia radicalmente se si intende ricomprendere le primarie (quelle per selezionare le candidature alle assemblee rappresentative ai diversi livelli territoriali) come momento "collegato" al procedimento elettorale[60] – in Italia, questo già avviene in alcuni ordinamenti regionali – ; farle diventare cioè il tassello di un iter pubblico che in democrazia è usato, ad esempio, per imporre ai partiti il rispetto degli obblighi di non discriminazione degli eleggibili (si pensi alla lunga storia della loro affermazione negli Stati Uniti d'America, realizzata allo scopo di far partecipare gli afro-americani all'elettorato ed ai casi dei paesi sud americani).

Se il Parlamento decidesse di includere espressamente le primarie nell'iter elettorale a livello nazionale e/o europeo, detterebbe anche speciali limiti all'autonomia privata delle formazioni politiche.

In altre parole, l' "intrusione" della legge sulle forme concrete di espressione del metodo democratico interno ai partiti sarebbe giustificata dall'intenzione di questi soggetti collettivi di presentarsi alle elezioni e la sua finalità generale potrebbe essere rinvenuta nella necessità di tutelare i diritti politici di ciascun cittadino, in ogni momento del procedimento elettorale[61], anche definendo le modalità irrinunciabili

[60] La stessa relazione di maggioranza della Commissione Bicamerale per la Riforma delle Istituzioni IX Legislatura (Commissione Bozzi) formalizzò una proposta di costituzionalizzazione del principio delle primarie

[61] In tal senso, infatti, la Corte nelle sue pronunce nei decenni tra gli anni '70 e '90 ha riconosciuto «il ruolo dei partiti politici soprattutto nel procedimento elettorale, valoriz-

di espressione di quelle scelte che rilevano in fasi prodromiche rispetto al voto che porta alla attribuzione di un seggio in una assemblea rappresentativa o alla elezione diretta di sindaci, presidenti di Regione e di altri enti locali. Ciò non è invece possibile nel caso in cui si svolgano primarie per esprimere consenso alla nomina di cariche monocratiche, non di tipo elettivo, ma la cui designazione è demandata ad altri organi (è il caso della nomina del Presidente del Consiglio dei Ministri da parte del Presidente della Repubblica) di cui non si possono menomare le competenze costituzionalmente attribuite.

Ci si chiede, infine, se le procedure connesse alle consultazioni primarie vadano nel senso del potenziamento delle garanzie dello Stato di diritto.

É possibile infatti quanto meno osservare che in Italia la possibilità per gli elettori di concorrere ad *eleggere* (in senso proprio), attraverso le preferenze, i candidati ai due rami del Parlamento sembra esser stata simbolicamente sostituita, a mo' di contropartita o quasi di "indennizzo", con la possibilità di partecipare alle consultazioni primarie. Peraltro questo accade in davvero pochi partiti, i cui vertici recepiscono con modalità differenti le indicazioni sui nomi da inserire nelle liste elettorali. Tale tendenza, a mio avviso, contribuisce a svilire il momento elettorale ed a fare confusione tra garanzie dei diritti politici dei cittadini e responsabilità delle classi dirigenti (dentro e fuori i partiti "tradizionali"). Se questo è l'obiettivo politico che il Parlamento intende avallare, allora è possibile sostenere che introducendo per legge le consultazioni primarie non si avrà alcun vantaggio per la democrazia costituzionale.

Concludendo su questo punto, anche se l'incessante trasformismo dei partiti politici italiani rende davvero difficile monitorare lo stato della loro democrazia interna, è possibile offrire una sintetica ricognizione su quanti e quali sono i partiti che hanno introdotto nei lori statuti le consultazioni primarie, nonché verificare con quali modalità.

---

zando la portata del precetto costituzionale (sentenze n. 203 del 1975 e n. 422 del 1995), *senza* che sia lamentata la mancanza di una legge sui partiti, e ricavando le funzioni dei partiti dal ruolo assunto nel sistema», come osserva G. RIVOSECCHI, cit., 7. Sulla opportunità di forme di controllo esterno sulle procedure di selezione dei candidati, cfr. F. MUSELLA, *L'articolo 49 e la personalizzazione dei partiti politici. Il confronto Mortati-Togliatti a settant'anni dalla Costituzione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2015, 4.

Sono stati presi in considerazione gli statuti dei partiti politici iscritti (alla data del 30 novembre 2015) nel Registro nazionale presso la "Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti" (all'art. 4, comma 5, del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2014, n. 13); di questi, sono stati selezionati i partiti che hanno ottenuto un significativo consenso – almeno il 3% – alle ultime elezione nazionali (febbraio 2013).

Lo statuto del Partito democratico (25,4% alle elezioni del 2013) dedica molta attenzione al tema, prevedendo all'art. 2. («Soggetti fondamentali della vita democratica del partito»), comma 4 che: «tutti gli elettori e le elettrici del partito democratico hanno diritto a… (let. b) partecipare alle elezioni primarie per la scelta dei candidati del partito alle principali cariche istituzionali»; all'art. 18, disciplina le «elezioni primarie per le cariche monocratiche istituzionali» sia di partito sia di coalizione, con rinvio ai regolamenti (oggi in vigore è il "Regolamento quadro per la selezione delle candidature alle cariche istituzionali").

Lo statuto del Partito Scelta Civica (8,3% alle elezioni del 2013), nell'art. 17.2 ("La direzione nazionale"), let. g): «stabilisce le procedure per le eventuali elezioni primarie per la selezione dei candidati».

Lo statuto del Partito Fratelli d'Italia – Alleanza Nazionale (2% alle elezioni del 2013, ma presenti solo come Fratelli d'Italia) include nell'art. 2 ("Partecipazione"), il comma 6: «adotta le elezioni primarie come metodo principale di individuazione delle candidature agli organi istituzionali di ogni livello. il regolamento delle primarie è proposto dall'esecutivo nazionale e approvato dalla direzione nazionale».

Lo Statuto di Sinistra, Ecologia e Libertà (3,2% alle elezioni del 2013, ma sciolto nel febbraio 2017 e confluito in una nuova formazione politica denominata "Sinistra italiana"), all'art. 1 ("Sel"), comma 5, recita: «Sel promuove e organizza pratiche di democrazia partecipata, anche attraverso le primarie. Le forme della democrazia partecipativa e diretta progressivamente saranno quelle che definiranno anche la democrazia interna dell'organizzazione».

Si segnala che tra i partiti maggiori, iscritti al Registro, la Lega nord per l'indipendenza della Padania non prevede alcuna forma di consultazione primaria per le candidature. Quanto alle formazioni politiche non presenti nel Registro, il Popolo delle libertà (21,6% alle elezioni del 2013) non prevede primarie, mentre il MoVimento 5 Stelle (25,5% alle elezioni del 2013) nel suo "Non statuto", all'art. 7 «Pro-

cedure di designazione dei candidati alle elezioni», stabilisce che «in occasione ed in preparazione di consultazioni elettorali su base europea, nazionale, regionale o comunale, il sito *www.movimento5stelle.it* costituirà il centro di raccolta delle candidature ed il veicolo di selezione e scelta dei soggetti che saranno, di volta in volta e per iscritto, autorizzati all'uso del nome e del marchio "MoVimento 5 Stelle" nell'ambito della propria partecipazione a ciascuna consultazione elettorale. Tali candidati saranno scelti tra i cittadini italiani, la cui età minima corrisponda a quella stabilita dalla legge per la candidatura a determinate cariche elettive, che siano incensurati e che non abbiano in corso alcun procedimento penale a proprio carico, qualunque sia la natura del reato ad essi contestato. L'identità dei candidati a ciascuna carica elettiva sarà resa pubblica attraverso il sito internet appositamente allestito nell'ambito del sito; altrettanto pubbliche, trasparenti e non mediate saranno le discussioni inerenti tali candidature. Le regole relative al procedimento di candidatura e designazione a consultazioni elettorali nazionali o locali potranno essere meglio determinate in funzione della tipologia di consultazione ed in ragione dell'esperienza che verrà maturata nel tempo».

5. Democrazia interna ai partiti e sistema elettorale: considerazioni conclusive

Le attuali (trasformande) formazioni politiche hanno in questi mesi (di nuovo) la necessità di cimentarsi nella scelta del sistema elettorale.

Lo ha imposto la Consulta con due recenti e note sentenze – la n. 1 del 2014 e la n. 35 del 2017 – e lo ha imposto il corpo elettorale in occasione del referendum del 4 dicembre 2016 con il quale è stata respinta la legge di revisione costituzionale, alla quale era ancorata la legge elettorale n. 15 del 2015. Non è ancora possibile sapere se la scelta di fondo andrà nel senso di «cercare di rattoppare un tessuto lacerato due volte dalla Corte costituzionale»[62] oppure se chi siede oggi in Parlamento avrà l'intenzione e soprattutto le capacità di mettere mano seriamente al modello che traducendo i voti in seggi, concretizza il modo in cui la sovranità popolare si esprime ed esplica i suoi ef-

[62] M. LUCIANI, *A lezione di storia*, cit., 5.

fetti materiali tramite la rappresentanza[63]. È più che comprensibile esprimere cautela, se non scetticismo, circa la possibilità non meno che circa la volontà che si presenti la seconda circostanza. Ancora, e direi soprattutto, non è prevedibile – visto i precedenti – che si arriverà a farlo avendo ben assimilato le prescrizioni stesse di quelle autorevoli pronunce giurisdizionali.

Di fronte al fatto che non esiste un modello elettorale disciplinato puntualmente dalla Costituzione e che – con valide ragioni – in democrazia deve permanere un buon margine di discrezionalità legislativa in questa materia[64], certo è che di tale incertezza è sia causa sia effetto la mancata riforma del modello partitico, dall'interno come dall'esterno, così come descritto nei paragrafi precedenti.

Sembra tuttavia importante, conclusivamente, ricordare alcuni dei nessi imprescindibili tra forma dei partiti e forma dei sistemi elettorali (nonché tra questi elementi e la forma di governo)[65].

Le leggi elettorali vengono proposte e approvate dalle forze politiche che in quel momento storico siedono in Parlamento e neanche nell'ipotesi astratta che tale *iter* legislativo coinvolga soli i più "virtuosi" tra i partiti si assisterebbe ad una discussione libera da considerazioni sugli effetti che le nuove norme avrebbero sulle competizioni elettorale del futuro immediato; né potrebbe essere libera dai giudizi sull'attualità dei rapporti di forza interni alle dinamiche politiche di ciascuna organizzazione.

Il caso italiano dimostra però la propensione inquietante – che nel tempo si è andata consolidando – a varare leggi con vizi numerosi e

---

[63] A parere di G.C. DE MARTIN, A. BARONI, *Partiti e sistemi elettorali, relazione al VI Colloquio italo-polacco sul tema "Il ruolo dei partiti politici tra Costituzione e prassi"*, promosso dalle Università di Danzica e di Torun e dalla Luiss "Guido Carli" di Roma (Danzica, 21-23 giugno 2016), 2016, 2, "ci si potrebbe anche chiedere se e fino a che punto siano indispensabili per la selezione della classe politica e le dinamiche reali della democrazia rappresentativa e dell'esercizio della sovranita popolare…".

[64] G. ZABREBELSKY, *A chi appartiene la legge elettorale*, in *la Repubblica*, 7 febbraio 2017, 27.

[65] Nessi profondamente analizzati dalla dottrina giuspubblicistica, prima ancora che i partiti trovassero il loro posto formale nelle Carte costituzionali. A partire dalle considerazioni sulla straordinaria evoluzione delle strutture costituzionali determinata dalla affermarsi – tanto sul piano delle ideologie politiche quanto sul terreno delle forze materiali, dei partiti massa –, è il loro avvento, difatti, a mettere in discussione radicalmente «Omogeneità della struttura sociale e neutralità del sistema giuridico per come ricomposte dalla teoria generale» del diritto», come ricorda F. BILANCIA, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici: l'attualità del noto saggio di Heinrich Triepel*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015, 5.

non trascurabili, così da richiedere (e sappiamo con quanta fatica[66]) l'intervento della Corte costituzionale. Oltre all'interpretazione dei diversi paletti stabiliti da quelle pronunce[67], dalla lettura delle sentenze emerge l'idea che ci sia corrispondenza tra instabilità (organizzativa e valoriale) dei partiti e instabilità (come presunzione di non durevolezza nel tempo, oltre che di eccessiva permeabilità rispetto alle contingenti esigenze delle classi politiche dirigenti) della legge elettorale. Instabilità dei partiti che va ben oltre la questione – pure presente e pressante – della stabilità delle coalizioni di governo e dunque del tema della cd. governabilità (che è contrapponibile ma non per forza antagonista rispetto a quello della rappresentatività). Instabilità che è molto collegata ai caratteri della illogicità e della incoerenza interna propria degli ultimi modelli elettorali proposti, alle forme sgretolate che stanno prevalendo nel sistema partitico nel suo complesso.

In particolare, per quel che qui più ci interessa, le riforme del sistema elettorale varate dalla metà degli anni '90 ad oggi hanno tutte prodotto (o confermato) la tendenza a concentrare nel vertice dei partiti il potere di scelta non solo dei candidati ai diversi livelli della rappresentanza assembleare – producendo in alcuni caso l'effetto sostanziale di eleggere in particolare i capilista, elemento censurato da ultimo dalla Corte –, ma anche dei candidati alla *premiership*.

Inoltre, come noto, nel recente passato le forze politiche con maggior peso elettorale hanno privilegiato la coincidenza tra *premiership* e *leadership*, producendo un'ulteriore verticalizzazione e personalizzazione della gestione interna delle proprie organizzazioni. Tale elemento diviene problematico *se* abbinato alla pratica della valorizzazione del ruolo del Governo a discapito di – se non in contrapposizione – quello del Parlamento nell'iter legislativo ed alla crescente tendenza a ritenere la "fedeltà" al leader (e, suo diretto tramite, al popolo tutto) un valore preponderante rispetto al principio del libero mandato, *ex* art.

---

[66] Cfr. la ricostruzione critica di C. DE FIORES, *La riforma della legge elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015.

[67] Compiutamente elencati in sintesi da M. LUCIANI, B*is in idem: la nuova sentenza della corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, *in Rivista AIC*, n.1/2017, 4, il quale conclude del tutto condivisibilmente che «non approvare una nuova legge elettorale e finire per andare a votare con i sistemi usciti dalle due sentenze della Corte costituzionale non solo esporrebbe ai problemi di legittimità e di opportunità cui prima si è accennato, ma certificherebbe l'impotenza di un Parlamento che, se nel 1993 aveva scritto – quanto meno – sotto dettatura di un voto popolare, ora lascerebbe la penna nelle mani di un organo di garanzia costituzionale», 12.

67 della Costituzione. Tendenza quest'ultima che più di ogni altra mette in discussione radicalmente la funzione costituzionale dei partiti come corpo intermedio e strumento di razionalizzazione del potere e del suo esercizio nelle democrazie.

Affatto trascurabile è poi il peso che i vertici dei partiti hanno nella scelta dei candidati ad importanti cariche di nomina parlamentare.

Se si arriverà a disciplinare le cd. primarie finalizzate alle candidature con rilievo esterno al partito (nel rinnovato storico tentativo di razionalizzare il potere politico attraverso il diritto), è allora necessario mettere in evidenza che andrà fatto con attenzione assoluta alle modalità di verifica della corretta applicazione delle disposizioni che, in attuazione della legge, saranno presenti negli statuti e regolamenti interni ai partiti. Tali norme tuteleranno innanzitutto gli iscritti, ma anche dei cittadini-elettori. Non solo dunque la legge – andando oltre quanto già previsto dall'art. 3 del d.l. n. 149 del 2013 – prescriverà contenuti obbligatori circa le modalità di svolgimento (in trasparenza) delle consultazioni primarie e rinvierà alle garanzie assicurate dalla giurisdizione o (se lo si vorrà) dalla apposita autorità indipendente, ma dovrà specificare come dotare di efficacia ed efficienza le norme interne al partito volte ad assicurare il corretto svolgimento di tali procedure.

Ne sarà capace il legislatore (ossia i partiti rappresentati in Parlamento)?

LA TRANSIZIONE ESTREMA
APPUNTI SUL FENOMENO RIVOLUZIONARIO COME MODALITÀ DI ADATTAMENTO SISTEMICO*

di *Francesco Rimoli*

SOMMARIO: *1. Il mito della rivoluzione; 2. Rivoluzione, profezia, utopia; 3. La funzione sistemica della rivoluzione; 4. Rivoluzione, democrazia, adattamento sistemico; 5. Rivoluzione e costituzione: due miti in conflitto?; 6. Conclusioni.*

1. Il mito della rivoluzione

Dal punto di vista sistemico, la rivoluzione opera come momento di crisi ed evoluzione dell'ordinamento-struttura nel quadro dell'ontologica continuità del sottosistema giuridico. Che sia una possibile (e frequente) evoluzione di un *coup d'État*, ovvero un fenomeno apparentemente repentino e imprevisto, essa agisce come trasformatore dell'assetto complessivo del singolo ordinamento, ponendo sul piano giuridico i ben noti problemi di continuità dell'ordinamento stesso, da tempo indagati, ancorché secondo prospettive affatto tradizionali, da costituzionalisti, storici e filosofi del diritto[1]. In effetti, il significato e

* Il presente scritto è destinato al volume di G. ALLEGRI-A. LONGO (a cura di), *La rivoluzione tra mito e Costituzione*, Sapienza Università Editrice, Roma (in corso di pubblicazione).

[1] Sul tema, entro una letteratura immensa, si veda, oltre ai classici testi di H. ARENDT, *Sulla rivoluzione* (II ed., 1965), tr.it. Edizioni di Comunità, Torino, 1999, e R. ARON, *L'oppio degli intellettuali* (1955), tr.it. Lindau, Torino, 2008, spec.61 ss., il più recente contributo di P. PRODI, *Il tramonto della rivoluzione*, il Mulino, Bologna, 2015; un'efficace sintesi della storia del concetto si trova in M. RICCIARDI, *Rivoluzione*, il Mulino, Bologna, 2001; G. PASQUINO, voce *Rivoluzione*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Tea-Utet, Torino, 1990, 977, definisce la rivoluzione come «tentativo accompagnato dall'uso della violenza di rovesciare le autorità politiche esistenti e di sostituirle al fine di effettuare profondi mutamenti nei rapporti politici, nell'ordinamento giuridico-costituzionale e nella sfera socio-economica». Sul colpo di Stato, oltre alla voce di V. GUELI, *Colpo di Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, 666 ss., sia consentito il rinvio a F. RIMOLI, *Il* coup d'État *come modalità di adattamento sistemico: qualche considerazione su una forma peculiare di transizione costituzionale*, in *Costituzionali-*

soprattutto la collocazione teorica del fenomeno rivoluzionario, abbastanza univoci agli occhi dello storico, pongono al giurista problemi di non poco momento. Ciò accade poiché nella dimensione storica, fondata sull'essere, o meglio sul divenire dell'*essere-stato*, la rivoluzione altro non è che una particolare successione di eventi che inducono un mutamento sostanziale del regime politico entro un dato contesto istituzionale; ma in una legata al dover essere, ossia a una prospettiva deontica in cui ciò che è (e in divenire si trasforma) sovente contraddice ciò che dovrebbe essere, essa mette in discussione molte delle categorie tipiche della scienza giuridica, per lo più inadeguate a comprendere ciò che esula dalla loro dimensione *lato sensu* normativa. Tale è la ragione per cui i tentativi teorici inerenti al fenomeno in esame hanno preferito un suo inquadramento entro una tassonomia già nota, leggendo il fatto rivoluzionario come dato oggettivo, meramente illecito rispetto all'ordinamento già vigente ed eventualmente autolegittimantesi *a posteriori* sulla base dell'effettività[2], oppure come modalità di trasformazione illecita rispetto al diritto interno, ma «fatto creativo di diritto», lecito dal punto di vista di un ordinamento internazionale monisticamente sovraordinato[3], o infine (e pare questa la prospettiva meno lontana dalla realtà) come scaturigine di diritto nuovo da una necessità intesa come fonte *extra ordinem*, in sé non valutabile secondo le qualificazioni proprie dell'ordinamento precedente, comunque poi legittimato dall'effettività, e in fondo appartenente a un ordine esistenziale che prescinde dall'ordine giuridico[4].

---

smo.it, n. 1/2014 (nonché in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Cedam, Padova, 2015, tomo II, 1183 ss.), di cui il presente scritto costituisce sviluppo.

[2] Una ricognizione delle tesi tradizionali in A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale* (1996), ora in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 2002, 99 ss.; G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 2010, 150 ss.

[3] In tal senso H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), tr.it., Etas, Milano, 1984, 224 ss. e 373 ss., che riconosce la continuità dello Stato anche in caso di mutamento radicale e violento della sua costituzione, alla luce del principio di supremazia del diritto internazionale: «regolando la creazione della costituzione dello Stato, mediante il suo principio di effettività, il diritto internazionale determina anche il fondamento della validità di tutti gli ordinamenti giuridici statali» (ivi, 374).

[4] Sul punto V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale - I. Introduzione al diritto costituzionale (Gli ordinamenti giuridici – Stato e Costituzione – Formazione della Repubblica italiana)*, Cedam, Padova, 1970, 103 ss.; si rileggano comunque sul punto anche le note pagine di S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legitti-*

La nota ricostruzione storica di Harold J. Berman, che individua sei grandi rivoluzioni nella storia politica e giuridica dell'Occidente[5], denota l'intima connessione dell'evento rivoluzionario (non sempre, ovviamente, percepito immediatamente come tale) con la trasformazione radicale dei sistemi giuridici: il che tuttavia pone, entro la medesima cultura giuridica occidentale, secondo Berman, un paradosso, giacché «uno degli scopi fondamentali del diritto è quello di portare stabilità e continuità», e ogni mutamento repentino pone infine problemi circa la legittimità dell'autorità che quel diritto pone. Dunque, «nel diritto, mutamenti improvvisi su larga scala – cambiamenti rivoluzionari – sono certamente 'innaturali' e, quando ciò avviene, bisogna fare qualcosa per impedire che succeda di nuovo». Inoltre, poiché «il nuovo diritto deve essere costruito su salde basi e deve essere protetto dal pericolo di un'ulteriore discontinuità», i suoi successivi cambiamenti «devono limitarsi a mutamenti progressivi»[6]. Tale prospettiva, pur se posta in un contesto teorico affatto diverso, può concordare con quella proposta da Niklas Luhmann, per il quale com'è noto, stabilizzazione delle aspettative di comportamento e riduzione della complessità sociale sono tra i compiti primari dell'intero sottosistema giuridico inteso come differenziato da un punto di vista sistemico-funzionale[7]. Pe-

---

mazione (1901), ora in ID., *Scritti minori - I. Diritto costituzionale*, a cura di G. ZANOBINI, Giuffrè, Milano, 1950 (rist.1990), 131 ss.

[5] H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), tr.it. il Mulino, Bologna 1998, 40 ss., elenca, a ritroso, la rivoluzione russa del 1917, quella francese del 1789, quella americana del 1776, quella inglese (suddivisa in tre "restaurazioni" successive, dal 1640 al 1688-89), quella luterana protestante tra il 1517 e il 1555, e quella pontificia, tra il 1075 e il 1122, ossia la *reformatio* iniziata da Gregorio VII; l'autore mutua questa lettura da E. ROSENSTOCK-HUESSY, *Out of Revolution. Autobiography of Western Man* (1938), Berg, Oxford, 1993, che individua peraltro una settima rivoluzione nell'Italia dei comuni e delle Signorie (considerata però da Berman come parte della rivoluzione pontificia: H.J. BERMAN, *op.cit.*, 43 nt.12). Secondo la singolare e suggestiva ricostruzione di G. LANDAUER, *La rivoluzione* (1907), tr.it., Diabasis, Reggio Emilia, 2009, 48 ss., l'Occidente conosce una sola vera rivoluzione, iniziata con la Riforma luterana e svoltasi poi in tutte le grandi fasi rivoluzionarie dei secoli seguenti.

[6] H.J. BERMAN, *op.cit.*, 36; peraltro l'autore esamina lucidamente gli effetti delle rivoluzioni sugli ordinamenti giuridici che ne seguirono: esemplare l'analisi delle conseguenze del processo rivoluzionario inglese (1640-89) contenuto in ID., *Diritto e rivoluzione - II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale* (2003), tr.it. il Mulino, Bologna, 2010, 365 ss.

[7] Sul punto N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (1981), tr.it. il Mulino, Bologna, 1990, spec.81 ss.

raltro, laddove si individui il diritto non solo come fattore di stabilizzazione, ma anche come fattore di guida del mutamento, è evidente che il problema della trasformazione dell'ordinamento-struttura come espressione eminente (benché non esclusiva) del sottosistema giuridico si può orientare anche in altro modo, comprendendo l'idea di metamorfosi in modo sostanzialmente organico alla dinamica diacronica del fenomeno giuridico, particolarmente nella sua dimensione costituzionale e procedurale[8]. E tuttavia, il fatto rivoluzionario in sé, al di là delle difficoltà definitorie che pure ne rendono problematico il concetto, manda in crisi anche tale prospettiva, giacché esso si pone di fatto come esito del fallimento reale della funzione orientativa della costituzione rispetto ai processi evolutivi del sistema sociale: in altre parole, la rivoluzione per sé rinnega la singola costituzione e l'ordinamento positivo che su essa si regge, e si atteggia come espressione di un equilibrio infranto, come frattura di quell'accoppiamento strutturale dei sottosistemi giuridico e politico che nella costituzione dovrebbe realizzarsi[9], evidenziando, con la forza incomprimibile di una necessità storica, l'esigenza di un radicale mutamento di assetti e, ancor prima, di opzioni assiologiche e miti fondativi. Non si tratta, qui, di ritornare sul sempre dibattuto problema dell'ambigua configurazione di un po-

[8] Sul punto sia consentito rinviare a F. RIMOLI, *Identità e metamorfosi: qualche considerazione sui luoghi del mutamento costituzionale* (2011), ora in ID., *Democrazia Pluralismo Laicità. Di alcune sfide del nuovo secolo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 3 ss.; su questi temi, di recente, A. LONGO, *Tempo Interpretazione Costituzione. I. Premesse teoriche*, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in Liber Amicorum *in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Editoriale Scientifica, 2016, 593 ss. Si veda altresì P. CARNEVALE, *Art.138* vs. *art.138, ovvero del rivedere la revisione senza revisionarla. Qualche considerazione alla luce di un recente disegno di legge costituzionale* (2013), ora in ID., *Rivedere la Costituzione: la forma, la prassi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 121 ss., che molto bene sottolinea il fatto che sulla norma inerente alla revisione della costituzione «si scarica quella tensione profonda fra stabilità e mutamento che attraversa la vita delle organizzazioni politiche dei tempi moderni, segnando in modo esemplare il moto delle costituzioni, il cui collocarsi al livello apicale arricchisce quella tensione dell'ulteriore e fascinoso problema del rapporto (conflittuale) fra identità e cambiamento, fra le esigenze della preservazione dei dati caratterizzanti di un ordinamento e quelle dell'adeguamento all'evolversi del reale», sullo sfondo individuandosi poi «le formidabili questioni della relazione fra democrazia e tempo e soprattutto fra diritto e fatto o, come si può anche dire, fra prescrittività ed effettività» (ivi, 123).

[9] Secondo la lettura di N. LUHMANN, *La costituzione come acquisizione evolutiva* (1990), tr.it. in G. ZAGREBELSKY- P.P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 83 ss.

tere costituente che si esprima in una sorta di atto creativo, sovente frutto di un rivolgimento repentino e radicale degli assetti sociali e istituzionali entro un dato contesto: in effetti, una lettura di tipo sistemico-funzionale dei fenomeni in esame dovrebbe piuttosto inclinare verso una prospettiva di continuità del sottosistema giuridico, entro cui si inscrivono, come processi di adattamento interno generati dall'interazione con l'ambiente, i momenti di crisi dell'ordinamento-struttura, o ancor prima i processi – più o meno repentini, più o meno radicali – delle forme organizzative politico-istituzionali complessive del governo e, in senso più lato, dell'esercizio del potere. Ciò tende dunque a negare la possibilità stessa di una sorta di teofania politica episodica (e per certi aspetti taumaturgica) quale quella che si manifesterebbe in un'accezione tradizionale del *pouvoir constituant*, riconducendo piuttosto l'intero processo evolutivo a dinamiche causali che assolvono anzitutto all'accennata funzione di riequilibrio, offrendo *outputs* provvisori che saranno poi consolidati dall'effettività ove si rivelino, alla prova concreta dei fatti, idonei a rispondere alle esigenze dell'ambiente[10].

È però da notare che la valenza catartica del fenomeno rivoluzionario (che tale denotazione lessicale peraltro assume solo in tempi relativamente recenti)[11] costituisce uno degli elementi caratterizzanti del "mito della rivoluzione", da sempre oscillante tra tensione profetica e realismo politico: se da un lato questo mito sembra essere terminato, almeno nel mondo occidentale secolarizzato (poiché altrove, come nell'Islam radicale, pare invece mantenere tutta la sua devastante vitalità), resta vero che lo stesso Occidente, e l'Europa in esso, si sono evoluti come una sorta di «rivoluzione permanente», cioè come capacità di immaginazione e progettazione di una società diversa e alternativa rispetto a quella esistente, e che questa dimensione – sovente utopica, e nondimeno capace di spingere all'azione interi popoli – rimane

[10] Secondo la nota prospettiva offerta da D. EASTON, *L'analisi sistemica della politica* (II ed. 1979) tr.it. Marietti, Casale Monferrato, 1984, spec.148 ss.

[11] Sul punto M. RICCIARDI, *op.cit.*, 8 ss., che ben nota come il termine fosse assunto in origine solo nel suo senso astronomico, riferito al moto degli astri (ancora Dante, nel *Convivio*, lo usa in tal modo); ma già nelle cronache fiorentine dei fratelli Villani, a metà del Trecento, esso si colora di un significato politico, indicando un «*rivolgimento* inatteso e violento che avviene all'interno dei rapporti politici», secondo un concetto che sarà poi ripreso per tutta l'età moderna, e codificato dal Dizionario degli Accademici della Crusca nel 1612; in merito al rapporto tra significato astronomico e significato politico del termine si vedano anche H. ARENDT, *op.cit.*, 40 ss., e P. PRODI, *op.cit.*, 11 ss.

uno dei motori della storia[12]. E tuttavia, il mito della rivoluzione si pone per lo più come luogo della discontinuità, in antitesi all'idea di un'evoluzione continua: l'affermazione di Raymond Aron, per il quale «il mito della sinistra contiene implicitamente l'idea di progresso e suggerisce la visione di un movimento continuo», mentre «il mito della rivoluzione ha un significato complementare e opposto», giacché «alimenta l'attesa di una rottura rispetto all'andamento ordinario degli eventi umani»[13], non può far escludere che l'idea di progresso possa inverarsi anche nella seconda prospettiva. In effetti, oltre al fatto che la stessa ideologia marxista non prescinde affatto, né sul piano teorico né su quello pratico, dall'ipotesi rivoluzionaria, si potrà tutt'al più cogliere una reale differenza nelle modalità della trasformazione: una prospettiva "riformista" indurrà a un'azione graduale, in cui l'idea di progresso si realizza tramite modifiche dell'assetto politico e istituzionale operate secondo tempi e procedure legalizzate, rese legittime da previsioni costituzionali e/o da prassi consolidate, con un agire (almeno parzialmente) orientato all'intesa tra gli attori politici; una "rivoluzionaria" procederà *per saltum*, tramite un agire strategico decisamente orientato al successo, e con tempi e modi dettati dalle circostanze e dal fine primario della conquista del potere (ed è in fondo questa, da sempre, una delle linee più profonde di frattura della sinistra, tradizionalmente divisa tra riformismo e massimalismo). Lo stesso Aron, d'altronde, ben rilevava, in un corso di lezioni tenuto a Parigi nel 1952, la progressiva trasformazione del marxismo in una sorta di nuovo millenarismo, intendendo quest'ultimo termine nel senso sociologico di

> «*un royaume qui n'est pas nécessairement de mille ans, mais qui marquerait une rupture avec le train de choses humaines et constituerait, pour ainsi dire, le début de la fin, autrement dit le début d'un règne humain où l'homme ne connaîtrait plus l'injustice, l'autorité, les misères des sociétés ordinaires*[14]».

[12] Tale prospettiva si coglie già nello studio di E. ROSENSTOCK-HUESSY, *op.cit.*, *passim*, ed è ripresa, come detto, da Berman; sul punto anche P. PRODI, *op.cit.*, 14 ss.

[13] R. ARON, *op.cit.*, 61.

[14] R. ARON, *Introduction à la philosophie politique. Démocratie et révolution* (Corso di lezioni tenuto all'École Nationale d'Administration nel 1952), Édition de Fallois, Paris, 1997, 159 ss. (il passo citato è a p.159).

Ciò denota, una volta ancora, l'intima valenza utopica e chiliastica dell'idea rivoluzionaria, che tuttavia svolge la sua azione su almeno due livelli distinti: l'uno, che potrebbe dirsi sistemico-funzionale latente, più profondo, come momento (lo si dirà meglio oltre) di adeguamento del sottosistema giuridico-istituzionale alle pressioni ambientali esterne; l'altro, essenzialmente strumentale al primo e inteso nella sua funzione manifesta, come creazione di un obiettivo raggiungibile di definitivo miglioramento, come catarsi verso un rinnovamento che genererà pace, giustizia e, infine, benessere[15]. In questo secondo aspetto sta il *mýthos*, la narrazione, la favola bella della rivoluzione; e d'altronde, potrebbe dirsi, ogni rivoluzione è *anzitutto* una rivoluzione culturale, un mutamento di prospettiva della storia, nonché dell'autocomprensione di un popolo (e degli individui che ne fanno parte). Ancora ai primi del Novecento, Gustav Landauer riferisce la rivoluzione «alla convivenza degli uomini nella sua interezza», dunque «non solo allo Stato, all'ordinamento in ceti, alle istituzioni religiose, alla vita economica, alle correnti e formazioni spirituali, all'arte, alla cultura e all'istruzione, bensì a una combinazione di tutte queste forme fenomeniche di convivenza considerate insieme, che in un determinato periodo si trova in una condizione di una certa relativa stabilità autoritaria»: l'autore tedesco definisce questa condizione «topìa», e inscrive il fenomeno rivoluzionario in uno schema di alternanza tra questa e l'utopia. Poiché

> «la topìa crea ogni benessere, ogni sazietà e fame, ogni agio ed estremo bisogno; la topìa regola tutte le circostanze della convivenza umana, muove guerre verso l'esterno, esporta e importa, chiude o apre i confini; la topìa forma spirito e stupidità, abitua all'onestà e alla dissolutezza, crea fortuna e sventura, soddisfazione e insoddisfazione; la topìa irrompe con forza anche in ambiti che non le appartengono: la vita privata e la famiglia. I confini fra vita individuale ed esistenza familiare da un lato e topìa dall'altro sono labili».

Ma la relativa stabilità della topìa è a un certo punto modificata fino a raggiungere un equilibrio precario, e ciò è dovuto alla forza dell'utopia, che si lega non all'ambito della convivenza, ma a quello della vita individuale: così per utopia Landauer intende

[15] Sulla distinzione tra funzioni latenti e funzioni manifeste, R.K. MERTON, ***Teoria e struttura sociale*** (III ed. 1968), tr.it. il Mulino, Bologna, 1992, 121 ss.

> «un complesso di aspirazioni individuali e di tendenze della volontà, che si presentano sempre in maniera eterogenea e singolare, ma che in un momento di crisi si riuniscono e si organizzano attraverso un'esaltazione entusiastica in una totalità e in una forma di convivenza: con la tendenza a dare forma a una topìa perfettamente funzionante, che non racchiude in sé più niente di nocivo e di ingiusto. All'utopia segue quindi una topìa, che si distingue dalla topìa precedente in alcuni punti essenziali, pur rimanendo comunque una topìa».

Dal che l'autore trae una prima legge, secondo cui «a ogni topìa segue un'utopia, a questa di nuovo una topìa, e così di seguito»[16]: al di là dell'opinabile fondatezza della teoria nel suo complesso, emergono però da queste parole alcuni dei tratti peculiari del fenomeno rivoluzionario entro l'incedere della storia, e alcune delle sue motivazioni psicologiche, che da individuali diventano collettive, rendendo anche ragione di certe apparenti follie (quanto Landauer fosse consapevole del futuro prossimo del suo Paese non è dato sapere: certo è però che questi passi appaiono per certi versi un drammatico presagio). La rivoluzione come profezia e come promessa di felicità infatti tende per sé, nel suo aspetto esteriore di fattore psicologico collettivo di trascinamento, a dissimulare la sua reale valenza sistemica, che è quella della ricerca di un equilibrio sociale radicalmente nuovo nella distribuzione dei beni e delle risorse, nonché di creazione di una nuova *élite*. Essa parte dai bisogni (veri o presunti) degli emarginati, motivandoli all'azione o almeno al consenso, per giungere di fatto ad affermare la supremazia di un nuovo gruppo egemone, che di quella rivoluzione è il frutto (benché non di rado non coincida con quello che l'ha promossa e iniziata). Ma il significato del termine, e con esso il concetto sotteso, restano comunque sfuggenti, e ciò ne motiva un uso assai vario, in cui l'unico denominatore comune è l'idea di mutamento: in tal sen-

[16] I passi citati sono in G. LANDAUER, *La rivoluzione*, cit., 37-38; alla prima legge l'autore ne aggiunge un'altra, per cui «le esigenze pratiche della convivenza nell'epoca della rivolta e della transizione rivoluzionaria fanno sì che durante la rivoluzione la nuova topìa si costituisca nella forma di una dittatura, di una tirannide, di un governo provvisorio o simili»; a ciò seguono due corollari: secondo il primo «la nuova topìa nasce per salvare l'utopia, ma significa il suo tramonto»; per il secondo «le esigenze pratiche, che alla fine devono condurre alla formazione della nuova topìa, non sono rappresentate solo dalla vita economica intralciata dalla rivoluzione, ma molto spesso anche dalle interferenze provenienti dal mondo circostante ostile» (ivi, 40).

so sono esempi emblematici, per comprenderne l'elasticità e l'ambiguità, il concetto di "rivoluzione liberale" formulato negli anni Venti dello scorso secolo da Piero Gobetti (annoverato non a torto da taluno tra i teorici dell'elitismo moderno)[17], o le ben più diffuse ed eterogenee locuzioni, in vari tempi e modi utilizzate, di "rivoluzione industriale", di "rivoluzione culturale", di "rivoluzione femminista"[18], o, all'opposto, di "controrivoluzione"[19], fino alle "rivoluzioni" tecnologiche che costituiscono il vero feticcio della postmodernità, entro una talora scoraggiante carenza di prospettiva e di progetto[20].

[17] Sia pure con caratteri peculiari rispetto agli elitisti conservatori, quali Mosca, Pareto o Michels: sul punto E. A. ALBERTONI, *Gli elitisti italiani. II. Gobetti-Burzio-Dorso*, Pacini, Pisa 1974, 551 ss.; "Rivoluzione liberale" fu anche il titolo di una rivista fondata dallo stesso Gobetti e pubblicata dal febbraio del 1922 al novembre 1925 (quando fu sospesa per volontà di Mussolini). Per una maggior definizione del tema, s veda P. GOBETTI, *La rivoluzione liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia* (1924), Einaudi, Torino, 2008. Meriterebbe qui invero un maggiore approfondimento l'approccio al fenomeno rivoluzionario, inteso come modalità di avvicendamento delle classi dirigenti, assunto dalle teorie elitiste del Novecento: così G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, II ed., Bocca, Torino, 1923, rilevava come le rivoluzioni siano il modo in cui le «correnti d'idee, di sentimenti e di passioni, che ordinariamente influiscono a mutare l'indirizzo delle società umane», riescono «materialmente ad imporsi mediante l'uso della forza, cambiando anche gli individui che stanno al potere e facendo sì che essi rappresentino i loro principii» (ivi, 203). Guido Dorso auspicava una "rivoluzione meridionale", intesa come rivoluzione posta da una classe intellettuale, terza tra una borghesia povera e ignava da una parte e una plebe «abbrutita dalla tradizione e dalla miseria»: sul punto E. A. ALBERTONI, *op.cit.*, 749 ss.

[18] Una sintesi dell'evolversi dall'età moderna in poi del pensiero femminista, foriero di un'effettiva rivoluzione di tipo culturale lentamente tradottasi in termini (anche) giuridici e istituzionali, è in M. P. PATERNÒ, *Donne e diritti. Percorsi della politica dal Seicento a oggi*, Carocci, Roma, 2012 (spec. 101 ss. sul periodo rivoluzionario francese e 137 ss. sul Novecento e l'età contemporanea).

[19] Sul punto, tra molti, R. ARON, *L'oppio degli intellettuali*, cit., 62 ss.

[20] Rileva P. PRODI, *op.cit.*, 101, che «negli ultimi decenni abbiamo assistito un uso del termine 'rivoluzione' molto diverso da quello che troviamo nei manuali di storia: nel decadere delle ideologie sia di sinistra sia di destra sembra di essere ritornati, nelle manifestazioni di piazza come nei trattati dei sociologi e degli esperti delle comunicazioni, non soltanto ai significati premoderni di questa parola (moti di piazza, tumulti, sommovimenti, rotture dell'ordine stabilito) ma addirittura a un rovesciamento semantico per cui con rivoluzione si intende in realtà il suo contrario, la distruzione di ogni progetto, di ogni sviluppo coerente di visione del futuro».

2. Rivoluzione, profezia, utopia

Secondo Paolo Prodi, profezia e utopia sono storicamente realtà diverse, ma aventi in comune la condizione di esclusione dai templi e dai palazzi del potere: così

> «la profezia, essenziale elemento della storia della salvezza dell'umanità, come strumento per la trasmissione della *voce* di un Dio trascendente che si contrappone alla realtà del potere che domina nel mondo, manifestata nei profeti dell'Antico Testamento e istituzionalizzata nella missione affidata da Cristo alla Chiesa, è venuta meno con l'avvento della modernità e si è in qualche modo spezzata in due realtà diverse: da una parte, secolarizzandosi, è divenuta utopia e progetto rivoluzionario come visione di un mondo ideale, "altro" rispetto a quello esistente che deve essere combattuto e in ogni caso trasformato; dall'altra parte all'interno della Chiesa essa è invece sostituita da un millenarismo astorico, dalla visione mistica o da modelli di santità che non si pongono più il problema della storia umana come storia della salvezza[21]».

In certo modo, dunque, la rivoluzione eredita, ancora una volta come concetto teologico secolarizzato, la funzione mistico-visionaria della profezia: sul piano giuridico, la sua capacità di acquisire legittimazione tramite l'effettività dei suoi esiti normativi è così direttamente proporzionale alla sua capacità di aggregare intorno a sé e ai suoi fautori un consenso derivante dalla sua forza utopica, di incidere sulla psicologia collettiva secondo linee che tuttavia, su altro piano, si dimostrano, in modo più o meno diretto e svelato, *congrue* rispetto ai grandi processi sociali di trasformazione sistemica che, nel contesto dato, si vanno svolgendo[22]. Peraltro, inteso in tal senso, il mito rivoluzionario non cede dinanzi alla postmodernità: esso assume forme nuove, è talora banalizzato sul piano semantico nel linguaggio della comunicazione politica e commerciale, intersecato con le novità tecnologiche (le "rivoluzioni 2.0", o 3.0 e così crescendo, di cui sono pieni gli spot pubblicitari e i discorsi della politica televisiva), ma mantiene

[21] P. PRODI, *op.cit.*, 27-28.

[22] Per una sintesi dell'evoluzione e della funzione dell'utopia nella storia occidentale, V. I. COMPARATO, *Utopia*, il Mulino, Bologna, 2005; su tema anche R. SAAGE, *L'utopia in età moderna* (1991), tr.it. Ecig, Genova, 1997.

una sua valenza positiva, promissoria, entro un orizzonte di innovazione, catarsi e felicità che gli deriva dalla sua storia. Mito che sul piano politico e sociale entusiasma e atterrisce, luogo del dionisiaco e dell'incognito, astrazione ideologica e psicologica, ma al contempo – forse anche per questa sua natura demoniaca – è motore di trasformazione e spinta all'azione, come accadde, oltre che per quelle strettamente politiche, anche per le diverse «rivoluzioni industriali» sviluppatesi a partire dal secolo XVIII (sebbene il senso del termine per tali fenomeni sia affatto diverso, e assuma piuttosto un rilievo funzionale connesso all'interazione tra i sottosistemi politico ed economico). In tale dimensione, comunque, il mito rimane anche al suo livello politico originario, e si colloca agevolmente alla base dell'ideologia di una sinistra radicale (ma anche di una destra sociale altrettanto estrema). Così Michael Hardt e Antonio Negri concludono il loro *Empire* con un richiamo alla figura di un nuovo militante rivoluzionario, che sappia opporsi al comando dell'Impero «creativamente», entro una resistenza «immediatamente collegata con un investimento costitutivo nel mondo biopolitico, volto alla creazione di dispositivi cooperativi di produzione e comunità», e la cui novità sta nel fatto che essa «recupera le virtù dell'azione insurrezionale maturate in duecento anni di esperienze sovversive, ma, nello stesso tempo, è legata a un mondo nuovo, un mondo che non conosce un al di fuori», in modo che la militanza «conosce solo un dentro, la vitale e ineluttabile partecipazione al complesso delle strutture sociali senza alcuna possibilità di trascenderle». Dunque questa nuova militanza, che ancora si definisce comunista, «resiste nei contropoteri e si ribella proiettandosi in un progetto di amore»: gli autori chiamano a modello addirittura Francesco d'Assisi, poiché «nella postmodernità, ci troviamo ancora nella situazione di Francesco, a contrapporre la gioia di essere alla miseria del potere»; dunque si tratta ancora di una rivoluzione auspicata, ma «una rivoluzione che sfuggirà al controllo, perché il biopotere e il comunismo, la cooperazione e la rivoluzione restano insieme semplicemente nell'amore, e con innocenza»[23]. Da questa (alquanto sorprendente) conclusione, emerge ancora l'intima e perdurante connessione tra profezia, utopia e rivoluzione: un fenomeno che è in realtà espressione estrema del conflitto, che si è storicamente connotato per la violenza e

[23] M. HARDT - A. NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione* (2000), tr.it. Rizzoli, Milano, 2001, 381-382.

per le modalità quasi sempre cruente del suo svolgersi, che era temuto e prevenuto dagli antichi come il massimo male per la *pòlis*, è inopinatamente ricondotto a una dimensione quasi irenica nel raggiungimento un mondo nuovo e migliore, in cui lupi e agnelli convivranno in pace e fraternità. In fondo, è questo il contenuto più profondo di ogni messaggio rivoluzionario, sia esso caratterizzato da tratti religiosi e trascendenti, come nell'annunzio evangelico cristiano, o strettamente politici e secolari: anche le ideologie rivoluzionarie del marxismo, dell'utopismo *à la* Fourier o quelle del Novecento, dalle sinistre più radicali alle destre estreme fascista e nazista, hanno sempre promesso un mondo nuovo cercando di costruire anzitutto un "uomo nuovo", e talvolta recuperando, secondo talune tesi richiamate da Prodi, alcuni caratteri del millenarismo proprio di Gioachino da Fiore[24]. E nondimeno, è questa probabilmente la profonda ed enigmatica, eppure efficace, ambiguità del mito rivoluzionario: un male necessario per condurre a un bene agognato, una prova da superare per conquistare un premio che compenserà ogni sofferenza e purificherà ogni delitto, secondo una struttura narrativa arcaica che si ritrova nell'escatologia religiosa come nell'universo delle fiabe[25]. Tutto ciò può sembrare poco pertinente a una prospettiva giuridica, ma non può trascurarsi il fatto che il dato dell'effettività è fondamentale per la legittimazione di un nuovo ordine, e che tale effettività sarà possibile solo sulla base di una persuasione collettiva, che convinca la gran parte dei consociati ad accettare, o addirittura a combattere e morire per tale ordine sulla base dell'aspettativa di vantaggi materiali, ma non solo di questi. Tale è infatti la forza delle ideologie, che giocano su valori astratti etico-

[24] Sul punto P. PRODI, *op.cit.*, 65, secondo il quale «nelle religioni politiche l'utopia torna quindi a rifondersi, dopo secoli di laica presa di distanza, con il profetismo di tipo millenaristico per divenire l'ideologia portante di ogni processo, rivoluzionario o pseudorivoluzionario, di fondazione di una nuova 'èra'». Su Gioachino da Fiore, le cui tesi sulle tre ère in cui si suddivide la storia umana (una del Padre, chiusa con l'Antico Testamento, una del Figlio, iniziata con l'incarnazione e compiuta con il Vangelo, e infine una terza, apertasi nel secolo XIII, propria dello Spirito santo o del Vangelo eterno, in cui si sarebbe dovuta operare una grande riforma della Chiesa), furono tacciate di triteismo e condannate dal Concilio lateranense del 1215, E. BRÉHIER, *La filosofia del Medioevo* (1952), tr.it. Einaudi, Torino, 1980, 223 ss.; una critica al valore di precursore di Gioachino (già adombrata da Eric Voegelin), come all'idea per cui tutte le rivoluzioni avrebbero un'origine nell'avvento del cristianesimo è in H. ARENDT, *op.cit.*, 20 ss.; sull'"uomo nuovo" voluto dal fascismo, per tutti, E. GENTILE, *Fascismo. Storia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari 2002, 235 ss.

[25] Si veda in proposito il noto testo di V. PROPP, *Morfologia della fiaba* (1928), tr.it. Newton Compton, Roma, 1976.

politici e sulla spinta delle utopie ancor più che su prospettive concrete[26]. In questo senso, la motivazione primaria, per coloro che dal fenomeno rivoluzionario sono coinvolti senza esserne guida, è per lo più un desiderio di riaffermazione di un principio di giustizia sociale, partendo da un contesto in cui, ovviamente, essi si sentono vittime di un'iniqua posizione di svantaggio: tale è, secondo la più corretta accezione, anche il significato originario del termine «profezia» nella tradizione ebraico-cristiana[27]. D'altronde, il contrasto tra una concezione conflittuale-rivoluzionaria e una irenico-conservativa del messaggio cristiano percorre l'intera storia della Chiesa (e con essa dello stesso Occidente). Lo spirito di *renovatio* anima il primo francescanesimo e poi la riforma luterana per giungere fino al Concilio vaticano II, e genera per riflesso, dalla prima età moderna, la secolarizzazione del potere, la separazione tra gli Stati e le Chiese, tra il diritto divino e naturale e il diritto positivo statale: secondo Berman, sarà proprio la rivoluzione pontificia iniziata da Gregorio VII che, costruendo per prima il diritto canonico come corpo organico, spingerà gli ordinamenti degli Stati, nei secoli a venire, a strutturarsi per reazione in modo autonomo e a costruirsi come diritti nazionali[28]. L'avvento del cristianesimo rompe in effetti la dimensione ciclica della storia umana propria del pensiero classico, contrappone a un «tempo pagano» un «tempo cristiano», a un tempo ciclico un tempo lineare, segnato dall'evento unico e irripetibile della nascita del Cristo, e dunque orientato secondo una nuova dimensione direzionale che pone infine le basi per l'idea moderna di progresso, declinata dapprima in senso religioso e spirituale, come percorso verso la salvezza, e poi, secolarizzata, come processo di sviluppo e miglioramento materiale della condizione umana[29]. In

[26] D'obbligo qui il riferimento a K. MANNHEIM, *Ideologia e utopia* (1953), tr.it. il Mulino, Bologna, 1957, spec.55 ss. sul concetto di ideologia, e 189 ss. sulle quattro forme storiche dell'utopia (il Chiliasmo anabattista, l'idea liberale-umanitaria, l'ideale conservatore, il socialismo-comunismo) che l'autore individua prima di giungere a un'analisi della sua contemporaneità.

[27] Essa può infatti contenere anche previsioni e minacce, ma «rimane soprattutto contestazione del male dominante nel mondo, pronunciata a nome di Dio»: così P. PRODI, *op.cit.*, 29.

[28] H. J. BERMAN, *op. cit.*, 131 ss.

[29] Profili troppo complessi per essere qui trattati: si vedano però gli studi di G. MARRAMAO, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2005, spec. 34 ss. e 278 ss.; ID., *Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari 1994; sul concetto di progresso nella sua evoluzione storica, R. KOSELLECK-C. MEIER,

fondo, già questa è, *in nuce*, la prima grande trasformazione concettuale che conclude il mondo antico e apre le porte all'idea di un nuovo inizio, del «cominciamento» di una nuova era[30]: è in fondo una sottesa natura teofanica che in certo modo fonda anche, in questa prospettiva, il mito rivoluzionario, in una temporalità diacronica che supera se stessa, in un paradigma catartico che certo scivola talora in aprioristico e acritico filoneismo, ma muove altresì all'azione e al consenso, rende possibile ciò che prima non sembrava tale, mette alla prova le capacità di resistenza del sistema sociale e si connette strettamente, in età moderna, all'idea di un nuovo inizio e di una nuova libertà[31]. Ed è questo lo stesso tratto di teofania che, a ben vedere, accomuna tra loro, per certi aspetti, rivelazione religiosa, incarnazione divina, rivoluzione e potere costituente: eventi per sé unici, irripetibili, tali da divenire per sempre uno spartiacque tra un «prima» e un «dopo»[32], immanenti e trascendenti allo stesso tempo, capaci di mutare repentinamente e definitivamente la realtà in cui si manifestano, di cambiare il corso della storia e di fondare il *novus ordo saeclorum* di cui, parafrasando un verso della quarta egloga virgiliana, gli americani parlarono a proposito della loro rivoluzione concependola come un nuovo inizio[33]. Eventi

Progresso (1975), tr.it. Marsilio, Venezia, 1991. Su questi temi anche A. LONGO, *op.cit.*, 267 ss.

[30] Sul punto H. ARENDT, *op.cit.*, che rileva come «il concetto cristiano di storia, come venne formulato da Agostino, poteva concepire un nuovo cominciamento soltanto come un evento ultraterreno che sopraggiungesse a interrompere il corso normale della storia terrena» (ivi, 22-23).

[31] Ivi, 25: «È quindi d'importanza cruciale per la comprensione delle rivoluzioni dell'età moderna che l'idea di libertà e l'esperienza di un nuovo cominciamento coincidano. E poiché il concetto corrente di mondo libero implica che nel giudicare le costituzioni dei vari Stati il criterio supremo sia la libertà, e non la giustizia o la grandezza, la nostra disponibilità ad accettare o respingere tale coincidenza e la misura stessa di questa disponibilità dipendono non solo dalla nostra conoscenza della rivoluzione, ma dalla nostra concezione di libertà, che è di origine chiaramente rivoluzionaria».

[32] Basti pensare al fatto che i rivoluzionari francesi crearono un nuovo calendario e numerarono gli anni a partire dalla proclamazione della Repubblica (22 settembre 1792); in modo analogo il regime fascista affiancò all'anno numerato dalla nascita di Cristo (intesa come paradigma di una nuova era e spartiacque della storia umana), la propria numerazione, ovviamente avviata dal 1922.

[33] Ivi, 205 ss.: il "*magnus ab integro saeclorum ordo*" che Virgilio riferisce al regno di Augusto è piuttosto, secondo la Arendt, un ordine che nasce grande poiché «risale a un inizio precedente e ne trae ispirazione». Il che, come detto, è più coerente con l'idea della storia che il mondo romano esprimeva, per cui «ogni nuova fondazione è una rifondazione e una ricostruzione» (ivi, 243). Da notare che la locuzione "*novus ordo seclorum*" (*sic*) compa-

in cui la dimensione sacrale trascolora progressivamente in uno stupefacente miracolo secolare, che si invera nella storia e che tuttavia non rinnega, a ben vedere, i non pochi tratti della sua origine mitico-religiosa. La dimensione palingenetica della rivoluzione si afferma con le due grandi rivoluzioni della fine del Settecento: ma soprattutto da quella francese, che ha dato al termine il senso in cui noi oggi di solito lo utilizziamo, si trae l'idea di libertà come nuovo inizio, fondamentale per la comprensione di ogni rivoluzione moderna[34]: ed è partendo dagli eventi seguiti al 14 luglio 1789 che con la filosofia hegeliana, secondo Hannah Arendt, si apre il concetto moderno di storia, con l'idea «veramente rivoluzionaria» che «l'antico assoluto dei filosofi si rivelava nella sfera delle vicende umane, ossia proprio in quel campo dell'esperienza umana che tutti i filosofi avevano escluso potesse essere fonte o origine di norme assolute»[35]. Quanto questo tentativo di calare l'assoluto nel reale avrebbe condotto sul piano politico, con le sue degenerazioni successive, alle devastazioni delle religioni politiche totalitarie è profilo che non è qui possibile approfondire: ma certo l'idea rivoluzionaria si muta, a un certo punto, in ideologia, si salda a una concezione paramistica del potere costituente e si traduce

---

re nel 1782 sul rovescio del *Great Seal of the United States*, ed è apposta dal 1935 sul retro della banconota da un dollaro.

[34] H. ARENDT, *op.cit.*, 56: «la triste verità della faccenda è che la rivoluzione francese, che terminò nel disastro, è diventata storia del mondo, mentre la rivoluzione americana, che terminò col più trionfante successo, è rimasta un evento di importanza poco più che locale»; peraltro, la propensione ideologica dell'autrice per la prospettiva propria della rivoluzione americana è criticata, dal suo peculiare punto di vista, da A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Manifestolibri, Roma, 2002, 31 ss.

[35] H. ARENDT, *op.cit.*, 52: il modello era la rivoluzione francese, e «la ragione per cui la filosofia tedesca post-kantiana giunse ad esercitare una così grande influenza sul pensiero europeo del ventesimo secolo, specialmente in paesi esposti alle agitazioni rivoluzionarie – Russia, Germania, Francia – non stava nel suo cosiddetto idealismo, ma al contrario nel fatto che era uscita dalla sfera della speculazione pura e tentava di formulare una filosofia che accompagnasse e comprendesse concettualmente le più recenti e più reali esperienze del tempo». Anche nel noto studio di K. LÖWITH, *Da Hegel a Nietzsche. La frattura rivoluzionaria nel secolo XIX* (1941), tr.it. Einaudi, Torino, 1982, si afferma che «la Rivoluzione francese per la prima, distruggendo la tradizione, produsse nella coscienza dei contemporanei un effetto 'storicizzante', per cui dopo di allora il tempo presente viene concepito in antitesi a tutto quello 'anteriore', in modo espressamente storico e *temporale*, e con riferimento all'avvenire»; da Herder ad Arndt a Fichte, nella cultura tedesca si formerà da allora quel *Geist der Zeit* che alla metà dell'Ottocento diventerà la «parola d'ordine del progresso» (ivi,305-306).

in quello che diventa un vero mito moderno della rivoluzione, sancito dapprima dalla narrazione marxiana, hegelianamente argomentata, della rivoluzione proletaria[36], e poi, nella temperie novecentesca, dalla più nefasta esaltazione di un diverso paradigma rivoluzionario, intriso di contenuti mediati da modalità espressive e liturgie parareligiose, operata dal movimento fascista e dal visionario millenarismo paramistico del Reich hitleriano[37]. Ancora una volta, riemerge l'originaria commistione tra la dimensione messianico-profetica e quella politica: non più movimento libero di un popolo, la rivoluzione fa infine emergere un capo carismatico (o un'oligarchia) che la orienta, che condurrà il popolo stesso alla catarsi e alla felicità, e che si ammanta delle vesti di una guida politica, ma anche (e forse anzitutto) spirituale[38]. Ed è forse vero che oggi la dimensione utopica, negli ultimi decenni tradotta nella grande illusione dello Stato sociale, si è alquanto indebolita, se si è andata sempre più affermando nell'Occidente secolarizzato quella che Habermas già alla metà degli anni Ottanta dello scorso secolo definiva un'incombente *neue Unübersichtlichkeit*, generata dal perdersi di quella sorta di fusione che a partire dalla rivoluzione francese aveva invece superato l'apparente opposizione tra il pensiero storico, che, «saturato dall'esperienza, sembra destinato a criticare gli schemi utopici», e il pensiero utopico, che «sembra avere la funzione di aprire al-

[36] Che a sua volta trascolora in millenarismo: sul punto R. ARON, *Introduction,* cit., 159 ss.; con altra prospettiva, K. MANNHEIM, *op.cit*., 235 ss.

[37] Sul primo, tra molti, E. GENTILE, *Il culto del littorio*, Laterza, Roma-Bari 2003; sul fondo mistico-esoterico della dottrina nazionalsocialista, G. L. MOSSE, *L'uomo e le masse nelle ideologie nazionaliste* (1980), tr.it. Laterza, Roma-Bari, 1988, 195 ss.; ID., *Le origini culturali del Terzo Reich* (1964), tr.it. il Saggiatore, Milano, 1994; G. GALLI, *Hitler e il nazismo magico*, nuova ed., Rizzoli, Milano, 2005.

[38] Coglie bene le origini di questa progressiva commistione di fattori politici e mistico-religiosi già nel secolo precedente E. GENTILE, *Le religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 46: «nel corso del XIX secolo, la sacralizzazione della politica ebbe un considerevole sviluppo attraverso la fede rivoluzionaria, il messianismo politico, le visioni escatologiche secolarizzate attraverso le nuove concezioni della storia, come l'hegelismo e il marxismo, e le nuove filosofie che sacralizzavano o divinizzavano l'uomo»; il nazionalismo, capace di combinarsi «con le ideologie, le istituzioni e i regimi più diversi, sottoponendoli tutti al primato della nazione sacralizzata come entità suprema» ne fu la forma più evidente, e di lì si svilupparono «nuove forme di mobilitazione delle masse, attraverso una 'nuova politica' che cercava di rendere concreto il mito astratto della nazione, facendo partecipare i cittadini, attraverso simboli, riti e feste collettive, alla religione laica della patria». Per un'analisi a largo raggio dei rapporti tra religioni e politica, soprattutto nella prospettiva del fondamentalismo, A. ELORZA, *La religione politica. I fondamentalismi* (1996), tr.it. Editori riuniti, Roma, 1996.

ternative e margini di possibilità che spingono oltre le continuità storiche»[39]. Ma è altresì innegabile che quanto nella nostra area culturale resta delle utopie si annida nelle visioni suggestive delle grandi rivoluzioni promesse, delle ipotesi di giustizia e felicità, magari abilmente usate come strumenti di persuasione di massa, che tuttora muovono certi settori radicali nelle ali estreme del quadro politico, o certi movimenti ispirati a una sorta di neogiacobinismo purista e integralista, di più difficile classificazione; e anche, seppur in tutt'altre, ben più consapevoli e velate forme, in raffinate teorie etico-politiche come quelle – per fare solo qualche eminente esempio – di Habermas o di Rawls[40].

3. La funzione sistemica della rivoluzione

Seguendo la lettura di Arendt, dunque, l'esperienza di un nuovo inizio e quella di libertà, sintetizzate nell'acquisita consapevolezza di una «capacità umana di novità», sono alla base del *pathos* che le rivo-

[39] J. HABERMAS, *La nuova oscurità. Crisi dello Stato sociale ed esaurimento delle utopie* (1985), tr.it. Edizioni Lavoro, Roma, 1998, 11 ss.: se pur esiste un'opposizione concettuale tra i due, «nei fatti, tuttavia, la moderna coscienza del tempo ha schiuso un orizzonte in cui il pensiero utopico si fonde col pensiero storico», e «certamente, il muoversi di energie utopiche entro la coscienza storica caratterizza lo spirito del tempo che ha segnato la sfera pubblica politica dei popoli moderni sin dalla rivoluzione francese». E tuttavia, «dagli inizi del XIX secolo l''utopia' è diventata un concetto politico polemico che tutti usano contro tutti gli altri», impiegato per accusare prima illuministi e liberali, poi socialisti e comunisti, ma anche conservatori, «perché i primi evocavano un futuro astratto, i secondi un passato altrettanto astratto»; infine, «essendo tutti contagiati dal pensiero utopico, nessuno voleva essere un utopista». Ma «oggi invece parrebbe che le energie utopiche si siano esaurite, come se si fossero ritratte dal pensiero storico. L'orizzonte del futuro si è contratto e ha cambiato sin dalle fondamenta sia lo 'spirito del tempo' sia la politica»; la situazione non è chiara, e «l'oscurità è non di meno funzione del giudizio che una società dà della propria prontezza ad agire». Dunque il tema in discussione è «la fiducia in se stessa della cultura occidentale» (ivi, 12-14).

[40] Qui è impossibile anche solo sfiorare il complesso pensiero degli autori menzionati: si vedano tuttavia i noti studi di J. HABERMAS, *Etica del discorso* (1983), tr.it. Laterza, Roma-Bari, 1993; ID. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (tr.it. di *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992), tr.it. Laterza, Roma-Bari 2013; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971, II ed. 1999), tr.it. Feltrinelli, Milano, 2008; ID., *Liberalismo politico* (1993), tr.it. Edizioni di Comunità, Milano, 1994, nonché le nitide sintesi di S. PETRUCCIANI, *Introduzione a Habermas*, Laterza, Roma-Bari, 2000; S. MAFFETTONE, *Introduzione a Rawls*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

luzioni americana e francese ebbero nella storia dell'Occidente: e di qui la studiosa tedesca afferma, in termini più generali, che «solo là dove è presente questo *pathos* della novità, e la novità è connessa con l'idea di libertà, possiamo legittimamente parlare di rivoluzione»[41]. Dalla rivoluzione francese, afferma Arendt, emerge infine un'istanza di sovranità come principio assoluto, che fondi l'autorità stessa della nazione e la sua durata; di qui la necessaria distinzione posta da Sieyès tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, nonché la posizione del primo in un *état de nature*, antecedente al potere dell'Assemblea[42], e di qui, anche, la forza vitale del fenomeno rivoluzionario. Anche se poi, non senza qualche incoerenza fin troppo stigmatizzata da certa critica successiva[43], la stessa autrice conclude su soluzioni che rivalu-

41 H. ARENDT, *op.cit.*, 31: «Questo naturalmente significa che le rivoluzioni sono qualcosa di più che insurrezioni riuscite e che non è giustificato chiamare rivoluzione qualsiasi colpo di Stato o addirittura vedere una rivoluzione in qualsiasi guerra civile», giacché questi fenomeni hanno tutti in comune l'uso della violenza, ma «per descrivere il fenomeno della rivoluzione, la violenza come criterio è tanto poco adeguata quanto il cambiamento; solo quando il cambiamento avviene nel senso di un inizio nuovo, quando la violenza è impiegata per costituire una forma di governo del tutto diversa, per realizzare una nuova struttura statale, insomma quando la liberazione dall'oppressione mira almeno all'instaurazione della libertà possiamo parlare di rivoluzione» (*ibidem*).

42 Ivi, 183; sul punto anche G. AGAMBEN, Homo sacer. *Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005, 45 ss., il quale ben rileva che «il problema fondamentale non è, qui, tanto quello (non facile, ma pure teoricamente risolvibile) di come concepire un potere costituente che non si esaurisca mai in potere costituito, quanto quello, assai più arduo, di distinguere chiaramente il potere costituente dal potere sovrano» (ivi, 49). Agamben opera poi un acuto parallelo tra il rapporto potere costituente/costituito e quello potenza/atto (*dýnamis/enérgheia*) in Aristotele, per il quale «ciò che è potente può sia essere che non essere. Poiché lo stesso tanto è potente di essere che di non essere» (ARISTOTELE, *Metafisica*, lib.IX, 1050b, 10, ed. a cura di C. A. Viano, Utet, Torino, 430). Così la potenza si traduce in sovranità nel concetto di *adynamía*, ove il potente può passare all'atto «solo nel punto in cui depone la sua potenza di non essere»: e con ciò Aristotele, per Agamben, ha consegnato alla filosofia occidentale il paradigma della sovranità, giacché «la potenza (nel suo duplice aspetto di potenza di e potenza di non) è il modo attraverso cui l'essere si fonda *sovranamente,* cioè senza nulla che lo preceda e lo determini (*superiorem non recognoscens*), se non il proprio poter non essere. E sovrano è quell'atto che si realizza semplicemente togliendo la propria potenza di non essere, lasciandosi essere, donandosi a sé» (così G. AGAMBEN, *loc.cit.*, 53-54)

43 Non a caso A. NEGRI, *Il potere costituente*, cit., 32 ss., ricollega la riflessione arendtiana alla sociologia politica anglosassone fra Parsons e Rawls, e afferma che «in realtà H. Arendt apre rifiutando il contrattualismo, chiude esaltandolo; inizia fondando il suo ragionamento sulla forza del potere costituente, termina dimenticandone la radicalità; pone in principio le ragioni della democrazia, conclude affermando quelle del liberalismo»; infine «l'ermeneutica del modello costituzionale liberale configura uno schema lineare, non antagonistico, per lo sviluppo del principio costituente» (ivi, 33). La critica di Negri è severa: il

tano il paradigma contrattualista, individuando anche nel fenomeno rivoluzionario un elemento di continuità e depotenziando la connessa teofania del potere costituente entro una reciproca legittimazione di questo e dei poteri costituiti, in un'apertura del processo sociale che infine evita, opportunamente, la prospettiva di un percorso "a scatti", segnato da improvvise e repentine discontinuità, per la comprensione dell'incedere della storia e delle forme istituzionali. Ciò tuttavia può condurci, seppur in tutt'altra prospettiva teorico-analitica, alla lettura sistemico-funzionale della rivoluzione. Muovendo dalle considerazioni svolte in altra sede sulla natura e la funzione adattiva del colpo di Stato[44], che peraltro è spesso scaturigine di un fenomeno rivoluzionario, pur distinguendosene in modo abbastanza nitido sul piano concettuale per la sua natura sostanzialmente conservativo/restaurativa e per il fatto che tende a incidere solo sui vertici dell'apparato statale, anche per il fenomeno qui esaminato può evidenziarsi una funzione latente di adattamento del sottosistema giuridico, che in quanto tale interagisce con il proprio ambiente senza soluzione di continuità, rispetto alle pressioni e alle "irritazioni" da questo prodotte. In tal senso, i due elementi discriminanti di cui si è detto, che indubbiamente appaiono euristicamente utili a differenziare fenomeni sovente contigui nell'esperienza storica concreta, divengono tuttavia meno rilevanti: la lettura sistemica può cioè ricondurre sotto una matrice sostanzialmente unitaria le diverse forme di sommovimento sociale, al di là della loro finalità specifica, o delle modalità peculiari con cui nei singoli episodi si realizzano. Ovviamente, in esse differisce – e non di poco – la *dimensione* geografica e/o strutturale del movimento in atto, che è talora minimo per le rivolte, e in fondo anche per i colpi di Stato, e che

---

percorso dell'allieva di Heidegger è ritenuto «lineare e spontaneistico, come nelle peggiori versioni dell'istituzionalismo sociologico», e la filosofia arendtiana «si avvicina qui, senza meritarlo, alle versioni 'deboli' dell'heideggerismo»; il fondamento, «pur ricercato, pur identificato, è abbandonato alla versione che l'effettuale ne fa», e questo non è realismo, ma "cinismo storicistico", che «si sovrappone allo sforzo reale che la riflessione costituente ha operato nella speranza di identificare nell'assoluto del fondamento la pienezza della potenza, nella vuotezza della base ontologica l'interezza della libertà» (*ibidem*). Enfasi a parte, la lettura di Negri rileva alcune oggettive incongruenze del percorso arendtiano: ma, come si dirà tra poco, è proprio questo conclusivo tratto di realismo che consente, appunto sulla scorta dei modelli sistemici di Parsons e Luhmann, di esaminare su un altro piano il fenomeno rivoluzionario e le sue implicazioni giuridico-costituzionali.

[44] F. RIMOLI, *op.cit.*, *passim*.

invece è di più ampia portata per gli eventi rivoluzionari[45]. Come differisce, in modo altresì rilevante, la motivazione manifesta, sebbene non sia poi semplice, nel contesto reale, cogliere – quanto meno rispetto alla distinzione rivolta/rivoluzione – la differenza effettiva in tal senso, essendo le rivendicazioni politico-economiche sottese alla prima non di rado fondate su un principio di giustizia concreta che si assume violato e che implicitamente le radica in una prospettiva ideologica (il che spiega perché si verifichi spesso una trasformazione del primo fenomeno nel secondo). Se si muove da questa prospettiva, anche le affermazioni di Arendt risultano più deboli: l'idea di libertà che l'autrice ritiene ontologicamente necessaria e peculiare per il fenomeno rivoluzionario è certo un dato rilevante, ma non pare facilmente misurabile nel confuso e convulso succedersi degli eventi proprio di ciascuna fase rivoluzionaria. Il paradigma posto dalla rivoluzione iniziata nel 1789 e da tutte le sue successive, complesse e spesso imprevedibili trasformazioni, dal Termidoro al Terrore fino all'esito dell'avvento di Napoleone con il colpo di Stato del 18 brumaio e alla successiva creazione di un Impero, è significativo: esso fa emergere certo, ma solo *a posteriori* (e come frutto di un'elaborazione degli storici e dei filosofi della storia ben più che della percezione dei suoi protagonisti), un'idea relativamente univoca di libertà, che però non era certo la stessa, in quel contesto, per i giacobini e per i girondini, per i montagnardi o per i sanculotti[46]. Né le forme istituzionali che, in tem-

[45] Secondo G. PASQUINO, *op.cit.*, 977, la rivoluzione «si distingue dalla ribellione o rivolta poiché quest'ultima è generalmente limitata ad un'area geografica circoscritta, è per lo più priva di motivazioni ideologiche, non propugna un sovvertimento totale dell'ordine costituito ma un ritorno ai principi originari che regolavano i rapporti autorità politiche-cittadini, e mira ad un soddisfacimento immediato di rivendicazioni politiche ed economiche»; si distingue poi dal colpo di Stato «perché questo si configura soltanto come il tentativo di sostituire le autorità politiche esistenti all'interno del quadro istituzionale, senza nulla o quasi mutare dei meccanismi politici o socio-economici». Inoltre, «mentre la ribellione o rivolta è essenzialmente un movimento popolare, il colpo di Stato è tipicamente effettuato da pochi uomini già facenti parte dell'élite ed è quindi di tipo essenzialmente verticistico». Peraltro, lo stesso Pasquino nota come molte rivoluzioni, come quella bolscevica del 1917, si siano avviate con colpi di Stato (o, può aggiungersi, come quella americana, con rivolte motivate da rivendicazioni politico-economiche).

[46] Entro una letteratura immensa, si vedano per tutti, sui temi accennati, T. TALCOTT, *In nome del popolo sovrano. Alle origini della Rivoluzione francese* (1996), tr.it. Carocci, Roma, 2006, spec.173 ss.; G. LEFEBVRE - A, SOBOUL - G. F. E. RUDÉ - R. C. COBB, *Sanculotti e contadini nella Rivoluzione francese*, a cura di A. SAITTA, Laterza, Bari, 1958 (nuova ed. Res Gestae, Milano, 2015); M. VOVELLE, *I giacobini e il giacobinismo*, Roma-Bari, Laterza, 2009; L. SCUCCIMARRA, *La sciabola di Sieyès. Le giornate di brumaio e la genesi del*

pi stretti e in un succedersi vorticoso di costituzioni, essa produsse sono meno confuse: dall'affermazione della garanzia dei diritti e del connesso principio di separazione dei poteri contenuta nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (il cui art.16, tanto citato, rappresenta agli occhi di molti il vero manifesto del costituzionalismo moderno)[47], fino alla sorprendente formulazione dell'art.1 della Costituzione dell'anno XII[48], il processo rivoluzionario che soppiantò l'*ancien régime* e condusse la borghesia al potere in Francia (e infine nell'intera Europa) è contraddittorio e caotico, ma può forse essere compreso solo trascendendone i profili strettamente formali e istituzionali, e percependone piuttosto la valenza sistemica, sovente dissimulata dalle molte sovrastrutture ideologiche e giuridiche che ne segnarono il cammino[49]. Certo è però che la rivoluzione, nel suo fine ultimo, tende a distruggere, ma per ricreare; tende a negare il vecchio ordine, ma per riaffermarne uno nuovo, non per perpetuare il disordine[50] (anche se poi, non di rado, l'esito politico e sociale del processo rivoluzionario è assai diverso da quello che si voleva al suo inizio)[51] .

---

regime bonapartista, il Mulino, Bologna, 2002; P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, Paris, 2000.

[47] Così, secondo P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006, 65, lo spirito della Dichiarazione del 1789 ha esercitato una profonda influenza sugli ordinamenti di stampo liberale «sotto un duplice profilo, nel far assumere alla legge parlamentare a fulcro delle libertà da essa riconosciute e nell'avere individuato nell'eguaglianza dinanzi alla legge, piuttosto che il limite di questa, la peculiare dimensione della sua universalità».

[48] Secondo il quale «Il governo della Repubblica è affidato a un Imperatore, che prende il titolo di Imperatore dei Francesi»; l'art.2 statuisce poi che Napoleone Bonaparte, Primo Console della Repubblica, è Imperatore dei Francesi: si legga l'intero testo costituzionale al link http://www.dircost.unito.it/cs/docs/francia185.htm.

[49] Sul tema, tra molti, R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forme di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, il Mulino, Bologna, 2013.

[50] Così si esprimeva A. DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione* (1856), tr.it. Rizzoli, Milano, 2006, a proposito della rivoluzione francese: «la rivoluzione non è stata fatta, come si è creduto, per distruggere il potere della fede religiosa; ad onta delle apparenze, è stata una rivoluzione essenzialmente sociale e politica; e, nell'ambito di tali istituzioni, si è proposta non già di perpetuare il disordine, di renderlo in certo modo stabile e di fare dell'anarchia un sistema, come diceva uno dei suoi principali avversari, bensì di accrescere il potere e i diritti dell'autorità pubblica» (ivi, cap.V, 55 ed.cit.).

[51] Così uno dei più severi critici della Rivoluzione francese, Edmund Burke, scriveva, già a rivoluzione appena iniziata, «Non saprei come classificare l'attuale governo della Francia. Pretende di essere una democrazia pura, ma io penso che si stia già trasformando in una dannosa ed ignobile oligarchia» (E. BURKE, *Riflessioni sulla rivoluzione francese e*

Il che può dirsi, a ben vedere, anche per le altre rivoluzioni moderne (da quella americana del 1776, a quella russa del 1917, alle molte altre che la storia degli ultimi secoli conosce) in cui, in forme ovviamente peculiari, con esiti molto vari e in contesti storici, politici, economici e sociali affatto diversi, l'ambiente opera forme di pressione violenta sul sottosistema giuridico-istituzionale, esigendo una sua adeguata e tempestiva trasformazione. Proprio quest'ultimo aspetto, ossia quello legato alla prospettiva temporale dei processi di trasformazione, rende forse ragione delle modalità rivoluzionarie, che intervengono laddove i meccanismi di mutamento più graduali non riescono a soddisfare le richieste ambientali, offrendo *outputs* adeguatamente rapidi. Non è questa la sede per un'analisi approfondita sul punto, che peraltro concerne più la dimensione sociologica e la ricostruzione storica che la prospettiva giuridica. Ciò che tuttavia interessa al giurista è la constatazione del fatto che si conferma ancora una volta, in tal modo, il carattere di strumentalità delle costituzioni all'interno dei processi di trasformazione del sottosistema giuridico nel contesto ambientale di riferimento. Quel modello di accoppiamento strutturale tra sottosistemi giuridico e politico di cui Luhmann parla a proposito della costituzione[52] si manifesta infatti nitidamente proprio nelle fasi di metamorfosi dei sottosistemi: mutamenti rilevanti del sottosistema politico e di quello economico (ma non solo) inducono una trasformazione altrettanto notevole del sottosistema giuridico, "irritato" dai primi. Ciò che tuttavia sembra opportuno sottolineare è il fatto che il cambiamento radicale che si opera in tale ipotesi sul piano dell'ordinamento-struttura, e che si manifesta in questo come una reale soluzione di continuità, non opera nello stesso modo al livello del sottosistema: in altre parole, la crisi di un ordinamento, anche se tradotta in un mutamento

sulle deliberazioni di alcune società di Londra ad essa relative. In una lettera destinata a un gentiluomo parigino (1790), in ID., *Scritti politici*, a cura di A. MARTELLONI, Utet, Torino, 1963, 149 ss. (cit. a p.301). E d'altronde proprio l'astrattezza dell'idea di libertà sottesa alla rivoluzione costituiva, secondo Burke, uno dei fattori più temibili della stessa: «Quando io vedo attuarsi l'idea di libertà, io vedo certo al lavoro un potente principio; e questo, per un poco di tempo, è tutto quanto io riesca a vedere. La sua potenza è quella di un gas che si sprigioni violentemente; ma il giudizio sul fenomeno è impossibile finché la prima potente effervescenza non si sia un po' calmata e ci sia dato osservare nella soluzione tornata trasparente qualcosa di più profondo della mera agitazione di una superficie turbata e ribollente» (ivi, 159).

[52] N. LUHMANN, *La costituzione*, cit., spec.109 ss.

repentino e totale della costituzione che ne rappresenta il vertice strutturale (ossia nell'affermazione di una nuova costituzione), non è per sé una *catastrofe* del sottosistema giuridico, il quale anzi usa di tale cambiamento per adattarsi alle nuove condizioni ambientali, offrendo nuovi *outputs* al sistema sociale complessivo, e garantendo appunto in questo modo la propria permanente continuità.

4. Rivoluzione, democrazia, adattamento sistemico

Se quanto si è detto fin qui ha qualche fondamento, è evidente che lo stesso tradizionale legame tra fatto rivoluzionario ed esercizio di un incontenibile *pouvoir constituant* perde gran parte del suo significato, perché il tratto saliente del potere costituente, inteso come espressione di una *volontà* creatrice, in questa prospettiva svanisce[53]. Ben lungi dall'essere manifestazione di un'epifania, o meglio di una teofania secolarizzata, di una volontà umana di potenza tradotta in forme storiche concrete (e da taluno ritenuta tuttora opponibile, come volontà del popolo, alla sovranità)[54], il mito della rivoluzione e del potere costituente che in essa si esprimerebbe si riducono piuttosto a epifenomeno di una metamorfosi sistemico-funzionale in cui le dinamiche del mutamento sono in realtà incontrollabili da coloro che pure esteriormente sembrano esserne protagonisti o addirittura padroni, e sono invece matrici di azione (e comunicazione) affatto autonome e sovente anonime, forme percepibili ma non malleabili di processi svolgentisi entro una logica adattiva tutta interna al modello dell'interazione tra i sottosistemi operanti all'interno del sistema sociale complessivo: il problema di «ter-

[53] Il primo riferimento in materia è ovviamente a E. J. SIEYÈS, *Che cos'è il Terzo Stato?* (1789), tr.it. in ID., *Opere e testimonianze politiche*, t. I, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, 209 ss. (ma spec. il cap. V, 252 ss.); sul tema, tra molti, P. G. GRASSO, *Potere costituente*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1962, 642 ss.; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale* (1986), in G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro*, cit., 231 ss.; C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 139 ss.

[54] Così A. NEGRI, *op.cit.*, che vede il potere costituente ancor oggi «al centro dell'ontologia politica», e l'indagine sullo stesso «capace di confrontarsi con l'attuale crisi del costituzionalismo» per «chiedersi quale sia il soggetto adeguato, oggi, a sostenere una procedura assoluta costituzionale che si opponga al concetto di sovranità», nonché «a cercare di definire dove risieda, come si rappresenti, come operi il lavoro vivo della potenza, oggi» (ivi, 54).

minare la rivoluzione», che i Termidoriani si ponevano senza trovare una vera soluzione, è emblematico della sostanziale imprevedibilità di un processo sistemico oggettivo, che raramente risponde a coloro che lo hanno attivato[55]. Rispetto a ciò, è evidente che l'aspirazione delle costituzioni a una «eternità ordinamentale», ossia a rendere se stesse, ma anche l'ordinamento che su esse si regge, destinate a durare in modo indefinito[56], è frutto di un *trompe l'oeil* della storia: in effetti, la costituzione come tale è nulla più che un mezzo di adeguamento del sottosistema giuridico al proprio ambiente, e inevitabilmente dovrà, in tempi più o meno lunghi, mutare i propri contenuti per adattarsi agli *inputs* da questo provenienti. Ovviamente, sul piano dell'ideologia propria del costituzionalismo moderno e di quello contemporaneo (ivi incluse le evanescenti forme del cosiddetto "neocostituzionalismo")[57], la valenza assiologica della costituzione – e soprattutto di una costituzione democratica, ispirata alla divisione dei poteri e al loro reciproco bilanciamento – rimane di assoluto rilievo[58]. Al pari della rivoluzione, anche la costituzione, infatti, è un "mito", che vale al consolidamento di una forma ideologica determinata, rappresentando altresì sul piano sistemico un fattore autologico di fondazione[59]. Per quanto concerne

[55] Sul punto A. NEGRI, *op.cit.*, 287 ss.

[56] Come ben rileva M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, 1, il quale sottolinea che «le costituzioni, sebbene manifestino una naturale *inerzia,* sono comunque destinate al *moto*».

[57] Sul quale, per tutti, S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; e ID., *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 3/2003, 51 ss.; M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, *Costituzionalismo.it*, n. 2/2010; M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2012.

[58] Sul tema, di recente, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

[59] Sul punto N. LUHMANN, *La costituzione*, cit., 94: «Dal punto di vista del sistema giuridico è dunque giustificato individuare la novità del concetto di costituzione creato dalla rivoluzione [*scil.* francese] nella positività di una legge che fonda tutto il diritto, e persino legislazione e governo. La costituzione è dunque quella forma nella quale il sistema giuridico reagisce alla propria autonomia. In altri termini, la costituzione deve rimpiazzare quei sostegni esterni che erano stati postulati dal giusnaturalismo. Essa sostituisce sia il diritto naturale nella sua più tradizionale versione cosmologica, sia il diritto razionale con il suo concentrato di teoria trascendentale che si autoriferisce a una ragione che giudica se stessa. Al posto di quest'ultima, subentra un testo in parte autologico. E cioè, la costituzione chiude il sistema giuridico disciplinandolo come un ambito in cui essa ricompare a sua volta. Essa costituisce il sistema giuridico come sistema chiuso mediante il suo rein-

poi la costituzione *democratica*, nelle pur varie letture che la riflessione giuridica contemporanea ne offre, essa infatti non è più oggetto di rivendicazione, e magari premio per il successo di una rivoluzione, ma proposta come prezioso strumento di integrazione politica e pacificazione sociale, luogo di catartica risoluzione dei conflitti, garanzia di equilibrio e di stabilità, ma al contempo guida e controllo di un mutamento graduale e continuo[60]: infine, strumento di *pursuit of happiness* tramite il confronto discorsivo e le procedure della democrazia deliberativa[61]. Rispetto a ciò, la rivoluzione torna in certa misura ad assimilarsi alla *stàsis* degli antichi: temuta e vissuta non solo come crisi ma come catastrofe, da evitare a ogni costo tramite quelle forme di buon governo che Platone e Aristotele, ciascuno a suo modo, delineano con cura, sempre tenendo di vista proprio quel fine di stabilità che avrebbe dovuto essere al centro di una saggia gestione della *pòlis*[62]. Perché anche la costituzione degli antichi (peraltro ben diversa da quella dei moderni) è infine mutevole, e la *metabolé politéion* adombrata da Erodoto si trasforma nell'*anakýklosis* di Polibio, che comporta l'idea sottesa di fasi di trasformazione repentina e violenta, e la conseguente necessità di un governo misto, in cui i diversi modelli aristotelici (monarchia, aristocrazia, *politèia*) si combinino, come accadeva nella realtà istituzionale romana, per tutelare l'equilibrio complessivo dinanzi ai conflitti permanenti della società[63]. La costituzione dei moderni, e so-

---

gresso nel sistema» (ivi, 94). Nella prospettiva qui accolta, però, le parole di Luhmann dovrebbero riferirsi alla chiusura dell'ordinamento-struttura, in sé tuttavia non esaustivo dell'intero sistema giuridico: per un'efficace sintesi del complesso problema della chiusura/completezza dell'ordinamento, F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Giuffrè, Milano 1980, 678 ss., ma spec. 717 ss.; ID., *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2009, 188 ss.

[60] Sia consentito sul punto il rinvio a F. RIMOLI, *Identità e metamorfosi: qualche considerazione sui luoghi del mutamento costituzionale* (2011), ora in ID., *Democrazia Pluralismo Laicità. Di alcune sfide del nuovo secolo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 3 ss.

[61] Si vedano sul tema, tra molti, C. R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa* (tr.it. di *Designing Democracy*, 2001), il Mulino, Bologna 2009, spec. 71 ss., ma anche il noto studio di J. HABERMAS, *Fatti e norme,* cit., spec.322 ss.

[62] Sul punto, per tutti, S. GASTALDI, *Introduzione alla storia del pensiero politico antico*, Laterza, Roma-Bari, 2008 (63 ss. su Platone, 144 ss. su Aristotele); M. RICCIARDI, *op.cit.*, 11 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica,* Carocci, Roma, 2011, 15 ss.

[63] Su Polibio, sinteticamente, S. GASTALDI, *op.cit.*, 215 ss.; sul tema del conflitto sociale nel pensiero greco, F. FERRARESI, *Il tutto e le parti. Categorie e soggetti della conflittualità politica nell'antichità*, in *Scienza e politica*, vol.XXV, n. 47, 2012, 151 ss.

prattutto quella dei contemporanei, è certamente altra cosa: ma anch'essa si pone come ordine che tende alla stabilità, anzitutto preservando se stessa da possibili sovvertimenti radicali di quell'ordine che va a fondare e garantire. In più, la costituzione, se democratica, si pone per molti versi come antitesi della rivoluzione: poiché, come sottolinea Aron, mentre la democrazia è fatta di pluralismo, procedure elettorali, apertura inclusiva, ricerca di compromessi tramite procedimenti lenti e ponderati, e

> «*l'essence de la démocratie c'est aussi que les décisions prises soient révocables, qu'un parti puisse défaire ce que l'autre a fait, et que, par conséquent, on accepte réciproquement les altérités tout en maintenant suffisamment de choses en commun pour que la cité puisse exister*»

la rivoluzione è esattamente il contrario, e non potrebbe non esserlo. Essa infatti

> «*c'est le refus d'accepter l'autre en tant qu'il pense autrement que vous, c'est la rupture de la légalité. Alors que la démocratie est, par essence, la compétition pacifique en vue de l'exercice du pouvoir, la révolution c'est la violence et, comme la violence a toujours besoin de justification, c'est la violence au nom d'un principe incarné dans un parti*» [64].

Nondimeno, secondo Aron, democrazia e rivoluzione hanno più di un punto in comune, essendo ambedue fondate sul rifiuto dei regimi fondati sulla tradizione, legittimati sul passato o su una dimensione sacrale trascendente; e d'altronde, molte democrazie sono infine l'esito di fasi rivoluzionarie, resesi necessarie per rovesciare i vecchi poteri costituiti[65]. Anche per questa via, dunque, passa la creazione del mito: la rivoluzione può servire anche a costruire la democrazia, è un male necessario per un bene maggiore. Essa si pone, ideologicamente, come uno strumento sovente indispensabile per realizzare un ideale di giustizia in un mondo migliore (e peraltro, come per ogni mito, si ten-

[64] Così R. ARON, *Introduction*, cit., 201.

[65] «Mais il est assez difficile de faire naître une démocratie sinon par une révolution», poiché «il est rare en effet qu'un pouvoir établi consente de lui-même à s'amputer ou à se détruire» (ivi, 202-203).

de anche per la rivoluzione a magnificare, nel tempo, gli aspetti gloriosi, trascurandone i lati più oscuri e cruenti)[66]. In fondo anche chi, come de Maistre, alla rivoluzione francese fu fieramente contrario non poté disconoscerne la forza e la suggestione, interpretandola magari come un miracolo negativo, ma pur sempre frutto di un disegno divino che avrebbe riportato infine un ordine legittimo nella storia terrena[67]. E anche Kant, partendo dall'esempio francese, ben coglie l'aspetto cruento della rivoluzione, che può riuscire o fallire, essendo però «fitta di miserie e atrocità» tali che «un uomo benpensante, se potesse sperare di condurla fortunatamente intraprendendola una seconda volta, non si deciderebbe mai a rifare l'esperimento a tali costi». E tuttavia ne riconosce il valore partecipativo fondato su una duplice causa morale: la prima rappresentata da un diritto, «per cui un popolo non dev'essere impedito da altre potenze a darsi una costituzione civile che gli sembra buona»; la seconda da un fine-dovere, «per cui è in sé conforme al diritto e moralmente buona quella costituzione che nella sua natura è cosiffatta da evitare sulla base di princìpi la guerra di aggressione, e che dunque non può essere altra se non la costituzione, almeno secondo l'idea, repubblicana», la quale consente di entrare in una condizione in cui la guerra sia fermata, in modo che sia «assicurato negativamente il progresso verso il meglio al genere umano, con tutta la sua fragilità, almeno nel non essere ostacolato nel suo progredire»[68].

---

[66] Ancora R. Aron, *L'oppio degli intellettuali*, cit., 61, rileva che «a partire dal 1791-92, la Rivoluzione è stata avvertita dai contemporanei, compresi i filosofi, come una catastrofe», ma «col passare del tempo, si è finito col perdere il significato di catastrofe e col ricordare soltanto la grandezza dell'avvenimento».

[67] Così J. de Maistre, *Considerazioni sulla Francia* (1798), tr.it. Ed. riuniti, Roma, 1985, 3 ss.; sul punto anche M. Ricciardi, *op.cit.*, 100 ss.

[68] I. Kant, *Il conflitto delle facoltà in tre sezioni. Seconda sezione: il conflitto della facoltà filosofica con la giuridica* (1798), tr.it. in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari, 2004, 223 ss. (cit. a p.229); il filosofo precisa peraltro che non vuole con ciò sostenere che un popolo che abbia una costituzione monarchica sia giustificato nel volerla modificare, giacché questa potrebbe essere, a certe condizioni, «l'unica nella quale esso possa mantenersi fra vicini potenti» (*ibidem*). La temperie illuminista, già ben prima dell'evento rivoluzionario, poneva comunque alla base della sua filosofia della storia l'idea di progresso, ritenuta da molti non incompatibile con la religione: si veda il discorso pronunciato l'11 dicembre del 1750 alla Sorbona dall'abate Turgot, che dopo un elogio dei filosofi e scienziati (Descartes, Keplero, Bacone, Leibniz) che avevano «se non trovato la verità, almeno distrutto la tirannia dell'errore», rivolgendosi agli accademici conclude dicendo che «la Facoltà attende da voi la sua gloria, la chiesa di Francia i suoi lumi, la religione i suoi difensori», e auspicando che «il genio, l'erudizione e la pietà si uniscano per fondare le loro speranze» (A. R. J. Turgot, *Quadro filosofico dei progressi succes-*

Appare tuttavia evidente che, in una prospettiva sistemica, la stessa costruzione di una dimensione mitica è in sé interpretabile in senso strumentale, valendo piuttosto a legittimare ideologicamente, nonché a creare consenso e mobilitare attività su processi di trasformazione la cui funzione latente è piuttosto di tipo adattivo. In altre parole, la rivoluzione è mito proiettato nel passato e nel futuro più che nel presente, laddove costituisce piuttosto una contingenza vicina alla *stàsis* degli antichi, foriera di violenza, disordine e terrore collettivo ben più che di equilibrio, stabilità e giustizia. Ma rispetto a tale fenomeno, cede anche il ruolo della costituzione – e ancor più della costituzione democratica – come garanzia (non di eternità, ma) di effettiva e durevole stabilità dell'ordinamento. Il paradigma della "rivoluzione permanente", adombrato in diverse forme dal 1848 in poi da Proudhon e da Marx, e ripreso nel secolo successivo da Trotskij[69], è ovviamente alcunché di diverso, eppure trova forse una sua indiretta affinità con i meccanismi di metamorfosi sistemica di cui stiamo parlando: fenomeni apparentemente episodici (o epifanici), e invece costanti e graduali, seppur dotati di improvvise accelerazioni connesse alla strutturale continuità del sottosistema giuridico rispetto all'ambiente. Qui rivoluzione ed evoluzione in realtà si confondono, sfumano l'una nell'altra, essendo sostanzialmente modalità diverse ma funzionalmente omogenee di un unico processo continuo di adattamento reciproco nell'interazione sistemica.

Ovviamente, sul piano della più consueta tassonomia costituzionale, ciò riduce assai l'importanza di molte delle categorie care ai giuristi. Così, per esempio, il problema della continuità tra ordinamenti assume, sul piano teorico se non su quello pratico, contorni affatto diversi: la lettura sistemica supera infatti la ben nota *impasse* della possibile cesura tra gli stessi non tanto alla luce di un principio di continuità dello Stato (che tuttavia si risolve in una sostanziale tautologia, essendo infine lo Stato stesso, dal punto di vista giuridico, consustanziale all'ordinamento), ma adottando una ben più ampia accezione di sistema giuridico e *lato sensu* di diritto, che consente di definire la du-

---

sivi del genere umano (1750), tr.it. in ID., ***Le ricchezze, il progresso e la storia universale***, scritti a cura di R.Finzi, Einaudi, Torino, 1978, 4 ss. (cit. a p. 27).

[69] Si veda soprattutto L.TROTSKIJ, ***La rivoluzione permanente*** (1929), tr.it. A.Mondadori, Milano, 1973 (nonché AC Editoriale, Milano, 2004); sul punto M.RICCIARDI, ***op.cit.***, 149 ss.

plicità dei livelli mediante categorie esterne all'ordinamento stesso, il quale si riduce in tal senso a struttura funzionale endogena del sottosistema[70]. D'altronde, la soluzione non è affatto nuova, potendosi trovare qualche insospettabile affinità logico-concettuale anche in autori affatto distanti: così per esempio la dottrina schmittiana, pur ovviamente lontana dalla prospettiva sistemico-funzionale, riconosce la continuità dell'unità politica anche nell'ipotesi estrema di una *Verfassungsvernichtung*, ossia quella in cui si produce «un cambiamento del potere costituente», alla luce del fatto che è possibile «ricondurre ogni costituzione, che abbia una durata, alla volontà espressa o tacita del popolo, quale che sia il governo, cioè la forma di esercizio di questa volontà»[71]. Ma è in fondo lo stesso concetto schmittiano di costituzione in senso assoluto, e in particolare la terza accezione che l'autore indica per tale sintagma, a sostenere questa conclusione: «una costituzione vige, perché emana da un potere costituente», ed è «il principio attivo di un processo dinamico di energie effettuali, un elemento del divenire, ma realmente, non una procedura regolamentata di norme e attribuzioni di 'dover essere'», ossia «il principio del divenire dinamico dell'unità politica, del processo di nascita e di formazione sempre nuova di questa unità con una forza e un'energia che sta alla base o che agisce dalle fondamenta», sicché lo Stato non è alcunché di «quietamente statico», ma «qualcosa che diviene, che nasce sempre di nuovo». Ciò, com'è noto, pone per Schmitt la netta distinzione con la costituzione in senso relativo, intesa come «la singola legge costituzionale», o meglio come un insieme di leggi costituzionali, individuati non contenutisticamente, ma secondo caratteri «esteriori e secondari, cosiddetti formali»[72]. Naturalmente, la prospettiva dell'autore è ispirata a una concezione peculiare del potere costituente inteso come luogo fondativo dell'unità politica, che in quanto tale non si esaurisce per la decisione politica che genera una singola costituzione, sovrasta ogni altro potere costituito (legislativo, esecutivo o giudiziario), ed è «uni-

[70] Sul primo punto, tra moltissimi, C.MORTATI, *Costituzione*, cit., 139 ss. (ma spec. 204 ss.); M.FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Giuffrè, Milano, 2000, spec.241 ss.; sulla dimensione funzionale del diritto come sottosistema differenziato, N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (raccolta di saggi, 1981), tr.it. il Mulino, Bologna, 1990, 61 ss.

[71] C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), tr.it. Giuffrè, Milano 1984, 134.

[72] Ivi, 18 ss. e 27 ss.

tario e indivisibile»[73]: in ciò essa è totalmente diversa da una prospettiva sistemica[74]. Ma, depurata dell'evanescente dimensione volontaristico-soggettiva di cui si sostanzia, tale concezione duale si traduce, entro una lettura di tipo sistemico-funzionale, nella dimensione della discontinuità possibile dell'ordinamento-struttura nell'ambito della continuità ontologica del sottosistema giuridico: in altre parole, l'ipotesi del rivolgimento radicale delle istituzioni e dell'ordinamento, proprio del fenomeno rivoluzionario, si inscrive nel quadro definito dal sottosistema giuridico come uno dei modi di adattamento di questo all'ambiente e alle sue più o meno pressanti richieste di *outputs*. In tale prospettiva, i profili inerenti alla legittimazione che il nuovo ordinamento deve acquisire assumono contenuti diversi: così potrà dirsi, per esempio, per l'effettività, che sarà intesa – per mantenere un lessico tipico dell'analisi sistemica – come un *feedback* positivo dell'adeguatezza dell'*output* fornito dal sottosistema rispetto all'avvenuto (e comunque contingente e provvisorio) adattamento dell'ordinamento, e in senso più ampio del sottosistema, all'ambiente con cui interagisce[75]. D'altronde, l'accoppiamento strutturale tra i sottosistemi giuridico e politico (nonché, potrebbe soggiungersi, economico) che la costituzione per sé rende manifesto riflette appieno questa permeabilità della stessa ai cambiamenti esterni: lungi dall'essere immutabile ed eterna come vorrebbe (forse) apparire, essa deve piuttosto rendersi, insieme, abbastanza rigida da guidare i comportamenti dei consociati, e sufficientemente flessibile da aderire alle contingenze imposte dalla storia. Laddove la prima dimensione sia carente, infatti, la costituzione fallisce rispetto a una delle sue funzioni primarie, ossia la stabilizzazione normativa delle aspettative comportamentali (obiettivo dell'intero ordinamento, e dunque anzitutto del suo vertice strutturale); laddove tuttavia manchi la seconda, l'esigenza di cambiamento, privata di una guida possibile, può facilmente tradursi in fenomeni di crisi

[73] Ivi, 111 ss.; sul tema anche C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (1964), tr.it. Laterza, Roma-Bari 1975, 149 ss.

[74] Sulla lettura schmittiana del potere costituente e sul concetto di decisione politica, C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero moderno*, il Mulino, Bologna, nuova ed. 2010, spec.575 ss.; G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Laterza, Roma-Bari 2005, 33 ss.; S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Carocci, Roma, 2012, spec.70 ss.; ma anche G. AGAMBEN, *op.cit.*, 50-51.

[75] Sul concetto di *feedback*, D. EASTON, *op.cit.*, 158 ss.

dell'ordinamento, secondo modalità variabili ma accomunate dal tratto dell'illegalità, ovviamente intesa come relativa alla prospettiva assiologica e alle qualificazioni giuridiche poste dall'ordinamento travolto, ben al di là delle procedure previste e dei limiti imposti dalle costituzioni stesse per la propria revisione[76].

5. Rivoluzione e costituzione: due miti in conflitto?

Come detto, da un certo momento in poi il mito della costituzione e quello della rivoluzione hanno preso strade diverse: se per i rivoluzionari del secolo dei Lumi e dell'inizio del successivo la costituzione era infine l'esito di una trasformazione profonda dell'antico regime, la conquista di un nuovo mondo, la palingenesi della modernità, e infine uno dei frutti più preziosi della rivoluzione, per i giuristi del secolo XX la rivoluzione, e il travolgimento della costituzione vigente che essa implica, diventa un momento di crisi profonda, un sovvertimento traumatico, la negazione dell'ordine esistente e del diritto stesso, l'espressione di una nefasta anomia, insomma la *stàsis* degli antichi. Il costituzionalismo postrivoluzionario continuò a percepire le Carte ottriate ottocentesche come il prodotto di un rinnovamento, di un progresso sociale e politico delle classi in ascesa: la dimensione borghese dello Stato continentale europeo fece tuttavia di quel prodotto (né avrebbe potuto essere altrimenti) un mezzo di consolidamento e mantenimento del potere acquisito[77]. Sicché costituzione e rivoluzione, in origine affiancate da una comune spinta di rinnovamento, si traducono ormai in antitesi concettuali: la prima rivolta alla definizione e al mantenimento di un ordine, assiologico prima che giuridico, orientato es-

[76] Già C. MORTATI, *Costituzione*, cit., vedeva realisticamente «come illusorio sia il concepire la rigidezza quale garanzia di assoluta integrità del testo scritto, poiché anche le procedure di aggravamento richieste per le revisioni costituzionali, alla pari degli altri impedimenti all'attività degli organi costituiti, non possono assumere valore pienamente vincolante tale da precludere l'attuarsi di modifiche per vie diverse da quella prescritta: possibilità questa tanto più facile a verificarsi quanto più complicate siano le procedure predisposte per effettuarle» (ivi, 186).

[77] Sul tema, tra molti, M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1984, 151 ss.; ID., *Costituzione (dottrine generali)* (2007), ora in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, il Mulino, Bologna, 2015, 23 ss.; si veda anche M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643 ss. (e già in ***Rivista AIC***, archivio).

senzialmente, almeno nell'area occidentale euroamericana, sull'ideologia democratico-liberale e sul paradigma dei diritti fondamentali; la seconda relegata alla marginalità del movimentismo della sinistra e della destra radicali, retaggio di un'utopia che sopravvive nell'aspirazione a un mondo deglobalizzato, affrancato dalle catene del postcapitalismo finanziario, motivata dalla chimera di una democrazia effettivamente egualitaria e partecipativa da un lato, o da un anacronistico nazionalismo che erige muri e rafforza le frontiere, dall'altro. Ciascuno a suo modo, dunque, vedendo la rivoluzione secondo la consueta prospettiva di una promessa di felicità. Oggi in effetti c'è chi vede in atto un processo di costituzionalizzazione globale, che troverebbe nella dimensione delle "costituzioni civili" una sorta di estensione spontanea dei paradigmi di controllo propri del costituzionalismo classico ai dilaganti fenomeni di dominio globale delle grandi organizzazioni private transnazionali: il *societal constitutionalism* utilizza gli strumenti dell'analisi sistemica per prospettare una nuova utopia, fondata sull'autolimitazione dei poteri privati mediante la creazione di regole e strutture di autocontrollo che impediscano alla dimensione sistemica di esplicare senza freni la sua tendenza all'iterazione coatta di matrici di comportamento anonime e autodistruttive, promuovendo una sorta di *self-restraint* che infine salvaguarderebbe la natura progressiva del modello di sviluppo complessivo e addirittura la sua democraticità[78]. I limiti di una tale pur suggestiva impostazione sono abbastanza evidenti[79], e nondimeno queste teorie riflettono la difficoltà di ricondurre entro il contesto globalizzato la prospettiva rivoluzionaria: la palingenesi non sembra più poter giungere infatti, entro una dimensione così sistemicamente funzionalizza-

[78] Si tratta di un tema assai complesso, impossibile qui da trattare: si veda per tutti l'impostazione di G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili* (raccolta di saggi), a cura di R. PRANDINI, Armando, Roma, 2005; ID., *Nuovi conflitti costituzionali* (tr. it. parz. di *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, 2012), Mondadori, Milano, 2012; ID., *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis, Sesto S.Giovanni, 2015; nonché il volume di R. PRANDINI - G. TEUBNER (a cura di) *Costituzioni societarie: politica e diritto oltre lo Stato* (vol.14 della rivista *Sociologia e politiche sociali*), FrancoAngeli, Milano, 2011. Sulle tesi di Teubner, L. ZAMPINO, *Gunther Teubner e il costituzionalismo sociale. Diritto, globalizzazione, sistemi*, Giappichelli, Torino, 2012.

[79] Sia consentito sul punto rinviare a F. RIMOLI, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime osservazioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2012, 357 ss.

ta, da un movimento ideologicamente strutturato, capace di scardinare un regime costruito entro un contesto circoscritto. La stessa dimensione globale del nuovo campo di azione e comunicazione impedisce la praticabilità delle prospettive rivoluzionarie nel senso tradizionale, che si misuravano comunque su una dimensione di tipo statale: si ha ormai l'impressione che il rinnovamento possa giungere solo da una metamorfosi tanto complessiva quanto improbabile del sistema sociale (e in esso di quello giuridico-istituzionale), che passi tuttavia per una sorta di spontanea autoregolazione del meccanismo della comunicazione, rompendo l'inesorabile iteratività e automaticità dei comportamenti dei *global players*, ormai veri detentori del potere, in una sorta di rinnovata autocomprensione del proprio ruolo storico. Quella sorta di liberazione dell'individuo che la teoria discorsiva di Habermas tenta di ottenere con la distinzione tra un mondo sistemico funzionalmente strutturato e una sfera di *Lebenswelt* comunicativamente orientata[80], quel tentativo di spezzare la catena dei meccanismi autopoietici che lo stesso Luhmann persegue tramite una lettura acuta e originale del paradigma dei diritti fondamentali[81], il costituzionalismo societario cerca di raggiungere mediante una utopica riaffermazione del paradigma costituzionale nel quadro di una società globale sempre più pervasiva e opprimente. Potrebbe essere questa, dunque, la nuova frontiera della rivoluzione, il nuovo confine dell'utopia?

6. Conclusioni

Qui però è davvero impossibile trarre conclusioni: le capacità adattive del sistema sociale sono imprevedibili nelle loro modalità e nella loro scansione temporale. Il vero tempo della storia è tempo dell'umanità, non dei popoli e tanto meno degli individui. Di un odierno «tramonto della rivoluzione» ha parlato Paolo Prodi, che proprio dai processi della nuova globalizzazione, e dall'indebolimento della statualità, con un parallelo sorgere di un «nuovo monopolio del potere economico-politico che tende ad affermarsi ovunque, nella

[80] Il riferimento è alla nota costruzione di J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo. I. Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale* (1981, III ed.1984), tr.it. il Mulino, Bologna, 1997, 697 ss.

[81] N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965, 1999), tr.it. Dedalo, Bari, 2002, spec. 79 ss. e 295 ss.

nuova configurazione dei mercati finanziari e del consumo, e che domina, con sondaggi e anche pseudo-comitati etici, i mass-media e la vita degli uomini», fa derivare anche un crollo del mito rivoluzionario, al quale si sostituisce oggi

> «non il mito della scienza, ma il mito della tecnica con il suo asservimento a poteri non controllabili da parte delle Chiese e degli Stati. Lo strumento diviene scopo: non più protesi per lo sviluppo della persona ma fine. Un linguaggio che possiede l'uomo cancellando il suo passato»[82].

Così si perde secondo l'autore, sia nella politica che nella scienza, la dimensione di «una possibile rivoluzione, di un progetto futuro come cammino dell'umanità verso la salvezza», certo non soddisfatto dai pur rilevanti progressi tecnologici, dalle biotecnologie, dalla comunicazione in rete, che possono trasformare la nostra vita quotidiana e la stessa politica, ma non donano alcuna prospettiva reale di palingenesi[83]. E tuttavia, tali affermazioni, pur in parte condivisibili, non sembrano poterlo essere del tutto: come lo stesso Prodi riconosce, fuori dal nostro contesto geopolitico l'idea di rivoluzione sopravvive oggi, in forme purtroppo peculiari e devastanti, nel *jihad* dell'Islam integralista[84], fondato su un progetto teocratico di conquista dell'Occidente e di riaffermazione del califfato, ma anche (e da ciò l'Occidente stesso non è immune) in tutti quei paradigmi che trovano in una presunzione di assolutezza delle proprie convinzioni etiche, in una Verità esclusiva, la propria ragion d'essere. Il fondamentalismo che può caratterizzare ogni forma di religione e di convinzione etica, trascendente o immanente, di chiesa o politica, è fomite di utopia, spinta all'azione, riformatrice e talora rivoluzionaria. In questo senso, nel testo di Prodi, l'osservazione circa una salvezza dell'umanità contraddice in certa misura la sua stessa tesi: perché la ricerca di tale "salvezza" come fine del procedere dell'umanità già costituisce, a ben vedere, una possibile base per l'utopia, un credere che può muovere all'agire. Torna qui lo sguardo sull'intima connessione tra profezia, fede e utopia: laddove un'ideologia forte e integrale, sia essa religiosa o secolare, riesca a catalizzare le forze razionali e quelle irrazionali, le

[82] P. PRODI, *op.cit.*, 99-100.
[83] Ivi, 103 ss.
[84] Ivi, 107 ss.

pulsioni dei singoli e le emozioni di massa, liberando la spinta che questo scrigno di energia collettiva serba in sé, riesca insomma a tradurne la potenza in atto e il pensiero in azione, il movimento inizia, e può infine, seppur in tempi e modi non prevedibili, produrre quegli effetti di adeguamento e metamorfosi che l'ambiente richiede, travolgendo costituzioni e ordinamenti, ma prima ancora popoli e individui. Nel bene e nel male, e ancor più nel loro inesorabile confondersi, sta ancora qui il nucleo profondo di una rivoluzione possibile, qui sopravvive il suo mito.

L'ESTERNALIZZAZIONE *SOFT* DELLE FRONTIERE E IL NAUFRAGIO DELLA COSTITUZIONE

di *Alessandra Algostino*

SOMMARIO: *1. Il diritto dell'immigrazione: dalla Costituzione alle lettere; 2. Il modello degli accordi di riammissione* soft*: la Dichiarazione Unione europea-Turchia del 18 marzo 2016; 3. Gli accordi di riammissione* soft *dell'Italia: questioni di forma?; 4. Democrazia e pubblicità: l'art. 1 Cost.; 5. La legge di autorizzazione alla ratifica e l'art. 80 Cost.; 6. Discorrendo di immigrazione, la riserva di legge ex art. 10, c. 2, Cost.; 7. Il diritto di asilo e il divieto di refoulement: l'art. 10, c. 3, Cost.; 8. Esternalizzazione delle frontiere, persona umana e diritti costituzionali; 9. Osservazioni conclusive: la Costituzione e la palude.*

> *«Les han robado su lugar en el mundo. Han sido despojados de sus trabajos y sus tierras. Muchos huyen de las guerras, pero muchos más huyen de los salarios exterminados y de los suelos arrasados.*
>
> *Los náufragos de la globalización peregrinan inventando caminos, queriendo casa, golpeando puertas: las puertas que se abren, mágicamente, al paso del dinero, se cierran en sus narices. Algunos consiguen colarse. Otros son cadáveres que la mar entrega a las orillas prohibidas, o cuerpos sin nombre que yacen bajo tierra en el otro mundo adonde querían llegar».*
>
> EDUARDO GALEANO, ***Los emigrantes, ahora*** (2005)[1]

1. Il diritto dell'immigrazione: dalla Costituzione alle lettere

La Costituzione che sancisce il diritto di asilo (art. 10, c. 3), o stabilisce che la condizione giuridica dello straniero sia «regolata dalla legge» (art. 10, c. 2), così come il diritto internazionale, con trattati quali la Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 28

[1] E. GALEANO, ***Los emigrantes, ahora***, in ***Bocas del tiempo***, Pehuén, Santiago, 2005, p. 207.

luglio 1951[2], o la Convenzione ONU per la tutela dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 18 dicembre 1990[3], e il diritto dell'Unione europea, con gli artt. 77-80 TFUE, regolamenti e direttive[4], costituiscono ormai solo uno degli elementi che compongono il *patchwork* che presiede a «una migrazione ordinata»[5], ovvero alla gestione delle migrazioni. L'*hard law*, statale, comunitario o internazionale, sfuma in una nebulosa di comunicazioni, procedure operative, circolari, partenariati, memorandum, scambi di note. La *governance* dell'immigrazione[6] – per inciso, si utilizza il termine *governance* non per essere *à la page*, ma perché restituisce bene l'immagine della commistione liquida di attori, dotati di legittimazione democratica e/o di poteri di fatto, che agiscono senza procedure e forme predefinite[7] – è sempre più fluida e informale.

In questo contesto gli accordi di riammissione più recenti si presentano come emblematici della trasformazione delle politiche e delle norme in materia di immigrazione, sia per la loro forma – o, meglio, non-forma – sia per il loro contenuto (paradigmatico della *ratio* delle politiche europee in materia di immigrazione)[8].

---

[2] La Convenzione è autorizzata alla ratifica ed eseguita nell'ordinamento italiano con legge 24 luglio 1954, n. 722.

[3] Senza scordare che alcune norme dei trattati, fra le quali il principio di *non-refoulement* (art. 33 Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati) sono ormai considerati come parte del diritto consuetudinario.

[4] Per alcuni riferimenti specifici, cfr. *infra*; per un quadro sistematico, si vedano, sul sito *www.europarl.europa.eu* (voce Note sintetiche sull'Unione europea, Le politiche settoriali), *Politica di immigrazione* e *Politica di asilo*.

[5] Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), *Missione,* in www.italy.iom.int

[6] In tema, molto efficacemente, si legga I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell'underworld del comando globale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

[7] Per tutti, sulla *governance*, sulle sue opacità e sui suoi rischi, cfr. M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna, 2010; P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique á l'âge de la défiance*, Seuil, Paris, 2006 (trad. it. *La politica nell'era della sfiducia*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2009), spec. p. 264; P. MEAGLIA, *Governance e democrazia rappresentativa. Un confronto*, in *Teoria politica*, n.s., Annali I, 2011, pp. 381 ss.; R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme di democrazia*, Cedam, Padova, 2011; A. ARIENZO, *Dalla corporate governance alla categoria politica di governance*, in *Governance*, I, Dante&Descartes, Napoli, 2004, e ID., *La governance*, Ediesse, Roma, 2013.

[8] «Gestire le frontiere» è uno dei quattro «livelli di azione» individuati dall'Agenda europea sulla migrazione, adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015 (Commissione europea, 13.5.2015 COM(2015) 240 final, Bruxelles), ma in realtà esso attraversa an-

Non solo: gli accordi di riammissione possono essere letti come esempio della metamorfosi che, più ampiamente, sta subendo il diritto, con un progressivo esautoramento degli organi preposti alla produzione delle norme, e a ciò legittimati dal loro essere parte del circuito politico-rappresentativo, in favore di un *mélange* di soggetti pubblici (con una prevalenza degli organi esecutivi) e privati, che agiscono al di fuori di procedure e forme predeterminate, utilizzando strumenti flessibili e informali. Ancora, anticipando quanto si osserverà *infra*, essi rendono palesi le ambiguità della proclamazione di diritti universali che si attenuano, quando non scompaiono, se i titolari sono *semplici* persone umane.

La rilevanza della questione "immigrazione" emerge in Europa nelle ultime decadi del Novecento. A livello europeo, alla fine degli anni Ottanta si registrano i primi segnali che mostrano il crescente interesse per la materia: dalla costituzione di organismi intergovernativi ibridi (in quanto correlati con le istituzioni comunitarie), come il Gruppo ad hoc Immigrazione (1986), alla considerazione della circolazione degli stranieri nella Convenzione di applicazione del 19 giugno 1990 dell'Accordo di Schengen (14 giugno 1985), all'adozione della Convenzione di Dublino sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee del 15 giugno 1990; senza dimenticare il Trattato sull'Unione europea (Maastricht, 7 febbraio 1992), che contempla, se pur nel terzo pilastro rimesso alla cooperazione intergovernativa, le politiche in tema di asilo e immigrazione[9]. Si giunge così alle soglie del nuovo millennio al primo passo nella comunitarizzazione delle competenze relative all'immigrazione e all'asilo con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre del 1997 e al Consiglio europeo di Tam-

che gli altri tre livelli, «ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare», «onorare il dovere morale di proteggere: una politica comune europea di asilo forte», «una nuova politica di migrazione legale».

[9] In argomento, cfr. B. NASCIMBENE (a cura di, con la collaborazione di, M. PASTORE), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995.

pere del 15 e 16 ottobre 1999, nelle cui conclusioni il primo punto è dedicato alla politica comune in materia di immigrazione e asilo[10].

Segue quindi negli anni successivi l'adozione di una serie di direttive tendente ad elaborare un quadro giuridico compiuto, che, peraltro, stante anche la collusione della materia con le tradizionali prerogative statali, spesso è declinato nei termini dell'individuazione di una serie di standard minimi[11]. Parallelamente, a partire dal 2005, atti di *soft law* come il *Global Approach to Migration and Mobility*[12] annunciano non tanto un cambiamento di rotta quanto un mutamento di stile e di intensità delle politiche europee[13] che si affidano sempre più alla cooperazione con Stati terzi, a «partenariati per la mobilità», assumendo come cardine l'assunto che «senza controlli efficaci alle frontiere, senza una riduzione dell'immigrazione irregolare e un' efficace politica di rimpatrio, l'UE non sarà in grado di offrire maggiori opportunità di migrazione legale e mobilità»[14].

Quanto all'ordinamento italiano, basti qui ricordare – dopo i primi passi compiuti con la legge 30 dicembre 1986, n. 943, e la legge 28

[10] Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, dedicato alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea, *Conclusioni della Presidenza*, in *www.europarl.europa.eu*

[11] A mo' di esempio, si ricordano la c.d. direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare) e le direttive in materia di protezione internazionale: direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (con la precisazione che esiste una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una procedura comune per la protezione internazionale nell'Unione e che abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2016)0467); direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

[12] In argomento, per un primo approccio, cfr. D. VITIELLO, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 3-4/2016, pp. 9 ss.; I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 68 ss.

[13] Cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., p. 70, che, individuata nel *Global Approach to Migration* la terza fase delle politiche migratorie dell'Unione europea, osserva come il nuovo approccio «adotta certamente nuovi strumenti, i quali però servono soprattutto a potenziare il *tradizionale approccio*, ovvero le misure di riammissione, controllo e repressione dei movimenti migratori, prefigurando come unico canale d'ingresso regolare il modello della migrazione circolare».

[14] Commissione europea, *L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità*, COM(2011) 743 del 18.11.2011, p. 5.

febbraio 1990, n. 39 (c.d. legge Martelli) – l'adozione, sul finire del secolo appena trascorso, del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286), il cui impianto fondato sul doppio binario (integrazione e repressione), nonostante alcune modifiche, tendenti per lo più ad inasprire il secondo binario, resta tutt'oggi il testo di riferimento. Le "ultime volontà" del Governo italiano in materia di immigrazione sono demandate, oltre che al c.d. decreto Minniti[15], ad un atto di *soft law*, l'*Italian non-paper – Migration Compact – Contribution to an EU strategy for external action on migration*[16]. Nella *Lettera* che accompagna il *paper*, a firma dell'allora Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, inviata il 15 aprile 2016 ai presidenti della Commissione e del Consiglio dell'UE, Jean-Claude Juncker e Donald Tusk, si legge: «il nostro non-paper è centrato sull'idea di sviluppare un modello di offerta ai Paesi partner all'interno del quale alle misure proposte da parte UE (supporto finanziario e operativo rafforzato) corrispondano impegni precisi in termini di efficace controllo delle frontiere, riduzione dei flussi di migranti, cooperazione in materia di rimpatri/riammissioni, rafforzamento del contrasto al traffico di esseri umani»[17].

Senza addentrarsi oltre nella ricostruzione delle politiche e delle normative in tema di migranti, si può notare negli ultimissimi anni un salto di qualità, con la propensione ad utilizzare strumenti e procedure informali adottati nell'ambito di processi non di *government* bensì di *governance*.

Paradigmatico è l'"*hotspot approach*", che si presenta allo stesso tempo come un luogo e una procedura[18], finalizzato ad una identificazione rapida e massiccia dei migranti al loro arrivo, funzionale ad una immediata distinzione fra migranti richiedenti protezione internazionale e c.d. migranti economici, per consentire – *obviously* – un veloce

[15] Decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito, con modificazioni, in legge 13 aprile 2017, n. 46.

[16] Il testo compare sul sito ufficiale del Governo, in una pagina dal titolo "Immigrazione, la proposta dell'Italia alla UE", 21 aprile 2016, in www.governo.it.

[17] Consultabile sotto la voce *Immigrazione, la proposta dell'Italia alla UE*, sul sito www.governo.it

[18] Nelle "Procedure Operative Standard (SOP)", pubblicate dal Ministero dell'Interno, si dice che essi sono da intendersi in una duplice accezione, come «area designata» e «metodo di lavoro» (si veda www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it, 10 giugno 2016).

rimpatrio dei secondi. La fonte è l'Agenda europea sulla migrazione, adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015 attraverso una comunicazione[19]; nell'ordinamento italiano, la relativa disciplina è introdotta con una circolare[20] e alcune disposizioni amministrative, denominate "Procedure Operative Standard (SOP)", pubblicate dal Ministero dell'Interno[21]. Un regime giuridico, dunque, quello degli *hotspot*, giocato a livello di *soft law*[22]: eppure si incide, anche a tacere della riserva di legge prevista in materia di condizione giuridica dello straniero dall'art. 10, c. 2, Cost., sull'esercizio di diritti fondamentali della persona (*in primis*, sulla libertà personale e sul diritto di asilo)[23].

Dal punto di vista del contenuto si assiste ad una crescente insistenza sul contrasto all'immigrazione irregolare[24], nell'ambito del quale diviene sempre più rilevante la cooperazione con gli Stati terzi. Esplicita in tal senso, oltre i documenti già citati, è una comunicazione

[19] Commissione europea, 13.5.2015 COM (2015) 240 final, Bruxelles.

[20] Ministero dell'Interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Protocollo 0014106 del 6 ottobre 2015 (testo reperibile sul sito *www.asgi.it*).

[21] Il documento è reperibile sul sito www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/hotspot; sul carattere *soft* anche delle decisioni del Consiglio europeo 1523 del 14 settembre 2015 e 1601 del 22 settembre 2015, richiamate nelle "Procedure Operative Standard (SOP)", cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 75-76.

[22] La situazione non è sanata dall'art. 17 del D. L. n. 13 del 2017, convertito in L. n. 46 del 2017 (il c.d. decreto Minniti, già ricordato *ante*), stante la sua lacunosità, sulla quale si rinvia in specie a L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del decreto Minniti*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 10 marzo 2017; C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del D. lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2017.

[23] Per prime osservazioni, si vedano R. CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in Associazione "Gruppo di Pisa", Convegno annuale "Cos'è un diritto fondamentale?", Cassino, 10-11 giugno 2016, *www.gruppodipisa.it*, p. 48; gli interventi di F. VASSALLO PALEOLOGO, in Associazione Diritti e Frontiere, *www.a-dif.org*; il Documento ASGI 21-10-2015, *Garantire i diritti degli stranieri soccorsi in mare e sbarcati*, in *www.asgi.it*; A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, in ***Costituzionalismo.it***, n. 3/2016, parte I, spec. pp. 85 ss.; S. PENASA, *L'approccio "hotspot" nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017; L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero*, cit.; C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del D. lgs. 286/98*, cit.

[24] Il tema del controllo delle frontiere è ricorrente, da ultimo, nei vari scenari prospettati in Commissione europea, *Libro bianco sul futuro dell'Europa*, COM2017(2025) del 1 marzo 2017.

della Commissione europea del 2016, recante *Creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione*, dove, con la scontata precisazione che ciò dovrà avvenire nel pieno rispetto dei diritti umani, si ribadisce la centralità di «una politica coerente, credibile ed efficace relativa al rimpatrio», e come fondamentale nei patti con i Paesi terzi sia il funzionamento del sistema di rimpatrio e riammissione, nell'intento di «aumentare in modo specifico e misurabile il numero dei rimpatri e delle riammissioni»[25].

Gli ultimi documenti adottati nel marzo 2017 dalla Commissione europea confermano la linea di tendenza che vede nel rimpatrio il perno della politica europea in materia di immigrazione; i titoli sono evocativi: *Communication on a more effective return policy in the European Union – A renewed action plan*[26] e *Recommendation on making returns more effective when implementig the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council*[27].

Si palesa dunque, come anticipato, il carattere iconico degli accordi di riammissione, imprescindibili per politiche focalizzate sull'idea della migrazione circolare[28], mentre la loro evoluzione costituisce un chiaro esempio del passaggio dal *government* alla *governance* e dall'*hard law* alla *soft law*[29].

Nel primo decennio del secolo in corso (per la precisione, dal 2004 al 2014) risultano adottati 17 accordi di riammissione tra Unione europea e Paesi terzi[30], in base alla competenza che l'art. 79, par. 3, TFUE conferisce: «l'Unione può concludere con i paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di cit-

[25] COM (2016) 385 del 7.6.2016.

[26] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, COM (2017) 200 final, 2.3.2017.

[27] Commission Recommendation, C (2017) 1600 final, 7.3.2017.

[28] In argomento, cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., spec. pp. 68-70.

[29] Un riferimento ampio al ruolo della *soft law* in relazione alle migrazioni, è in I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., p. 24, che ragiona della «proliferazione di una moltitudine di norme "morbide" (*soft law*) e flessibili nel settore delle migrazioni».

[30] Per l'elenco, nonché il testo degli accordi, si veda la scheda on line *Return&readmission*, sul sito ufficiale della Commissione europea (www.ec.europa.eu/home-affairs), nonché, in lingua italiana, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1-2/2016, pp. 119 ss.

Quanto agli accordi conclusi fra Stati membri dell'UE e Stati terzi, essi ormai superano i trecento (cfr. J.-P. CASSARINO, *A Reappraisal of the EU's Expanding Readmission System*, in *The International Spectator*, Routledge, 2014, 49 (4), p. 132).

tadini di paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri».

Quanto all'Italia, nell'Archivio dei Trattati internazionali Online del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale[31], cercando con la voce "riammissione" compaiono più di 30 testi, fra accordi, protocolli e intese di attuazione, conclusi dal 1990 al 2014. La forma prevalente pare essere quella semplificata[32], con notifica e comunicazione in Gazzetta ufficiale[33], senza legge di autorizzazione alla ratifica[34].

Un quadro completo delle ipotesi di riammissione peraltro deve tener conto anche delle clausole inserite in accordi di associazione e di cooperazione[35], sulla falsariga dell'art. 13 del c.d. Accordo di Cotonou (Accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, firmato il 23 giugno 2000)[36].

Tali accordi, ma anche i *benefit* contemplati nei patti aventi come oggetto principale la riammissione, rendono esplicita la natura dello

---

[31] Consultabile sul sito *itra.esteri.it*.

[32] Segnala una «crescente tendenza ad instaurare forme di cooperazione finalizzate al contrasto all'immigrazione irregolare, che non assumono la veste formale di veri e propri accordi internazionali, ma che sono caratterizzati da un significativo grado di "informalità"», M. MARCHEGIANI, *L'accordo di riammissione quale strumento integrato di cooperazione tra Stati per il contrasto all'immigrazione irregolare*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 144.

[33] A mo' di esempio, si vedano l'accordo fra Italia e Nigeria, *Accordo in materia migratoria (riammissione)*, Roma, 12 settembre 2000, notificato il 24.04.2006 - 20.02.2007, comunicato in *Gazz. Uff.*, n. 180 SO del 04.08.2011; l'accordo fra Italia ed Egitto, *Accordo di cooperazione in materia di riammissione, con protocollo esecutivo e allegati*, Roma, 9 gennaio 2007, notificato il 24.03.2008 - 26.03.2008, comunicato in *Gazz. Uff.*, n. 242 SO del 15.10.2008.

[34] Vi sono peraltro accordi per cui figura unicamente una nota verbale (è il caso ad esempio dell'*Accordo sulla riammissione delle persone che soggiornano senza autorizzazione*, Roma, 15 aprile 2014, concluso con il Kosovo), mentre in relazione ad alcuni, come quello di cui si dirà *infra* con la Tunisia del 2011, non si è trovata notizia (cercando con le voci "riammissione" e "Tunisia").

[35] D. VITIELLO, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, cit., pp. 13 ss.; per un riferimento specifico ai c.d. accordi di amicizia e cooperazione, si veda M. BORRACCETTI, *L'Italia e i rimpatri: breve ricognizione degli accordi di riammissione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 1-2/2016, spec. pp. 40 ss.

[36] 2000/483/CE; primi riferimenti in J.-P. CASSARINO, *La centralità periferica dell'art. 13 dell'accordo di Cotonou*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 1-2/2016, pp. 21 ss.

scambio "denaro per persone"; uno scambio, invero, spesso doppiamente vincente per i Paesi che cooperano e che quindi godono dei vantaggi che la cooperazione reca (anche) allo Stato che "fornisce" cooperazione, con il *surplus* di un controllo dei flussi migratori semplificato ed esternalizzato. Certo, c'è un prezzo: il naufragio dei diritti e della democrazia, ma per la *global economic governance*, siamo sicuri sia da ascrivere fra i costi?

Negli ultimi anni – ovvero dal biennio 2015-2016[37] –, gli accordi (o le clausole) di riammissione sono sempre più spesso conclusi in sedi para-istituzionali – con interpretazioni finanche paradossali come si vedrà in relazione all'"accordo UE-Turchia" – e attraverso forme iper-semplificate, ovvero *soft*: agende, partenariati, dichiarazioni, scambi di note, …[38].

Oggetto del presente intervento sono proprio gli accordi-non accordi, specificamente finalizzati alla riammissione, degli ultimi anni, nell'intento di analizzare il loro rapporto con il quadro costituzionale e individuare eventuali *vulnera* – di non facile, si anticipa, sanzionabilità – di norme e principi costituzionali. Sotto il profilo procedurale, tali accordi possono qualificarsi come *soft*, con esplicito richiamo alla *soft law*, quale insieme eterogeneo di «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects»[39]. La qualificazione "*soft*" indica la presenza di una forma iper-semplificata ed evoca il mancato rispetto delle procedure atte ad assicurare all'atto efficacia giuridica vincolante (un mancato rispetto che, come si vedrà, a prescindere da ogni discussione inerente

[37] Il biennio 2015-2016 segna una nuova fase delle politiche migratorie dell'Unione europea, non, come già accennato, per un cambio di rotta nel contenuto, quanto per una accelerazione e una de-formalizzazione delle stesse.

[38] Un esame dettagliato e critico dei partenariati per la mobilità e la migrazione è in I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 79 ss.; sulle ragioni per l'opzione in favore di accordi di riammissione informali, cfr. J.-P. CASSARINO, *Informalising Readmission Agremeents in the EU Neighbourhood*, in *The International Spectator*, Routledge, 2007, 42 (2), pp. 179 ss.

[39] La definizione – ricorrente nei contributi dedicati alla *soft law* – si deve a F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, 1993, vol. 56, n. 1, p. 32; per una prima ricostruzione del concetto, sia consentito rinviare a A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in ***Costituzionalismo.it***, n. 3/2016, parte I, pp. 255 ss.

gli accordi in forma semplificata[40], è strettamente collegato all'osservanza dell'art. 80 Cost.).

2. Il modello degli accordi di riammissione *soft*: la Dichiarazione Unione europea-Turchia del 18 marzo 2016

Pur volendo focalizzare l'analisi sugli accordi conclusi direttamente dall'Italia, non si può non dedicare alcuni brevi cenni al c.d. accordo fra Unione europea e Turchia[41], che è assunto quale modello degli accordi di riammissione *soft*, come esplicitato anche nei vertici politici e nelle comunicazioni della Commissione europea[42].

La natura *soft* è evidente se si considera come l'"accordo" consista nella Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, che compare sotto la forma di comunicato stampa sul sito istituzionale del Consiglio europeo[43].

Invero la forma è così "informale" da porre dubbi sulla natura di accordo internazionale. In tal senso però depongono il criterio sostanzialista seguito in ambito UE in materia di fonti[44] e il contenuto dell'accordo, che comporta obblighi giuridici (non riconducibili ad altri atti). Un tipico atto, dunque, di *soft law*: non ha efficacia giuridica vincolante per la sua forma ma ha effetti giuridici pratici.

Accertata la natura informale dell'accordo, occorre quindi domandarsi se essa rispetta il diritto europeo.

---

[40] Nell'ampia dottrina sul tema, ci si limita qui a richiamare A. BARBERA, *Gli accordi internazionali: tra Governo, Parlamento e corpo elettorale*, in *Quad. cost.*, 1984, pp. 439 ss.

[41] Per un approccio ampio, cfr. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2016, pp. 405 ss.

[42] Per tutti, cfr. Commissione europea, *Creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, COM(2016) 385 del 7 giugno 2016, laddove, a proposito della Dichiarazione UE-Turchia, si afferma: «i suoi elementi possono ispirare la cooperazione con gli altri paesi terzi strategici e indicare le principali leve da attivare».

[43] Consultabile al sito *www.consilium.europa.eu*.

[44] Per un approfondimento, cfr. O. CORTEN, *Accord politique ou juridique: quelle est la nature du "machin" conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, in *eumigrationlawblog.eu*, 10 giugno 2016; M. DEN HEIJER, T. SPIJKERBOER, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis*, *eulawanalysis.blogspot.it*, 7 aprile 2016; S. PEERS, *The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?*, in *EU Law Analysis*, *eulawanalysis.blogspot.it*, 16 marzo 2016

Si può obiettare infatti che la forma semplificata contrasta con il diritto comunitario, il quale nelle materie oggetto dell'accordo richiede, ai sensi degli artt. 77-78 TFUE, la procedura legislativa ordinaria, ovvero, per la conclusione di un accordo internazionale, di seguire il procedimento di cui all'art. 218 TFUE, con la partecipazione, stante la materia, del Parlamento europeo.

Per inciso, compare qui un *must* degli accordi *soft*: il ruolo, sostanzialmente esclusivo, degli organi esecutivi nella loro stipulazione. Ora, nella consapevolezza che le relazioni internazionali sono tradizionalmente terreno dell'esecutivo, l'estromissione pressoché totale del legislativo segna un passo oltre; un passo coerente, peraltro, con la crescente concentrazione di potere negli esecutivi, sia che agiscano nell'ambito del *government* sia in quanto operino nello spazio duttile e promiscuo della *governance*.

Quanto al contenuto della Dichiarazione, esso è tipico degli accordi di riammissione: rendere più *easy* il rimpatrio[45], con tutto ciò che ne consegue in termini di impatto – come si specificherà in relazione all'Italia – sul diritto di asilo e sul rispetto dei diritti umani.

La scelta poi senza alcuna remora della Turchia come *partner* e come Stato sicuro[46] esemplifica come sia irrilevante la natura democratica o meno del Paese con il quale si conclude l'accordo, ovvero verso il quale si rimpatriano migranti e profughi.

Sulla Dichiarazione/accordo si è pronunciato il Tribunale dell'Unione europea e la sua risposta è quanto meno sorprendente: non è un atto dell'Unione europea. Il Tribunale era stato adito, a norma dell'art. 263 TFUE, da due cittadini pakistani e un cittadino afgano, richiedenti asilo in Grecia, che temevano, in ragione dell'accordo,

[45] «La Turchia ha convenuto di accettare il rapido rimpatrio di tutti i migranti non bisognosi di protezione internazionale che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alla Grecia e di riaccogliere tutti i migranti irregolari intercettati nelle acque turche»; «Tutti i nuovi migranti irregolari che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alle isole greche a decorrere dal 20 marzo 2016 saranno rimpatriati in Turchia, nel pieno rispetto del diritto dell'UE e internazionale, escludendo pertanto qualsiasi forma di espulsione collettiva» (*Dichiarazione Unione europea-Turchia* del 18 marzo 2016, cit.).

[46] Per un'analisi della situazione turca, al di là dei rapporti sui diritti umani, si segnala, dal punto di vista del costituzionalista, T. GROPPI, *Turchia 2017: l'attacco allo stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017; in specifico, sull'applicazione dell'accordo UE-Grecia, cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, *A blueprint for despair. Human rights impact of the EU-Turkey deal*, London, 2017.

di essere rinviati in Turchia[47]. I ricorsi sono rigettati per incompetenza. Nel comunicato stampa del 18 marzo 2016 il quale annuncia l'accordo – si legge nell'ordinanza del Tribunale – sono utilizzate in maniera inappropriata le espressioni «membri del Consiglio europeo» e «Unione europea». Il 17 e il 18 marzo 2016 si sono tenuti in parallelo due incontri distinti: la sessione del Consiglio europeo e un vertice internazionale, ed è nell'ambito di quest'ultimo che i capi di Stato e di Governo, in quanto tali e non in quanto membri del Consiglio europeo, hanno adottato, con i loro omologhi turchi, la Dichiarazione[48]. Dunque, «indépendamment du point de savoir si elle constitue, comme le soutiennent le Conseil européen, le Conseil et la Commission, une déclaration de nature politique ou, au contraire, comme le soutient le requérant, un acte susceptible de produire des effets juridiques obligatoires, la déclaration UE-Turquie, telle que diffusée au moyen du communiqué de presse n. 144/16, ne peut pas être considérée comme un acte adopté par le Conseil européen, ni d'ailleurs par une autre institution, un organe ou un organisme de l'Union, ou comme révélant l'existence d'un tel acte et qui correspondrait à l'acte attaqué», donde la dichiarazione di incompetenza[49].

Nessun accordo, nessun atto, quindi nessuna violazione del diritto comunitario, né sotto il profilo della procedura, né sotto quello dell'eventuale segretezza[50], né sotto quello del rispetto del diritto in materia di diritti umani e di protezione internazionale. E – si può aggiungere – riconoscimento di un estremo margine di manovra agli esecutivi, che assumono in parallelo diverse vesti giuridiche, passando senza soluzione di continuità dall'abito comunitario a quello di negoziatori internazionali a quello di membri di un vertice politico, come si

[47] *Cause NF, NG e NM/Consiglio europeo* (T-192/16, T-193/16 e T-257/16).

[48] Tribunale dell'Unione europea, *NF vs European Council*, causa T-192/16, ordinanza del 28 febbraio 2017, ma di identico tenore sono le ordinanze adottate in relazione agli altri due casi.

[49] Tribunale UE, ordinanza del 28 febbraio 2017, cit., par. 71.

[50] La negoziazione a livello esecutivo spesso trascina con sé anche la segretezza dell'accordo, un'altra costante delle riammissioni in forma iper-semplificata, che si scontra con i canoni di accesso e trasparenza che pure il diritto primario dell'UE sancisce (si vedano, in specie, l'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il diritto, in capo a «qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro», «di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione», e l'art. 15 del TFUE in tema di trasparenza).

addice all'*habitat* della *governance*, "libera" da procedure e forme (… e dalle ristrettezze imposte dai parametri democratici).

Ora, anche ammettendo e non concedendo che la Dichiarazione del 18 marzo 2016 non sia, grazie al rocambolesco sdoppiamento di ruolo dei vertici degli esecutivi, un atto dell'Unione europea, si può ancora osservare, da un lato, come, se si ritiene essa non sia che una mera dichiarazione politica, i respingimenti effettuati in suo nome sono *tout court* illegittimi. Mentre, dall'altro lato, se la si configura come un accordo internazionale, se pur concluso informalmente, resta che essa dovrebbe comunque rispettare – a prescindere dal diritto nazionale di ciascuno Stato – lo *ius cogens*[51], cui è ascrivibile il principio di *non-refoulement*[52]. Ciò, senza nascondersi, peraltro, che l'ambiguità connessa a forme *soft* fra i suoi vantaggi annovera proprio quello di evitare «tutte le conseguenze che implica un trattato»[53].

Ma, fermo restando che tutti gli accordi stipulati fra l'Unione europea (o i suoi Paesi membri) e Paesi terzi coinvolgono ovviamente anche l'Italia, approfondiamo ora il discorso sulle intese *soft* relative alle riammissioni concluse in prima persona dallo Stato italiano.

3. Gli accordi di riammissione *soft* dell'Italia: questioni di forma?

Senza alcuna pretesa di completezza, ma a titolo di esempio, dato il loro carattere emblematico sia per la (non)-forma sia per il contenuto, si ricostruiscono di seguito i contorni relativi ad accordi *soft* conclusi dall'Italia, rispettivamente, con la Tunisia nel 2011, con il Sudan nel 2016 e con la Libia nel 2017, per poi valutarne, nei paragrafi successivi, la coerenza con la Costituzione.

Dell'accordo con la Tunisia del 5 aprile 2011[54] si legge nella sentenza del 15 dicembre 2016 della Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), caso *Khlaifia e altri c. Italia*. Rico-

[51] «Si tratta di *norme proibitive* alle quali è vietato derogare… Gli Stati perdono la libertà di contrarre sulla totalità della materia di interesse internazionale a proprio piacimento» (così, *ex multis*, D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 65).

[52] Per un riferimento all'attuazione da parte della Grecia della Dichiarazione, cfr. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia*, cit., pp. 11 ss.

[53] D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, cit., p. 184.

[54] L'accordo di seguito è citato come Accordo Italia-Tunisia del 2011.

struendo la normativa relativa alla causa, nell'ambito dei rapporti bilaterali Italia-Tunisia, la Corte cita per l'appunto un accordo concluso il 5 aprile 2011 dal Governo italiano con la Tunisia «in materia di controllo dell'ondata di immigrazione irregolare proveniente da tale paese», il cui testo «non era stato reso pubblico», ma di cui alcuni estratti del verbale della riunione nella quale era stato "stipulato" erano stati allegati dal Governo italiano nella domanda di rinvio dinanzi alla Grande camera[55]. La "fonte" dell'accordo si evince dal passaggio nel quale la Corte EDU specifica: «il Governo ha prodotto alcuni estratti del verbale di una riunione svoltasi a Tunisi il 4 e il 5 aprile 2011 tra i Ministri dell'Interno tunisino e italiano. Secondo un comunicato stampa pubblicato sul sito internet del Ministero dell'Interno italiano il 6 aprile 2011…»[56].

Nell'Archivio dei Trattati internazionali Online del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale non si trova traccia dell'accordo del 2011[57], ma compare un precedente scambio di note, sempre in tema di riammissione tra i due Paesi, datato 6 agosto 1998[58]. Ciò, fra l'altro, consente di precisare, da un lato, come nei rapporti internazionali la prassi di accordi in forma semplificata sia costante nel tempo; dall'altro, come, negli ultimi anni, tale prassi abbia subito una dilatazione e una iper-semplificazione (nell'ipotesi dello scambio di note del 1998, il testo, oltre che disponibile, risulta quantomeno comunicato in *Gazzetta Ufficiale*).

La Corte europea invero cita anche l'accordo del 1998, in quanto sempre richiamato dal Governo italiano, ma osserva come esso «non sembra essere quello applicato ai ricorrenti»[59]: difficile non rilevare, oltre il carattere comunque informale di entrambi gli accordi, come l'incertezza del diritto regni sovrana.

Quanto al comunicato stampa del 6 aprile 2011 del Ministero dell'Interno italiano, non è dato reperirlo fra i comunicati stampa sul sito del suddetto Ministero, dove esiste l'Archivio storico dei comuni-

[55] Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, sentenza 15 dicembre 2016, par. 37.

[56] *Ibidem*.

[57] Ricerca effettuata il 30 aprile 2017, con la voce "riammissione" su *www.itra.esteri.it*.

[58] Scambio di note concernente l'ingresso e la riammissione delle persone in posizione irregolare, Roma, 6 agosto 1998, notificato il 25.02.1999 -24.08.1999, comunicato in *Gazz. Uff.*, n. 11 SO del 15.01.2000.

[59] CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., parr. 40 e 103.

cati stampa, suddiviso per anno e mese[60]. Solo attraverso un generico motore di ricerca su internet, si trova, non fra i comunicati stampa, bensì fra le "Notizie", l'annuncio che il 6 aprile 2011 è stato «siglato l'accordo fra Italia e Tunisia», «che impegna le autorità del Paese nordafricano a rafforzare i controlli sulle partenze e ad accettare il rimpatrio diretto per i nuovi arrivi in Italia»[61]. Non è riportato il testo integrale dell'accordo, ma un semplice riferimento ai punti ritenuti salienti (dall'ufficio stampa, si presume) corredati da un commento dell'allora responsabile del Viminale, Roberto Maroni. Semplice notizia di un accordo Italia-Tunisia senza ulteriori specificazioni si legge anche nel resoconto dell'audizione del 12 aprile 2011 alla Camera dei deputati del Ministro dell'Interno, Roberto Maroni, «sui recenti sviluppi degli eccezionali flussi migratori dalla Tunisia e dalla Libia e sulle iniziative che il Governo intende assumere in materia di immigrazione»[62].

Quanto alla cooperazione fra Italia e Sudan, si esamina qui il «Memorandum d'intesa tra il Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno italiano e la Polizia Nazionale del Ministero dell'Interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio», firmato a Roma il 3 agosto 2016[63].

L'accordo non figura nell'Archivio dei Trattati internazionali Online del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale; ugualmente non si trova menzione dello stesso sul sito dell'Ambasciata d'Italia a Khartoum, dove pure vi sono pagine dedicate ai rapporti bilaterali e alle varie forme di cooperazione (politica, economica, culturale, allo sviluppo)[64].

---

[60] Ministero dell'Interno, Archivio storico, Comunicati stampa, www1.interno.gov.it, consultato il 2 maggio 2017.

[61] Ministero dell'Interno, Archivio storico, Sala stampa, Notizie, www1.interno.gov.it, consultato il 2 maggio 2017; analoga notizia compare sul sito del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (Archivio comunicati e notizie).

[62] Camera dei deputati, Commissioni riunite I (Affari costituzionali, della presidenza del consiglio e interni) e III (Affari esteri e comunitari), seduta di martedì 12 aprile 2011, Audizione, Resoconto stenografico (*www.camera.it*), p. 7.

[63] Di seguito citato come Memorandum d'intesa Italia-Sudan del 2016.

[64] Cfr. il sito *www.ambkhartoum.esteri.it*. Invero in alcuni siti (nella specie, *www.stranieriinitalia.it* e *www.onuitalia.it*) si cita una nota diffusa dall'Ambasciata italiana in Sudan, ma non risulta reperibile.

Il testo può essere reperito sul sito dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, in quanto, a differenza delle decine di accordi gemelli con altri Paesi, è sfuggito alla segretezza[65]. La vicenda di una quarantina di profughi sudanesi rimpatriati il 24 agosto 2016[66] rende pubblica l'esistenza di un accordo fra Italia e Sudan. A fronte delle critiche da parte di alcune associazioni, come il Tavolo nazionale asilo, a quanto si apprende da una intervista, il capo della Polizia, Franco Gabrielli, rende noto di aver consegnato, su richiesta del Presidente della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, Luigi Manconi, il testo[67].

In questo caso dunque l'esistenza e il contenuto dell'accordo sono resi pubblici – si può dire – per un accadimento fortuito, senza alcuna forma di ufficialità precostituita. Sempre dalle parole del capo della Polizia si viene a conoscenza del fatto che il memorandum con il Sudan «è stato scritto nell'ambito delle relazioni internazionali del nostro Paese e certificato dal ministero degli Esteri», «non ha nulla di segreto» e «come tutti gli altri 267 che l'Italia ha firmato con altri paesi, è uno strumento di cooperazione di polizia e non necessita di un passaggio in Parlamento»[68]. Esso, come si legge al suo art. 20, c. 1, «diviene efficace all'atto della firma ed ha una durata illimitata»[69].

Rinviando *infra* per obiezioni sul punto della non necessità di un intervento del Parlamento e per altre considerazioni in ordine ai profili di incostituzionalità, limitandosi per ora a ricostruire la forma dell'accordo, colpisce come esso sia concluso da organi amministrativi, quali le rispettive forze di polizia[70]: a quali condizioni la cooperazione internazionale può essere regolata da un atto meramente amministrativo? Per rispondere occorrerà valutare il contenuto dell'accordo,

---

[65] *www.asgi.it*.

[66] Il 16 febbraio 2017 varie associazioni parte del Tavolo nazionale asilo annunciano nel corso di una conferenza stampa la presentazione di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo da parte di cinque cittadini sudanesi vittime del rimpatrio del 24 agosto 2016.

[67] *Migranti rimpatriati in Sudan, "tutto regolare"*, in *Avvenire.it*, mercoledì 28 settembre 2016.

[68] *Migranti rimpatriati in Sudan, "tutto regolare"*, cit.

[69] Ferma restando la possibilità che una Parte intenda risolverlo: in tal caso, previa comunicazione scritta, «il Memorandum cessa di avere effetto dopo sei mesi dalla data di ricezione della notifica di risoluzione» (art. 20, c. 3, Memorandum).

[70] Sugli accordi di riammissione conclusi sotto la forma di accordi di polizia, cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 106 ss.

ma si possono sin d'ora sollevare alcuni interrogativi: quale che sia il contenuto – elemento quest'ultimo certo non indifferente – *chi* valuta la natura amministrativa o meno, tenendo anche presente la mancanza di trasparenza (per usare un eufemismo) che circonda tali accordi? Non pare privo di fondamento il rischio che la sottoscrizione da parte di organi amministrativi, e, quindi, l'inclusione dell'atto fra quelli amministrativi, abbia come obiettivi non dichiarati o, quantomeno, come effetti collaterali ben accetti, quelli di evitare *a priori* il coinvolgimento del Parlamento e rendere molto difficile il controllo, politico e giurisdizionale, *a posteriori*.

Venendo alle relazioni italo-libiche, in questa sede si prende in considerazione il «Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana»[71], sottoscritto dal Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia e il Governo della Repubblica italiana il 2 febbraio 2017.

Il Governo italiano non reputa rilevante il fatto che la controparte non abbia giurisdizione sull'intero Stato libico. Il Memorandum, infatti, è stato siglato per la Libia dal Governo di unità nazionale libico guidato da Al Serraj, riconosciuto dalle Nazioni Unite, ma che possiede il controllo solo di una parte del territorio, conteso dal Parlamento di Tobruk e dall'esercito del generale Haftar, oltre che occupato da decine di gruppi armati. Quanto si legge sul sito "Viaggiare sicuri" della Farnesina, che scrive di una «situazione di instabilità e di frammentazione politico-istituzionale che si registra ormai da tempo nel Paese»[72], non sembra preoccupare il Governo italiano quando conclude l'accordo.

Il testo del Memorandum in questo caso è presente nell'Archivio dei Trattati internazionali Online del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale[73], dove non risulta alcuno specifico passaggio formale, se non la precisazione che «il Memorandum d'Intesa entra in vigore alla data della firma» (ai sensi dell'art. 8 dello

[71] Di seguito indicato come Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017.

[72] Si veda www.viaggiaresicuri.it (valido al 04.05.2017, pubblicato il 11.01.2017).

[73] Il Memorandum compare con una ricerca semplice effettuata con la voce "Libia" ma non con altri parametri come il titolo (*www.itra.esteri.it*).

stesso), ha durata triennale ed è rinnovabile tacitamente. Esso risulta dunque concluso in forma semplificata, ovvero iper-semplificata.

Alla data in cui si scrive l'accordo risulta sospeso, a partire dal 22 marzo 2017 e sino al pieno svolgimento del processo, dalla Corte di appello di Tripoli[74], a seguito di un ricorso che, oltre a profili di merito, coinvolge in primo luogo questioni procedurali di livello costituzionale (strettamente connesse con la mancanza di una sovranità unica, condivisa ed effettiva sull'intero territorio) e in specifico relative al mancato rispetto della prevista unanimità nel processo decisionale[75].

Il Memorandum del 2017, peraltro, non rappresenta che l'ultimo tassello della storia della collaborazione italo-libica in materia di immigrazione, una storia costellata da accordi (quale l'Accordo del 13 dicembre del 2000, il Protocollo del 29 dicembre 2007, il Protocollo del 4 febbraio 2009), per lo più – il Trattato c.d. di Bengasi del 30 agosto 2008, autorizzato con la legge 6 febbraio 2009, n. 7, rappresenta un'eccezione – connotati da una segretezza rotta solo da qualche notizia giornalistica e la cui adozione degrada progressivamente in forme sempre più *soft*[76].

Gli accordi-non accordi citati, al di là di assumere come oggetto chiave la "riammissione", con i possibili conflitti con la Costituzione di cui si dirà *infra*, condividono – per restare per ora alla forma – una disomogenea informalità.

Troviamo, infatti, negli esempi riportati, comunicati stampa, memorandum d'intesa di carattere amministrativo e memorandum d'intesa di carattere politico, ma non mancano accordi conclusi con note verbali, protocolli o scambi di lettere.

La mancanza di omogeneità non inficia l'ascrizione ad un unico insieme degli accordi *soft*; è intrinseca, infatti, nell'informalità l'essere dispersa in mille rivoli diversi, mancando per l'appunto una forma predefinita. Si possono dunque individuare dei potenziali *vulnera* alla

---

[74] A. ASSAD, *Court ruling blocks Lybia-Italy MoU on stemming illegal immigration*, in *The Lybia Observer*, March 22, 2017.

[75] A. CAMILLI, *L'avvocata libica che ha portato in tribunale l'accordo con l'Italia sui migranti*, in *www.internazionale.it*, 30 marzo 2017.

[76] Per una ricostruzione e un commento agli accordi bilaterali Italia-Libia in tema di immigrazione, cfr. G. BATTISTA, *La collaborazione italo-libica nel contrasto all'immigrazione irregolare e la politica italiana dei respingimenti in mare*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011; I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 114 ss.; N. RONZITTI, *Il futuro dei trattati tra Italia e Libia*, in *Affari internazionali*, 2 febbraio 2012.

Costituzione comuni agli accordi di riammissione *soft*, in quanto strettamente connessi all'informalità e in specie, come si vedrà, al mancato intervento della legge ordinaria[77]. Compare, come tratto costante, il pressoché assoluto dominio degli esecutivi.

La molteplicità dell'evanescenza delle forme può quindi condurre a rilevare ulteriori e specifici profili di collisione con l'orizzonte costituzionale, quali la mancanza di trasparenza e/o di conoscibilità e/o di pubblicità, con ciò che ne consegue in termini di impatto sulla democraticità dell'ordinamento.

4. Democrazia e pubblicità: l'art. 1 Cost.

La democrazia implica la pubblicità dei procedimenti e delle decisioni quale precondizione per l'esercizio della partecipazione dei cittadini, attraverso la discussione, il dissenso, il controllo; essa è strutturalmente contraria al «potere invisibile»[78].

La connessione fra democrazia e pubblicità è tale che il fondamento costituzionale di quest'ultima si può rintracciare direttamente nell'art. 1 della Costituzione, laddove proclama che «l'Italia è una Repubblica democratica…» e «la sovranità appartiene al popolo»[79].

Nei primi due casi approfonditi in quest'intervento – rappresentanti, come si è detto, semplicemente un esempio di una prassi diffusa – si registra, invece, una estrema difficoltà nel reperire non solo una pubblicazione ufficiale ma finanche fonti istituzionali (e in taluni casi anche informali), con un evidente *vulnus* della pubblicità e della conoscibilità.

---

[77] C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2005, p. 157, sottolinea come «le modalità di conclusione particolari» degli accordi in materia di immigrazione suscitano «dubbi di compatibilità con la Costituzione per almeno due profili: da una parte in relazione agli articoli 80 e 87, 8^ comma e, dall'altra, in relazione all'art. 10, 2^ comma…».

[78] N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, 1980, in ID., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, ed. 1991, pp. 85 ss.

[79] In questo senso, fra gli altri, M. AINIS, *Sulla comunicazione delle regole giuridiche (e su un vuoto di comunicazione nella letteratura giuridica)*, in *Quad. cost.*, n. 3/2002, p. 632; dell'Autore si segnala anche il passaggio in cui sostiene che «la pubblicità non basta a soddisfare quest'aspettativa di effettiva conoscenza del diritto, cui si lega l'idea di certezza… c'è bisogno di un passaggio ulteriore, spostando il tiro dalla pubblicazione alla *comunicazione* delle regole giuridiche» (*ibidem*).

È una violazione, per così dire, dei principi fondamentali della democrazia, suscettibile di revocarla in dubbio, e che richiede una discussione e una risposta a livello politico, ma può avere un seguito anche, per così dire, "pratico", in quanto coinvolge la trasparenza dell'attività amministrativa e il diritto di accesso agli atti amministrativi.

Non solo: esiste una norma specifica, contenuta nella legge 11 dicembre 1984, n. 839, che dispone l'inserimento nella "Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica italiana" e la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* degli accordi «ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni internazionali, ivi compresi quelli in forma semplificata» e che non comportano pubblicazione ad altro titolo (art. 1, lett. f), nonché la pubblicazione trimestrale in apposito supplemento della *Gazzetta Ufficiale*, di «tutti gli atti internazionali ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni estere, trattati, convenzioni, scambi di note, accordi ed altri atti comunque denominati» (art. 4). La violazione di tale legge potrebbe dar luogo a responsabilità specifiche, non solo politiche, dei soggetti ai quali compete la pubblicazione.

Ancora: come afferma la Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'accordo Italia-Tunisia del 2011, la considerazione «che il testo integrale di tale accordo non era stato reso pubblico» comporta che esso «non era dunque accessibile agli interessati, che non potevano pertanto prevedere le conseguenze della sua applicazione»[80]. La mancanza di pubblicità si riverbera cioè sul principio di certezza del diritto e sulla possibilità del cittadino di prevedere le conseguenze che possono derivare da un determinato atto[81].

Eventuali ricorsi, peraltro, scontano la presenza di barriere pressoché insormontabili, a partire dalla stessa conoscenza dell'esistenza di un accordo e dal fatto che la sua volatilità rende molto difficile individuare la sede cui rivolgersi (per tacere di questioni come, *inter alia*, l'interesse ad agire).

Il primo profilo di incostituzionalità, dunque, chiama in causa direttamente l'essenza della democrazia, l'esercizio della sovranità popolare, la certezza del diritto e si presenta come di difficile giustiziabilità.

La vicenda dell'accordo Italia-Tunisia del 5 aprile 2011, invero, indica un possibile percorso indiretto: muovendo dalla supposta viola-

[80] CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 102.
[81] Cfr. CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 92.

zione di diritti, il ricorso ad un giudice – ordinario e/o sovranazionale, come la Corte EDU – potrebbe contribuire a portare alla luce l'esistenza di accordi informali, compatibilmente con i poteri dell'autorità giudiziaria. A questo punto, tuttavia, *quid iuris*? Si potrebbe immaginare un annullamento di un accordo in quanto atto amministrativo per eccesso di potere e/o violazione di legge, oppure la sua disapplicazione da parte del giudice ordinario?

Emerge come gli accordi in forma semplificata o *soft* tendano a sfuggire a qualsivoglia controllo e intervento giudiziario sia in sede nazionale sia presso le corti sovranazionali (che però, come si vedrà, possono "colpire" l'atto nella loro funzione di garanzia dei diritti).

5. La legge di autorizzazione alla ratifica e l'art. 80 Cost.

La mancanza di pubblicità non è l'unico profilo a chiamare in causa la sovranità popolare: essa è coinvolta, insieme ad un altro cardine della democrazia, la separazione dei poteri, anche quando manca il ricorso alla legge di autorizzazione alla ratifica.

Come è noto, la Costituzione richiede, *ex* art. 80, che le Camere autorizzino con legge «la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi».

Sia che si reputi la necessaria partecipazione del Parlamento attraverso legge ordinaria espressione di una funzione di controllo sull'operato del Governo sia che la si consideri un vero e proprio atto di compartecipazione alla stipulazione dell'accordo[82], resta che la

[82] Parte della dottrina considera la legge di autorizzazione alla ratifica un'autorizzazione in "senso tecnico", «cioè nel senso di atto col quale un organo esprime il suo apprezzamento su un atto da compiersi da un altro organo come condizione dell'esercizio da parte di quest'ultimo della sua competenza a compierlo» (così T. PERASSI, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Giuffré, Milano, 1952, p. 14; nello stesso senso, *ex multis*, A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Giuffré, Milano, 1961, p. 151; S. LABRIOLA, *Principi costituzionali, ordinamento e prassi nella disciplina dell'autorizzazione legislativa alla ratifica dei trattati internazionali*, in *Il Governo e alcune sue funzioni*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 321); mentre altra dottrina la ritiene un atto di "compartecipazione" (a favore di questa tesi, fra gli altri, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976; A. CASSESE, *Art. 80*, in

ratio della norma è garantire che in materie ritenute particolarmente rilevanti l'organo rappresentativo affianchi l'esecutivo. L'intervento delle Camere, da un lato, evoca la sovranità popolare (art. 1 Cost.) esercitata attraverso la mediazione della rappresentanza; dall'altro, un principio fondamentale del costituzionalismo, quale la separazione dei poteri.

Se si dovesse rilevare, dunque, un mancato rispetto delle prescrizioni dell'art. 80 Cost., si profilerebbe una sua violazione esplicita e diretta, che si riverbera sull'art. 1 Cost.

Ora, venendo alle categorie di trattati contemplati nell'art. 80 Cost., giova soffermarsi, pensando agli accordi citati, sui «trattati di natura politica». La locuzione è indubbiamente ampia e la sua indeterminatezza si presta ad interpretazioni divergenti[83], che possono consentire al Governo di appropriarsi di un notevole margine di discrezionalità.

Un'interpretazione restrittiva della locuzione (con il conseguente ampliamento degli spazi di autonomia del Governo) si scontra, peraltro, con l'interpretazione della norma quale "clausola di chiusura", da leggere alla luce delle intenzioni dei costituenti che inizialmente avevano previsto la necessità di un intervento parlamentare per ogni accordo internazionale[84], approvando altresì un emendamento che includeva «qualsiasi atto stipulato con altri Stati»[85].

G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *La formazione delle leggi*, II, Bologna-Roma, 1979, p. 155; A. BARBERA, *Gli accordi internazionali*, cit., p. 448).

Alla qualificazione della legge *ex* art. 80 Cost. come autorizzazione in "senso tecnico" «appare», poi, «collegato l'inserimento» della legge in questione «nella categoria dei controlli parlamentari sull'attività di Governo, nonché la qualificazione della legge di autorizzazione come legge in senso formale», mentre, nel secondo caso (legge *ex* art. 80 come atto di compartecipazione), si parla di atto (complesso) di indirizzo politico e di legge in senso sostanziale (per questa ricostruzione e per ogni ulteriore rinvio ai sostenitori delle varie tesi, cfr. V. LIPPOLIS, *La Costituzione italiana e la formazione dei trattati internazionali*, Rimini, Maggioli, 1989, pp. 45 ss.; più recentemente per una sintesi sul punto, si veda anche F. GHERA, *Art. 80*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, v. II, *Artt. 55-100*, Utet, Torino, 2006, spec. pp. 1562-1563).

[83] In tema, A. CASSESE, *Art. 80*, cit., p. 161.

[84] La soluzione prescelta in sede di Commissione dei 75 (Seconda Sottocommissione) recitava: «Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati ed accordi internazionali ed in generale di qualsiasi atto stipulato con altri Stati» (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, seduta del 21 dicembre 1946, *Resoconto sommario*, p. 802, in *www.legislature.camera.it*); come annota F. GHERA, *Art. 80*, cit., p. 1562, la successiva scelta di sottoporre all'autorizzazione delle Camere solo alcune cate-

Ferme restando le ragioni a supporto di un'interpretazione estensiva dell'espressione «trattati di natura politica», nel caso specifico degli accordi di riammissione[86], che hanno per oggetto materie come il controllo delle frontiere, l'ingresso nel territorio, il diritto di asilo, la cooperazione con altri Stati, pare difficilmente confutabile la loro «natura politica»[87].

Le obiezioni all'inclusione delle intese in tema di riammissione nella categoria in questione fanno leva sul loro supposto carattere meramente applicativo. In argomento, pur concordando con il plausibile rilievo che gli accordi in questione si inseriscono in un unico filone[88], è agevole controbattere come l'essere parte di una identica prospettiva politica non esclude che ciascuno di essi possieda (anche) una propria specifica «natura politica», venendo ad essere fonte di obblighi autonomi.

Anzi, prendendo ad esempio il Memorandum d'intesa con il Sudan, la considerazione che esso «si iscrive nel più ampio quadro di cooperazione tra Sudan e Unione Europea sui temi migratori, con particolare riferimento al *Processo di Khartoum* (lanciato in Italia nell'autunno del 2014) e al *Fondo fiduciario d'emergenza dell'Unione Europea per la stabilità e la lotta contro le cause profonde della migrazione irregolare e del fenomeno degli sfollati in Africa* (lanciato nel novembre

gorie di trattati avvenne «in una sede impropria, e cioè all'interno del Comitato di redazione», ma venne approvata «pressoché senza obiezioni da parte dell'assemblea plenaria».

[85] Emendamento presentato dall'onorevole Nobile, approvato nella seduta del 21 dicembre 1946 (cfr. *supra*).

[86] Solleva dubbi sulla possibilità di concludere in forma semplificata gli accordi di riammissione stante la loro politicità, P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, *Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, p. 324.

[87] Come è stato osservato a proposito del Memorandum Italia-Sudan del 2016: «la natura di atto meramente interno e amministrativo dell'accordo, volto a dettare norme attuative di dettaglio, è smentita sin dal preambolo, dove si intende chiaramente che le parti intendono rafforzare la cooperazione di polizia nella lotta contro la criminalità organizzata, il traffico di migranti e l'immigrazione irregolare, la tratta di esseri umani, il traffico di droga e il terrorismo» (ASGI, *Memorandum d'intesa tra il Dipartimento della pubblica sicurezza italiano e la polizia nazionale sudanese*, *Guida alla lettura*, in *www.asgi.it*, 3 ottobre 2016).

[88] … un filone, peraltro, costruito sulla *soft law*, a partire dall'Agenda europea sulla migrazione del 2015 (cit. *retro*).

2015 al Summit di La Valletta, Malta)»[89], palesa senza ombra di dubbio il carattere politico dell'accordo, senza che i processi e documenti citati possano costituire, stante il loro carattere, una base sufficiente per qualificare lo stesso come un semplice dettaglio operativo.

Un discorso analogo può farsi per la cooperazione Italia-Libia, anche se il Memorandum d'intesa del 2017 si premura di porsi come attuativo degli accordi preesistenti[90].

L'ascrivibilità degli accordi di riammissione nella procedura *ex* art. 80 Cost. è poi avvalorata dalle precisazioni elaborate dal Ministero della Difesa, le *Linee guida relative agli aspetti amministrativi/negoziali in materia di accordi intergovernativi e di intese non governative*, approvate il 15 febbraio 2008, che, in relazione alla natura politica del trattato, recitano: «nel determinare, la sussistenza o meno di tale requisito il Governo dovrà valutare la presenza di un impatto generalizzato nei confronti della comunità statuale, o nei confronti dello Stato Amministrazione, o la valenza in termini di politica estera»[91]. Le tre ipotesi di impatto sono date come alternative, ma gli oggetti degli accordi di riammissione sono tali da richiamare l'operatività di tutte.

Continuando nella disamina delle possibili obiezioni, sicuramente non ostativo pare il *nomen* assegnato agli accordi; se si guarda alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, risulta chiaro come non sia preclusiva la denominazione e come siano eterogenee le modalità di conclusione dell'accordo[92].

Così come non rileva il fatto che l'accordo rechi la firma di organi amministrativi, il che integra, se trattasi di un accordo di natura politica, non certo una clausola di esclusione dall'applicazione dell'art. 80

[89] Così si legge su *Firma di un accordo tra Italia e Sudan sul tema migrazione – Comunicato stampa*, in www.onuitalia.it.

[90] Nel Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017 è scritto, nel preambolo, «al fine di attuare gli accordi sottoscritti tra le Parti in merito…» e, nel testo, è richiamato l'art. 19 del c.d. Trattato di Bengasi del 2008.

[91] Ministero della Difesa, Segretariato Generale e Direzione Nazionale degli Armamenti, *Linee guida relative agli aspetti amministrativi/negoziali in materia di accordi intergovernativi e di intese non governative*, Roma, 15 febbraio 2008, SGD-G-015, reperibile in *www.difesa.it*, p. 13.

[92] Convenzione sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969, autorizzata alla ratifica ed eseguita in Italia con legge 12 febbraio 1974, n. 112 (cfr., rispettivamente, spec., art. 2, lett. a), e artt. 11 ss.).

Cost., bensì, in caso di mancanza della legge di autorizzazione, una sua violazione.

La considerazione dell'oggetto, cui la Costituzione lega la necessità dell'intervento della legge, vale proprio ad evitare che in determinate materie vi siano accordi conclusi in forma semplificata; *a maiori ad minus*, se, pur essendo di «natura politica», non sono conclusi nemmeno dal Governo, ma da rami dell'amministrazione.

I sostenitori della stipulazione delle intese di riammissione in forma *soft* potrebbero ancora argomentare che esse non necessitano di legge di autorizzazione alla ratifica, proprio in quanto appartengono alla sfera della *soft law*, e, dunque, non pretendono di essere giuridicamente vincolanti e di creare dei vincoli a livello internazionale. Quella che sembrerebbe una *double win solution* – la *soft law* non ha bisogno di forme e procedure particolari e tale sua informalità la sottrae ai vincoli ai quali sono soggetti gli atti formali – svela peraltro la propria inconsistenza non appena si considerino gli atti compiuti in ragione di tali accordi: effetti pratici, sì, ma giuridicamente fondati proprio sull'atto che non avrebbe il potere di produrre effetti giuridicamente vincolanti. I sudanesi che hanno presentato un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo sono stati, per intenderci, rimpatriati in ottemperanza all'intesa Italia-Sudan del 2016.

Ad adiuvandum, può inoltre aggiungersi che anche in sede di Unione europea le misure relative all'«immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare» sono demandate alla procedura legislativa ordinaria (art. 79, par. 2, lett. c), TFUE).

Infine, è ipotizzabile l'ascrizione dei trattati di riammissione anche fra quelli che comportano «modificazioni di leggi» e «oneri alle finanze».

L'incidenza sulle leggi esistenti può verificarsi in relazione alla disciplina dell'ingresso e dei rimpatri degli stranieri, modificandola, se pur in riferimento a situazioni particolari[93].

Quanto alla riconduzione ai trattati che importano «oneri alle finanze», si consideri come il Memorandum con il Sudan, ad esempio, prevede «la possibilità di offrire alla Parte sudanese, su base annuale, supporto e assistenza tecnica in termini di formazione e di fornitura di mezzi di equipaggiamento, compatibilmente ed entro i limiti della sua

[93] … con una possibile lesione del principio di eguaglianza.

effettiva disponibilità finanziaria» (art. 8, par. 2), nonché che «la Parte italiana si fa carico delle spese derivanti dalle attività svolte dalle autorità diplomatiche/consolari sudanesi in relazione alle interviste alle persone da rimpatriare e al rilascio dei documenti di viaggio d'emergenza sudanesi…».

L'eventuale replica potrebbe avvalersi della specificazione – peraltro frutto di interpretazione – della locuzione «oneri alle finanze» come oneri aggiuntivi rispetto al bilancio dello Stato[94]; potrebbe infatti essere non troppo difficile escludere la necessità della legge di autorizzazione trovando una voce già esistente nel bilancio dello Stato cui imputare le spese.

Nell'ipotesi del Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017, ad esempio, è lo stesso testo a specificare che «la parte italiana provvede al finanziamento delle iniziative menzionate… senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato italiano…»[95].

Resta che, anche in relazione alla categoria dei trattati che comportano «oneri alle finanze», sono necessari due passaggi per evitare di ottemperare all'art. 80 Cost.: una interpretazione restrittiva dell'espressione «oneri alle finanze» ed una estensiva in merito all'ascrizione di nuove spese nel bilancio.

Concludendo sul punto, una volta argomentata l'elusione, ovvero la violazione, dell'art. 80 Cost.[96], è necessario interrogarsi sulle azioni configurabili.

Invero, *prima facie*, ciò che emerge è la difficile giustiziabilità di tale violazione. Non volendo arrendersi, setacciando nelle maglie dell'ordinamento si possono ipotizzare alcune soluzioni.

Il percorso dotato di un più sicuro fondamento giuridico, quanto a legittimazione del ricorrente e potere di intervento dell'organo adito, è quello che chiama in causa la Corte costituzionale attraverso un conflitto di attribuzione[97], sollevato dalle Camere (o da una Camera)[98] nei

[94] In questo senso, la Circolare del Ministero Affari Esteri, 19 aprile 1995, n. 5, richiamata nelle *Linee guida relative agli aspetti amministrativi/negoziali in materia di accordi intergovernativi*, cit., p. 13.

[95] Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017, art. 4.

[96] Per inciso, non si approfondisce in questa sede il punto, ma la conclusione informale dell'accordo è suscettibile di violare anche l'art. 87, c. 8, Cost., laddove si prevede che il Presidente della Repubblica «ratifica i trattati internazionali, previa, quando occorra, l'autorizzazione delle Camere».

[97] Si "sente" qui la mancanza di un ricorso diretto, sul modello ad esempio del tedesco *Verfassungsbeschwerde*, alla Corte costituzionale.

confronti del Governo, nella classica forma della *vindicatio potestatis*. Se tale percorso è inoppugnabile dal punto di vista giuridico, la prassi mostra però un Parlamento che non reagisce a fronte del suo esautoramento da parte del Governo[99].

Altra via, alla quale si è già accennato *retro*, potrebbe essere un ricorso contro l'atto amministrativo, sempre che sia dato conoscerlo, per eccesso di potere e/o violazione di legge: un'ipotesi tuttavia piuttosto azzardata che si scontra contro le rigidità e le ristrettezze del processo amministrativo; così come di non facile praticabilità pare la possibilità di far valere la responsabilità civile e penale dei ministri che abbiano stipulato illegittimamente il trattato[100].

La quarta soluzione è esterna all'ordinamento e comporta un ricorso alle corti sovranazionali, *in primis* alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella loro funzione di garanzia dei diritti, scontando però la limitazione del loro intervento al caso *de quo* e la loro difficoltà ad incidere direttamente sull'atto.

Infine potrebbe immaginarsi una nullità, e dunque, una non esecuzione, in quanto *ab origine* illegittimi, dei trattati stipulati in violazione dell'art. 80 Cost., ma chi la può dichiarare?

Si aprono qui anche problematiche connesse al rispetto degli obblighi internazionali (art. 117, c. 1, Cost.) e all'interpretazione dell'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati[101].

Continuiamo però ora con l'enucleazione dei profili di illegittimità costituzionale, sempre in materia di forma dell'atto: la Costituzione

---

[98] L'esercizio del potere legislativo «è collettivo, ma la titolarità è di ciascuna di esse» (G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 443).

[99] Cfr. F. GHERA, *Art. 80*, cit., p. 1571; con specifico riferimento agli accordi di riammissione, C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione*, cit., p. 158.

[100] In tema, cfr. F. GHERA, *Art. 80*, cit., p. 1571.

[101] Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), art. 46: «Il fatto che il consenso di uno Stato a vincolarsi a un trattato sia stato espresso in violazione di una disposizione del suo diritto interno riguardante la competenza a concludere trattati non può essere invocato dallo Stato in questione come viziante il suo consenso, a meno che questa violazione non sia stata manifesta e non riguardi una norma del suo diritto interno di importanza fondamentale». Senza approfondire oltre la questione, ci si limita ad osservare, da un lato, come senza dubbio l'art. 80 Cost. possa rientrare fra le norme di diritto interno «di importanza fondamentale»; dall'altro, come nell'interpretazione dell'art. 46 della Convenzione di Vienna si tenga conto del dato reale relativo alla volontà dell'ordinamento di eseguire il trattato (nel caso di specie degli accordi di riammissione, certo non assente, come prova il rimpatrio dei cittadini sudanesi).

risulta violata, infatti, non solo in relazione all'art. 80, ma anche laddove stabilisce, in materia di condizione giuridica dello straniero, una riserva di legge.

6. Discorrendo di immigrazione, la riserva di legge *ex* art. 10, c. 2, Cost.

Come è noto, l'art. 10, c. 2, Cost., dispone che «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali», prevedendo una riserva di legge rinforzata.

Leggiamo alcuni passi dagli accordi citati.

Accordo Italia-Tunisia del 2011: «la Tunisia si impegnava ad accettare il ritorno immediato dei Tunisini giunti irregolarmente in Italia dopo la conclusione dell'accordo. I cittadini tunisini potevano essere rimpatriati attraverso procedure semplificate, che prevedono la semplice identificazione della persona interessata da parte delle autorità consolari tunisine»[102].

Memorandum d'intesa Italia-Sudan del 2016: «Le Parti… promuovono e sviluppano la cooperazione con le seguenti modalità: … identificazione e rimpatrio dei propri cittadini presenti nel territorio dell'altra Parte in posizione irregolare rispetto alla normativa sull'immigrazione» (art. 4, par. 1, lett. k); «Le competenti autorità sudanesi forniscono assistenza e supporto nell'accertamento della nazionalità dei migranti irregolari, procedendo alla loro identificazione, al fine di consentire alle competenti autorità italiane di eseguire le misure di rimpatrio…»; «per le finalità indicate…, le competenti autorità diplomatiche/consolari del Sudan, su richiesta delle competenti autorità italiane, procedono senza indugio alle interviste delle persone da rimpatriare, al fine di stabilire la loro nazionalità e, sulla base dei risultati del colloquio, senza svolgere ulteriori indagini sulla loro identità, emettono, il prima possibile, documenti di viaggio sudanesi d'emergenza (lasciapassare), consentendo in tal modo alle competenti autorità italiane di organizzare ed eseguire operazioni di rimpatrio…» (art. 9, c. 1 e 2).

[102] CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 38.

Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017: «Riaffermando la ferma determinazione di cooperare per individuare soluzioni urgenti alla questione dei migranti clandestini che attraversano la Libia per recarsi in Europa via mare, attraverso la predisposizione dei campi di accoglienza temporanei in Libia, sotto l'esclusivo controllo del Ministero dell'Interno libico, in attesa del rimpatrio o del rientro volontario nei paesi di origine…».

È evidente che gli accordi in questione riguardano la condizione giuridica dello straniero[103]. Coerentemente, del resto, la disciplina relativa al controllo delle frontiere e al respingimento è contenuta nel Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, capo II, artt. 10 ss.).

Non pare necessario argomentare ulteriormente sul punto; si può tuttavia ricordare come violando la riserva di legge gli effetti collaterali si estendono alla sua *ratio*: assicurare la presenza di una discussione politica che esprima la dialettica maggioranza-opposizioni e la partecipazione, se pur indiretta, dei cittadini attraverso i propri rappresentanti; esercitare una funzione di garanzia, *in primis* a tutela dei diritti, contro possibili abusi perpetrati dal potere esecutivo e contro la discrezionalità della pubblica amministrazione[104].

Il carattere rinforzato della riserva di legge comporta poi anche la possibilità di sindacare il rispetto di quest'ultima sotto il profilo del contenuto, che deve essere conforme alle norme e ai trattati internazionali che riguardano la condizione giuridica dello straniero, i quali, come sostiene la prevalente dottrina, comprendono il diritto internazionale dei diritti umani, essendo lo straniero in primo luogo una persona umana.

Come si vedrà, vi sono sia diritti specifici degli stranieri, come il diritto di asilo, sia classici diritti della persona umana, quale la libertà personale, che possono essere lesi dagli accordi di riammissione.

---

[103] Reputa violata la riserva di legge di cui all'art. 10, c. 2, Cost., da parte del Memorandum Italia-Sudan del 2016, ad esempio, ASGI, *Memorandum d'intesa…*, *Guida alla lettura*, cit.; in senso ampio, sulla necessità che gli accordi internazionali in materia di immigrazione rispettino la riserva di legge, C. FAVILLI, *Presentazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 1-2/2016, p. 14.

[104] In tema, per tutti, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1988, p. 54.

Muovendo dal diritto internazionale dei diritti umani, può profilarsi altresì una violazione dell'art. 10, c. 1, Cost.[105], laddove le norme che sanciscono diritti sono ascrivibili anche al diritto internazionale consuetudinario[106].

Restano, come osservato a proposito dell'art. 80 Cost., le difficoltà in ordine ad eventuali interventi contro il mancato rispetto della riserva di legge, quali conflitto di attribuzione, azioni di fronte ai tribunali amministrativi e ordinari, ricorsi alle corti sovranazionali a garanzia dei diritti.

7. Il diritto di asilo e il divieto di *refoulement*: l'art. 10, c. 3, Cost.

Gli accordi di riammissione sono suscettibili di incidere anche su un'altra norma costituzionale, che, fra l'altro, stabilisce una riserva di legge, l'art. 10, c. 3, Cost., che sancisce il diritto di asilo. Invero, conviene soffermarsi in questo caso non tanto sul dato della riserva di legge[107], quanto sul dato sostanziale.

Non mancano negli accordi in questione formule a salvaguardia dei diritti umani e, in specifico, del diritto di asilo, quali le seguenti: «pienamente impegnati a promuovere e rispettare i diritti umani…, in conformità al diritto internazionale pertinente e alla Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 1951»[108]; «le Parti si impegnano ad interpretare ed applicare il presente Memorandum nel rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parte»[109].

Il tenore e il contesto spingono peraltro a chiedersi se espressioni quale quelle citate non siano mere interlocuzioni di rito. In tal senso depone sia la mancanza nel testo di ulteriori esplicitazioni atte a con-

[105] «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute».

[106] Fermo restando, come si vedrà *infra*, che in tal modo ad essere violate possono essere anche le norme costituzionali che riconoscono i vari diritti della persona umana.

[107] Sulla violazione della riserva di legge, si rinvia alle osservazioni svolte *retro* (par. 6).

[108] Memorandum Italia-Sudan del 2016, preambolo; similmente in art. 1: «le Parti concordano che l'obiettivo del presente Memorandum è quello di promuovere e sviluppare la cooperazione di polizia per la prevenzione e il contrasto alla criminalità nelle sue varie forme. Nell'attuazione della cooperazione, le Parti assicurano e promuovono il pieno rispetto dei diritti umani».

[109] Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017, art. 5.

cretizzare i diritti sia la considerazione dell'obiettivo che costituisce l'essenza degli accordi di riammissione: favorire i rimpatri ed esternalizzare le frontiere.

L'intento è perseguito sia velocizzando le operazioni di identificazione e di rimpatrio sia tentando di delocalizzare i controlli nei Paesi di origine e/o di transito, intervenendo a monte delle migrazioni.

Emblematica è l'insistenza sulla rapidità nel Memorandum d'intesa Italia-Sudan del 2016. Riprendendo un passo citato *retro*: «le competenti autorità diplomatiche/consolari del Sudan… procedono *senza indugio* alle interviste delle persone da rimpatriare, al fine di stabilire la loro nazionalità e, sulla base dei risultati del colloquio, *senza svolgere ulteriori indagini sulla loro identità*, emettono, *il prima possibile*, documenti di viaggio sudanesi d'emergenza» (corsivo mio).

A rendere più spedito il procedimento mira anche, per quanto è dato conoscere, l'Accordo Italia-Tunisia del 2011, che prevede un «ritorno immediato» dei cittadini tunisini giunti irregolarmente in Italia «attraverso procedure semplificate» («la semplice identificazione della persona interessata da parte delle autorità consolari tunisine»)[110].

La Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda sezione, si è pronunciata sul punto, su ricorso di tre cittadini tunisini, in relazione al divieto di espulsioni collettive ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[111], che recita: «le espulsioni collettive di stranieri sono vietate».

La Seconda sezione della CEDU, che rileva diverse violazioni alla Convenzione[112], quanto al profilo che qui interessa, osserva come «la semplice messa in atto di una procedura di identificazione non è sufficiente per escludere l'esistenza di una espulsione collettiva»[113]. Fra gli elementi considerati, la Corte cita il fatto che «i decreti di respingimento non contengono alcun riferimento alla situazione personale degli interessati; il Governo non ha prodotto alcun documento che possa

110 CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 38.

111 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950, ratificata ed eseguita in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848.

112 Una efficace sintesi della sentenza è in *Diritto penale contemporaneo* (A. GILIBERTO, *Lampedusa: la Corte Edu condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, 16 ottobre 2015, in *www.penalecontemporaneo.it*).

113 CEDU, Seconda sezione, *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, sentenza 1 settembre 2015, par. 156.

provare che i colloqui individuali che vertevano sulla situazione specifica di ogni ricorrente si sarebbero svolti prima dell'adozione di questi decreti; numerose persone aventi la stessa origine hanno conosciuto, all'epoca dei fatti contestati, la stessa sorte dei ricorrenti»[114], considerando altresì in maniera specifica come gli accordi bilaterali con la Tunisia «non sono stati resi pubblici e prevedevano il rimpatrio dei migranti irregolari tunisini tramite procedure semplificate, sulla base della semplice identificazione della persona interessata da parte delle autorità consolari tunisine»[115]. Il giudice conclude quindi «che l'allontanamento dei ricorrenti ha avuto un carattere collettivo contrario all'articolo 4 del Protocollo n. 4. Pertanto, vi è stata violazione di questa disposizione»[116].

La Grande camera, invero, ribalta sul punto la decisione di primo grado, ritenendo che «in definitiva, nella presente causa i ricorrenti sono stati identificati in due riprese, è stata stabilita la loro cittadinanza, e hanno avuto una possibilità reale ed effettiva di invocare gli argomenti che si opponevano alla loro espulsione. Pertanto non vi è stata violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4»[117]. Tale conclusione consente anche alla Corte di non pronunciarsi sull'accordo italo-tunisino e, in specie, come specifica lo stesso giudice, sulla possibilità di considerare tale accordo, «che non è stato reso pubblico», «un accordo "di riammissione" nel senso della "direttiva rimpatri"»[118].

Non vi sono dubbi, peraltro, sul fatto che dal diritto di asilo discenda *in primis* – prescindendo qui dalla considerazione che la disciplina in tema di protezione internazionale non può ritenersi esaustiva rispetto all'art. 10, c. 3, Cost.[119] – il diritto effettivo a chiedere la protezione

[114] La Corte (Seconda sezione, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 53) ricorda come, pur non essendo l'accordo stato reso pubblico, vi sono stati «rimpatri quotidiani dei migranti tunisini» arrivati in Italia dopo la conclusione dell'accordo, con «cifre comprese tra 30 e 60 rimpatri al giorno».

[115] CEDU, Seconda sezione, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 156.

[116] CEDU, Seconda sezione, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 158.

[117] CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 254.

[118] CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 255.

[119] Nonostante nella prassi e in parte della dottrina vi sia una sovrapposizione fra *status* di rifugiato e asilo costituzionale, è palese la differenza di presupposti, quale, per citare il più macroscopico, la non richiesta dell'elemento della "persecuzione" da parte dell'art. 10, c. 3, Cost. (con la maggior ampiezza che ne consegue); in tema, *ex plurimis*, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007 (spec. pp. 176-177); M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam. Padova, 2007.

internazionale e a permanere sul territorio sino alla pronuncia sulla relativa domanda.

Come è stato osservato in relazione alla c.d. "politica dei respingimenti" in alto mare, nella fattispecie legata agli accordi Italia-Libia, ciascun migrante «avrebbe dovuto essere oggetto di specifica verifica circa la sua posizione giuridica individuale, avrebbe dovuto essere informato, in una lingua a lui comprensibile, del suo diritto a presentare una domanda di asilo o di protezione internazionale ai sensi dei d.lgs. n. 251/2007 e 25/2008, e del suo diritto a restare in Italia fino alla definizione della sua domanda»[120].

L'ultimo capitolo delle relazioni con la Libia, il Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017 rappresenta, invece, un esempio perfetto di esternalizzazione laddove ragiona di «predisposizione dei campi di accoglienza temporanei in Libia» quale soluzione per i migranti che attraversano la Libia con il progetto di recarsi via mare in Europa. L'accordo Italia-Tunisia del 2011, dal canto suo, contiene l'impegno per la Tunisia di «rafforzare il controllo delle sue frontiere allo scopo di evitare nuove partenze di clandestini, con l'aiuto di mezzi logistici messi a sua disposizione dalle autorità italiane»[121].

Ora, è difficile negare che identificazioni celeri e/o appaltate a Paesi terzi possano incidere sulla possibilità – effettiva – di chiedere il riconoscimento dello *status* di rifugiato[122].

Senza alcun dubbio, poi, si registra una violazione del diritto di asilo nell'ipotesi nella quale lo Stato parte dell'accordo non abbia nemmeno sottoscritto la Convenzione di Ginevra e/o non garantisca, al di là della ratifica, il rispetto dei diritti.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, adita da undici cittadini somali e tredici cittadini eritrei intercettati in alto mare e, in ragione degli accordi bilaterali con la Libia, trasferiti direttamente in tale Stato[123], è netta nel rammentare «che l'esistenza di testi interni e la ratifi-

[120] Così E. GROSSO, *I respingimenti in mare: quando i Governi tentano di sottrarsi alla fatica di prendere i diritti sul serio*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. III/2009, p. XXII.

[121] CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 37.

[122] In questo senso cfr. F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 569, che considera, a proposito degli accordi conclusi con i Paesi di provenienza e/o di transito dei flussi migratori, come essi non violano il diritto di asilo «a patto però che, naturalmente, essi non si risolvano nel respingimento sommario…».

[123] È l'anno, il 2009, nel quale è inaugurata la c.d. "politica dei respingimenti".

ca di trattati internazionali che sanciscono il rispetto dei diritti fondamentali non sono sufficienti, da soli, a garantire un'adeguata tutela dal rischio di maltrattamenti»[124]. Nella fattispecie il giudice di Strasburgo ravvisa la presenza di «fonti affidabili» che rappresentano «prassi delle autorità – o da queste tollerate – manifestamente contrarie ai principi della Convenzione»: diversi rapporti mostrano come «durante il periodo in questione in Libia non veniva rispettata nessuna norma di tutela dei rifugiati; tutte le persone entrate nel paese con mezzi irregolari erano considerate clandestine, senza alcuna distinzione tra i migranti irregolari e i richiedenti asilo» ed «erano sistematicamente arrestate e detenute in condizioni… inumane»[125]. Gli stessi rapporti – prosegue la Grande camera – provano come «i migranti clandestini sbarcati in Libia dopo l'intercettazione in alto mare da parte dell'Italia, quali i ricorrenti, non sfuggivano a questi rischi», donde la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[126]: con il trasferimento in Libia le autorità italiane hanno esposto i ricorrenti «con piena cognizione di causa a trattamenti contrari alla Convenzione»[127].

Nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* è richiamato il divieto di *refoulement*, principio che nasce in simbiosi con la proclamazione del diritto di asilo, ma – come evidenzia la correlazione che il giudice di Strasburgo stabilisce con l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[128] – tutela qualsiasi persona umana, a prescindere dal fatto che sia rifugiato o intenda ottenerne lo *status*.

---

[124] CEDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza 23 febbraio 2012, par. 128; per una sintesi e una prima analisi della sentenza, cfr. V. MACCIONI, *Respingimenti in mare e diritti umani dei migranti*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. II/2012, pp. 740 ss.

[125] CEDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., parr. 128 e 125.

[126] «Nessuno può essere sottoposto a tortura nè a pene o trattamenti inumani o degradanti».

[127] CEDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., parr. 126 e 137.

[128] La Corte europea applica in proposito la c.d. dottrina "*par ricochet*", valorizzando le implicazioni indirette presenti nelle norme convenzionali; nel caso di specie, per l'appunto, deducendo dal divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Conv.), il principio di *non-refoulement*. La giurisprudenza sul punto è consolidata; *ex multis*, cfr. *Soering c. Regno Unito*, sentenza 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88; *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, 30 ottobre 1991, ricorsi nn. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87; *Chahal c. Regno Unito*, sentenza 15 novembre 1996, ricorso n. 22414/93; *H.L.R. c. Francia*, sentenza 29 aprile 1997, ricorso n. 4573/94; *Ahmed c. Austria*, sentenza 17 dicembre 1996, ricorso n. 25964/94; *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, sentenza 11 gennaio 2007, ricorso n. 1948/04.

La natura degli accordi di riammissione li rende quasi intrinsecamente suscettibili di entrare in collisione con tale principio, che, come è noto, risulta sancito in numerosi trattati internazionali[129] e regionali[130] e parte del diritto internazionale consuetudinario, anche nella sua accezione di *ius cogens*[131] (con la conseguente violazione, in caso di mancato rispetto del principio, anche dell'art. 10, c. 1, Cost.).

La formulazione capostipite è quella di cui all'art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 1951: «nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

Nell'ordinamento italiano, il Testo unico sull'immigrazione del 1998 stabilisce che «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione»[132]. Il principio di *non-refoulement*, peraltro, gode altresì di una copertura costituzionale, configurandosi come una estrinsecazione del diritto di asilo. Esso «ha carattere assoluto ed inderogabile» e senza dubbio la sua operatività non può essere limitata attraverso accordi internazionali bilaterali con Paesi terzi, quali quelli di riammissione[133].

L'inderogabilità e l'assolutezza – in perfetta coerenza con una norma costituzionale sul diritto d'asilo che ragiona di «effettivo impe-

[129] *Ex multis*, Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti, crudeli, inumani o degradanti, New York, 10 dicembre 1984, art. 3.

[130] Si veda, ad esempio, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 19; in argomento, cfr., recentemente, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, Torino, 2015.

[131] Sull'ascrizione del principio di *non-refoulement* fra le norme di *ius cogens*, cfr. J. ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement, International Journal of Refugee Law*, n. 4/2001, pp. 533 ss.; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., spec. pp. 378 ss.

[132] D. lgs. n. 286 del 1998, art. 19, c. 1.

[133] E. GROSSO, *I respingimenti in mare*, cit., p. XVII.

dimento»[134] – operano non solo in relazione al dato formale, ma guardando all'effettività: uno Stato è sicuro quando garantisce *effettivamente* una tutela al richiedente asilo o al rifugiato. Un approccio – quello fondato sulla garanzia concreta – che è una costante nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo[135].

La Corte europea dei diritti dell'uomo, così come la Corte di giustizia UE, hanno precisato, ad esempio, che non esiste una presunzione assoluta di sicurezza nemmeno per gli Stati membri dell'Unione europea[136].

Il principio di *non-refoulement*, sempre nella prospettiva di una tutela effettiva, estende poi la sua copertura al caso del rimpatrio indiretto. Lo Stato di (primo) rinvio, cioè, deve fornire sufficiente garanzia in ordine al fatto che non respingerà i migranti verso Paesi nei quali sussista il rischio che siano soggetti a trattamenti vietati dall'art. 3 Conv.: «è lo Stato che procede al respingimento a doversi assicurare che il Paese intermedio offra garanzie sufficienti che permettano di evitare che la persona interessata venga espulsa verso il suo Paese di origine senza valutare il rischio cui va incontro»[137]. Un altro profilo, quello del rimpatrio indiretto, per il quale il giudice di Strasburgo, nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, ha ritenuto l'Italia colpevole di violazione dell'art. 3 Conv.: «la Corte ritiene che, al momento di trasferire i ricorrenti verso la Libia, le autorità italiane sapevano o dovevano sapere che non esistevano garanzie sufficienti a tutelare gli interessati

[134] …in un edificio, quello della Costituzione del 1948, che della tutela *effettiva* dell'eguaglianza, della partecipazione e dei diritti, fa le sue fondamenta.

[135] Oltre la sentenza *Hirsi Jamaa e altri v. Italia* citata *ante*, per limitarsi ad un altro esempio riguardante l'Italia, si veda, *ex plurimis*, CEDU, Seconda sezione, *Saadi c. Italia*, sentenza del 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06.

[136] In questo senso, per la giurisprudenza CEDU, cfr., fra le altre, Grande camera, *M.S.S. v. Belgio e Grecia*, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09; per la giurisprudenza comunitaria, Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande sezione), cause riunite C-411/10, *N.S. v. Secretary of State for the Home Department*, e C-493/10, *M.E. e altri. v. Refugee Applications Commissioner Minister for Justice, Equality and Law Reforme*, sentenza del 21 dicembre 2011. Non mancano anche pronunciamenti della giurisprudenza ordinaria sul non rinvio, in ottemperanza al principio di *non-refoulement*, in un altro Paese UE (per alcuni esempi, cfr. N. PARISI, D. RINOLDI, *La protezione dello straniero nello spazio giuridico europeo: il contributo della giurisprudenza internazionale e nazionale. Un nuovo approccio nel "vecchio continente?"*, in Questione Giustizia, Seminario nazionale, Catania, 20-21 febbraio 2015, in *www.questionegiustizia.it*).

[137] Così, CEDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., par. 147, che riprende una giurisprudenza consolidata.

dal rischio di essere rinviati arbitrariamente nei loro Paesi di origine»[138].

Senza approfondire qui oltre il tema, si può infine osservare come, fatte salve alcune eccezioni, come motivi attinenti alla sicurezza pubblica[139], il divieto di *refoulement* tutela – come si è anticipato – non solo chi è stato riconosciuto come rifugiato ma anche la persona che chiede o intende chiedere il riconoscimento dello stato di rifugiato o potrebbe invocarlo in futuro[140], ovvero in senso ampio la persona umana.

La *ratio* della norma, infatti, è, come traspare chiaramente dalla giurisprudenza della CEDU che collega il principio di *non-refoulement* all'art. 3 Conv., tutelare la vita e la libertà di ciascuna persona, il che comporta che titolare ne è qualsiasi persona umana, a prescindere dal possesso o dalla volontà di ottenere lo *status* di rifugiato.

Concludendo sul rapporto fra accordi di riammissione *soft* e diritto di asilo, si può notare come, in presenza di violazioni del secondo da parte dei primi, siano configurabili diversi rimedi.

Da un lato, possono ipotizzarsi ricorsi a tutela del diritto di asilo sia come diritto a richiedere la protezione internazionale sia come divieto di *refoulement*; ricorsi da proporre al giudice ordinario, così come alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Invero, non si tratta in tali casi solo di ipotesi, stante il peso e la numerosità delle pronunce del giudice di Strasburgo sul punto.

Dall'altro, pur non addentrandosi nella descrizione del diritto comunitario sulla protezione internazionale, si può configurare, alla luce di norme come gli articoli 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali, gli articoli 67, par. 2, e 78 TFUE, nonché regolamenti e direttive, quali il c.d. regolamento Dublino III[141] e la direttiva 2013/32/UE[142],

---

138 CEDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., par. 156.

139 Cfr. Convenzione relativa allo *status* di rifugiato, cit., art. 33, par. 2.

140 Così, *ex multis*, F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Carocci, Roma, 2011, p. 92.

141 Regolamento n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) (GUUE 29.06.2013, L 180/31).

142 Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

l'apertura di una procedura di infrazione in sede UE *ex* art. 258 ss. TFUE, con la relativa possibilità di una pronuncia della Corte di giustizia UE, nonché l'intervento di quest'ultima sulla base di un rinvio pregiudiziale[143].

Sempre mantenendo come parametro il diritto comunitario, si potrebbe infine anche ragionare intorno alla possibilità – e qui l'attenzione si appunta non tanto, o non solo, sulla violazione del diritto del singolo, quanto sulla legittimità dell'atto – che il giudice (italiano) non applichi le norme di cui all'accordo di riammissione *soft* in ipotesi contrastanti con le norme comunitarie in materia di protezione internazionale, disapplicandole in virtù del primato del diritto comunitario.

Dal punto di vista dell'ordinamento interno, sull'atto (amministrativo), potrebbe immaginarsi un intervento del giudice ordinario o amministrativo, con una pronuncia in relazione all'art. 10, c. 3, Cost., mentre la natura del giudizio costituzionale non consente di prefigurare una pronuncia della Corte costituzionale che, assumendo come parametro l'art. 10, c. 3, Cost., colpisca l'accordo di riammissione, stante la sua natura non legislativa. L'impossibilità di intervento del giudice costituzionale, invero, presenta caratteri paradossali: la violazione inerente la forma dell'atto rende impermeabile l'atto anche rispetto alle violazioni che lo stesso può compiere in relazione al suo contenuto.

8. Esternalizzazione delle frontiere, persona umana e diritti costituzionali

Gli accordi di riammissione mettono a rischio – si è detto – il principio di *non-refoulement* e ciò può comportare il mancato rispetto non solo del diritto di asilo, bensì anche della dignità umana e dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost)[144], esponendo la persona a rischi per

[143] Le cause citate *ante*, C-411/10 e C-493/10, vertevano proprio su due domande di pronuncia pregiudiziale sollevate nell'ambito di una serie di controversie tra richiedenti asilo da rinviare in Grecia in applicazione del regolamento (CE) del Consiglio del 18 febbraio 2003, n. 343, e le autorità, rispettivamente, di Regno Unito e Irlanda.

[144] Si veda, ad esempio, in relazione al Memorandum d'intesa Italia-Libia, F. SCUTO, *Immigrazione: l'accordo Italia-Libia e la Dichiarazione del Consiglio europeo di Malta*, in Centro Studi sul federalismo, *Commenti*, n. 101 – 13 febbraio 2017: «il tema del rispetto dei

la vita, a tortura e/o trattamenti inumani e degradanti, così come a violazioni della libertà personale, della libertà di manifestazione del pensiero, o di religione, etc.

Può profilarsi ovviamente anche una violazione della libertà di circolazione transnazionale, la quale *par excellence* costituisce terreno di scontro diretto fra soggettività internazionale dell'individuo e soggettività/sovranità dello Stato. In proposito, senza entrare in un tema che richiederebbe un altro intervento, basti ricordare come il carattere impari dello scontro si rifletta nell'asimmetria che sin dai tempi di Francisco Vitoria ha accompagnato lo *ius migrandi* e nel potere discrezionale dello Stato di controllare i propri confini, relegando opzioni come l'apertura delle frontiere tra le utopie (se pur con – almeno sino ad oggi – due eccezioni: il diritto di asilo e il divieto di *refoulement*).

In secondo luogo, una violazione dei diritti quali la vita, il divieto di tortura, la libertà personale, etc., può realizzarsi con l'esternalizzazione delle frontiere, ovvero demandando a Stati terzi controlli, identificazioni, eventuale tutela dei rifugiati, i quali possono avvenire senza il rispetto dei diritti umani.

Quando gli accordi sono conclusi con Stati non democratici o dittature, è (quasi) una certezza la violazione dei diritti: sono accordi che non dovrebbero esistere, *icto oculi* illegittimi.

Si può sostenere che lo Stato italiano nel momento in cui stringe accordi con Paesi autoritari, che non rispettano i diritti umani, ed espone, in conseguenza di tali accordi, dei migranti a violazioni dei loro diritti, si rende responsabile in via indiretta.

In questo senso intese come quelle con il Sudan non dovrebbero *ab origine* essere negoziate; oltre i rapporti delle ONG che si occupano di diritti umani[145], sul carattere autoritario del Sudan, netto è ad esempio *The Economist* (*Intelligence Unit*), che nel *Democracy Index* 2016[146]

diritti umani è del tutto marginale nel memorandum d'intesa», «è uno dei punti critici dell'accordo». I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., p. 106, ragiona di negazione della soggettività giuridica degli immigrati «*gestiti* – respinti, espulsi, trattenuti o accolti – sulla base di intese riservate e informali, adottate *just in time*, nelle stanze chiuse di polizie e ministeri».

[145] Per tutte, cfr. Amnesty International, sezione Countries – Sudan, sul sito *www.amnesty.org*.

[146] Consultabile sul sito www.eiu.com.

colloca il Sudan fra i regimi (stabilmente) autoritari, con un indice, nel 2016, di 2.37 su 10[147].

In terzo luogo, gli accordi di riammissione possono introdurre – in quanto in forma *soft* senza nemmeno la necessaria base legale – modalità di identificazione e di rimpatrio che violano diritti costituzionali. Si pensi ad esempio a forme di trattenimento e/o di accompagnamento, quali quelle connesse con il rimpatrio, che incidono sulla libertà personale, che può essere limitata solo nei limiti e con le garanzie di cui all'art. 13 Cost.

La Corte europea, a proposito dell'accordo Italia-Tunisia del 2011, afferma, nella sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*, che nel caso di specie «il trattenimento dei ricorrenti era privo di base giuridica nel diritto italiano», «la privazione della libertà dei ricorrenti non soddisfaceva il principio generale della certezza del diritto e contrastava con lo scopo di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà», concludendo che «pertanto tale privazione della libertà non può essere considerata "regolare" ai sensi dell'articolo 5 § 1 della Convenzione», la cui violazione risulta dunque acclarata[148].

Elemento cardine del percorso argomentativo della Corte è proprio la forma *soft* degli accordi[149]: «nella misura in cui il Governo considera che la base giuridica per il soggiorno dei ricorrenti sull'isola di Lampedusa fosse l'accordo bilaterale concluso con la Tunisia nell'aprile 2011 (…), la Corte osserva anzitutto che il testo integrale di tale accordo non era stato reso pubblico. Esso non era dunque accessibile agli interessati, che non potevano pertanto prevedere le conseguenze della sua applicazione (…). Inoltre, il comunicato stampa pubblicato sul sito internet del Ministero dell'Interno italiano il 6 aprile 2011 si limitava a menzionare un potenziamento del controllo delle frontiere e la possibilità di un rinvio immediato dei cittadini tunisini

[147] Come risulta dal sito www.infographics.economist.com/2017/DemocracyIndex. Per inciso, non migliore è il risultato della Libia, che si attesta nel 2016 su un 2.25 (sono numeri che, ferme restando perplessità sulla veridicità di tali rapporti, non lasciano adito a molti dubbi sul carattere autoritario degli Stati considerati).

[148] CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., parr. 104, 107 e 108.

[149] *Contra*, peraltro, in questo caso, la giurisprudenza CEDU che tende ad interpretare in maniera estensiva (per non dire, magnanima), il riferimento alla base legale, utilizzando un approccio sostanziale e non formale, ricomprendendovi dunque anche atti come circolari, regolamenti, etc., il che, invero, solleva più di un dubbio stante la *ratio* del riferimento alla legge in tema di limitazioni di diritti (*ex multis*, cfr. CEDU, Grande camera, *Leyla Sahin c. Turchia*, sentenza 10 novembre 2005, ricorso n. 44774/98, par. 88).

mediante procedure semplificate (…). Esso non conteneva invece alcun riferimento alla possibilità di un trattenimento amministrativo e alle relative procedure»[150]. Prosegue quindi il giudice, rilevando come «in queste circostanze, è difficile comprendere come le poche informazioni disponibili per quanto riguarda gli accordi conclusi in vari momenti tra l'Italia e la Tunisia avrebbero potuto costituire una base giuridica chiara e prevedibile per il trattenimento dei ricorrenti», per cui denuncia una «ambiguità legislativa» che «ha dato luogo a numerose situazioni di privazione della libertà de facto, in quanto il trattenimento in un CSPA sfugge al controllo dell'autorità giudiziaria, il che, anche nell'ambito di una crisi migratoria, non può conciliarsi con lo scopo dell'articolo 5 della Convenzione: assicurare che nessuno sia privato della sua libertà in maniera arbitraria»[151].

Attraverso la tutela dei diritti, la Corte di Strasburgo "condanna" la forma *soft* di conclusione degli accordi.

Sul trattenimento dei richiedenti asilo[152] si pronuncia anche la Corte di giustizia, su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema amministrativa della Repubblica ceca, interpretando il regolamento Dublino III[153], in relazione agli artt. 2, lett. n), e 28, par. 2[154]. Nella sentenza il giudice comunitario chiarisce che «il trattenimento dei richiedenti, costituendo un'ingerenza grave nel loro diritto alla libertà, è soggetto al rispetto di garanzie rigorose, vale a dire, la sussistenza di un fondamento normativo, la chiarezza, la prevedibilità,

---

150 CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 102.

151 CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., parr. 103 e 106; sulla privazione della libertà *de facto*, cfr. *ivi*, par. 67, dove la Corte riporta le risultanze delle indagini compiute dalla commissione straordinaria per i diritti umani del Senato italiano, che il 6 marzo 2012 ha approvato un rapporto "sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per i migranti in Italia", constatando, a proposito del CSPA di Lampedusa dove erano stati trattenuti i ricorrenti, il «trattenimento prolungato», l'«impossibilità di comunicare con l'esterno» e la «mancanza di libertà di movimento».

152 Nel caso di specie, il trattenimento è disposto, dalla legislazione nazionale, nell'ipotesi di un «rischio notevole di fuga» (sulla base di criteri obiettivi stabiliti dalla legge) del richiedente asilo oggetto di una procedura di trasferimento, previa valutazione caso per caso e solo se il trattenimento sia proporzionale e non possano essere efficacemente applicate altre misure alternative meno coercitive (art. 28, c. 2, e art. 2, lett. n), reg. n. 604/2013, cit.).

153 Regolamento (UE) n. 604/2013, cit.

154 Corte di giustizia, Seconda sezione, sentenza del 15 marzo 2017, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contro Salah Al Chodor e a.*, causa C-528/15.

l'accessibilità e la protezione contro l'arbitrarietà», requisiti che possono essere soddisfatti solo da «una norma di portata generale», «un atto cogente e prevedibile nella sua applicazione»[155].

Un accordo di riammissione concluso in forme *soft*, e spesso segreto, – si può annotare – certo non costituisce né «un atto cogente» né una norma «prevedibile nella sua applicazione» e, dunque, ogni forma di trattenimento disposta sulla sua base è illegittima.

I due esempi citati mostrano come, al di là della possibilità di ricorsi interni al singolo ordinamento, assumano un rilievo crescente nel delineare uno standard minimo di tutela dei diritti umani (dei migranti) le corti sovranazionali[156].

In ipotesi, poi, quanto accade lungo le rotte dei migranti, con migliaia di persone scomparse nel Mediterraneo o respinte verso Paesi che definire "insicuri" è eufemistico, potrebbe legittimare un intervento, oltre che delle corti nazionali ed europee, anche della Corte penale internazionale: in quanto le politiche di respingimento e riammissione possono integrare dei crimini contro l'umanità[157], i responsabili di tali politiche potrebbero essere deferiti alla Corte.

Occorre peraltro interrogarsi sul senso di demandare alle corti la costruzione del muro, questa volta dei diritti, quale confine invalicabile di politiche, delle quali gli accordi di riammissione rappresentano l'emblema, che leggono le persone in movimento come flusso da controllare, *alias* respingere.

9. Osservazioni conclusive: la Costituzione e la palude

Invero, si può osservare come la Costituzione, sia in quanto pone le fondamenta di un edificio giuridico democratico sia in quanto garantisce a ciascuna persona i «diritti inviolabili», fornisce gli anticorpi ne-

[155] Corte di giustizia, Seconda sezione, sentenza del 15 marzo 2017, cit., parr. 40-43.

[156] Ciò vale non solo per il continente europeo, ma, ad esempio, anche per il ruolo svolto nell'America Latina dalla Corte interamericana dei diritti umani (di questa Corte, sulla detenzione dei migranti e le garanzie da riconoscere ai rifugiati, cfr. caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentenza 23 novembre 2010; caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, sentenza 25 novembre 2013, reperibili in *www.corteidh.or.cr*).

[157] Cfr. Statuto della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998 (in vigore dal 1 luglio 2002), art. 7 (autorizzato alla ratifica ed eseguito in Italia con legge 12 luglio 1999, n. 232).

cessari a smantellare la politica delle esternalizzazioni e dei rimpatri rapidi.

Accanto alla casa della Costituzione, con il suo diritto democratico e la sua eguaglianza nei diritti, dilaga però una zona paludosa di *soft law* dove i diritti sprofondano e le persone annegano.

L'estendersi della palude rende sempre più inaccessibile l'ingresso al territorio della Costituzione e ne mina le fondamenta, indebolendo la solidità democratica.

I giudici, nel loro ruolo di garanti del diritto e dei diritti, quando ciò non è inibito dalla mancanza di pubblicità e dalla evanescenza delle forme, gettano qualche ponte, ma è lo spazio della politica che deve bonificare la palude, mostrando (o meno) che la Costituzione, così come il fragile edificio dei diritti umani, europeo e mondiale, resistono.

L'azione dei giudici, in altri termini, può avvalorare il principio della limitazione del potere attraverso la separazione, dimostrando come esso consenta all'edificio democratico di fronteggiare alcuni smottamenti, palesando anzi per tale via la solidità della sua costruzione, ma se la frana è estesa solo un'attività di consolidamento da parte delle forze politiche, e della società, può mantenerlo in piedi.

La volatilità di un (non)-diritto *soft* aggira, più che aggredire frontalmente; crea spazi e procedure *altri*, che, nella nebulosità dei non-luoghi e nell'inconsistenza delle forme, sfuggono a responsabilità politiche e giudiziarie.

L'immigrazione, dunque, si pone quale campo di prova e cartina di tornasole sia per l'effettività dei diritti, come diritti universali e come diritti costituzionali[158], sia per l'ancoraggio dei processi decisionali e normativi ai parametri propri di una democrazia, sia per la tenuta della Costituzione.

Diritti dimidiati e impediti, procedure decisionali opache e *soft law*, Costituzione fondata sull'inclusione e sull'emancipazione sociale ma *per pochi*, confini presidiati e delocalizzati per negare diritti: una de-

[158] Tornano attuali – anche perché le tragedie dell'Africa di oggi molto devono all'opera dei Paesi europei di ieri – le parole di Frantz Fanon: «Lasciamo quest'Europa che non la finisce più di parlare dell'uomo pur massacrandolo dovunque lo incontra, a tutti gli angoli delle stesse sue strade, a tutti gli angoli del mondo. Sono secoli che l'Europa ha arrestato la progressione degli altri uomini e li ha asserviti ai suoi disegni e alla sua gloria; secoli che in nome d'una pretesa "avventura spirituale", soffoca la quasi totalità dell'umanità…» (F. FANON, *I dannati della terra*, Einaudi, Torino, 1962, p. 240).

mocrazia sempre più escludente all'esterno e all'interno, ovvero un ossimoro, una «promessa non mantenuta»[159], una maschera per l'oligarchia (del finanzcapitalismo[160], *ça va sans dire*).

Gli accordi di riammissione *soft* con il loro *do ut des* che assegna un prezzo ai diritti e alle persone[161] si inseriscono in modo coerente in un paradigma postdemocratico[162], nella tensione al profitto e nella flessibilità della *global economic governance*: una struttura spesso impalpabile ma dalle maglie di acciaio che nella tensione a produrre profitto e potere, stritola con una morbidezza da *boa constrictor* democrazie, diritti, persone.

L'«amaro del partire»[163] alle spalle e la «terrachiusa»[164] di fronte: «sulle rive di Lampedusa Un'umanità annega»[165].

---

159 N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, 1984, in ID., *Il futuro della democrazia*, cit., pp. 3 ss.

160 L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011.

161 Cfr. la creazione (nel vertice euro-africano del novembre 2015 a La Valletta) di un fondo apposito, il Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa, anche chiamato "Trust Fund", gestito dalla Commissione europea, verso il quale sono stati dirottati fondi destinati alla cooperazione e agli aiuti umanitari; si veda Parlamento europeo, Risoluzione sul Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa: le implicazioni per lo sviluppo e gli aiuti umanitari, 13 settembre 2016, P8_TA(2016)0337 (per una sintesi della vicenda, cfr. L. JONA, *I fondi destinati a combattere la povertà usati in Africa per controllare i migranti*, in *La Stampa*, 24 maggio 2017).

162 C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003 (in precedenza, il neologismo «postdemocrazia» era già stato utilizzato da A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. IV/2001).

163 G. M. TESTA, *Ritals*, in *Da questa parte del mare*, Produzioni Fuorivia / RadioFandango / Harmonia Mundi, 2006.

164 E. DE LUCA, *Naufragi*.

165 MOHAMMED GASSID, *Sulle rive di Lampedusa*, in 100Thousandpoets for Change-Bologna in collaborazione con GLOB011 (a cura di), *Poesie per i morti di Lampedusa annegati da respingimento*, in www.glob011.com/lampedusa, 10 ottobre 2013.

NASCERE DA UN CORPO DI DONNA: UN INQUADRAMENTO COSTITUZIONALMENTE ORIENTATO DALL'ANALISI DI GENERE DELLA *GRAVIDANZA PER ALTRI*

di *Barbara Pezzini*

SOMMARIO: *1. Il principio anti-subordinazione di genere nella costituzione italiana (in dialogo con Silvia Niccolai); 2. Prologo; 3. Il punto di partenza: la gravidanza come esperienza relazionale complessa: 3.1. Specificità della maternità – e della gravidanza – nella costituzione italiana (soggettività incarnata in un corpo femminile in gravidanza e costituzione italiana); 4. Posizionare la GPA, oggi: 4.1. L'irriducibile asimmetria relazionale nella riproduzione; 4.2. La cornice giuridica del desiderio di maternità e paternità; 4.3. Un nuovo livello di complessità: la gravidanza per altri; 5. I nodi della costruzione giuridica del genere: 5.1. Progetto riproduttivo, progetto genitoriale e orientamento sessuale; 6. La cornice e la storia; 7. La gravidanza per altri: la scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre: 7.1. Il nome della madre; 7.2. L'autodeterminazione della madre (solo) biologica; 7.3. La relazione tra madre biologica e genitori intenzionali; 8. La gravidanza per altri: di chi è il progetto genitoriale?; 9. La gravidanza per altri dal punto di vista del figlio/della figlia; 10. Per aprire una riflessione: il principio anti-subordinazione di genere come criterio di lettura della giurisprudenza: 10.1.* De iure condito*: gli effetti e le conseguenze della GPA, nonostante il divieto.*

1. Il principio anti-subordinazione di genere nella costituzione italiana (in dialogo con Silvia Niccolai)

Queste riflessioni nascono da una esplicita intenzione di dialogo con Silvia Niccolai: è stata prima di tutto la sua "proposta di riflessione"[1] a spingermi ad affrontare espressamente i nodi complessi e impegnativi della *gravidanza per altri* (GPA), saggiando l'ipotesi di un in-

[1]Che muove dichiaratamente dalla opzione in favore di un approccio capace di tenere presenti le posizioni del femminismo italiano detto della "differenza sessuale": S. NICCOLAI, Maternità *omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, parte III, pp. 1-53 ss.

quadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere di questa esperienza[2].

In queste riflessioni, tenendo conto di quanto da lei messo in luce e degli stimoli ricevuti dalle sue riflessioni critiche, proverò, dunque, a superare alcuni limiti del suo ragionamento (o, per lo meno, alcuni che a me sono apparsi come limiti del suo ragionamento), sforzandomi, innanzitutto ed ancora in diretto dialogo con lei, di motivare quella che considero la premessa fondativa di ogni questione di genere, e di ogni possibile inquadramento della riproduzione: premessa che si ritrova nel diritto costituzionale positivo e che ho in precedenti lavori indicato come "principio anti-subordinazione di genere"[3].

In riferimento alle obiezioni esplicitamente rivolte al principio anti-subordinazione da Niccolai [4], voglio sottolineare che la lettura dell'uguaglianza di genere che propongo, in chiave anti-subordinazione, si radica in una analisi di genere delle disposizioni della costituzione italiana, prima e indipendentemente che in qualsiasi dottrina generale (in particolare, di derivazione statunitense[5]); viene quindi proposta in una declinazione di diritto positivo, ricavando dalla trama delle norme costituzionali uno strumento che fornisce una chia-

[2]Il dialogo con S. Niccolai ha trovato una preziosa occasione confronto diretto nel convegno organizzato a Torino l'1 e 2 dicembre 2016 dal CIRSDE, intitolato "Un progetto che continua. Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere", all'interno della sessione "Corpi" (gli atti del convegno sono in corso di pubblicazione).

[3]B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio antisubordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, vol. III – *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli, 2009; *Costruzione del genere e costituzione*, in *La costruzione del genere. Norme e regole, Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio, vol. I, Studi*, a cura di B. PEZZINI, Bergamo University Press – Sestante edizioni, 2012, p. 15.

[4]In *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? cit.*, p. 17, come già in *Il dibattito sulla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. soc.*, 2014, p. 313, dove peraltro osservava, più articolatamente, p. 352, nt. 87, il riferimento «a una idea sociale di dignità» e l'orientamento ad una tutela dei valori della persona situata, vale a dire, ad obiettivi di uguaglianza di fatto.

[5]A partire da O.M. FISS, *Groups and the Equal Protection Clause*, in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 5, No. 2 (Winter, 1976), pp. 107-177; ma anche nella versione del principio anticaste di C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni, Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Mulino, 2009, p. 215. Piuttosto, è dal saggio di M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo*, in *Ragion pratica*, 23, 2004, p. 364, che ho tratto gli spunti iniziali per la formulazione del principio anti-subordinazione di genere nella dimensione costituzionale nazionale.

ve interpretativa specifica delle contraddizioni di genere e che permette di esplorare tutte le contraddizioni di genere del diritto positivo, superando, innanzitutto, le strettoie della mera prospettiva antidiscriminatoria – che rischia di risultare, troppo spesso e troppo facilmente, astrattamente neutralizzante.

Una densa trama di norme costituzionali prende in considerazione le relazioni tra uomini e donne e la loro posizione nei diversi ambiti della vita: le differenze tra i sessi sono nominate e rilevano non solo con riferimento espresso ai *sessi* (così nell'art. 3 cost.), ma anche in termini di genere.

Benché il riferimento espresso e consapevole alla nozione di *genere*[6] non sia emerso negli studi sociali che in una fase successiva, sono, infatti, originariamente presenti nella costituzione repubblicana regole che – riconoscendo le differenti situazioni di fatto in cui si trovano gli uomini e le donne ed i differenti ruoli sociali che ricoprono, particolarmente nella famiglia e nella riproduzione – dispongono tutele e garanzie adeguatamente "situate". Norme che confermano e rafforzano – sia nella sfera familiare (gli art. 36, 37, 31), sia nella sfera pubblica (art. 29, 48, 51 e, successivamente, anche 117, co. 7) – il principio di uguaglianza già affermato nei principi fondamentali, consentendo che esso operi nella effettiva consistenza delle condizioni materiali di esistenza delle donne e degli uomini nella società: nel quadro della autodeterminazione dei percorsi di vita riconosciuta dai principi fondamentali del personalismo e di uguaglianza degli artt. 2 e 3 cost., le norme costituzionali imprimono alle relazioni tra i sessi, ed a tutti i contesti in cui tali relazioni si svolgono, una precisa direzione volta alla rimozione di ogni forma della subordinazione femminile al maschile.

[6] Per intendere le potenzialità del *genere* come strumento concettuale applicato all'analisi delle norme giuridiche che riguardano la specificità del soggetto femminile e, per ciò di cui stiamo specificamente trattando, della *madre* come soggetto essenziale della riproduzione, si può fare riferimento ad una prima definizione di *genere*: «*Il genere è l'insieme di status-ruoli attribuiti ad una persona o a un gruppo di persone esclusivamente sulla base della loro appartenenza sessuale. È perciò la definizione sociale dell'appartenenza di sesso. Si parla quindi di "identità di genere" per riferirsi al modo in cui l'essere donna (o uomo) viene prescritto socialmente. Si tratta di un concetto più adeguato di quello di ruoli "sessuali", in quanto indica l'insieme delle risorse, aspettative, norme, che definiscono socialmente un'appartenenza sessuale, nel corso della vita*», C. SARACENO, *Pluralità e mutamento. Riflessioni sull'identità femminile*, F. Angeli, Milano, 1992, p. 40-41.

Nella costituzione repubblicana risulta così incorporata una prospettiva di ridefinizione dell'u*niversale*, che non può più essere fatto semplicisticamente coincidere con gli orizzonti del diritto preesistente in una prospettiva meramente assimilazionistica del "femminile" entro costruzioni normative, categorie ed istituti nati e definiti entro un orizzonte di esperienza esclusivamente "maschile". Se il riferimento al sesso/genere è pensabile solo nella differenza e attraverso la differenza, che rende la prescrizione dell'uguaglianza tra i sessi un vero e proprio ossimoro[7], è proprio questa tensione intrinseca ad imporre il superamento della semplificazione per cui l'uguaglianza è percepita come *in-distinzione* (*sameness*), spingendo ad una elaborazione culturale più complessa, sia della lettura della *differenza* tra i sessi, sia dell'articolazione del principio di uguaglianza: che va declinato in chiave *antidiscriminatoria*, *antistigmatizzazione* e, soprattutto, in chiave *anti-subordinazione*, valorizzando quella differenza che sarebbe resa irrilevante da un'uguaglianza normativa pensata in funzione meramente antidiscriminatoria.

2. Prologo

L'art. XI della *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* scritta da Olimpia de Gouges nel pieno della Rivoluzione francese affermava che:

«*La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi della donna, poiché questa libertà assicura la legittimità dei padri verso i figli. Ogni Cittadina può dunque dire liberamente, io sono la madre di un figlio che vi appartiene, senza che un pregiudizio barbaro la obblighi a dissimulare la verità; salvo rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge*».

[7]Di ossimoro parla C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 32; M. MINOW, in particolare in *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, *LCP*, vol. 48, n. 2, 1985, p. 157 ss. e *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Ithaca-London, 1990, introduce l'espressione "dilemma della differenza", rimarcando che la differenza viene perpetuata sia notandola che ignorandola, sia da un trattamento indifferenziato che da un trattamento diseguale. Sui molteplici percorsi che rivelano la consapevolezza dell'ossimoro e lo elaborano, v. anche D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Pesaro, ES@, 2004.

La de Gouges aveva pubblicato, nel settembre 1791, la sua *Dichiarazione* orientata a riconoscere alle donne la titolarità ed il godimento degli stessi diritti riconosciuti agli uomini: il testo denunciava la condizione delle donne francesi e rivendicava, anche per loro, il riconoscimento delle garanzie di uguaglianza e libertà conquistate dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* proclamata dall'Assemblea Nazionale nell'agosto 1789 e confermata dalla Costituzione del 1791. L'art. XI va, dunque, collocato nel contesto complessivo di una dichiarazione che avrebbe permesso alle donne di essere comprese *ab initio* nell'orizzonte degli uguali che costituisce la premessa della costruzione degli stati del costituzionalismo moderno, dal quale sono, invece, risultate strutturalmente escluse.

Diritti declinati anche al femminile che contribuiscono a definire l'universale (impedendo l'assunzione del maschile come suo riferimento e *standard* implicito): questo è il passaggio mancato in quel tornante della storia e, da allora, continuamente inseguito; un modo di concepire i diritti, gli *status*, le posizioni che non sia segnato da una dimensione astratta di universalità – che in realtà dissimula la gerarchizzazione che subordina il femminile al maschile –, ma che sia capace di concreta assunzione della differenza di genere in modo non subalterno e non discriminatorio.

Nell'art. XI l'affermazione di un diritto "diseguale", specificamente declinato al femminile nell'intitolazione formale e nel suo contenuto esclusivamente riferito all'esperienza vitale della maternità, emerge alla nostra attenzione perché rivendica la differenza e per come lo fa: rivendicare il diritto di rivelare una filiazione naturale e/o adulterina significa impedire che si perpetui una condizione di pregiudizio e subordinazione che appare drammaticamente destinata ad operare nel senso di condannare la donna ad assumere da sola tutta la responsabilità sociale del frutto di una gravidanza, che riguarda e colpisce il suo corpo come "destino biologico"[8].

Molto ci sarebbe su questo terreno da dire e da approfondire, sulla scorta di quanto già ricostruito da quanti alla vita della de Gouges ed alla sua *Dichiarazione* hanno dedicato studi e riflessioni.

[8]Evocando l'art. XI è necessario richiamare il fatto che già nel precedente art. X si afferma: «*Nessuno deve essere perseguitato per le sue opinioni, anche fondamentali; la donna ha il diritto di salire sul patibolo, deve avere ugualmente il diritto di salire sulla Tribuna; a condizione che le sue manifestazioni non turbino l'ordine pubblico stabilito dalla legge*».

A partire da Joan Scott[9], che ha affrontato esplicitamente il modo in cui le donne hanno posto la questione dell'uguaglianza nella rivoluzione francese, chiedendosi come abbiano creato il soggetto politico che pretendevano di rappresentare e come abbiano tentato di rifiutare quel disegno della natura funzionale all'ordine sociale, che veniva assunto come evidenza indiscutibile dei loro corpi e, contemporaneamente, come contraddizione insuperabile alla loro domanda di cittadinanza. A proposito dell'art. XI, Scott ha rilevato che rappresentare le donne come soggetti con diritto di parola richiede più che una estensione quantitativa della cittadinanza, in quanto comporta il rifiuto esplicito di accettare sesso e maternità come la ragione per cui le donne devono tacere, come ciò che le de-qualifica come soggetti e le rende estranee alla *Dichiarazione dei diritti dell'*uomo: l'art. XI – facendo sì che i fondamenti impliciti dell'esclusione, ribaltandosi, divenissero le ragioni espresse dell'inclusione (nella sfera dei diritti) – ha reso visibile il contratto sessuale alla base del contratto sociale. La possibilità di "dare il nome al padre" – osserva Scott – riconosceva il potere della legge e rivelava le trasgressioni dei potenti: esprimeva contemporaneamente una rivendicazione nei confronti delle responsabilità del padre ed una denuncia degli abusi patriarcali; senza il diritto di parola le donne non avrebbero avuto potuto costringere gli uomini ad assumere le proprie responsabilità ed i doveri della paternità, adempiendo obbligazioni dalle quali dipendono la coesione sociale e le libertà individuali.

Nell'art. XI la garanzia dell'uguaglianza trae forza dalla specificazione e dal particolare; sottolineando il contrasto con le astratte generalizzazioni dell'articolato della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, che non indulge mai ad un tale livello di dettaglio, Scott illumina la questione cruciale della differenza (se «la specificità della Donna marca la sua differenza dalla universalità dell'Uomo» è nella misura in cui «l'inclusione della Donna implica il bisogno di pensare in modo differente l'intera questione dei diritti»[10]), ma mette anche in luce il para-

[9] J. SCOTT, *French Feminists and the Rights of 'Man': Olympe de Gouges's Declarations*, History Workshop, No. 28 (Autumn, 1989), pp. 1-21, Oxford University Press.

[10] J. SCOTT, *cit.* p. 11: «*At the most crucial point in the argument – the demand for liberty to speak – the specificity of Woman marks her difference from the universality of Man. But the addition of Woman also implies the need to think differently about the whole question of rights*».

dosso della teoria politica della rivoluzione francese e della tradizione dell'universalità giuridica che in essa trova fondamento[11].

Certo non si vogliono qui ignorare le osservazioni critiche di chi ha rilevato nella formulazione dell'art. XI – in cui la libertà di espressione sarebbe stata (sottinteso: riduttivamente) "femminilizzata e maternalizzata" a garanzia delle ragazze madri – un sostanziale disinteresse ed una diffidenza della de Gouges rispetto al tema generale del diritto alla libera manifestazione del pensiero, che ne avrebbe comportato lo slittamento dalla dimensione pubblica ad una esclusivamente privatizzata[12].

Si tratta di letture che, più marcatamente, sottolineano il nesso di questa specifica disposizione con il "femminismo" della de Gouges, che appare evidente soprattutto quando le formulazioni degli articoli della Dichiarazione vengano ricollegate alle considerazioni della *Postfazione* (*Postambule*) che segue l'articolato, da cui emerge il rifiuto della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, tra politica e società, insieme con la netta rivendicazione della necessità che la garanzia dei diritti della donna penetri nello spazio domestico e nella camera da letto, fondando un nuovo contratto sociale tra l'Uomo e la Donna[13].

L'art. XI, in ogni caso, mostra plasticamente come «una caratteristica fisiologica femminile, la capacità procreativa, congiunta al rischio di una paternità negata, se non fonda, ciò non di meno introduce la questione dell'accesso femminile alla libertà di espressione», rivelandone la dimensione sessuata (fondata sull'appartenenza sessuale e sul corpo sessuato)[14].

---

[11] J. SCOTT, *cit.* p. 17-18: «*By those terms, political was synonymous with rational, public, and universal, with the free agency of autonomous subjects. Woman, by a set of definitions attributed to nature, was construed as having antithetical traits, hence being outside politics. In order to formulate a critique of this theory, feminists like de Gouges contested its definitions, and sometimes also its legitimating premises, but at the same time they used the prevailing terminology of the day. This produced an ambiguous discourse which both confirmed and challenged prevailing views, and which exposes to us a fundamental paradox of the political theory of the Revolution: the relative and highly particularized aspect, the undeniable embodiment, of its claim to universality*».

[12] J. COLE, *Between the Queen and the Cabby. Olympe de Gouges's Rights of Women*, Montreal; Kingston; London; Ithaca: MQUP, 2011, p. 129-131.

[13] *Ibidem*, p. 142.

[14] S. ABOUDRAN, *Construction normative et féminité. Olympe de Gouges, ou la portée du modèle déclaratif*, in *L'Année sociologique* 2003/1 (Vol. 53), p. 197-210, DOI 10.3917/anso.031.0197, p. 206.

Ed è per questo che alle parole dell'XI articolo possiamo anche guardare come ad sorta di prologo del nostro discorso sull'analisi di genere della GPA (*gravidanza per altri*, come meglio si chiarirà più avanti[15]): per marcare la centralità della questione riproduttiva dentro la costruzione giuridica del genere.

È la riproduzione che rivela l'inconsistenza delle categorie di – falsa o, comunque, illusoria – neutralizzazione; è a partire dalla riproduzione che emerge l'urgenza di nuovi strumenti, di diritto diseguale non discriminatorio.

Prologo ideale anche per marcare come il peso del *corpo* femminile, indissolubilmente legato al destino biologico della maternità, si leghi alla insostenibile leggerezza (alla evanescenza) della *mente* della donna, a cui è negata la libertà di parola funzionale alla chiamata alla responsabilità paterna: perché nella attribuzione di paternità (nel chiamare alla responsabilità un padre) è titolo quel rapporto coniugale che affida al marito l'esclusività dell'accesso al corpo della moglie, mentre non si riconosce alcun rilievo alla volontà connessa all'esperienza materna della donna.

Certo, quell'orizzonte sembra molto lontano dall'esperienza attuale.

Da un lato, se pensiamo oggi al tema dell'attribuzione della paternità evocato dalla XI disposizione, guardiamo alla tecnologia ed al DNA piuttosto che alla "libertà di parola" della madre.

Dall'altro, è il contesto dei diritti delle donne ad essere profondamente mutato, dal momento che le garanzie di parità – cui le donne della rivoluzione francese hanno invano aspirato – risultano ormai acquisite (per quanto non possiamo ignorare che il completamento del percorso assimilazionista è storia solo recente e per quanto dobbiamo tenere presente la disomogeneità della geografia dei diritti delle donne nel nostro mondo così globalizzato).

3. Il punto di partenza: la gravidanza come esperienza relazionale complessa

Ma anche in questo nuovo e diverso contesto, gli sviluppi della tecnologia e le categorie paritarie dei diritti non hanno ancora rimosso

[15] V. oltre par. 4.

l'irriducibilità della differenza e le asimmetrie della complementarietà – che pure esiste – dei due sessi nella vicenda riproduttiva.

Si viene al mondo per il tramite di un corpo di donna.

E non è un fatto circoscrivibile e riducibile ad un processo biologico. La mediazione femminile che porta alla luce un nuovo essere umano ha tempi lunghi, è un lungo processo di trasformazione che connette l'esperienza di una donna (la madre biologica) e quella della donna/ dell'uomo che lei partorirà (il/la nascituro/a).

La gravidanza deve essere considerata come un'*esperienza relazionale complessa*, che non sempre siamo in grado di vedere nella sua dimensione propriamente relazionale.

Il concepito ha un'aspettativa di vita solo per il tramite di quella speciale "accoglienza" in un corpo di donna che si realizza durante la gravidanza[16] e, contemporaneamente, l'accoglienza del prodotto del concepimento in un corpo di donna si impone anche come condizione materiale della paternità: la gravidanza resta, di conseguenza, il momento centrale ed imprescindibile della vicenda umana riproduttiva, per quanto l'evoluzione delle tecnologie riproduttive possa avere modificato le forme della relazione uomo-donna, rendendo oggi possibile, tramite la fecondazione in vitro, una riproduzione sganciata dalla relazione sessuale.

Ed è, per certi versi, proprio nella sfera giuridica che emerge e si rivela una fatica particolare a riconoscere la dimensione relazionale della gravidanza, che sfugge ai parametri ed alle categorie con cui il diritto considera abitualmente le relazioni inter-soggettive – presupponendo, cioè, due soggetti interamente separati, mentre la relazione tra la madre gestante ed il nascituro / la nascitura è profondamente segnata dalla condivisione corporea. La gravidanza è una relazione che rende la donna "due e tutt'uno" (unità duale), una relazione inevitabilmente asimmetrica, come ha saputo almeno in parte riconoscere la giurisprudenza costituzionale laddove l'asimmetria si manifesta nella

[16] V. anche T. PITCH, *Un diritto per due, cit.*, 80: «si viene al mondo grazie ad una donna, alla sua cura, al suo desiderio; si diventa persone tramite quella mediazione femminile»; P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 442, sottolinea il «modo singolare ed esclusivo di dipendenza della vita del figlio dalla vita e dal corpo della madre», nel contesto di una riflessione sull'embrione che non mette a tema questa specificità con riferimento al corpo femminile (al soggetto sessuato femminile).

sua forma più carica di drammaticità, nell'interruzione volontaria della gravidanza[17].

3.1 Specificità della maternità – e della gravidanza – nella costituzione italiana (soggettività incarnata in un corpo femminile in gravidanza e costituzione italiana)

Nonostante l'indubbia difficoltà della sfera giuridica a cogliere la dimensione relazionale della gravidanza, la specificità della maternità/gravidanza trova proprio nel testo della costituzione italiana un riconoscimento saldo, entro una dimensione della costruzione costituzionale dei rapporti di genere che procede alla rimozione non solo delle *discriminazioni* a carico delle donne ma anche, e soprattutto, della *subordinazione* del genere femminile al maschile[18].

Entro questa visione complessiva, la costituzione garantisce esplicitamente la *tutela della maternità*, in particolare attraverso gli articoli 31 (*La Repubblica protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù*) e 37 cost. (*Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione*).

Una *maternità* che non può essere un valore astratto dalla persona che è "*madre*", né tanto meno può essere ridotta ad un processo puramente biologico che consente all'embrione di diventare una persona.

La maternità costituzionalmente tutelata costituisce il centro della relazione primaria ed essenziale tra le persone umane, quella generativa (riproduttiva), senza la quale l'esperienza esistenziale semplicemente non c'è, non ci può essere.

La maternità costituzionalmente tutelata è la maternità *in un corpo di donna*, l'esperienza esistenziale che attraversa – molto materialmente – il corpo di una donna.

Nel quadro del personalismo costituzionale, che situa ogni soggetto nel contesto anche materiale delle sue relazioni, non si può ignorare che le donne hanno un *corpo femminile* che permette la procreazione e che resta, almeno per il momento, essenziale anche in tutte le procedu-

[17]Sent. 27/1975 sull'aborto; sul tema si rinvia a B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Il governo del corpo*, a cura S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, tomo II, p. 1655-1687, Milano, Giuffrè, 2011.

[18]V. sopra par. 1.

re mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre, ma che del corpo di una madre hanno bisogno per consentirne lo sviluppo.

Si tratta di una prospettiva da cui emerge l'essenziale *specificità* della soggettività incarnata nel corpo femminile in gravidanza. Da qui una posizione costituzionalmente rilevante, privilegiata e tutelata *della madre*, anche se non realmente emersa in tutta la sua portata nell'approccio prevalente di inquadramento costituzionale *della relazione tra madre e embrione,* per come l'abbiamo conosciuto nella giurisprudenza costituzionale e nelle posizioni dottrinali espresse in relazione alle questioni della interruzione volontaria della gravidanza e della fecondazione medicalmente assistita, orientate da una prospettiva di tutela della *salute della madre* che rischia di offuscare la madre stessa, come soggetto e come persona[19]. Riconoscendo che il *soggetto incarnato in un corpo femminile*, in quanto tale e in quanto soggetto portatore di una specificità di genere, precede logicamente ed assiologicamente ogni riferimento al diritto alla *salute* del soggetto medesimo, riusciamo finalmente a vedere un soggetto femminile portatore di una specificità di genere (il corpo gravido di una madre) e a comprendere la necessità di una regola davvero pertinente all'assoluta specificità dell'essere *unità duale*, da cui emerge la specificità della relazione del nascituro con la madre[20], senza la quale una tutela è addirittura impensabile, perché non c'è possibilità di sviluppo e quindi aspettativa di vita fuori ed a prescindere da un corpo di donna che accolga l'embrione nella gravidanza fino al termine di questa, fino al momento in cui è possibile una sopravvivenza autonoma.

[19]Come ha rilevato G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Napoli, Jovene, 2009, p. 828

[20]«Madre e nascituro sono, in un modo altrimenti impensabile, due e tutt'uno. Senza questa ammissione, l'habeas corpus non esiste, se non come diritto dei maschi per i maschi»: A. SOFRI, *Contro Giuliano. Noi uomini, le donne e l'aborto*, Palermo, Sellerio, 2008, p. 27.

4. Posizionare la GPA, oggi

Per poter procedere ad affrontare un'analisi della posizione che può assumere l'esperienza della gravidanza per altri (GPA) nel contesto costituzionale italiano è necessaria, innanzitutto, una premessa terminologica[21].

Intendo consapevolmente usare la sigla GPA per riferirmi all'espressione "gravidanza per altri", pur sapendo che tale acronimo rimanda più comunemente all'espressione "gestazione per altri"[22], che non mi sembra, tuttavia, un'opzione condivisibile, in quanto mette in primo piano il processo gestazionale evocandolo prima e persino al posto della donna in gravidanza, quasi come un processo oggettivato e "disincarnato" dal corpo e dalla vita della donna, riducendo l'esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica.

Si tratta evidentemente di una scelta che già orienta la considerazione dell'esperienza di GPA, a fronte di una varietà della terminologia impiegata per identificare il fenomeno che non è univoca e neppure neutra: si registrano, infatti, espressioni come *maternità per sostituzione, maternità surrogata*[23] *o su commissione, locazione o affitto d'utero* (che facilmente diventa, più comunemente nel linguaggio corrente, *utero in affitto*, brutale sineddoche che rimuove la donna in quanto soggetto), *contratto di maternità, maternità su procura*, che sottendono o si riferiscono ad esperienze differenti (o profili differenti di una esperienza di gravidanza)[24].

---

[21]Già lo notava I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffré, 2000, p. 3; la sua scelta a favore dell'espressione *maternità per sostituzione* sottolinea e delimita come elemento caratterizzante il contesto relazionale tra due donne, una delle quali «si presta ad avere una gravidanza per un'altra» (p. 4): proprio per questo, però, non pare adatta a comprendere anche l'ipotesi di una gravidanza per altri in favore di una coppia omosessuale maschile, che è una parte dell'esperienza della GPA che non credo opportuno ignorare.

[22]In particolare veicolata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani; l'espressione è raccomandata anche dalle *Linee guida per un'informazione rispettosa delle persone LGBTI*, a cura dell'Unar, 2015, p. 18, che, richiamando le denominazioni utilizzate in lingua francese ed inglese *gestation pour autrui, surrogate motherhood, surrogacy*, propongono le espressioni *gestazione di sostegno, gestazione per altri, maternità surrogata*, sollecitando ad evitare, invece, l'espressione *utero in affitto*, ampiamente ricorrente nei media, in quanto espressiva di un giudizio negativo.

[23]L'espressione surrogazione di maternità compare nella l. 40/2004, all'art. 12, co. 6.

[24]Dal contesto anglo-americano deriva l'espressione *surrogacy*, utilizzata anche, insieme alla corrispondente versione francese *maternité de substitution*, nei documenti del progetto

L'esperienza della GPA riguarda la riproduzione, ma anche la genitorialità, obbligandoci innanzitutto a riflettere sul nesso tra l'una e l'altra.

La genitorialità si riferisce al progetto di chi accoglie un figlio/una figlia assumendo la responsabilità di accompagnarlo/a nel percorso di progressiva costruzione di una piena autonomia personale.

La riproduzione è un processo che prende avvio dalla fecondazione (incontro di un ovulo da parte di uno spermatozoo), ma la cui componente essenziale resta *l'esperienza relazionale irriducibile della gravidanza*, che non può essere messa in ombra né recisa neppure dalla eventuale alterità dei gameti al corpo della madre gestante: il corpo gravido per nove mesi *è* una *donna che intesse una relazione* ed in quanto tale si tratta di una esperienza che non può essere rimossa o sottovalutata.

Il progetto di genitorialità ha, a sua volta, un legame complesso con la riproduzione.

L'assume come necessario presupposto (non può esserci assunzione di responsabilità di genitore/i se non per un essere umano venuto al mondo attraversando il processo di riproduzione), ma se ne distingue, dal momento che le responsabilità genitoriali riguardano (e, quindi, hanno inizio quando) un nuovo essere umano è nato al mondo sepa-

---

"Parentage/Surrogacy Project" – "Filiation/Maternité de substitution" nell'ambito della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato (HCCH, Hague Conference on Private International Law – Conferénce de La Haye de Droit International Privé); il glossario proposto dal documento preliminare n. 3 B del marzo 2014, *The desiderability and feasibility of further work on the Parentage/Surrogacy Project, Annex A, Revised Glossary*, distingue ulteriormente non solo tra i diversi soggetti dell'accordo di surrogazione (*surrogacy arrangement*) – *surrogate mother* e *intending parent(s)* –, ma anche tra i diversi aspetti e le diverse condizioni della surrogazione: *traditional/gestational* , a seconda che ci sia o meno un legame genetico tra madre surrogata e figlio; *for-profit/altruistic,* in relazione alla presenza di una remunerazione da parte dei genitori intenzionali che vada oltre la copertura delle spese "ragionevoli"; nonché tra i diversi livelli di riconoscimento di un legame tra figlio e genitori: *legal parentage* / *genetic parentage*, distinguendo tra il criterio di attribuzione dello status di genitore (l'assunzione dei diritti e degli obblighi genitoriali) ed il riconoscimento del legame genetico, che nella surrogazione possono disgiungersi ed anzi spesso non coincidono. Quello che il *Glossario* sembra completamente ignorare è la possibilità (e la necessità) di nominare autonomamente la relazione della madre biologica con il figlio/figlia, dando quindi riconoscimento alla relazione di gravidanza come tale: la madre surrogata – acconsentendo a portare a termine una gravidanza per i genitori intenzionali e rinunciando ai diritti genitoriali che seguono alla nascita – sembrerebbe entrare in relazione solo con i genitori intenzionali e non con il nascituro.

randosi dal corpo della madre (quando termina la gravidanza) e possono essere assunte (tramite l'adozione) anche da soggetti che non hanno alcun legame biologico con il figlio/la figlia adottivo/a (non hanno contribuito alla fecondazione, né alla gravidanza), o che ne hanno uno solo parziale (fecondazione eterologa e gravidanza per altri/e).

4.1 L'irriducibile asimmetria relazionale nella riproduzione

Tutta l'esperienza della riproduzione risulta profondamente marcata dall'asimmetria relazionale: oltre a quella che caratterizza la gravidanza c'è, infatti, quella dei due sessi, radicalmente diverso essendo il ruolo di maschi e femmine, padri e madri nella riproduzione.

Diventa perciò importante nominare tutte le asimmetrie implicite nella riproduzione, perché la loro visibilità costituisce la premessa per assumerne consapevolmente l'eventuale rilievo e compiere consapevolmente l'operazione di decidere quanto e come debbano essere rilevanti.

Muoviamo dalla constatazione che il desiderio di avere dei figli è una delle componenti essenziali della esperienza umana; non indispensabile, non ugualmente condiviso da tutti e da tutte, ma certamente presente in modo che possiamo considerare generalizzato negli esseri umani.

Ne ha dato atto anche la giurisprudenza costituzionale[25], riconoscendo la irriducibile e fondamentale componente di autodeterminazione (sfera di libertà) in ordine al progetto genitoriale.

[25]Si intende fare riferimento alla sentenza 162/2014, laddove riconosce che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali»: con questo richiamo non si intende ovviamente ignorare o sottovalutare l'ampia discussione suscitata dalla sentenza (v. per tutti G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, ESI, 2014, p. 127, anche e specificamente per quanto riguarda lo specifico passaggio citato, ma sottolineare come la prospettazione della sentenza 162/2014 risulti certamente più impegnativa nel richiamare l'autodeterminazione della sfera personale (la sfera più intima e intangibile) del mero riconoscimento delle "esigenze della procreazione" contenuto, in precedenza, nella sent. 151/2009: sul punto C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p. 15; Il *"diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.* , 3/2014, p. 2593 ss., spec. 2596 s.

Ma il desiderio individuale di avere figli è espresso da esseri umani *uomini* e *donne*, è dunque un desiderio di *paternità* (maschile) e di *maternità* (femminile) che, per concretarsi in un progetto riproduttivo e genitoriale, deve confrontarsi con le condizioni per realizzarlo: la prima di tutte è che per entrambi, uomini e donne, la realizzazione del desiderio richiede necessariamente un contributo nella riproduzione da parte di un essere umano dell'altro sesso, implicando di conseguenza una (qualche forma di) relazione con un essere umano dell'altro sesso (una relazione propriamente di natura sessuale – un atto sessuale che determini la fecondazione, necessario e sufficiente presupposto per l'avvio di una gravidanza – non è più indispensabile da quando gli sviluppi delle tecnologie riproduttive hanno reso la fecondazione indipendente e sganciata dalla sessualità).

Questa *complementarietà dei sessi* nella riproduzione conduce spesso ad inquadrare il desiderio individuale di paternità e di maternità nella cornice di una relazione di coppia eterosessuale, proponendo una implicita associazione necessaria del desiderio di avere dei figli all'esistenza di una relazione di coppia eterosessuale. In realtà, la necessaria complementarietà dei sessi nella riproduzione, non muta la sostanza *individuale* del desiderio di maternità e paternità trasformandolo in un desiderio necessariamente condiviso da una coppia eterosessuale (in un desiderio che non può che essere espresso all'interno di una coppia eterosessuale e, tanto meno, nel desiderio *di una coppia* eterosessuale); non solo perché *desiderio* e *progettualità* non possono che appartenere ed essere ricondotti alla dimensione irriducibilmente unica di ogni singola persona umana, ma perché il grado di complementarietà e di reciproca dipendenza da una persona dell'altro sesso per soddisfare il proprio desiderio mostra una profonda e irriducibile asimmetria.

Già considerando le condizioni minime indispensabili per la riproduzione, le differenze tra i sessi cominciano a mostrarsi in tutta la loro evidenza.

Il contributo maschile al desiderio femminile di maternità consiste un "apporto biologico" che implica un uso del corpo maschile non in-

vasivo, generalmente piacevole, limitato nel tempo e facilmente ripetibile (e che in ciò si esaurisce).

Il contributo femminile al desiderio maschile di paternità non solo richiede l'apporto di un contributo biologico che può essere "separato" dal corpo della donna solo con il ricorso a procedure invasive e di forte impatto sulla salute della donna (nonché, comunque, di per sé non sufficiente a portare a compimento il processo riproduttivo), ma soprattutto implica la gravidanza, cioè un processo di lunga durata, fisiologicamente di nove mesi, che comporta un impatto di grande trasformazione del corpo della donna ed una esperienza "relazionale" tra la madre gestante ed il feto (quell'esperienza relazionale specifica che si è già evidenziata, caratterizzata dalla peculiare condizione di un corpo di donna che è *due e uno contemporaneamente*, che diventa unità duale).

4.2 La cornice giuridica del desiderio di maternità e paternità

Desiderio di maternità e paternità procedono quindi in un percorso che resta fortemente asimmetrico (in ragione soprattutto, ma, come si è visto, non unicamente, della centralità della gravidanza), sino a che ci concentriamo sulle condizioni – umane, relazionali, tecnologiche – necessarie per mettere al mondo un nuovo essere umano, sino a che intendiamo paternità e maternità in senso proprio come "*progetto riproduttivo*".

Ma la messa al mondo di un nuovo nato comporta/implica anche l'assunzione di responsabilità di accudimento ed educazione nei suoi confronti, responsabilità genitoriali[26] in cui maternità e paternità trovano oggi una maggiore reciprocità e simmetria di posizione giuridica[27] e sociale (probabilmente più giuridica che sociale); il desiderio di maternità e paternità implica, quindi, anche un "*progetto genitoriale*".

[26]Anche se l'antropologia ci restituisce esperienze di responsabilità collettive e condivise per le funzioni di accudimento ed educazione dei bambini, la cornice giuridica e sociale entro la quale ci collochiamo individua preliminarmente le responsabilità genitoriali, configurate come principio costituzionale nell'art. 30 cost.

[27]Si tratta di un percorso relativamente recente, prefigurato ed imposto a livello delle norme costituzionali dal principio di uguaglianza che viene garantito nella sfera delle relazioni familiari (art. 30), ma anche nella sfera del lavoro (art. 37 ed estensione della garanzia di tutela della essenziale funzione familiari dalle lavoratrici madri ai lavoratori padri).

Progetto riproduttivo (rivolto a mettere al mondo un nuovo essere umano) e progetto genitoriale vengono resi concettualmente e materialmente distinguibili l'uno dall'altro dal fatto della nascita, anche se il riconoscimento della loro continuità è imposto dalla unicità/continuità di chi viene al mondo (il/la nascituro/a, che ha una connessione genetica con un padre ed una madre, ha sperimentato una relazione umana con la madre biologica, è il figlio /la figlia dei genitori che ne assumono la responsabilità).

Per quanto il progetto genitoriale con elevata frequenza statistica si saldi e si compenetri con il progetto riproduttivo, confondendosi con quello, senza soluzione di continuità di tutti i soggetti interessati (padre, madre, figlio/a), e per quanto dobbiamo sempre tenere a mente fino a che punto in questa forma ed in questa continuità abbia strutturato la nostra comprensione della riproduzione umana[28], è pacificamente acquisito che un progetto genitoriale può anche, attraverso l'istituto dell'adozione, configurarsi in forma del tutto indipendente dal progetto riproduttivo (in assenza di un progetto riproduttivo) e che la continuità dei soggetti (padre e madre) del progetto riproduttivo rispetto a quello genitoriale può spezzarsi e venire a mancare[29].

A me sembra che la necessità di fare i conti con l'asimmetria (con l'esistenza di relazioni inevitabilmente asimmetriche nei progetti riproduttivi e genitoriali) costituisca, oggi, una difficoltà specifica dei giuristi che, in materia di rapporti di genere, si sono da poco abituati (o forse dovremmo dire arresi?) alle categorie della non-discriminazione, che offrono la comoda, anche se illusoria, prospettiva della *neutralità* di genere. Una prospettiva illusoria nella misura in cui la neutralità del diritto è sempre una "neutralizzazione", vale a dire l'assunzione – di fronte ad un elemento di differenziazione che si manifesta – della prospettiva della irrilevanza: trattare due situazioni "come se" quella differenza non esistesse comporta una prospettiva "attiva" di intervento, prescrizione, definizione ed inquadramento giuridico.

---

[28]Per una riflessione sul rilievo specifico degli impliciti di genere e sulla necessità di decodificarli: ***Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi***, a cura di L. MORRA, B. PASA, Torino, Giappichelli, 2015.

[29]Possono essere le diverse ipotesi di riconoscimento da parte della sola madre, di disconoscimento di paternità successivo, di esercizio da parte della madre biologica del diritto a non essere nominata.

La *pseudo-neutralità* ha due limiti, che agiscono in direzione opposta ma convergono nella prospettiva della rimozione: da un lato, occulta, dietro la maschera formale ed astratta della parità, le condizioni della subordinazione; dall'altro, impedisce di assumere l'opposta prospettiva di riconoscimento e di attribuzione di un valore specifico a quella differenza.

Per questo non convincono le elaborazioni[30] che assumono il genere come un concetto che neutralizza interamente ogni differenza tra i sessi, finendo per coincidere con la persona umana, che è stata, però, de-materializzata e disincarnata proprio dalla condizione primaria della sua corporeità. Ed è più che dubbio che la «posizione epistemologica *gender neutral* espressa dalla diffusa sostituzione da parte delle varie legislazioni (nazionale, regionale ed europea) del termine sesso con genere» – ammesso che possa ricostruirsi davvero in questi termini una complessiva tendenza neutralizzante – sia l'unica prospettiva che apre alla possibilità di «far breccia su stereotipi e prospettive giuridiche sessiste per giungere al riconoscimento, ad esempio, dell'omogenitorialità o della plurigenitorialità»[31]: innanzitutto, perché genere non può equivalere a sesso neutralizzato dalla differenza, se non ignorando la funzione e la caratteristica più significativa del concetto, che incorpora la costruzione – anche giuridica – della differenza, intesa come relazionalità e subordinazione[32]; ma anche perché, al contrario, è proprio la possibilità di riflettere sistematicamente sia in

[30]Come quella di A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, a cura di A. SCHUSTER, Milano-Udine, Mimesis, 2011, p. 35 ss.

[31]Così L. MORRA, B. PASA, *Diritto tacito, diritto implicito e questioni di* genere *nei testi normativi,* in *Questioni di genere nel diritto cit.*, p. 10.

[32]*Genere* è un concetto descrittivo e insieme una categoria analitica: indica la costruzione sociale dell'essere donna e uomo (i processi, i comportamenti, i rapporti che organizzano la divisione dei compiti tra uomini e donne, differenziandoli) ed implica l'adozione di un codice binario e relazionale, che richiede dialettica e reciprocità tra le sue componenti; il *genere* ha come presupposto il riconoscimento del fatto che le differenze tra i sessi determinano relazioni sociali imperniate sulla differenza (costruiscono gli uomini e le donne come *generi*) e che, a loro volta, tali relazioni sociali (i generi) riproducono le differenze. Genere rimanda ad una codificazione della coppia maschile/femminile in termini gerarchici, è l'elaborazione, pur variabile culturalmente, del sesso come coppia gerarchica, dove il maschile è codificato come superiore e il femminile come inferiore: A. CRANNY-FRANCIS ET ALL., *Gender Studies: Terms and Debate*, New York, Palgrave Macmillan, 2003, p. 4.

termini di sesso, sia in termini di genere[33] che rende riconoscibili le differenze per elaborarle, nel quadro della prospettiva costituzionale di un principio anti-subordinazione di genere, neutralizzandole quando agiscono come poteri creando condizioni di subordinazione, ma consentendone anche la valorizzazione.

4.3 Un nuovo livello di complessità: la gravidanza per altri

Nel contesto relazionale già di per sé complesso ed asimmetrico della riproduzione/genitorialità, la GPA impone un nuovo livello di complessità.

La "gravidanza per altri" fa riferimento alla situazione di una *madre biologica* (cioè di una donna che vive con il nascituro l'esperienza relazionale della gravidanza) che consapevolmente e liberamente sceglie di dare compimento ad un progetto riproduttivo destinato a non avere seguito e continuità personale, dopo la nascita del figlio/a, in un progetto genitoriale di maternità propria, bensì destinato ad avere seguito e continuità con un progetto genitoriale di altri/e (in cui, cioè, saranno altri/e ad accogliere ed accompagnare il nuovo nato/ la nuova nata nel percorso di costruzione dell'autonomia personale, che convenzionalmente il diritto fa coincidere con il raggiungimento della maggiore età).

Scegliamo di nominarla come *madre biologica*[34] e di posizionarla al centro della scena per rimarcare la centralità ed irriducibilità della gravidanza come esperienza umana relazionale, a prescindere dalla possibilità che la madre biologica sia contemporaneamente anche *madre genetica* (che abbia cioè fornito anche l'ovulo che è stato fecondato) oppure no (avendo, in questo caso, ricevuto in utero l'impianto di

[33] G. RUBIN, *The Traffic in Women. Notes on the "Political Economy" of Sex*, in RAYNA R. REITER (ed.), *Toward an anthropology of women*, New York: Monthly Review Press, 1975, p.157, definisce il *sex/gender system* come «l'insieme delle disposizioni sulla base delle quali una società trasforma la sessualità biologica in prodotti dell'attività umana e nelle quali questi bisogni trasformati trovano soddisfazione» (p. 159) rilevandolo come lo strumento concettuale che permette «di mantenere la distinzione tra la capacità umana e la necessità di creare un mondo sessuato, e i modi oppressivi in cui empiricamente i mondi sessuati sono stati organizzati» (p. 33).

[34] Anche in questo caso c'è una intenzionalità nella scelta della espressione che identifica la madre che accoglie e porta a termine la gravidanza: v. D. DANNA, *Contract Children, Questioning Surrogacy*, Stuttgart, *ibidem*-Verlag, 2015, p. 39, che argomenta la scelta dell'espressione *Birth mother*.

un ovulo di altra donna fecondato). Lasciando, quindi, sullo sfondo la dimensione più propriamente genetica della maternità, *scegliamo consapevolmente di centrare il discorso sulla differenza ed asimmetria tra i sessi*, che si manifesta nella gravidanza (esclusivamente femminile) molto più marcatamente di quanto non emerga considerando il contributo genetico, rispetto al quale entrambi i sessi debbono fornire un apporto (ovulo femminile e spermatozoo maschile, per quanto, come notato in precedenza, anche rispetto alle modalità di fornitura del contributo genetico siano rilevabili significative asimmetrie tra i due sessi).

Non si ignorano le differenze che riguardano anche la messa a disposizione del materiale genetico, già di per sé molto più complessa per parte femminile che non per parte maschile; e neppure la differenza di qualità e quantità del trattamento medico richiesto per una *surrogazione tradizionale* e per una *gestazionale*[35], che certamente potranno e dovranno essere prese in considerazione ai fini di ulteriore sviluppo ed approfondimento di un discorso di cui qui si vogliono solo porre alcune premesse.

L'esperienza della gravidanza *per altri* si manifesta oggi come il punto di caduta delle trasformazioni nella sfera della riproduzione sessuata e nella sfera dei ruoli di genere nei rapporti familiari: in essa convergono gli effetti delle modificazioni profonde delle relazioni genitoriali, che hanno ampiamente ridefinito i confini dei ruoli materno e paterno nei confronti dei figli, e quelli dei processi tecnologici di fecondazione medicalmente assistita, in particolare in considerazione della praticabilità della fecondazione eterologa con utilizzo di gameti femminili estranei alla coppia di genitori intenzionali.

Ci limitiamo qui a considerare la gravidanza per altri in relazione al progetto di genitorialità (maternità e paternità) di una coppia eteroses-

[35]Nel *Glossario* richiamato nella nota 23, nella surrogazione *tradizionale* poiché la madre surrogata fornisce il proprio materiale genetico (ovulo), il nato ha con lei un legame genetico (il concepimento può indifferentemente avvenire naturalmente o con procedure di inseminazione artificiale); in quella *gestazionale* non fornendo la madre l'ovulo, non vi è alcun legame genetico tra madre surrogata e nato/a (è richiesto un trattamento di fecondazione assistita ed i gameti possono provenire dai due genitori intenzionali, da uno solo, da terzi). L'accento è posto sulla presenza / assenza di legame genetico con la madre (surrogata) biologica.

suale[36] in cui la madre non sia in condizioni di affrontare la gravidanza e, dunque, non possa essere la madre biologica (indipendentemente dal fatto che possa o meno fornire il proprio contributo genetico – l'ovulo da fecondare con lo spermatozoo del padre[37]) nonché in relazione al progetto genitoriale (di doppia paternità) di una coppia omosessuale maschile. Lasciamo, quindi, sullo sfondo le ipotesi che al momento appaiono solo marginali e occasionali (gravidanza per altre in favore di una coppia omosessuale femminile, in cui entrambe le madri intenzionali non siano in grado di affrontare una gravidanza) per concentrarci su quelle intorno alle quali più concretamente si sta avviando la discussione[38].

La soluzione di continuità che, nelle circostanze qui considerate, si manifesta tra progetto riproduttivo e genitoriale *dal lato della madre biologica* comporta la differenziazione dei soggetti nelle due fasi e la necessità di indagare, e qualificare, le relazioni più complesse che essi intrattengono.

Lasciamo, invece, in sospeso anche la questione della imprescindibile esistenza di una *coppia* ai fini di un progetto genitoriale, limitandoci ad un breve riferimento a quello che potremmo chiamare il *binario della bi-genitorialità*, per alludere alla necessità di connettere l'esperienza genitoriale alla esistenza di una *coppia*.

Si tratta di rilevare almeno gli slittamenti progressivi che il riferimento alla necessità di una *coppia* genitoriale ha assunto, ad esempio, prima della sentenza 19599/2016 della Corte di Cassazione[39], che la applica ad una coppia di persone dello stesso sesso (e per arrivare sino ad essa).

Innanzitutto, vale la pena di ricordare come, a partire dal superamento della visione patriarcale che rendeva la genitorialità materna subalterna e marginale, la bi-genitorialità sia stata, innanzitutto, una

[36]Ipotesi statisticamente prevalente, secondo quanto attestato dalle ricerche: di 80% dei casi riferisce, ad esempio, L. POLI, *Gestazione per altri e* stepchild adoption*: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale*, in *DPCE online* 2016-3, p. 7.

[37]La madre genetica potrebbe quindi essere la madre intenzionale, la madre biologica ovvero una terza donna (spesso indicata come *donatrice*).

[38]E che più concretamente hanno rilevanza anche nei casi giurisprudenziali: v. oltre par. 10.1.

[39]Su cui v. oltre par. 10.1, per la parte in cui la Cassazione argomenta in relazione all'interesse del minore alla "doppia" genitorialità, indipendentemente dal sesso – comune o differente – della coppia di genitori (nel caso due madri).

faticosa conquista femminile rispetto alla mono-genitorialità della *patria potestà*[40].

In secondo luogo, come essa abbia poi trovato un fondamento legislativo – prima con l'introduzione della normativa sull'affido condiviso in caso di separazione (l. 54/2006), poi nell'ambito della riforma della filiazione (art. 337 ter c.c.) – riconducibile alla sfera di disciplina delle relazioni orizzontali genitori/figli nel contesto di crisi della coppia genitoriale[41]. *Ratio* e funzione della bi-genitorialità legislativa, quindi, ne collocano il rilievo a valle di un contesto di relazioni già instaurate mentre, sempre a livello legislativo, sarebbe piuttosto la disciplina della legge 40/2004 a pretendere che l'interesse del minore resti sempre univocamente e di per sé agganciato alla presenza di una coppia genitoriale eterosessuale[42].

Nella normativa interna la *bi-genitorialità* si afferma avendo come presupposto implicito la continuità dei soggetti coinvolti nei progetti riproduttivo e genitoriale (e degli stessi progetti riproduttivo e genitoriale) e, per ciò stesso, anche la connotazione di complementarietà maschile e femminile; quando passa a connotare la *doppia genitorialità* del progetto genitoriale di una coppia di persone dello stesso sesso, implica, tuttavia e al contrario, la discontinuità del progetto riproduttivo rispetto a quello genitoriale e la discontinuità dei soggetti che ne

[40]Negli anni che precedono la riforma del diritto di famiglia del 1975, la stessa giurisprudenza costituzionale faticava a riconoscere la parità delle posizioni genitoriali di padre e madre: l'attribuzione della patria potestà veniva ricostruita attribuendo all'esercizio paterno della potestà la funzione di neutralizzare *ab origine* ogni possibile dissenso tra i genitori (così la sent. 71/1966) e riconoscendo che la madre potesse eventualmente concorrere ad esercitarla in quanto titolare *iure proprio* ma «in conformità di istruzioni altrui» (sent. 102/1967); solo eccezionalmente si incontrano sentenze che apertamente riconoscono la possibilità della madre di affiancare il padre nell'esercizio della potestà sui figli (sent. 9/1964: quando non si vede il rischio di un potenziale conflitto tra i coniugi) o di sostituirlo con pienezza di poteri (in una sorta di espansione della titolarità fino a quel momento compressa dal potere di istruzione paterno: sent. 102/1967).

[41]Il diritto dei minori di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere da entrambi cura, educazione ed istruzione, costituisce il criterio guida che il giudice deve seguire nell'adottare i provvedimenti relativi alla prole, senza pregiudicare l'affidamento mono genitoriale nelle ipotesi in cui l'affidamento ad entrambi i genitori sia contrario all'interesse del minore: v. P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di P. ZATTI, *Tomo I, Relazioni familiari – matrimoniali – famiglia di fatto*, Seconda edizione, Milano, Giuffré, 2011, p. 47.

[42]Già P. ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 1996, I, 84 ss. rilevava nella giurisprudenza della Cassazione una «caduta dell'assunto per cui è di per sé miglior interesse del minore avere due genitori anziché uno».

sono protagonisti, oltre a perdere il riferimento alla complementarietà dei sessi (nella riproduzione) e dei generi (nella genitorialità)[43].

Ignorando la distinzione tra capacità generativa e genitorialità ed enfatizzando la complementarietà dei sessi, si corre il rischio di sovrastimare la differenza tra la coppia etero e quella *same-sex*: differenza che non solo non è in grado di fondare ragionevolmente una diversificazione del trattamento giuridico della relazione orizzontale di coppia[44], ma che nemmeno può giustificare la differenziazione del trattamento nei confronti dell'assunzione di responsabilità genitoriali: ed, infatti, in questa prospettiva la Corte di cassazione, con la sentenza 22 giugno 2016, n. 12962, ha recentemente ritenuto che – dal momento che all'adozione prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983, possono accedere sia le persone singole, sia le coppie di fatto – l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge per l'adozione in casi particolari, sia in astratto (la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo), sia in concreto (l'indagine sull'interesse

[43]È questo un passaggio in cui il mantenimento della distinzione tra sesso e genere si rivela necessario alla piena comprensione delle vicende: la complementarietà *dei sessi* maschile e femminile resta essenziale al progetto riproduttivo, pur non essendo tale rispetto *ai ruoli di genere* nel progetto genitoriale (che sono necessariamente mobili, in trasformazione e non sono inchiodabili alla prospettiva statica della complementarietà); il riconoscimento delle differenze resta un passaggio imprescindibile alla valutazione di quale possa essere il trattamento giuridico ragionevole: non certo perché fondi, né autorizzi automaticamente un diverso trattamento giuridico delle coppie dello stesso o di diverso sesso, anzi, ma come precondizione di ogni valutazione in termini di ragionevolezza ed appropriatezza.

[44]L'argomento specifico della "funzione riproduttiva" come caratteristica strutturalmente distintiva delle coppie eterosessuali rispetto alle coppie di persone dello stesso sesso – che compare, come è noto, nella sent. 138/2010 – risulta ampiamente criticato in dottrina; fra gli altri: A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *forumcostituzionale.it*, 2010, p. 12; R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali*, in B.PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni sam-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive ?*, Napoli, Jovene, 2011, p. 23; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013, partic. p. 115 sg.; F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 29; I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *www.dircost.unito.it*, p. 14, osservano: «la volontà della corte di predicare la necessità di applicare, anche nelle materie eticamente sensibili, il principio di precauzione: da tempo immemorabile è riconosciuto come un bene il fatto che i figli crescano con due genitori di sesso diverso, ed è dunque un bene che così sia anche per il futuro» aggiungendo anche che «anche in questo caso, la corte *sembra non osare* teorizzare tali conclusioni» (*corsivo ns.*).

del minore imposta dall'art. 57, comma 1, n. 2), non possa essere svolto, neanche indirettamente, dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio *partner*, dovendosi bensì dare preminenza all'esclusivo interesse del minore[45].

Attraverso questo passaggio, la bi-genitorialità diventa per sé *costitutiva*, nel senso che il legame di coppia va a costituire il fondamento del riconoscimento dell'esistenza di una relazione familiare (di ciò che costituisce famiglia). D'altro canto, tuttavia, sottovalutare la distinzione tra capacità generativa e genitorialità può portare, all'opposto, a dissolvere nella "coppia" genitoriale – che appare complementare di per sé, nella sua dualità di relazione affettiva stabile – l'asimmetria dei due sessi nella riproduzione, rendendola invisibile ed irrilevante.

5. I nodi della costruzione giuridica del genere

A maggior ragione è, dunque, necessario riconoscere che *la riproduzione sta al centro della questione di genere* ed analizzare compiutamente dal punto di vista di genere ogni vicenda che riguardi la riproduzione.

Se la riproduzione continua ad essere la vicenda umana che più segna la differenza e la complementarietà dei due sessi, qual è oggi il posto socialmente e giuridicamente costruito che viene assegnato agli uomini e alle donne nelle vicende che interessano la generazione umana (in senso stretto, come riproduzione sessuata, ed in senso più ampio, proiettandosi fino a comprendere le relazioni genitoriali – di maternità e paternità)?

Qual è la *costruzione di genere* della riproduzione? Ed in che modo viene determinata anche dal diritto (il diritto agisce in essa)?

Il *genere* come categoria descrittiva e analitica dell'appartenenza sessuale ci dice, innanzitutto, quanto un'appartenenza sessuale – ed in particolare l'esistenza di un corpo femminile che genera – venga elaborata e costruita da *norme*, sociali e propriamente giuridiche; in se-

[45] Cass. 12962/2016: su cui v. M. GATTUSO, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, in *articolo29.it*; A. FIGONE, *La Cassazione dice sì alla stepchild adoption*, in *Diritto e giustizia*, 2016, fasc. 29, p. 61; con visione decisamente più critica, S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?* in *Giur. cost.* 2016, p. 1169.

condo luogo, ci permette di rappresentare i rapporti tra gli uomini e le donne, non solo attraverso un riferimento (che si pretende) naturale – il sesso –, ma anche attraverso i riferimenti sociali che li riguardano. Sono le regole giuridiche imposte e le norme sociali condivise che attribuiscono il genere agli individui, costruendo in tal modo ciò che è *maschile* e ciò che è *femminile* in una determinata società e così determinando il *tipo di relazione* che i due soggetti intrattengono.

Ma la duplice valenza – descrittiva ed analitica – della definizione ci impone anche di riflettere criticamente sull'artificiosità e la non consequenzialità dei significati socialmente e storicamente normati di ogni appartenenza sessuale, sulla sua sostanziale non naturalità, quantomeno nel senso che non si tratta mai di una naturalità predicabile *tout-court,* esclusiva ed immediata; il fondamento di carattere naturale-biologico, pur non completamente relativizzabile o riducibile ad irrilevanza, è, quantomeno, sempre interpretato culturalmente, quindi storicamente e socialmente relativo.

Riflettere sulla costruzione di genere della riproduzione richiede di pensare alle relazioni umane-personali di fronte ai cambiamenti sociali, culturali, giuridici e tecnologici che incidono nella sfera specifica della riproduzione sessuata e nella sfera della maternità e della paternità.

Significa pensare maternità e paternità genetica, maternità biologica (gravidanza) nonché maternità e paternità genitoriale affrontando criticamente il tema del *dualismo* e della complementarietà dei sessi e dei generi (della necessità e/o della rigidità del dualismo sessuale e di genere, di cosa possa significare ed implicare nella concretezza delle esperienze esistenziali).

Significa anche dovere assumere problematicamente le opposte dimensioni in cui la condizione specifica di un essere umano femminile (una donna) viene segnata dal suo corpo sessuato: di *neutralizzazione* (che condanna all'irrilevanza la specificità della esperienza della gravidanza) e di *essenzializzazione* (che ingabbia in una connotazione assolutizzante e totalizzante la condizione della donna, quasi ancorandola alla sola dimensione della gravidanza, come se potesse definirla interamente ed esaustivamente).

Questi indispensabili passaggi di analisi consentono di riposizionare e ripensare criticamente, nella sfera giuridica, le condizioni di *libertà, autonomia e differenza* che, di volta in volta, concernono i soggetti coinvolti nei progetti riproduttivi e genitoriali, in particolare ai fini

della analisi critica (in prospettiva *de iure condito*) e della formulazione (in prospettiva *de iure condendo*) delle norme giuridiche che intervengono negli ambiti della riproduzione umana, vale a dire ragionando sulla struttura e sui contenuti delle:

- regole di riconoscimento della specificità della relazione di gravidanza (della gravidanza come relazione);
- regole per l'attribuzione delle responsabilità genitoriali (attribuzione di maternità e paternità);
- regole di disciplina delle relazioni inter-soggettive implicate da un progetto riproduttivo e da un progetto genitoriale.

5.1 Progetto riproduttivo, progetto genitoriale e orientamento sessuale

Il processo che sta conducendo verso una piena accettazione, sociale e giuridica, dell'orientamento sessuale – sia etero-, sia omo-, sia bisessuale – come componente essenziale della persona, che attiene alla e si esprime nella sfera della autodeterminazione della persona stessa e che non può consentire discriminazioni[46], ha aperto anche la discussione sulla *omogenitorialità* (espressione con cui si intente l'esercizio delle responsabilità genitoriali all'interno di una coppia omosessuale)[47].

L'espressione stessa reca in sé una certa problematicità, in quanto tende ad offuscare la presenza di differenze tra coppie gay e lesbiche, ma soprattutto mostra la sua difficoltà di fronte alla necessità di affrontare il nesso tra progetto riproduttivo (che della complementarietà tra i sessi non può fare a meno) e progetto genitoriale.

Mentre una coppia omosessuale femminile può con relativa facilità ottenere il contributo maschile necessario alla fecondazione ed è in grado di assumere al proprio interno – da parte di una delle donne partner – la gravidanza (ove l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita è consentito alle donne singole, ma anche con il ricorso a meto-

[46]Sul processo complessivo, v. il fondamentale riferimento a M. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2010; per una ricostruzione in ambito italiano v. M. Winkler, G. Strazio, *L' abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, Il Saggiatore, 2011; S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Bari, Laterza, 2015.

[47]A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, Udine 2011.

dologie "fai-da-te" di auto-inseminazione con il seme di un donatore), la coppia omosessuale maschile non può che ricorrere alla gravidanza per altri. Ed è questo che spiega perché il dibattito sulla GPA coinvolga ed intrecci il tema dell'orientamento sessuale e del riconoscimento dei diritti LGBT nonostante si tratti di una pratica prevalentemente di coppie eterosessuali; tanto più quando l'ordinamento – come attualmente avviene in Italia – precluda alle persone singole ed alle coppie omosessuali l'accesso all'adozione (che consente la realizzazione della progettualità genitoriale indipendentemente da quella riproduttiva), di fatto imponendo di indirizzare il desiderio e la progettualità genitoriale della coppia omosessuale maschile unicamente in questa forma di necessaria saldatura della progettualità genitoriale con quella riproduttiva[48].

Per altro, come spesso accade, proprio la riflessione sulla situazione che appare più nuova, di frontiera (che sfugge o si ritiene estranea alle categorie generali), può aiutare a riflettere sulle categorie generali, che riguardano tutti e tutte.

Il progetto genitoriale della coppia omosessuale maschile è un progetto di *paternità*: di doppia paternità, potremmo dire. Non troppo diversamente da qualsiasi progetto di paternità eterosessuale, ha bisogno innanzitutto di costruire una preliminare *relazione* con una donna che accetti un progetto riproduttivo nel quale assume l'esperienza di madre biologica, accettando/volendo un figlio e volendolo per quel padre (per quei padri).

Al di fuori di questa specifica dimensione relazionale con una donna che intenda e possa essere (almeno) madre biologica, non c'è spazio per pensare la paternità; per nessun uomo, mai.

Nella dimensione del solo progetto riproduttivo, la paternità è una partecipazione con apporto di materiale genetico, la maternità coinvolge la dimensione genetica e quella biologica della gravidanza[49]; la donna ha, per il suo ruolo indispensabile e specifico di madre biologica, una assoluta centralità di posizione nella riproduzione, che è premessa della genitorialità e che nessuna riflessione può ignorare.

---

[48] S. Niccolai, *Maternità omosessuale cit*., p. 44.

[49] Penso sia possibile, nel contesto del discorso che qui si vuole affrontare sul terreno del diritto positivo, prescindere qui dalla considerazione di una possibile eccedenza della paternità nella riproduzione, pur opportunamente evocata da S. Niccolai, *Maternità omosessuale cit*, p. 8, nota 16, attraverso la "parola poetica" di Amos Oz: una "nostalgia potente di paternità", una "natura parentale" che può rivelarsi attraverso il piacere sessuale.

Anche nella più tradizionale e semplice forma della progettualità riproduttiva di una coppia eterosessuale che condivide progetto riproduttivo e genitoriale (in cui vi è coincidenza e continuità tra padre genetico e intenzionale, così come tra madre genetica, biologica e intenzionale), il progetto di *paternità* di un uomo deve passare necessariamente attraverso una donna che sia madre biologica con lui e per lui; che non solo fornisca un apporto genetico complementare, ma anche che percorra nell'arco dei nove mesi della gravidanza la relazione con il/la nascituro/a che permette lo sviluppo dell'embrione.

E la donna madre non è semplicemente presente come corpo-strumento che produce un figlio per il padre, ma nell'unità inscindibile corpo-e-mente di una donna, che vuole consapevolmente *e* il figlio *e* rendere padre un uomo.

Quando – giustamente a mio parere – ci preoccupa che la relazione che coinvolge la madre biologica con i genitori intenzionali assuma le forme di un "contratto", mercatizzando la sfera più intima della nostra esistenza umana, è anche per la consapevolezza di quanto recente – ed ancora assai precaria nel mondo – sia la conquista di una *autonomia femminile* rispetto alla riproduzione, che fino a tempi molto vicini a noi era schiacciata nella subordinazione giuridica alla legge del padre, anche se non per l'operare del contratto, ma degli istituti giuridici del diritto di famiglia. Conformato dalla concezione patriarcale del rapporto coniugale, l'ordinamento consentiva al marito di imporre alla moglie sia la fecondazione (debito coniugale, divieto di propaganda anticoncezionale), sia la gravidanza e il parto (divieto di aborto); più in generale, la repressione penale dell'aborto implicava una decisione sociale che imponeva al corpo femminile fecondato la gravidanza e il parto, consentendo alla donna di sottrarsi solo agli effetti legali della maternità (diritto della madre a non essere nominata). Risultavano tutelati in questo quadro ordinamentale, insieme all'interesse del marito capo della famiglia, l'interesse sociale alla riproduzione (interesse demografico, declinato come "integrità della stirpe") e persino l'aspettativa di vita del concepito, a spese, però, dell'autonomia della donna, il cui corpo femminile gravido veniva *reificato* per il raggiungimento di finalità che la trascendevano.

La considerazione della differenza tra i ruoli paterno e materno entro il progetto riproduttivo ci può aiutare a problematizzare la posizione che, anche nella coppia eterosessuale che fa ricorso alla GPA, assumono i due genitori intenzionali: sia il padre che la madre, infatti, si

rivolgono entrambi alla madre biologica con una richiesta di relazione tipicamente "paterna", chiedendole, cioè, di essere madre per loro.

Si è osservato come ciò condurrebbe a mettere al centro della riproduzione il valore tradizionalmente *maschile* della trasmissione del legame genetico tra le generazioni, rendendo, al contempo, la donna «più simile all'uomo»[50]; in un processo che, assumendo la prospettiva di genere sopra prefigurata, in realtà ostacola il processo di ridefinizione dell'universale a partire dalla complessità di maschile e femminile, per percorrere, ancora una volta, una scorciatoia di uguaglianza meramente assimilazionista[51].

Di più, si potrebbe anche osservare come questo processo contribuisca attivamente a ridimensionare, soffocandola sul nascere, l'opposta prospettiva di una affermazione e riconoscimento di un principio (a matrice) essenzialmente femminile come vero e proprio valore universale[52].

Nella GPA, sfumano, anche se non si cancellano, alcune delle differenze rilevanti ai fini della costruzione di relazioni tra soggetti femminili e maschili coinvolti nei progetti riproduttivo e genitoriale (relazioni tipicamente di *genere*).

Il progetto genitoriale – tanto di una coppia eterosessuale, quanto di una coppia omosessuale – deve saldarsi con il progetto riproduttivo di una donna che non si riduce ad un corpo femminile strumento biologico, ma afferma, da un lato, la sua determinazione di mettere al mondo un figlio per rendere genitori altri (per affidarlo alla responsabilità genitoriale di altri) e, dall'altro, fa esperienza di una relazione umana

[50]Così S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 105-6, che, a proposito della madre genetica, parla di «*un posizionamento della donna* nel luogo *tipicamente maschile*: di colui che attende che la donna, un'altra ancora questa volta, sviluppi la gravidanza e partorisca la prole che perpetua i propri geni» rilevando uno «spostamento della femmina-madre-genetica nella posizione (e nei valori) del maschio-padre-genetico attraverso l'uso del corpo di una seconda donna».

[51]Per S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale cit.*, p. 10-11, lo slittamento della genitorialità verso una dimensione interamente e solo sociale ed intenzionale «istituisce un nuovo principio neutro … quel fare, quel fatto sociale che servirebbe a neutralizzare le differenze che discriminano, è sempre stato necessario e sufficiente alla paternità, non alla maternità».

[52]Ed è la prospettiva programmaticamente assunta da S. NICCOLAI in *Maternità omosessuale cit.*, p. 37, e dichiarata fin nell'intitolazione data al proprio intervento nel convegno Cirsde citato in nota 2: *Il divieto di surrogazione di maternità come principio della convivenza*.

specifica, quella della gravidanza, che prende l'avvio dall'accoglimento dell'embrione fecondato nel proprio corpo e si snoda nel tempo della gestazione fino alla separazione dal figlio con la nascita, relazione della quale assume la responsabilità.

6. La cornice e la storia

Ogni prospettiva di riconoscimento e regolamentazione della GPA – che ne voglia affrontare adeguatamente i problemi e che intenda cominciare a proporre soluzioni – deve assumere una cornice che restituisca i percorsi e la storia di come le asimmetrie siano state trattate, in passato, e continuino ad essere trattate, di quali costruzioni di genere abbiano alimentato e possano alimentare. Si tratta di interpretare gli snodi sociali, ma anche le trasformazioni delle categorie giuridiche, all'interno dei processi che hanno contribuito a ridefinire la funzione riproduttiva, sospinti dalle trasformazioni dei ruoli di genere in tutti gli ambiti, a partire da quello familiare, ma anche dalle innovazioni medico-tecnologiche che si sono affermate in questo campo; processi che hanno al centro la elaborazione della specificità della condizione femminile (dell'unità corpo-mente femminile) nelle questioni che riguardano la riproduzione e la procreazione.

Di questa storia vanno richiamati sommariamente almeno alcuni passaggi fondamentali[53].

Il primo di questi consiste nella svolta costituzionale che impone l'abbandono della regola del *controllo paterno/maritale della procreazione* che – avvalendosi del divieto dell'aborto e della propaganda degli anti-concezionali, del dovere di fedeltà fatto coincidere con la fedeltà sessuale della moglie attraverso la penalizzazione dell'adulterio della stessa, del "debito coniugale" che conferiva al marito un diritto sul corpo della moglie – garantiva il controllo della potenza generatri-

[53]Per lo sviluppo e l'approfondimento di come personalmente abbia inteso interpretare le vicende di radicale trasformazione della intera vicenda della procreazione, dentro e fuori l'istituto del matrimonio, nell'arco temporale dei quasi settant'anni di vigenza della Costituzione repubblicana e sotto l'influenza delle norme costituzionali, non posso che rimandare ad alcuni studi specifici: *Costruzione del genere e costituzione cit.*, nonché *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in AA. VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffré, 2017, p. 35.

ce femminile tramite la subordinazione della moglie ed il privilegio maschile nella relazione coniugale e nel diritto di famiglia.

Il superamento della concezione patriarcale che costruiva il matrimonio e la sua unità intorno al perno del marito capo-famiglia, fondandoli sulla subordinazione della moglie, è strettamente connesso all'autonomo ingresso delle donne nella sfera pubblica politica, novità fondativa e fondante della costituzione repubblicana, che toglie ogni giustificazione e plausibilità alla necessità che la famiglia abbia a capo un soggetto di sesso maschile – il quale, nell'ordine di genere precedente, assolveva alla funzione essenziale di connessione tra il mondo interno della famiglia e il resto della società. L'accesso autonomo delle donne alla sfera pubblica, con il suffragio universale riconosciuto dal d.lgs.lgt. 23/1945, costituisce la novità – e la discontinuità di genere – della costituzione repubblicana, a partire dalla quale si rende evidente il bisogno di una ridefinizione dell'ordinamento in relazione ai ruoli maschili e femminili in tutte le sfere del sociale (da quella familiare, a quelle del lavoro e della politica) e di una nuova geografia degli spazi un tempo tradizionalmente ripartiti per linee di genere (con il monopolio maschile della sfera pubblica, a cui corrispondeva la consegna del femminile alla sfera del privato).

È noto, tuttavia, che la carica trasformativa del principio di uguaglianza costituzionale ha potuto agire sul tessuto normativo non senza una certa fatica e che, in assenza del legislatore, è stata per prima la giurisprudenza costituzionale ad entrare in relazione con la costruzione sociale dei rapporti di genere: a sua volta limitandosi, in una prima fase, a fotografarla, rileggendo riduttivamente la portata delle norme costituzionali, per poi procedere ad accogliere progressivamente le sollecitazioni proiettive degli articoli 3 e 29 cost.[54]. Quando finalmen-

[54] Testimonianza esemplare di questo processo è la sequenza delle sentenze sull'adulterio (reato solo femminile fino al 1968: la giurisprudenza muove, infatti, dall'interpretazione dell'unità familiare come mera fotografia della costruzione sociale e conseguente fattore di legittimazione della struttura patriarcale (nella sent. 64/1961 che respinge la questione di legittimità), per approdare al riconoscimento della funzione conformativa e proiettiva dell'uguaglianza costituzionale come vero precetto normativo (nella sent. 147/1969), nella quale il dato sociale non va neppure interrogato, posto che il principio costituzionale impone la piena uguaglianza dei coniugi. Come ha chiaramente sottolineato anche M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2016, p. 22: «I giudici del 1969 non dicono dunque che si deve rivedere la decisione semplicemente perché i tempi sono cambiati. Essi dicono piuttosto, in modo implicito ma netto, che la sentenza del 1961 era errata già allora perché ignorava il

te la carica trasformativa del principio di uguaglianza potrà dispiegarsi completamente, porterà ad una radicale trasformazione del matrimonio e degli istituti familiari: dalla legge sul divorzio (l. 898/1970) alla riforma del diritto di famiglia (l. 151/1975), dal riconoscimento della "filiazione unica" (l. 219/2012 e d. lgs. 154/2013) alla disciplina delle unioni civili (l. 52/2016, legge Cirinnà).

Un secondo passaggio è segnato dall'emergere del principio della *maternità consapevole*, che garantisce la specificità del soggetto femminile di fronte alla maternità e all'esercizio delle scelte connesse alla riproduzione, superando la maternità come mero destino biologico di un corpo femminile e rendendola una scelta consapevole che coinvolge l'intera unità corpo-mente di una donna. Quello della *maternità consapevole* è, infatti, l'unico principio in grado di rendere compatibile la tutela costituzionale della maternità *in un corpo di donna* (art. 31 cost.) con il riconoscimento della dignità essenziale di persona alla donna che *è quel corpo di madre;* da qui deriva come ogni determinazione di volontà della donna – che è quel corpo materno – non possa che essere auto-determinazione, in ordine alla consapevole accettazione della gravidanza, come in ordine ai trattamenti sanitari che la riguardano.

Nel quadro di una costituzione improntata al principio personalistico (art. 2 cost.), che situa ogni soggetto nel contesto, anche materialmente inteso, delle sue relazioni, e altrettanto significativamente orientata all'affermazione di un *principio antisubordinazione uomo-donna*, la tutela costituzionale della maternità (art. 31 e 37 cost.) si fonda sul riconoscimento del fatto che le donne hanno un *corpo femminile* che permette la procreazione – e che, almeno per ora, è essenziale anche alla procreazione medicalmente assistita, la quale può "produrre" embrioni fuori dal corpo di una madre, ma nel corpo di una madre deve comunque impiantarli perché ne sia possibile lo sviluppo – ed impedisce la riduzione della maternità a mero strumento: sia della potenzialità di sviluppo di un embrione, sia di politiche pubbliche (demografiche), sia di progetti riproduttivi che non siano da lei condivisi. Il corpo della madre non può essere separato dalla sua mente e

principio di uguaglianza sancito nella Costituzione repubblicana, considerando legittimo sanzionare in modo diverso due soggetti che avevano compiuto il medesimo atto, soltanto perché di sesso diverso».

dalla sua volontà e ridotto a *corpo-strumento*, negando l'essenza di persona della madre; la madre è, per l'embrione, il soggetto senza il quale nessuna tutela è pensabile: *non c'è possibilità di sviluppo e quindi aspettativa di vita fuori ed a prescindere da un corpo di donna che accoglie l'embrione per la gravidanza fino al suo termine*, fino al momento, cioè, in cui è possibile una vita autonoma. La relazione dell'embrione con la madre non può che passare attraverso l'*unità corpo-mente*[55] della madre, cioè attraverso la sua assunzione *consapevole* – e non semplicemente per fatto biologico – della responsabilità verso l'embrione[56].

Un successivo momento di snodo fondamentale è rappresentato dall'approvazione della legge sulla PMA (l. 40/2004): nella sua configurazione originaria – marcata dalla limitazione delle opzioni, nonché rivolta a simulare, nella gestione restrittiva delle possibilità tecnologiche, gli stessi vincoli che agirebbero in natura, a partire dall'esistenza di una coppia eterosessuale, assunta come presupposto necessario per accedere alle pratiche di PMA – ma anche nella sua riscrittura giurisprudenziale[57]. Il percorso di profonda trasformazione subito dalla legge 40/2004 nell'arco di un decennio di applicazione ha, infatti, condotto al recupero della tutela costituzionale della salute della donna (ex art. 32 cost.), da un lato, ed al riconoscimento dell'autonomia del progetto riproduttivo (fondata sull'art. 2 cost.), dall'altro[58]; così, non senza una iniziale reticenza[59], una serie di dichiarazioni di illegit-

[55] Sul nesso indissolubile di soggettività e corpo v. L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2006; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Giuffré, Milano, 2007, p. 97.

[56] Ciò comporta, come giustamente osserva M. MORI, *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto,* Torino, Einaudi, 2008, p. 79, un profondo cambiamento della gerarchia socialmente percepita dei doveri personali, in quanto rende plausibile che il dovere di soddisfare le esigenze umane abbia la precedenza sul dovere di rispettare il finalismo riproduttivo.

[57] G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2011, 5, p. 520.

[58] Per una ricostruzione prospettica e multidisciplinare, v. *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, a cura di M. AZZALINI, *Quaderni di biodiritto*, Ariccia, Aracne, 2015.

[59] Tale è a molti apparsa la decisione di inammissibilità adottata con l'ordinanza 369/2006**:** A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita,* in *Giur. cost.*, 2006, 3849; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita, ivi,* 3850; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo, ivi,* 3859*;* A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità conseguenziale e selezione discrezionale dei casi*, in *www.forumcostituzionale.it,* 17 novembre 2006.

timità costituzionale hanno rimosso i vincoli originari, progressivamente consentendo: innanzitutto, la produzione del numero di embrioni necessari e la loro crioconservazione, nonché l'impianto nel numero ritenuto coerente con la condizione di salute della donna apprezzata in base alle cognizioni medico-scientifiche[60]; poi, il superamento del divieto assoluto di fecondazione eterologa nei confronti delle coppie assolutamente sterili o infertili[61] e, da ultimo, l'apertura alle coppie fertili ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili[62].

Resistono, comunque, quei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche (art. 5: coppie formate da due persone maggiorenni, viventi, di sesso diverso, sposate o conviventi, in età potenzialmente fertile) che collocano la disciplina della PMA entro la cornice esclusiva di un insieme di tecniche medicalmente assistite entro il percorso riproduttivo di una coppia eterosessuale; una cornice pienamente accettata come premessa dalla stessa giurisprudenza costituzionale quando ha riconosciuto il rilievo costituzionale dell'autodeterminazione nelle scelte procreative riferendosi costantemente ed esplicitamente alla dimensione di quella coppia (per quanto il riferimento all'autodeterminazione sembrerebbe non poter fare a meno di implicare un profilo individuale[63]).

Nella cornice giuridica delle vicende riproduttive, deve infine collocarsi anche il ripensamento della disciplina del parto anonimo in relazione al riconoscimento del diritto del figlio alla conoscenza delle origini, che si compie nel tragitto giurisprudenziale tra la sentenza co-

[60] Sent. 151/2009.

[61] Sent. 162/2014.

[62] Sent. 96/2015. Nella prospettiva qui considerata non ha particolare rilievo la sent. 84/2016, sull'inammissibilità della questione relativa alla possibilità di destinare gli embrioni non impiantabili alla ricerca scientifica, che riconosce la responsabilità primaria e non sostituibile del legislatore in questa materia; se non, forse, per sottolineare il passaggio in cui, evidenziando tra le altre opzioni discrezionali che solo il legislatore potrebbe dirimere, richiama la necessità «*di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione*» [sott. ns.], evocando implicitamente la specificità insostituibile dell'accoglienza nel corpo materno.

[63] Su questa potenziale contraddizione, si possono vedere anche le considerazioni a più riprese svolte da B. LIBERALI nell'ampio lavoro di ricerca dedicato a *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017: v. conclusivamente p. 738 sg., con richiami alle parti precedenti.

stituzionale 425/2005 (ancora rigidamente chiusa ad ogni prospettiva di ripensamento del segreto, volto a tutelare insieme i diritti della madre e del nascituro) e la successiva 278/2013 (che riconosce il *vulnus* irragionevolmente inferto dall'irreversibilità del segreto al diritto alla conoscenza delle origini, costituzionalmente protetta dai principi personalistico e di uguaglianza), sotto l'indubbia, per quanto non decisiva, influenza anche della giurisprudenza europea[64]. Rileva in particolare il riconoscimento di una scissione della *genitorialità come fatto biologico-naturale* dalla *genitorialità giuridica*, cioè dalla volontaria assunzione della responsabilità genitoriale conseguente alla nascita di un essere umano – in entrambi i casi bisognerebbe meglio dire della *maternità* naturale e giuridica, nominando e dando rilievo al diverso ruolo dei due sessi nel processo riproduttivo – che pone le premesse per una distinzione tra progetto riproduttivo e progetto genitoriale, tra assunzione della responsabilità riproduttiva e della responsabilità di genitore.

Su queste premesse di cornice giuridica e di evoluzione nel tempo, può iniziare a proporsi una prima mappatura dei problemi specificamente connessi alla GPA, ipotizzando qualche orientamento per la ricerca di soluzioni coerenti con il quadro proposto.

I problemi più urgenti e decisivi da affrontare possono essere essenzialmente enunciati come:

- la scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre (effetti e limiti);
- l'attribuzione del progetto "genitoriale" di maternità e paternità (condizioni e conseguenze);
- il punto di vista del figlio/della figlia nato/a da GPA.

[64]Tra le due pronunce della Corte costituzionale – n. 278/2013, *revirement* rispetto alla n. 425/2005 – si colloca, infatti, anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*: sul tema v. E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Rivistaaic, Osservatorio*, dicembre 2013.

7. La gravidanza per altri: la scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre

Guardando preliminarmente alla GPA dal lato della *madre biologica*, il dato di maggior rilievo è rappresentato dalla scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre.

La GPA implica, infatti, che una donna assuma consapevolmente un progetto riproduttivo, diventando la madre biologica di un figlio, sottraendosi alla continuità della propria esperienza e relazione di maternità in un successivo progetto genitoriale, che si configura esclusivamente in capo a soggetti diversi dalla madre biologica (genitori intenzionali, che potrebbero essere un padre ed una madre, ovvero due padri intenzionali).

L'ordinamento italiano già conosce una situazione parzialmente affine, in cui una donna, quando esprime la volontà di non essere nominata all'atto del parto, pur avendo accettato il progetto riproduttivo, portando a termine la gravidanza, si sottrae a quello genitoriale. Il nato viene affidato alla responsabilità genitoriale del padre, se c'è riconoscimento da parte sua, ovvero di genitori adottivi. Dopo l'intervento della giurisprudenza costituzionale del 2013, come abbiamo visto, la madre biologica conserva una qualche responsabilità della *relazione di gravidanza* nella misura in cui potrà risultare destinataria di un interpello, se e quando il figlio/la figlia abbia espresso la volontà di conoscenza delle proprie origini; l'interpello della madre – non diretto, bensì mediato da un'autorità pubblica[65] – è volto ad accertare se la volontà di anonimato perduri o possa cessare rispondendo positivamente alla domanda di conoscenza del figlio/della figlia. Non si tratta di instaurare un legame propriamente di responsabilità genitoriale (con un figlio ormai maggiorenne), né di costruire a posteriori una parentela giuridicamente rilevante, ma della riconoscibilità dell'originaria relazione di gravidanza.

[65]Nella perdurante assenza dell'intervento legislativo prefigurato dalla giurisprudenza costituzionale, la sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite, n. 1946 del 25 gennaio 2017, ha disposto che il figlio, nato da parto anonimo e che voglia conoscere il nome della madre biologica, può rivolgersi al Tribunale per i minorenni, affinché quest'ultimo chieda alla donna se persista la volontà di non essere nominata; nel procedere all'interpello della madre, il Tribunale utilizza modalità idonee a garantire la massima riservatezza ed il rispetto della dignità della donna. La persistenza del diniego da parte della madre costituisce, invece, un limite insuperabile per il diritto del figlio a conoscere le proprie origini.

Il ricorso alla fecondazione assistita esclude il parto anonimo, dal momento che la legge impone e garantisce che il consenso della donna alla fecondazione dell'ovulo da impiantare nel suo utero e, più precisamente, all'impianto in utero (che non può evidentemente essere coartato) sia irrevocabile, anticipando in un certo senso gli effetti del riconoscimento alla nascita, a cui la donna non può più sottrarsi (art. 9, co. 2 l. 40/2004).

A differenza del parto anonimo, la *gravidanza per altri* comporta, però, l'esplicita e consapevole intenzione di saldare un determinato progetto riproduttivo di maternità con un altrettanto determinato progetto genitoriale a cui la madre biologica resterà estranea. La linea di continuità tra i due progetti è data dal padre, presente nel progetto riproduttivo – con il proprio contributo genetico –, così come nel progetto genitoriale[66].

Il principio centrale ed irrinunciabile nei confronti di ogni esperienza di gravidanza è che tale esperienza possa essere per la donna l'assunzione di un valore, non di un mero destino biologico, implicando pertanto l'esercizio di una facoltà di scelta, nel contesto di una progettualità che può precedere o seguire la fecondazione e che riguarda essenzialmente la donna che ne è protagonista: la donna che accoglie nel suo corpo per nove mesi la possibilità di un nuovo essere umano.

Lo specifico della gravidanza per altri va pensato nei termini di una scelta consapevole di progetto riproduttivo finalizzato non a proseguire la propria maternità genitoriale in sequenza con la maternità biologica-gravidanza, bensì alla genitorialità di altri, individuati specificamente ed il cui progetto genitoriale è, dall'origine, riferimento per il progetto riproduttivo.

La relazione di gravidanza ha comunque un valore autonomo ed intrinseco che non può essere accantonato e che si inquadra nella autonomia del soggetto femminile materno, per cui la maternità non è de-

[66]Si opta anche qui per la considerazione della ipotesi più "semplice" e ricorrente della partecipazione del padre della coppia di genitori intenzionali (di uno dei padri nel caso di coppia *same-sex*) anche al progetto riproduttivo con il proprio apporto genetico, escludendo la considerazione di ipotesi, pur possibili, di utilizzo di materiale genetico di un soggetto terzo ed estraneo alla coppia genitoriale anche dal lato paterno. D'altra parte, la totale assenza di un legame genetico rispetto ai genitori, renderebbe il ricorso alla GPA non già confrontabile con la riproduzione/genitorialità naturale (in perfetta continuità e coincidenza dei soggetti del progetto riproduttivo e genitoriale), quanto direttamente con gli istituti della genitorialità adottiva, introducendo un'ulteriore complessità, dovendosi considerare l'ipotesi di un aggiramento delle regole che caratterizzano quest'ultima.

stino biologico, né funzione biologica, ma esperienza vitale che si colloca in un complesso sistema di *relazioni*: innanzitutto e necessariamente, di *una relazione riproduttiva*, che ha una duplice direzione e consistenza, con un padre genetico ai fini della fecondazione e con il figlio / la figlia nascituro/a nella gravidanza; e poi, ma solo eventualmente, di *una relazione genitoriale* con il figlio/la figlia venuto/a al mondo e con il co-genitore, se presente – dovendosi tenere conto che la continuità del progetto riproduttivo e genitoriale non è obbligatoria, può essere presente, ma anche mancare.

Se il valore specifico della relazione di gravidanza può essere riconosciuto come il principio fondativo, radicato nell'ordinamento costituzionale ed orientato dall'analisi di genere, ne discendono una serie di conseguenze.

7.1 Il nome della madre

La prima conseguenza riguarda quello che possiamo indicare come "il principio del nome della madre": la madre biologica deve essere nominata come tale, per il riconoscimento dell'origine "da un corpo di donna" e per il riconoscimento di una esperienza relazionale che si è compiuta nell'arco dei mesi della gravidanza.

La regola attuale di attribuzione della maternità – *mater semper certa*, art. 269, co. 3 c.c. – si presenta come coerente con il principio del nome della madre[67], ma il riconoscimento della relazione di gravidanza connette automaticamente e necessariamente alla maternità riproduttiva anche quella genitoriale, imponendo la continuità delle due esperienze, a meno che la madre biologica non eserciti il diritto di non essere nominata (art. 30 d.P.R. 396/2000) che, tuttavia, la estromette non solo dalla maternità genitoriale, ma anche da quella biologica (nasce, invero, proprio per soddisfare una esigenza di occultamento della

[67] S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* 2/2016, p. 17, mette in luce come, nel quadro ordinamentale vigente, nel caso di una adozione da parte della madre intenzionale nei confronti di un figlio nato all'estero da maternità surrogata e riconosciuto dal padre genetico-intenzionale (adozione del figlio del coniuge), il figlio potrebbe domandare con una azione imprescrittibile l'accertamento giudiziale della maternità nei confronti della madre biologica, dimostrando il parto e la compatibilità genetica ex art. 269, co. 2 e 3, c.c., e di conseguenza trovarsi ad avere tre genitori – un padre e due madri – dal momento che l'adozione in casi particolari non presupponendo l'adottabilità non recide i legami con la famiglia di origine.

origine materna solo parzialmente attenuata dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza 278/2013). La discontinuità dei progetti è possibile solo al prezzo del sacrificio anche del nome materno.

Ci sarà dunque bisogno di configurare una dimensione giuridica del "nome della madre" (vale a dire del riconoscimento della specificità della fondamentale relazione di gravidanza che si conclude con il parto) che vada oltre la dimensione delle categorie consolidate e tradizionali.

Si tratta di pensare ad una figura giuridica interamente nuova, che garantisca alla madre biologica la presenza sulla scena del progetto riproduttivo-genitoriale, necessariamente diversa dalla maternità tradizionale in continuità di progetto, che risolve la presenza della madre biologica attraverso la coincidenza con la madre genitoriale: una madre biologica che venga, dunque, nominata e non sia cancellata[68], pur non avendo assunto le responsabilità e potestà genitoriali sul nato/a e indipendentemente da tali responsabilità. Una sorta di parentela *biologica* e non ad altri effetti giuridici: qui emerge la sostanziale differenza con il parto anonimo, che consente ad una donna di accogliere la maternità come progetto riproduttivo senza accogliere la maternità come progetto genitoriale solo al prezzo di una cesura, della scomparsa, della rimozione dalla propria vita e da quella del nato/a del proprio nome.

Il linguaggio tradizionale del diritto non è forse particolarmente adatto alla situazione, ma si tratta di riconoscere un interesse strettamente inerente alla persona: *dare il nome della madre* dal punto di vista della madre biologica significa essenzialmente trovare spazio e possibilità di un riconoscimento del ruolo essenziale svolto nel corso della gravidanza e *ricevere il nome della madre* dal punto di vista del figlio / della figlia porta con sé il valore della conoscenza delle proprie origini (della "verità" delle relazioni complesse che hanno consentito la sua nascita). Il nome della madre biologica non ha a che fare con la trasmissione di un cognome come segno identificativo della persona del nuovo nato, ma la sua esistenza nelle attestazioni della nascita garantisce, ai due soggetti che ne sono stati protagonisti, il riconosci-

[68] P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia cit.*, p. 63, coglie il rischio di «relegare in un ruolo ancillare e non essenziale all'identità materna l'aspetto della gravidanza e del parto, che si assume, appunto, come fungibile».

mento essenziale della relazione di gravidanza che li ha uniti ed è stata indispensabile al compimento del progetto riproduttivo.

7.2 L'autodeterminazione della madre (solo) biologica

Il punto veramente delicato di ogni configurazione possibile della GPA riguarda le condizioni che possano realisticamente garantire *la libertà e la autodeterminazione della donna quando manifesta la volontà di aderire ad un progetto genitoriale altrui*, saldando con esso il proprio progetto esclusivamente riproduttivo: è ammissibile una simile volontà? ed in caso affermativo, quali elementi e condizioni possono garantire una formazione ed espressione effettivamente libera e non viziata?

La risposta in termini di una negazione assoluta e radicale della liceità di una simile volontà non mi pare possa essere considerata soddisfacente, perché limita e disconosce *a priori* proprio la autonomia e la responsabilità della madre.

Anche quando a fondamento del divieto viene invocato una sorta di *principio di precauzione* – che muove dal rilevamento delle pressioni e dei condizionamenti obiettivamente e ampiamente constatabili, pur con molte differenziazioni assolutamente rilevanti e interessanti eccezioni, nella pratica della GPA nei paesi che la consentono[69] – non si rimuove la critica di astrattezza e di implicita costruzione inferiorizzante della capacità femminile. L'evocazione di una necessità di tutela della donna la identificherebbe – *tout-court* e senza appello – come *soggetto* (che viene qualificato) *debole* in ragione dell'appartenenza al suo sesso, mentre credo che anche il delicato problema di individuare ed assicurare le condizioni che possono garantire la libertà del consenso della madre biologica, liberandola dalla subordinazione e dallo sfruttamento, debba essere affrontato nello specifico, individuando rischi e problemi ed agendo coerentemente per tutelarsi dai primi e per risolvere i secondi.

D'altra parte, anche il richiamo di un superiore e prevalente interesse del nascituro/a alla garanzia di una continuità della relazione ma-

[69]Sul tema delle implicazioni e conseguenze delle rilevanti differenze tra legislazioni nazionali, all'origine dello stesso impegno della Conferenza dell'Aja di cui alla nota 24, v. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2015.

terna[70] si fonderebbe su astratte petizioni di principio, che, in realtà, rischiano di essere in grado solo di riprodurre l'esperienza del già noto, precludendo di esplorare il nuovo.

Un tale preteso interesse imporrebbe alle coppie eterosessuali impedite da condizioni di impossibilità femminile alla gravidanza, nonché alle coppie omosessuali maschili, di limitare il proprio desiderio/progetto di genitorialità alla forma di genitorialità sociale (adozione) di un essere umano già nato in condizioni di completa estraneità, sacrificando radicalmente la possibilità di una genitorialità che, saldandosi ad un progetto riproduttivo, mantenga la continuità *della* ovvero *di una paternità*: alla coppia eterosessuale di genitori ed alla coppia omosessuale di padri la GPA offrirebbe, infatti, comunque la continuità – nei progetti riproduttivo e genitoriale – *della* paternità (di *una* delle due paternità), pur nella discontinuità della linea materna (la cui linea di frattura è rappresentata dalla nascita, che distingue la relazione materna di gravidanza dalla relazione materna-genitoriale: la madre biologica – che resta protagonista necessaria ed unica, per linea materna, del progetto riproduttivo – nel progetto genitoriale di una coppia di padri è assente fin dall'inizio e per definizione, mentre nel progetto della coppia eterosessuale a lei è destinata fin dall'inizio a subentrare la madre genitrice). In taluni casi, la GPA consentirebbe addirittura di mantenere la continuità genetica di entrambi i genitori nella coppia eterosessuale, quando la madre intenzionale potesse fornire il proprio ovolo alla fecondazione, pur non potendo sostenere la gravidanza.

Venendo ad assumere una prospettiva positivamente costruttiva, per garantire il riconoscimento e l'apprezzamento della volontà della madre biologica, all'origine della struttura relazionale complessa della "gravidanza per altri", è necessario, innanzitutto, che *il processo di formazione, la consistenza, le forme di espressione di tale volontà risultino adeguate alla assoluta specificità della esperienza di cui stiamo parlando.*

Non pare che a soddisfare tali esigenze possano risultare completamente soddisfacenti le cautele pur introdotte in diverse legislazioni

[70]Che, comunque, già risulta sacrificato quando si riconosca alla madre il diritto a non essere nominata.

che ammettono la GPA[71]: innanzitutto, le normative si orientano, prevalentemente, a definire le condizioni soggettive di età, stato familiare ed altro, sia della madre biologica, sia dei genitori intenzionali ed a disporre vincoli in ordine alla formalizzazione degli accordi (che, in una certa misura, possono essere intesi anche come una forma di garanzia della libertà del consenso della madre biologica, oltre che offrire certezze ai genitori intenzionali); in secondo luogo, privilegiano la forma della surrogazione gestazionale (richiesta come vera e propria condizione), che enfatizza – in una logica di astratta simmetria tra i sessi – l'assenza di un legame genetico con la madre biologica come presupposto per la sua irrilevanza ai fini della attribuzione di genitorialità; infine, anche quando intervengono più specificamente sulle forme e condizioni del consenso della madre biologica, con una sorta di diritto al "ripensamento" da parte della madre biologica, garantito fino ad un determinato momento successivo al parto, o disponendo che solo dopo il parto possa esservi "rinuncia" alla genitorialità legale della medesima madre biologica in favore dei genitori intenzionali, operano nella logica di porre limiti alla coercibilità degli accordi di *surrogacy* – sul presupposto, dunque, che tali accordi si siano perfezionati a monte della gravidanza o comunque del parto. Sembra, comunque, di poter osservare che neppure gli approcci riconoscibili come maggiormente orientati alla tutela della gravidanza e della posizione della madre biologica – in particolare in UK e Canada, dove si privilegia il riconoscimento della maternità "di parto", consentendo, tuttavia, alla madre di rinunciare alla parentela legale successivamente alla nascita – si mostrano in grado di restituire in modo soddisfacente, e comunque senza pregiudicare la centralità dell'esperienza relazionale della gravidanza, la complessa saldatura dei progetti riproduttivo e genitoriale.

[71] Una ricognizione può partire dai materiali del progetto "*Parentage/Surrogacy Project*" citato in nota 24: HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, documento preliminare n. 3 C, marzo 2014; nonché dall'estesa ricerca svolta dalla Manitoba Law Reform Commission, che considera non solo gli stati canadesi, ma anche Nuova Zelanda, Australia, Usa e Regno Unito, pubblicata in *Assisted Reproduction: legal parentage and birth registration*, Issue Paper, April 2014; si veda anche K. WAALDIJK ET AL. (eds.), *The LawsAndFamilies Database – Aspects of legal family formats for same-sex and different-sex couples*, Paris, 2017, ampia ricerca finanziata dall'UE, i cui risultati sono accessibili in *open acces:* v. la presentazione di K. WAALDIJK, *The LawsAndFamilies Database*, in *GenIUS*, 2016, 2, p. 332.

Ciò che questa riflessione intende proporre è, invece, una piena e definitiva assunzione del presupposto di riconoscimento integrale e definitivo del valore relazionale della relazione di gravidanza, nella cui cornice lo stesso processo di *formazione e perfezionamento* della volontà materna nel suo incontro con il progetto genitoriale dei genitori intenzionali va pensato come una *fattispecie a formazione progressiva*.

La volontà inizia a formarsi nel momento in cui la madre biologica (che avvia una gravidanza accettando la fecondazione / l'impianto del prodotto della fecondazione nel suo corpo) instaura un legame con altri soggetti (individuati e riconosciuti come coloro che assumeranno in via esclusiva il ruolo e le responsabilità di genitori dopo il parto: genitori intenzionali) e prosegue perfezionandosi lungo un processo che dura e si completa solo una volta compiuto l'intero corso dell'esperienza (in ciò opera una distinzione essenziale dal parto anonimo: il coinvolgimento dei futuri genitori è presente nella progettualità iniziale della riproduzione-gravidanza).

La possibilità (eventualità) di un diverso orientamento della volontà della madre biologica va costantemente riconosciuta e garantita, in quanto, in realtà, la volontà di separare definitivamente il progetto riproduttivo da quello di maternità genitoriale non può dirsi compiutamente maturata se non quando si sia materialmente confrontata con l'intera esperienza di durata della gravidanza – esponendosi al cambiamento che questa comporta –confermando, passo dopo passo, l'accettazione ed il perfezionamento della relazione con la progettualità genitoriale di altri, inizialmente prefigurata; non c'è, dunque, da parte della madre biologica nessun tornare indietro o cambiare idea, nessun "recesso", ma semplicemente il riconoscimento della necessità di attraversare l'intera esperienza relazionale della gravidanza fino al momento della separazione della vita del figlio/a, che acquista autonomia dal corpo della madre (realizzando le condizioni di superamento dell'unità duale e di esistenza di due soggetti distinti).

Il momento di maturazione definitiva della volontà viene individuato dalla nascita, o più esattamente da un congruo breve termine successivo alla nascita che completi la separazione e garantisca l'avvenuto distacco.

7.3 La relazione tra madre biologica e genitori intenzionali

Questo permanente consenso materno è, d'altra parte, costitutivo di una forma di relazione tra la madre biologica, il padre (genetico, del progetto riproduttivo) e il/la partner del padre (genitori intenzionali).

Anche in relazione a questo aspetto della questione credo indispensabile superare il riferimento alle categorie giuridiche tradizionali, che propongono inquadramenti della relazione sempre insoddisfacenti: contratto d'opera, affitto di utero, prestazione di servizio, locazione d'opera …

Tale "relazione" ha un momento iniziale, che precede il concepimento e l'accoglimento nel corpo della madre e consente l'individuazione dei due soggetti che assumono il progetto genitoriale in ordine al nascituro, ed un momento finale necessario, che coincide con il distacco del nuovo nato dalla madre ed il suo affidamento alla coppia genitoriale; può, altresì, avere una conclusione anteriore alla nascita quando la madre biologica decida di voler mantenere la continuità della linea materna assumendo direttamente anche la responsabilità genitoriale materna (che si confronterà necessariamente con la responsabilità genitoriale paterna del padre genetico-riproduttivo).

Se la volontà della madre biologica non si costruisce progressivamente confermandosi dall'inizio alla fine della relazione, la genitorialità dovrebbe essere assunta in continuità con la gravidanza dalla madre stessa, (il quadro normativo attuale lo impone rigidamente in caso di accesso alla fecondazione assistita, impedendo il parto anonimo); non pare accettabile che i destinatari della genitorialità possano essere individuati al di fuori della cerchia dei soggetti che hanno costruito originariamente una relazione tra progetto riproduttivo e genitoriale – certamente non potranno essere altri soggetti identificabili dalla madre in un momento successivo e, a mio avviso, neppure ignoti (individuabili secondo le procedure dell'adozione).

Più difficile è ipotizzare un contenuto giuridicamente rilevante della relazione tra i tre soggetti coinvolti *nel corso* della gravidanza, tra l'inizio e la fine, ed ancor più individuare una forma di relazione coerente a tale (incerto) contenuto.

La volontà della madre biologica si forma entro una relazione di reciproco riconoscimento ed affidamento.

Si può immaginare una qualche forma di *mutua assistenza*, che possa prevedere dal lato della madre un contenuto di informazioni da

trasferire ai futuri genitori sul decorso della gravidanza, e dal lato dei futuri genitori un'assistenza morale e materiale in relazione alle necessità specifiche della gravidanza.

La salvaguardia della dignità essenziale di tutti gli esseri umani, presenti e futuri, coinvolti pretende – io credo fermamente – la essenziale gratuità della relazione[72], che sottragga alla riduzione a merce/prodotto/processo i corpi della madre biologica e del nascituro, riconoscendo nei soggetti che *sono* quei corpi (soggetto e corpo in divenire, per quanto riguarda il nascituro; soggetto e corpo femminile in condizioni di *unità duale* per quanto riguarda la donna in gravidanza) i protagonisti/gli attori di particolari relazioni umane giuridicamente riconosciute nei loro effetti. La gratuità essenziale esclude, a mio avviso, in modo radicale qualsiasi remunerazione di attività di intermediazione (e, forse, più radicalmente la configurabilità di attività di intermediazione tra la madre biologica ed i genitori intenzionali a carattere professionale), mentre potrebbe non essere incompatibile con un riconoscimento di una copertura delle spese connesse alla gravidanza (in ciò concretandosi anche l'assistenza materiale da parte dei genitori intenzionali).

Resta tuttavia assolutamente fermo che tutte le decisioni in ordine alla gestione della gravidanza (interruzione, trattamenti, stile di vita) sono esclusivamente affidate alla madre biologica, non diversamente da quanto avviene per ogni madre gestante (in condizioni di continuità di progetto riproduttivo e genitoriale).

8. La gravidanza per altri: di chi è il progetto genitoriale?

Il progetto genitoriale nella gravidanza per altri richiede una continuità con il progetto riproduttivo che, venendo a mancare rispetto alla madre biologica, si fonda essenzialmente sulla linea paterna (ed, eventualmente sulla linea genetica di madre e padre, scontando però, nella linea materna, la rilevante cesura di una gravidanza estranea).

[72] Già P. Zatti, *Tradizione e innovazione cit.*, p. 68, nt. 154, ricorda il principio che separa la libera disponibilità del corpo dal profitto, facendone "valori in contrasto"; ma v. anche la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 1997, art. 21, su cui L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani cit.*, p. 17.

Nelle ipotesi che qui si sono prese in considerazione come riferimento (v. *supra* par. 4.3), il progetto genitoriale può essere riconosciuto in capo ad una *coppia* – eterosessuale ovvero omosessuale maschile – *alla quale appartenga il padre che ha fornito il seme* maschile per la fecondazione. Questa condizione, infatti, consente di conservare alla GPA un fondamento nella aspirazione / nella valorizzazione nella genitorialità di un legame biologico-genetico, in assenza del quale il modello di riferimento di una genitorialità interamente sociale resterebbe quello della adozione.

Come osservato sopra, l'eventuale ulteriore coinvolgimento di un altro soggetto femminile che fornisce l'ovulo per la fecondazione non implica la costruzione di una relazione della donatrice con gli altri soggetti (madre biologica, genitori progettuali), né con il nascituro (durante la gravidanza) /figlio (dopo la nascita), che avrà una relazione di gravidanza con la madre biologica e una relazione genitoriale con i genitori che l'accolgono e ne assumono le responsabilità alla nascita. Il legame puramente genetico, per quanto rilevante a perimetrare l'area di definizione del fenomeno della GPA, non mi sembra riconoscibile come relazione umana interpersonale e può rimanere estraneo alla vicenda (similmente a quanto avviene, del resto, ai sensi della legge 40/2004 che considera estraneo al rapporto il donatore/ la donatrice nella fecondazione eterologa: art. 9, co. 3).

Tale coppia dei genitori intenzionali, in virtù della relazione instaurata con la madre biologica di un nascituro alla cui fecondazione ha contribuito il (un) padre, si vincola ad assumere le responsabilità nei confronti del nato, se e nella misura in cui nel corso della gravidanza, e fino alla nascita, la madre biologica perfezionerà progressivamente il suo consenso.

Nel corso dalla gravidanza la *situazione relazionale* implica il sostegno da parte dei genitori intenzionali, nel senso e nei limiti già detti, alla madre biologica, ma anche l'accettazione dell'incertezza, per la consapevolezza della posizione preminente della madre biologica stessa e per la irriducibile incoercibilità dei comportamenti riproduttivi.

Se la relazione consensuale tra coppia genitoriale e madre biologica si mantiene, perfezionandosi progressivamente, dopo la nascita i due *partner* diventeranno a tutti gli effetti – responsabilità, diritti e parentela – i soli "genitori" del figlio, in una relazione esclusivamente triangolare. Si conserverà però, nella loro situazione familiare una trac-

cia della relazione con la madre biologica (principio del "nome della madre"), sia pure nei limiti di quanto è necessario per garantire, nel corso della crescita del figlio, la piena possibilità di riconoscimento della origine materna.

Se, invece, la relazione originariamente instaurata con la coppia si modifica per decisione della madre biologica, sarà il solo padre genetico-riproduttivo ad assumere la responsabilità paterna nei confronti del nato, confrontandosi necessariamente con la responsabilità genitoriale materna della madre anche biologica che, appunto, avrà pienamente assunto la responsabilità materna genitoriale.

Il progetto genitoriale è possibile per una relazione (riproduttiva) che si instaura con una donna che accoglie nel suo corpo un figlio/a per altri (non tanto diversamente da quanto sempre avviene perché si possa parlare di paternità); il progetto genitoriale entra in relazione fin dall'inizio con una esperienza altrui, sulla quale non può influire (non più di quanto non possa influire un padre, ad esempio sulla decisione di abortire di una donna), ma si rende autonomo solo una volta che si sia pienamente compiuta la separazione della madre dal figlio (nascita, congruo termine dopo la nascita).

Un simile quadro di riconoscimento della GPA può apparire fortemente squilibrato in danno delle aspettative dei genitori intenzionali (della coppia che ha un progetto genitoriale), il cui investimento personale nel progetto genitoriale, certo assai importante, si scontra con una prolungata incertezza nell'attesa della conferma della volontà della madre, collocandoli in una posizione faticosa e rischiosa. D'altra parte, non mi sembra che possano esserci alternative alla strumentalizzazione della madre o del figlio che sarebbe un esito inevitabile quando, negando la centralità dell'esperienza della loro relazione, si volessero inquadrare in termini negoziali le relazioni tra genitori intenzionali e madre biologica: la madre non è mero strumento della nascita di un figlio altrui, non sta prestando una qualche forma di servizio[73] ed il

[73]La difficoltà ad inquadrare la gravidanza per altri come "prestazione di servizio" è da ricondursi anche al fatto che, dal momento che il figlio/a che verrà al mondo *non c'è prima della gravidanza e al di fuori da essa*, ciò che avviene durante la gravidanza conserva piuttosto la natura e struttura di una attività di "produzione di un bene".

figlio che nasce non può certamente essere pensato come *oggetto* di una transazione, neppure di un dono[74].

L'autonomia della relazione genitoriale che si viene così ad instaurare trova un *limite* (che è, contemporaneamente, anche la visibilità e la rilevanza giuridica di un *legame* nella linea materna con il progetto riproduttivo) nella necessità di garantire che nel *futuro* del figlio vi sia lo spazio del riconoscimento della madre biologica (riconoscere il "nome della madre" biologica, colei che ha permesso il progetto riproduttivo premessa della genitorialità).

9. La gravidanza per altri dal punto di vista del figlio/della figlia

Il punto di vista dell'interesse del figlio o della figlia nati da una esperienza di GPA viene comunemente considerato *a valle* dell'esperienza della nascita[75]: in questo senso vanno sia le sollecitazioni in termini di politica del diritto a riconoscere apertamente la possibilità di adozione del figlio del partner[76], sia i percorsi giurisprudenziali più recenti[77].

Guardata dal lato dell'interesse del figlio/della figlia che potenzialmente incide ed è apprezzabile già *a monte* del processo riproduttivo, la conoscenza dell'origine e del percorso riproduttivo da cui è na-

[74]Come ben notato da S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale cit,* p. 51 e nota 102, sulla scorta di C. Jourdan, la gratuità del dono non esclude la riduzione ad oggetto di ciò che viene donato.

[75]A. LORENZETTI, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in *La procreazione assistita dieci anni dopo cit.*, p. 118.

[76]L'appello al Parlamento, promosso da "articolo29"e sottoscritto da oltre 740 giuristi ed associazioni di giuristi, in favore del riconoscimento della *stepchild adoption* nell'ambito della disciplina delle unioni civili, pubblicato il 12 gennaio 2016 da *www.articolo29.it*, diceva tra l'altro: «Quali giuristi (docenti universitari, giudici, avvocati) impegnati sui temi dei diritti fondamentali, del diritto di famiglia e dei minori, non possiamo non rilevare che *l'adozione del figlio da parte del partner del genitore biologico* (c. d. "adozione in casi particolari"), diretta a dare veste giuridica ad una situazione familiare già esistente di fatto, rappresenta *la garanzia minima* per i bambini che vivono oggi con genitori dello stesso sesso. Il riconoscimento giuridico della relazione anche nei confronti del genitore sociale assicura difatti al bambino i diritti di cura, di mantenimento, ereditari ed evita conseguenze drammatiche in caso di separazione o intervenuta incapacità o morte del genitore biologico, salvaguardando la continuità della responsabilità genitoriale nell'esclusivo interesse del minore. *Queste bambine e questi bambini esistono*. Il Legislatore non può cancellarli, non può voltarsi dall'altra parte, ignorandone le esigenze di protezione».

[77]Su cui v. paragrafo successivo.

to/a non rileva solo nel consentire l'accesso ad un'informazione biologica o genetica, ma nel garantire una presa d'atto e nel riconoscimento delle esperienze relazionali che sono state all'origine della nascita: la sua relazione con la madre biologica, innanzitutto, ma anche la relazione dei suoi genitori con la madre biologica.

10. Per aprire una riflessione: il principio anti-subordinazione di genere come criterio di lettura della giurisprudenza

D'altra parte – fermo restando che si tratta solo di un primo abbozzo di impostazione, certamente bisognoso di decisivi approfondimenti, che si vuole semplicemente offrire come possibilità di riflessione – la linea-guida che si è voluto assumere è stata quella di non negare alla radice la possibilità di un inquadramento anche giuridico della esperienza articolata di relazioni che si intrecciano intorno ad un progetto riproduttivo e genitoriale complesso, ma di assumere come prospettiva (costituzionalmente orientata dalla analisi di genere) la centralità della gravidanza come dimensione relazionale, traendo da ciò una serie di conseguenze in termini della qualificazione.

Sullo sfondo resta il principio costituzionale anti-subordinazione di genere e la necessità di misurarne la portata rispetto al tema centrale della dignità e della libertà della donna in gravidanza, della sua effettiva possibilità di una piena assunzione di responsabilità verso la gravidanza (e solo verso la gravidanza), del riconoscimento della sua capacità di intrecciare relazioni significative (con il nascituro/la nascitura "nella" gravidanza, innanzitutto, e con altri soggetti ai fini del progetto di genitorialità).

Questi principi valgono ad orientare una prospettiva *de iure condendo*, ma anche a sviluppare una riflessione critica *de iure condito*, che in Italia, stante il divieto della legge 40/2004, significa essenzialmente il confronto con la giurisprudenza che ha occasione di conoscere effetti e le conseguenze di esperienze di GPA effettuate all'estero[78].

[78]In prospettiva *de iure condito*, risulterebbe certamente utile anche il confronto critico con le esperienze di regolazione già esistenti all'estero e sperimentate (e ringrazio il revisore anonimo che ha richiamato l'attenzione sulla necessità di tale disamina). Il *focus* di questo intervento resta però concentrato sulla necessità preliminare di un vero e proprio sforzo di innovazione: tale da consentire, anche con il superamento delle categorie tradizionali, la ricerca del linguaggio e degli istituti più adeguati a rappresentare, in una forma coerente

10.1 De iure condito*: gli effetti e le conseguenze della GPA, nonostante il divieto*

Proviamo, dunque, un bilancio provvisorio tracciando un sintetico confronto critico con l'evoluzione della giurisprudenza più recente che ha incrociato il tema della GPA. Ci è utile, innanzitutto, la distinzione tra considerazioni *a valle* e *a monte* della GPA[79].

Il punto in un certo senso irrinunciabile resta l'insoddisfazione profonda per una situazione in cui il legislatore si è limitato a porre un divieto (nell'art. 12, co. 6 legge 40/2004), disinteressandosi delle conseguenze della sua violazione che, sul piano civilistico, vengono rimesse alle valutazioni di un interprete che non può che avere – nel quadro ordinamentale vigente, *de iure condito* – strumenti palesemente inadeguati alle specificità della vicenda, soprattutto in riferimento al trattamento delle situazioni in cui la coppia di potenziali genitori abbia effettuato all'estero una pratica surrogatoria vietata dall'ordinamento nazionale[80].

Ciò conduce, inevitabilmente, a considerare solo la situazione "a valle", cioè a prendere in considerazione solo la situazione di fatto che si viene a creare una volta che il minore è nato, a questo punto necessariamente evocando – ma non senza qualche ipocrisia – il *principio dell'interesse del minore*.

Principio che, comunque, resta certamente il ragionevole criterio attraverso il quale affrontare tutti *gli incerti del mestiere di vivere* che possano aver preceduto la nascita del nuovo essere umano, nei cui confronti è doveroso e imprescindibile garantire il massimo di tutela dei rapporti familiari che si sono comunque costituiti, per quanto in un quadro più o meno rispettoso dei soggetti coinvolti e più o meno legit-

---

con le potenti trasformazioni di genere che sono intervenute, proprio quelle relazioni, anche di tipo nuovo, che stanno all'origine dell'esperienza della vita umana. La condivisione di questo orizzonte di senso potrà, infatti, giovare anche alla riflessione in chiave comparativa, evitando il rischio di limitare l'orizzonte del possibile facendolo coincidere con il perimetro del già noto.

[79]Suggerita già da A. LORENZETTI, *Coppie same-sex e fecondazione assistita cit.*

[80]B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p.70; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani cit.*

timato da ordinamenti stranieri (un quadro della vicenda riproduttiva a fondamento del progetto genitoriale che, comunque, non sarebbe il minore ad avere scelto). Principio la cui applicazione, tuttavia, lascia filtrare solo alcuni dei profili che abbiamo sopra indicato come qualificanti nel contesto complesso delle relazioni implicate da un'esperienza di GPA.

Proprio in questa chiave è possibile trovare nella giurisprudenza nazionale più recente spunti di riflessione significativi: oltre alla sentenza della Cassazione 22 giugno 2016, n. 12962 (già citata in par. 4.3 a proposito del binario della bi-genitorialità), è opportuno richiamare alcune pronunce fra le quali sono ravvisabili indubbi e persino espliciti collegamenti, per quanto riguardino, in realtà, situazioni molto diverse tra loro e solo parzialmente assimilabili.

Nella prima, la sentenza 19599/2016 della Corte di cassazione[81], si tratta del riconoscimento – per effetto della trascrizione di un atto di nascita formato all'estero – di una *doppia maternità* (biologica per una madre e genetica per l'altra), in cui il progetto di maternità genitoriale di una coppia omosessuale femminile si salda ad un progetto riproduttivo che vede coinvolte entrambe le donne – una come madre biologica, l'altra come donatrice dell'ovulo che viene fecondato artificialmente con il contributo maschile di un donatore esterno ed anonimo (madre genetica).

Le altre riguardano, invece, in senso più proprio e specifico esperienze di gravidanza per altri: a favore di coppie omosessuali maschili (il decreto 28 dicembre 2016 della Corte d'appello di Milano e l'ordinanza 23 febbraio 2017 della Corte d'appello di Trento) e di una coppia eterosessuale (l'ordinanza di rimessione di una questione di legittimità costituzionale da parte della Corte d'appello di Milano del 25 luglio 2016, iscritta al Reg. ord. della Corte costituzionale con il n. 273/2016).

La sentenza 19599/2016 della Cassazione ha fondato sulla «tutela del superiore e preminente interesse del minore» la conferma della trascrivibilità di un atto di nascita formato all'estero nel quale il minore risultava figlio di due madri: si tratta di un bambino partorito da una

[81] Su cui v. A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *www.articolo29.it*; S. STEFANELLI, Status, *discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale,* in *Famiglia e diritto*, 1, 2017, p. 91.

madre biologica, di nazionalità spagnola, coniugata in Spagna con la *madre genetica*, di nazionalità italiana.

La sentenza è stata pronunciata in base ad una lettura della *nozione dell'ordine pubblico c.d. internazionale* che guarda agli effetti della soluzione normativa adottata dall'ordinamento straniero in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori dell'ordinamento interno, sottolineando come il contrasto con l'ordine pubblico debba ammettersi «soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari»[82]. Di conseguenza, la Cassazione ha affermato, come principio di diritto, che il giudice italiano dovrà verificare se «l'atto straniero contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo», in particolare con la «tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 31 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione di principi di ordine pubblico internazionale»[83].

L'interesse del minore – prosegue la Cassazione –, di per sé complesso ed articolato in diverse situazioni giuridiche, reclama la continuità dello *status* riconosciuto da un atto validamente formato all'estero (p. 31), il cui mancato riconoscimento influirebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale del minore, nel caso specifico anche con riguardo alla possibilità di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari (p. 32), oltre a produrre la violazione dell'interesse del minore ad avere due genitori e non uno solo (p. 33: richiamando l'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali

[82]Così espressamente la sentenza al par. 7 delle *Ragioni della decisione*, p. 25; nota S. STEFANELLI, Status, *discendenza ed affettività cit.*, p. 91 come siffatta nozione di ordine pubblico negativo sia frutto di una evoluzione già da tempo segnata da importanti arresti di legittimità, in altri ambiti.

[83]*Ragioni della decisione*, p. 27; i diritti fondamentali a cui fare riferimento sono espressamente indicati come quelli «desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

dell'unione europea, ma anche la legge 54/2006 sull'affidamento condiviso e l'art. 337 ter, co. 1, c.c.)[84].

Quanto alla necessità di bilanciare il principio dell'interesse del minore con altri valori e principi di pari rango, la Cassazione nega l'esistenza di un vincolo costituzionale di contenuto che imponga l'opzione negativa nei confronti della surrogazione di maternità – che sarebbe stata prevista dalla legge 40/2004 nell'esercizio della discrezionalità che essenzialmente appartiene al legislatore proprio in quegli ambiti eticamente sensibili in cui si debba individuare un ragionevole punto di equilibrio fra esigenze contrapposte (p. 40, citando la sentenza costituzionale 162/2014) – enunciando un ulteriore principio di diritto, secondo cui non vi è contrasto «di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate» (pag. 41).

Ma la sentenza prosegue con la distinzione netta della fattispecie in esame rispetto alla surrogazione di maternità, che conduce a riconoscere – come ulteriore principio di diritto – «un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico» (p. 44). Pur nel riconoscimento della «indiscutibile importanza della gravidanza per il particolarissimo rapporto che si instaura tra il feto e la madre» (p. 47), il principio *mater semper certa* riconosciuto dall'art. 269 c.c. va – per così dire – aggiornato, accettando che la piena coincidenza in una sola donna di colei che partorisce e di colei che trasmette il patrimonio genetico non è più imprescindibile; e la maternità che la Cassazione riconosce essere tutelata *direttamente* dalla Costituzione all'art. 31, senza l'intermediazione del legislatore, non è solo quella che si manifesta con il parto relegando all'irrilevanza la tra-

[84]Il secondo principio di diritto della pronuncia afferma che nel caso *de quo* riconoscimento e trascrizione «non contrastano con l'ordine pubblico per solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano» (par. 8.4, p. 36).

smissione del patrimonio genetico «tanto più quando ciò sia avvenuto deliberatamente nell'ambito di un progetto di vita comune e responsabile» (p. 49): da cui il quinto principio di diritto che riconosce che la regola secondo cui è madre colei che ha partorito «non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale», sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri, una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo (p. 51).

Avendo dato riconoscimento e attribuito valore al progetto genitoriale nato all'interno di una coppia di donne (alla doppia genitorialità materna), la pronuncia perviene a negare anche l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale che veda una «preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli» (p. 53), così prendendo nettamente le distanze dai presupposti argomentativi (peraltro, come già ricordato, assai deboli ed ampiamente discussi) della sentenza 138/2010 della Corte costituzionale: una catena di decisioni giurisprudenziali (Cassazione 601/2013, 12962/2016, ma anche Corte Edu, 27 luglio 2015, *Oliari c. Italia* e Corte costituzionale 162/2014) sorregge la visione di una famiglia «sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti» verso la quale il compito del diritto è di ricercare un «equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove ricorra, il prevalente interesse dei minori» (p. 55).

Ma, oltre alla tutela a valle del *best interest* del minore, la Cassazione guarda a monte ai progetti riproduttivi e genitoriali: alle persone deve essere garantita la fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi e di formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie di persone di sesso diverso (p. 56). Chiudendo, tuttavia, con una sottolineatura significativa degli aspetti che valgono ulteriormente a distinguere il caso da quello di una gravidanza per altri di una donna ucraina in favore di una coppia eterosessuale italiana (esaminato nella sentenza 24001/2014): la presenza di un legame biologico e la validità dell'atto di nascita alla luce delle leggi del paese in cui l'atto stesso è stato formato.

Il decreto 28 dicembre 2016 della Corte d'appello di Milano, Sez. V civile, in sede di reclamo ex art. 95 d.P.R. 396/2000 contro la deci-

sione del Tribunale di Milano che aveva respinto il ricorso avverso i provvedimenti di diniego di trascrizione di atto di nascita, ha ordinato la trascrizione degli atti di nascita di due minori, nati da parto gemellare di una madre biologica che, in California, aveva accettato il contestuale impianto di due ovuli, provenienti da una medesima madre genetica donatrice e fecondati da spermatozoi di due padri, portando a compimento la (contemporanea) gravidanza per altri in favore dei due diversi padri genetici[85].

La motivazione della pronuncia richiama espressamente (punto 13) il primo principio di diritto enunciato nella sentenza 19599/2016 di Cassazione (sull'interpretazione del limite dell'ordine pubblico internazionale) e ne riprende le argomentazioni che valorizzano l'interesse del minore alla conservazione di uno *status* legittimamente acquisito all'estero, così come quelle che circoscrivono il rilievo da attribuirsi alla circostanza che i genitori abbiano fatto ricorso ad una pratica vietata dalla legge italiana (nel caso specifico ad una gravidanza per altri).

Quanto all'indicazione nell'originario atto di nascita dei bambini come gemelli (*twins*), la Corte d'appello risolve la questione osservando che essa non varrebbe a costituire alcun rapporto di fratellanza, in quanto attesterebbe semplicemente il fatto della nascita contemporanea con altro bambino dalla medesima madre biologica. Sul punto non si può non osservare che i due bambini, pur avendo padri diversi, sono in realtà fratelli unilaterali per *doppia* linea materna – sia per la madre genetica, sia per la madre biologica. Che tale situazione venga ridotta ad un "mero" dato di fatto di una nascita "contemporanea" (che è, a ben vedere, l'evento conclusivo di una *gravidanza* contemporanea), che non varrebbe «ad attribuire nessun rapporto di fratellanza tra i bambini», si può spiegare rilevando la circostanza specifica della questione affrontata dai giudici, che riguarda la trascrizione di un atto di nascita in cui – originariamente, per le caratteristiche della legislazione straniera – la madre non compare, ma per entrambi i bambini vengono indicati i due padri, genetico ed intenzionale (solo per il primo dei quali la Corte riconosce la paternità sulla base della verità geneti-

[85]Decreto 28 dicembre 2016; v. la nota di A. SCHILLACI, ***Passo dopo passo, il diritto si avvicina alla vita: la Corte d'Appello di Milano ordina la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati grazie alla gestazione per altri***, in *www.articolo29.it,* ove è pubblicato anche il decreto.

ca); il decreto rimarca (punto 18) – annettendovi evidentemente importanza – il fatto che il nome di ciascun padre sia stato inserito nell'atto originale in un campo predisposto «senza connotazioni di genere», quindi riferibile «come dato di verità» ad un secondo genitore di sesso maschile.

Nella pronuncia della Corte d'appello di Milano, la madre biologica scompare, insieme alla donatrice anonima degli ovuli (madre genetica). In realtà, la rimozione della maternità è avvenuta "a monte", secondo le leggi del paese in cui è avvenuta la nascita ed in cui si è perfezionato un atto di nascita che, conformemente alla normativa ivi vigente, riconosce una doppia paternità: l'ordinamento nazionale, nel contesto di una procedura rivolta alla trascrizione dell'atto di nascita straniero, si limita a recepirla, concentrando la propria attenzione alla rilevanza della situazione "a valle".

Ma proprio la vicenda milanese mostra anche la dimensione paradossale di una cesura così netta tra un "prima" e un "dopo" la nascita: quando finisce per negare, insieme con uno spazio di riconoscimento di quello che abbiamo sopra proposto di identificare come "principio del nome della madre", anche ogni rilevanza al legame parentale tra i due gemelli (un legame che, oltre che sulla comune origine genetica materna si fonda, a mio avviso persino più profondamente, sulla comune esperienza relazionale con la stessa madre biologica durante una stessa ed unica gravidanza). Scompare anche, nonostante il rapporto esplicitamente dichiarato tra il decreto milanese e la sentenza 19599/2016 di Cassazione, ogni rilievo di quella maternità che la Cassazione aveva riconosciuto essere tutelata *direttamente* dalla Costituzione all'art. 31, senza necessità di un'intermediazione del legislatore, per quanto rileggendola per ammettere il superamento del carattere esclusivo della maternità biologica (*mater semper certa*) ed affermare una *doppia maternità*, alla luce dell'evoluzione sociale e tecnologica che riconosce il rilievo di una maternità che era – nel caso approdato davanti alla suprema corte – insieme *genetica* e *dell'intenzionalità di un progetto genitoriale condiviso* dalla coppia di donne.

La pronuncia milanese, concentrata solo sulla possibilità di ammettere, perché non contrario all'ordine pubblico internazionale, il riconoscimento della paternità genetica legittimamente attribuita e non contraria alla verità dei fatti, ignora e consegna all'irrilevanza giuridica ogni altro profilo della rete di relazioni che hanno reso possibile la nascita dei due bambini.

L'interesse del minore considerato unicamente a valle della GPA autorizza la scomparsa di tutta la sfera delle relazioni che hanno preceduto – e reso possibile – la nascita del figlio/della figlia del cui *migliore interesse* si discute, con il rischio più che concreto di consegnare all'irrilevanza non solo e non tanto la maggiore o minore legittimità – almeno alla luce degli ordinamenti del luogo in cui la nascita e le negoziazioni ad essa relative sono avvenute – dei comportamenti individuali dei genitori, ma certamente tutta l'esperienza della relazione di gravidanza.

Guardati *a valle*, dal punto di vista di un bambino o una bambina già accolti in progetto genitoriale dal quale non sarebbe nel loro interesse sradicarli, forse i casi di trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso considerati dalla Cassazione e dalla Corte d'appello di Milano possono prospettare situazioni sufficientemente omogenee; ma, come tutto questo scritto si sforza di rendere evidente, la doppia maternità di una coppia omosessuale femminile e la doppia paternità di una coppia omosessuale maschile non sono ugualmente confrontabili *a monte*, dal punto di vista dell'esperienza riproduttiva e del riconoscimento dell'esistenza e del ruolo della madre biologica che, nel secondo caso, semplicemente scompare.

Pur dubitando fortemente che si tratti di una differenza *di per sé* sufficiente a giustificare una differenza di trattamento delle aspirazioni alla genitorialità, anche con ricorso alla gravidanza per altri, di coppie eterosessuali, omosessuali femminili ed omosessuali maschili, penso che non si possa realmente ritenere accettabile la pura e semplice *irrilevanza* del ruolo e della figura della madre biologica (anche in considerazione delle implicazioni a valle, dal punto di vista della riconoscibilità per il figlio di una origine materna che, diversamente da quella paterna, non è semplicemente genetica, ma è radicata in una significativa esperienza di relazione).

Anche la questione su cui pronuncia l'ordinanza di Trento del 23 febbraio 2017 riguarda l'attribuzione di una doppia paternità.

Una coppia omosessuale maschile aveva, infatti, nel 2009, ottenuto all'estero un primo provvedimento giudiziale che aveva riconosciuto, secondo la legge del luogo, che la madre biologica di due gemelli nati a seguito di gravidanza per altri non era genitrice dei bambini e che il padre genetico era il loro unico genitore; il certificato di nascita formato a seguito di tale provvedimento era stato poi trascritto nel comune italiano di residenza della famiglia. Successivamente, un secondo

provvedimento giudiziale, emesso nello stato di nascita e di cittadinanza dei bambini, ha riconosciuto la co-genitorialità a favore del partner del padre genetico (la coppia, sposata all'estero, è riconosciuta ai sensi della legge 76/2016 come unione civile), disponendo che l'atto di nascita dei gemelli venisse emendato con l'indicazione del secondo padre.

Avendo l'ufficiale di stato civile italiano rifiutato la trascrizione dell'atto con l'indicazione della doppia paternità, i genitori si sono rivolti alla Corte d'appello di Trento per ottenere il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento della corte straniera ai sensi dell'art. 67 l. 218/1995, premessa per ottenere la trascrizione anche in Italia dell'atto di nascita emendato.

Nel decidere il caso anche la Corte d'appello di Trento richiama, innanzitutto, l'impostazione della sentenza di Cassazione 19599/2016 a proposito dell'interpretazione del limite dell'ordine pubblico internazionale eventualmente opponibile al riconoscimento del provvedimento estero; e poi, come la Cassazione, rileva la centralità dell'interesse dei minori che si sostanzia nel diritto di conservare lo *status* di figlio riconosciuto da un atto validamente formato all'estero (p. 12). Procede ulteriormente affermando che il divieto di surrogazione disposto dalla legge 40/2004 va considerato il "punto di equilibrio" attualmente individuato dal legislatore italiano fra diversi interessi fondamentali che incidono nella materia (sull'identificazione dei quali, però, non si sofferma), ma che non potrebbe ritenersi espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati (p. 16); osserva, infine, che i minori devono comunque essere tenuti al riparo delle conseguenze di eventuali violazioni dei divieti posti dalla legge di cui siano responsabili gli adulti che abbiano fatto ricorso a pratiche vietate in Italia[86]. L'ulteriore passaggio è la sottolineatura di come non vi sia nel nostro ordinamento un unico modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico e, per contro, la valorizzazione di tutti gli elementi che caratterizzano la piena responsabilità genitoriale, esplicitando anche come l'eventuale alternativa di una *stepchild adoption* da parte del partner del padre biologico ai sensi dell'art. 44 lett b)

[86]L'ordinanza parta di "pratiche fecondative", ma la "gravidanza per altri" implica ben più di una pratica di fecondazione eterologa, in quanto comporta, appunto, una gravidanza.

della legge sull'adozione[87], a prescindere dalla presenza di una giurisprudenza non univoca sulla sua applicabilità alle coppie *same-sex*, non potrebbe essere considerata ugualmente soddisfacente (p. 19).

Anche in questo caso la giurisprudenza sembra accettare come non problematica la rimozione della madre biologica implicata dalla regolamentazione straniera della pratica della gravidanza per altri grazie alla quale i bambini sono venuti al mondo, appiattendosi sulla – necessaria, ma non esaustiva – prospettiva di tutela dell'interesse del bambino, che viene inevitabilmente apprezzato nella dimensione attuale e concreta del nucleo familiare che lo ha accolto e cresciuto.

Mostrandoci due padri fortemente coinvolti in un progetto genitoriale condiviso ed attivamente impegnati nell'ottenere che i due figli – che stanno da tempo crescendo saldamente inseriti in un nucleo di relazioni consolidate che di fatto già riconoscono la doppia paternità – possano godere pienamente di tutte le garanzie connesse ad una doppia e piena genitorialità, la vicenda trattata dalla Corte d'appello di Trento non fa emergere con la stessa immediatezza di quella milanese gli effetti paradossali della rimozione della madre biologica; il tempo della nascita è lontano, i bambini sono saldamente inseriti nella loro famiglia, la cancellazione della madre appare meno "perturbante" che nel caso milanese in cui cancella, insieme alla esperienza relazionale della gravidanza, anche la fratellanza unilaterale uterina (e genetica). Eppure, colpisce come la Corte d'appello, pur osservando che il legislatore nella discrezionalità di cui dispone in materia di surrogazione di maternità è tenuto al bilanciamento «fra diversi interessi fondamentali», non abbia sentito alcuna necessità di individuare e menzionare tali interessi ed abbia potuto evitare il problema di confrontarsi, almeno nominandolo, con il principio costituzionale della tutela della maternità, che – come ci ha ricordato la Corte di cassazione – l'art. 31 garantisce direttamente senza necessità di un'intermediazione del legislatore (e, quindi, affidandolo alla tutela diretta del giudice).

La regolamentazione della gravidanza per altri, disposta dalla legge straniera, resta a monte del fatto della nascita ed il giudice nazionale ritiene per ciò di ignorarla *tout court*: ma potremmo considerare dav-

[87] A questa ipotesi alternativa si era invece esplicitamente riferito il Ministero dell'Interno – costituitosi sul presupposto erroneo che il giudizio dovesse considerarsi di opposizione al rifiuto di trascrizione da parte dell'ufficiale di stato civile – indicando come tale soluzione rappresentasse «nel presente momento storico, l'equilibrio più avanzato raggiunto dall'ordinamento tra i vari orientamenti sociali e culturali» (p. 7).

vero del tutto irrilevante il modo in cui l'interesse della madre biologica ed il valore relazionale della gravidanza sono stati apprezzati dall'ordinamento straniero e dai genitori che quell'ordinamento hanno scelto per realizzare un progetto riproduttivo che fosse la premessa indispensabile del loro progetto genitoriale?

L'interesse del bambino può davvero prescindere dal modo in cui i genitori intenzionali hanno scelto che venisse al mondo?

Ed anche qualora l'interesse *in concreto* del bambino dovesse ritenersi prevalente rispetto a qualsiasi comportamento dei genitori intenzionali, non è forse proprio l'apprezzamento *in concreto* che impone di nominare adeguatamente tutti gli interessi potenzialmente confliggenti?

La Corte di cassazione ha già, in un certo senso, aperto una strada.

Se il principio costituzionale di tutela della maternità può essere riletto nel senso di superare l'assolutezza univoca della attribuzione di maternità – genitoriale – in base alla nascita (e la perfetta coincidenza tra maternità biologica e genitoriale), e se è necessario garantire alle persone la fondamentale libertà di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge a coppie eterosessuali, anche l'esperienza genitoriale della *doppia paternità* può trovare una conciliazione ed un bilanciamento con la tutela della maternità biologica: a condizione, tuttavia, che non si ignorino le fondamentali asimmetrie delle vicende riproduttive.

Quello che deve venire in rilievo è almeno un riscontro delle condizioni in cui i genitori intenzionali del progetto riproduttivo[88] hanno costruito il progetto riproduttivo, nella misura in cui il riconoscimento della dimensione relazionale e del ruolo indefettibile svolto dalla madre biologica rappresenta una condizione di adeguatezza ed affidabilità del progetto genitoriale che a quel progetto dà continuità, anche se al progetto genitoriale la madre biologica ha scelto liberamente e consapevolmente di restare estranea.

Alle implicazioni che la gravidanza per altri ha per la madre biologica – e, quindi, necessariamente, anche per il bambino che ha vissuto con lei la relazione di gravidanza – sembra guardare, infine, in una prospettiva molto più complessa l'ordinanza di rimessione di una questione di costituzionalità da parte della Corte d'appello di Milano del

[88] In questo caso i due padri, ma lo stesso evidentemente varrebbe per i genitori intenzionali in una coppia eterosessuale.

25 luglio 2016, che in questa chiave ci offre un'ulteriore prospettiva di riflessione.

Il caso riguarda una gravidanza per altri avvenuta in India a favore di una coppia eterosessuale a cui le condizioni di salute della donna (patologia tumorale e chemioterapia) avevano precluso sia la produzione di ovociti che la gestazione; il certificato di nascita estero veniva trascritto con l'indicazione dei due coniugi come genitori ma, mentre la paternità non sollevava problemi, essendo stata confermato il legame biologico tra figlio e padre con test sul DNA, la maternità veniva messa in discussione in applicazione dell'art. 264, co. 2 c.c.: il Tribunale di Milano, escludendo che la filiazione *ex matre* potesse in Italia dedursi altrimenti che dal parto, ai sensi dell'art. 269, co.3 c.c., ed in particolare che potesse attribuirsi in forza del contratto per la fecondazione eterologa con maternità surrogata – in quanto contrario all'ordine pubblico – pronunciava una sentenza di disconoscimento. Nel corso del procedimento d'appello promosso dalla madre intenzionale, la ricorrente e lo stesso curatore del minore convergevano nel proporre una eccezione di incostituzionalità nei confronti del divieto assoluto di maternità surrogata imposto dall'art. 12, co.6 l.40/2004, lamentando molteplici profili di irragionevolezza, disparità di trattamento, violazione del diritto alla salute e all'autodeterminazione della coppia nella sfera privata e familiare.

La Corte rimettente ha ritagliato con cura la questione di costituzionalità, rispetto alle eccezioni sollevate dalle parti, circoscrivendola al dubbio sull'art. 263 c.c. «nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenne possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso» (parametri gli art. 2, 3, 30 e 31 cost. e 117, co.1 cost. in relazione all'art. 8 CEDU); mostrando, nello stesso tempo, di avere grande consapevolezza della estrema complessità delle questioni in gioco e dei principi costituzionali che dovrebbero entrare nel bilanciamento.

Infatti, dopo avere riconosciuto come il divieto assoluto di ricorso alla pratica di surrogazione di maternità indubbiamente incida negativamente su una serie di principi costituzionali (par. 8), la Corte d'appello procede chiedendosi se tale divieto possa, però, «rappresentare strumento necessario per garantire altri valori costituzionali di pari rango» (par. 9), riconoscendo sia la specificità relazionale di una pratica «che coinvolge più soggetti e in modo assai più pervasivo» di

quanto accada nella fecondazione eterologa, sia la specificità della posizione della donna «gestante per altri» (par. 9.1). Ed è proprio nelle esigenze di tutela della dignità della donna rispetto alla mercificazione della sua persona e della stessa gestazione, conseguente alla commercializzazione della relazione con i committenti, che si ravvisa un fondamento adeguato al bilanciamento del sacrificio che il divieto di surrogazione impone ad altri interessi pur costituzionalmente rilevanti, escludendo il dubbio sulla costituzionalità del divieto stesso (par. 12); lasciando, tuttavia, aperta la prospettazione del dubbio in casi in cui – diversamente da quello concretamente all'esame della Corte – si trattasse di una pratica relazionale della gestazione per altri, cui la madre biologica accedesse con scelta libera e responsabile, al di fuori della logica di uno scambio mercantile e con garanzia di ripensamento (par. 13).

Diversa, in questa cornice consapevole delle implicazioni relazionali e del ruolo irrinunciabile in ogni progetto riproduttivo della madre biologica, diventa anche il rilievo dell'interesse del minore, alla luce del quale viene sollecitata una «rinnovata riflessione sul tema della coincidenza – per quanto qui interessa, limitatamente all'art. 263 c.c. – tra *favor veritatis* e *favor minoris*», in cui il secondo possa agire come correttivo del principio di verità.

Comunque sia, l'applicazione a valle del principio dell'interesse del minore non ci esime dal vedere ciò che c'è stato a monte della nascita: da un lato, una madre biologica che, pur avendo consapevolmente assunto le responsabilità del progetto riproduttivo, *non intende assumere personalmente diritti e responsabilità anche di madre genitoriale*; dall'altro, genitori (madre e padre, due padri) intenzionali che *tali diritti e responsabilità acquisiscono* in forza di una relazione che si instaura – nei modi sopra indicati – con la madre biologica.

Ed il compito che spetta a tutti e tutte, in particolare nella riflessione giuridica, consiste nel cercare forme adeguate "per dirlo".

Ciò che avviene non comporta una cessione di responsabilità, né una rinuncia, in senso proprio, da parte della madre biologica (che ha specificamente inteso, dalla progettazione iniziale e sino al compimento della gravidanza, dare una continuità alla propria esperienza di gravidanza in uno specifico progetto genitoriale altrui); né diviene un "acquisto" da parte dei genitori intenzionali, ma è un modo di realizzare esperienze di riproduzione e genitorialità avvalendosi delle possi-

bilità aperte dalla possibilità stessa di distinzione delle responsabilità che consapevolmente si acquisiscono con le proprie azioni.

Un contesto che, in ogni caso, rende impossibile eludere il problema di cercare una cornice giuridica non inadeguata in cui collocare anche questa esperienza umana, anche solo una volta che si consideri del tutto irrealistica la prospettiva – pur da taluno evocata – di una effettiva moratoria internazionale.

Ed è in questa prospettiva che si è cercato, in questa riflessione, di aprire una ipotesi di confronto.

PARTE III
COMMENTI

IL QUESITO REFERENDARIO SULL'ART. 18 L. 300/1970 È VERAMENTE PROPOSITIVO?

di *Vincenzo Cocozza*

SOMMARIO: *1. La richiesta abrogativa; 2. Le ragioni dell'inammissibilità; 3. In particolare il carattere propositivo; 4. I precedenti richiamati nella sentenza n. 26 del 2017; 5. Le perplessità sulla conclusione conseguita dalla Corte Costituzionale.*

1. La richiesta abrogativa

Con la sentenza 11 gennaio 2017, n. 26, la Corte Costituzionale ha concluso per l'inammissibilità del referendum proposto nei confronti del D. Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (recante "*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*"), per la sua abrogazione totale, e nei confronti dell'art. 18 Legge 20 maggio 1970, n. 300 ("*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*"), per l'abrogazione parziale di porzioni dei commi 1, 4, 6, 7 e 8, e del comma 5 nella sua interezza, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 42, della Legge 28 giugno 2012, n. 92.

Si tratta, con tutta evidenza, di un quesito composito, costituito da due parti con contenuti differenti.

L'art. 18 della Legge 300/1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, ha ridotto le ipotesi di tutela reale, conseguita tramite la reintegrazione nel posto di lavoro, e ha esteso, invece, i casi di tutela obbligatoria, affidata alla sola indennità risarcitoria.

Successivamente, il D. Lgs. 23/2015, coinvolto nella richiesta di abrogazione totale, ha modificato, con riferimento ai lavoratori assunti a decorrere dalla sua entrata in vigore, il regime di garanzia del lavoratore stesso in caso di licenziamento individuale illegittimo, restringendo ulteriormente le ipotesi di tutela reale, con la correlativa espansione della tutela obbligatoria.

La disciplina di cui all'art. 18, peraltro, è intervenuta in un impianto normativo fondato su una distinzione, per l'operatività, esistente da tempo e, cioè, l'applicazione generale a tutte le realtà lavorative con più di quindici dipendenti, più di cinque se si tratta di una impresa agricola.

Sembrano chiari gli intenti delle due richieste abrogative:

> 1) l'abrogazione totale del D. Lgs. 23/2015 si propone di incidere su una disciplina che ha oltremodo accentuato l'uso di una tutela di tipo indennitario;
>
> 2) l'abrogazione parziale rivolta alla legge 92/2012 aggiunge a questo intento, certamente presente, l'obiettivo di prevedere un regime giuridico uniforme per l'applicazione dell'art. 18 individuando un'unica soglia data da più di cinque dipendenti (soglia che, attualmente, riguarda solo il settore agricolo).

Ad avviso dei promotori, l'abrogazione del d.lgs. n. 23 del 2015 nella sua interezza si salderebbe perfettamente con l'abrogazione parziale di talune disposizioni dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 che limitano i casi di licenziamento illegittimo in cui è prevista la tutela reale. Nella medesima prospettiva si giustificherebbe la richiesta di abrogazione parziale delle disposizioni dell'ottavo comma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, volte a rendere applicabile nei confronti di tutti i datori di lavoro con più di cinque dipendenti il regime di tutela reale nel caso di licenziamento illegittimo. Questa richiesta infatti, senza creare alcuna norma nuova o estranea alla trama del testo attuale dell'ottavo comma dell'art. 18, mirerebbe all'abrogazione della clausola generale che, per l'applicazione del regime della reintegrazione, identifica la soglia dimensionale generale di «più di quindici dipendenti», e lascerebbe in vigore, quale unica soglia dimensionale quella di «più di cinque dipendenti», prevista per l'impresa agricola.

In altri termini con l'abrogazione parziale richiesta si rimuoverebbero limiti connessi per legge a una clausola considerata speciale solo per essere riferita a un novero più circoscritto di imprese (quelle agricole), ma dotata della medesima funzione di limite alla reintegrazione dei lavoratori illegittimamente licenziati, nel caso di organizzazioni imprenditoriali di minori dimensioni.

Di conseguenza ci sarebbe una identità di fondo fra i due corpi del quesito e cioè ottenere unità nella disciplina sanzionatoria dei licenziamenti illegittimi.

2. Le ragioni dell'inammissibilità

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità del quesito per due ordini di ragioni.

La prima è che esso mostra un non consentito carattere propositivo che, in quanto tale, risulta in contrasto con la funzione abrogativa assegnata al referendum dall'art. 75 della Costituzione[1].

La seconda perchè manca l'univocità e la omogeneità[2].

La decisione convince soltanto in parte.

Mentre può trovare giustificazione quanto osservato sulla mancanza di univocità, non sembrano condivisibili gli argomenti addotti per sostenere il carattere propositivo.

Quanto alla pronuncia di inammissibilità per mancanza di omogeneità, come si diceva, la conclusione della Corte coglie un problema reale.

È vero che c'è un tratto comune nelle due parti che compongono il quesito, rappresentato dalla volontà di ottenere una disciplina unitaria dei licenziamenti illegittimi ispirata ad una maggiore garanzia per i lavoratori. Ed è quasi certo che su questa base si sarebbe determinata la volontà dei votanti.

Ma è anche vero che nel quesito colgono due profili non uguali. Con la conseguenza che, seppure in una ipotesi remota e - vorrei aggiungere - del tutto teorica, l'elettore potrebbe volere, come dice la Corte, «che la reintegrazione torni ad essere invocabile come regola generale a fronte del licenziamento illegittimo, ma resti confinata ai soli datori di lavoro che occupano più di quindici dipendenti in ciascuna unità produttiva o Comune, o ne impiegano complessivamente

[1] Cfr., in particolare, M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo. Commento dell'art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2005.

[2] Come è noto, la Corte ha affermato con la fondamentale sent. 16/1978 la necessità di una «matrice razionalmente unitaria» per il quesito referendario. La natura dilemmatica del quesito abrogativo impone una scelta secca e non modulabile: essa, pertanto, va svolta su un tessuto normativo omogeneo, pena la violazione della libertà del voto *ex* art. 48 Cost.

più di sessanta. Oppure potrebbe volere che quest'ultimo limite sia ridotto, ma che, anche per tale ragione, resti invece limitato l'impiego della tutela reale, da mantenere nei casi in cui è attualmente prevista».

Conclusione, quella riportata, che, per questo aspetto, può condurre a ritenere che il quesito non corrisponde all'esigenza di omogeneità, derivandone, in tal modo, un potenziale *vulnus* all'art. 48 Cost. sotto il profilo della libertà del voto referendario.

3. In particolare il carattere propositivo

Diversamente è a dirsi sull'assunto carattere propositivo del referendum[3].

Il ragionamento della Corte si sviluppa secondo i seguenti passaggi.

La premessa descrittiva è che l'art. 18, nel testo vigente, prevede la tutela reale per i lavoratori impegnati in una dimensione occupazionale di più di quindici dipendenti per unità produttiva o per Comune ovvero in più di sessanta dipendenti nel complesso e, per l'impresa agricola, in una dimensione lavorativa di più di cinque dipendenti. E che, rapportando tale struttura normativa con il quesito referendario, per questa parte, il quesito referendario verrebbe a proporsi come applicazione della tutela reale «al datore di lavoro imprenditore o non imprenditore che occupa alle sua dipendenze più di cinque dipendenti».

Sulla base di questa corretta operazione ricostruttiva, il Giudice della ammissibilità ritiene che il referendum abbia carattere propositivo in quanto il limite di cinque dipendenti non si propone come espansione di una disciplina a seguito dell'abrogazione, ma come estensione ad altre situazioni del limite indicato soltanto per la dimensione agricola.

[3] Il tema del referendum manipolativo-propositivo (e della giurisprudenza costituzionale sul punto specifico) è stato oggetto di ampie riflessioni e affatto concordi, in dottrina: si veda, ad esempio, quanto afferma R. BIN, *Scivolando sempre più giù*, in R. BIN (a cura di), *Elettori legislatori?*, secondo il quale «i *referendum* manipolativi sono, non solo ammissibili, ma assai spesso necessari – nel senso che il *referendum* può essere giudicato ammissibile solo se è manipolativo»: conclusione, questa, derivata dal rifiuto della distinzione tra abrogazione parziale (ammissibile) e manipolazione del testo (inammissibile).

Criticamente, a proposito di referendum manipolativi, parla di «divario dall'originario modello di referendum regolato dall'art. 75 Cost.», C. MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, relazione al Convegno nazionale dell'A.I.C., *Democrazia maggioritaria e referendum*, Siena, 3-4 dicembre 1993.

Richiamando alcuni precedenti, in particolare la sentenza n. 36 del 1997 e la n. 46 del 2003 nonché la n. 50 e la n. 38 del 2000, la Corte ricorda che, secondo la giurisprudenza maturata sulla inammissibilità, sono in contrasto con tale limite i quesiti che consentono di dare vita ad un assetto normativo del tutto nuovo con la trasformazione della volontà abrogativa in volontà propositiva e la conseguente introduzione di statuizioni che non sono ricavabili *ex se* dall'ordinamento[4].

La Corte Costituzionale si sofferma soprattutto sulla sentenza n. 36/1997 per esprimere il concetto che è da considerarsi inammissibile un quesito che comporti, attraverso la tecnica del ritaglio, una nuova statuizione «estranea al contesto normativo esistente»[5].

Come è noto, la tematica dei quesiti referendari con un contenuto, in senso ampio, propositivo costituisce questione di particolare difficoltà e delicatezza. Esprime, infatti, nella maniera più chiara, la tensione che si può generare fra corpo elettorale, che chiede di intervenire su una disciplina esistente, e rispetto del ruolo assegnato dall'ordinamento costituzionale al referendum abrogativo.

La possibilità prevista nell'art. 75 Cost. di abrogazione parziale e la inevitabile conseguenza che, attraverso questo tipo di richiesta, si possa ottenere l'espansione di una disciplina generale una volta colpita, con l'abrogazione, una regolamentazione speciale, finisce per poter proporre una variabilità notevole di situazioni in cui non è agevole orientarsi. Si tratta, infatti, di cogliere, di volta di volta, quale è il punto di disciplina che individua la volontà del legislatore di introdurre nell'ordinamento una regolamentazione prima non esistente.

Una volta acquisito questo elemento, si può, in maniera piuttosto condivisibile, ritenere e dichiarare che questo *novum* non compete al corpo elettorale nella qualità di interpellato in una consultazione referendaria abrogativa.

Proprio le sentenze citate dal Giudice costituzionale portano qualche elemento per segnalare, in uno con la varietà dei contenuti, la non agevole coerenza con il caso relativo all'art. 18 oggi valutato.

---

[4] Come è noto, la Corte ha affrontato in altre occasioni il tema. Peraltro, le sentenze alle quali si riferisce la decisione in osservazione, richiamano, pur con alcune differenze, i concetti utilizzati nelle altre pronunce.

[5] Su cui, cfr. i commenti di R. ROMBOLI, *L'ammissibilità del referendum abrogativo nella giurisprudenza costituzionale: conferme e novità* in *Foro it.*, 3/1997, parte I, 652 e R. CALVANO, *Il "falso problema" dei referendum manipolativi*, in *Giur. cost.*, 1/1997, 322 ss.

Per poter sviluppare questa riflessione occorre indicare il percorso argomentativo che ha condotto la Corte, nel caso in esame, a ravvisare una «estraneità al contesto normativo» esistente di quanto sarebbe potuto derivare dal voto favorevole al referendum.

Come si è detto, nel testo vigente, la tutela reale è riferita a due situazioni diverse: per le unità produttive, quindici dipendenti; per l'impresa agricola, cinque dipendenti.

L'eventuale votazione favorevole all'abrogazione avrebbe avuto l'effetto di spostare la tutela reale a tutti i datori di lavoro con soglia di cinque dipendenti, eliminando, quindi, la distinzione fra unità produttive.

Secondo il Giudice costituzionale, l'espressione numerica "cinque" è riferita ad un apprezzamento che il legislatore ha riservato all'impresa agricola per evidenziare una sua peculiarità meritevole di disciplina specifica e differente. Sicché una tale dimensione (cinque dipendenti) si ancora all'eccezione e non può essere espansa ad altre realtà perchè ciò costituirebbe una manipolazione arbitraria. In buona sostanza, si sgancerebbe il «cinque dipendenti» da un suo specifico ruolo per assumerlo a base di una disciplina non esistente e, come tale, estranea al contesto normativo.

4. I precedenti richiamati dalla Corte Costituzionale

Come si ricordava, proprio questo punto, l'«estraneità al contesto normativo» ha assunto il ruolo di snodo concettuale in cui ruota la linea argomentativa che conduce all'inammissibilità. Un punto che induce la Corte a richiamare innanzitutto il proprio precedente specifico rappresentato dalla sentenza n. 36 del 1997.

A ben vedere, però, ed a conferma di quanto si osservava sulla notevole variabilità delle situazioni che possono indurre a giudicare un referendum parziale come di carattere propositivo e, quindi, inammissibile, si deve ricordare che, nella richiamata sentenza del 1997, la situazione era ben differente.

Si trattava, in quel caso, di un quesito referendario che trasformava completamente il disposto normativo. La disciplina in discussione era nel senso di riservare, per la concessionaria pubblica, una quota oraria non superiore al 4% dell'orario settimanale ed il 12% per ogni ora, con un riferimento al modo di recupero di un'eventuale eccedenza del

2%. Il quesito referendario avrebbe comportato un limite pubblicitario del 2% che, pacificamente, non si può inserire nella disciplina relativa al limite orario della pubblicità (trattandosi, come appena detto, di regolamentazione di un'eventuale eccedenza).

Non vi era, in quel caso, alcuna possibilità di recuperare nell'ordinamento una regola per modificare la quantità di tempo da destinare ai messaggi pubblicitari, né vi era una disciplina generale ed una particolare suscettibili di valutazione da parte del corpo elettorale.

Effettivamente, così, la misura, derivante dalla tecnica di ritaglio, risultava essere del tutto casuale e, di conseguenza, non assentibile un suo utilizzo[6].

Qualcosa di diverso dalla situazione attuale si rinviene anche nelle altre decisioni indicate dalla Corte e ci si limita ad esse proprio perché, se citate, sono sembrate al Giudice dell'ammissibilità più vicine alla fattispecie *de qua,* eppure questo elemento non si mostra con chiarezza.

Così a dire per la sentenza n. 38 del 2000 quando il quesito referendario, riferito ad una pluralità di norme della legge 117/1988 di disciplina della responsabilità dei magistrati, si proponeva di sostituire il complessivo impianto della disciplina[7].

O, anche, per la sentenza n. 46 del 2003[8] riferito al divieto generalizzato di residui di prodotti tossici negli alimenti quando l'ampiezza della disciplina conseguente alle abrogazioni richieste avrebbe com-

---

[6] La Corte può giustamente fare riferimento, in quella occasione, alla sostituzione della norma abroganda con altra «assolutamente diversa […] costruita attraverso la saldatura di frammenti lessicali eterogenei».

Nella sentenza, oltre al richiamo alla pronuncia numero 16/1978, si ricorda quanto concluso nella decisione 28/1987 sulla inammissibilità di innovazioni non consentite al referendum abrogativo.

[7] Si trattava, infatti, di otto articoli (2,4,5,6,7,8,9,13) della legge 117/1988 (recante "*Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*"), coinvolti in un unico quesito in maniera, peraltro, differente.

Per alcuni veniva richiesta abrogazione dell'intero articolo; per altri frammenti della disposizione.

L'effetto era, quindi, di sostituire la disciplina con altra diversa rispetto al contesto normativo esistente.

[8] Cfr. note di M. CARDILLO, *L'inammissibilità del referendum abrogativo sulla "sicurezza alimentare: divieto generalizzato di residui tossici negli alimenti"*, in *Dir. giur. agr.*, 12/2003, parte II, 678 ss.; L. CASSETTI, *I nuovi referendum sull'ambiente. La Corte Costituzionale ha bocciato due quesiti su tre*, in *Diritto E Giustizia*, 8/2003, 28 ss.; A. MORRONE, *Un istituto referendario che non c'è*, in *Quad. Cost.*, 2/2003, 384 ss.; R. PINARDI, *La «completezza» delle richieste referendarie*, in *Quad. Cost.*, 2/2003, 382 ss.

portato l'introduzione di una regolamentazione tanto ampia ed estesa quanto generica, con tutti i problemi di applicazione del divieto anche in relazione alle sanzioni penali che sono collegate alla violazione[9].

Né diversamente si può pensare per la sentenza n. 50 del 2000[10], quando il quesito referendario si proponeva di pervenire ad una differente disciplina dei termini di durata minima della custodia cautelare con un diverso apprezzamento dei reati ai quali collegarla[11].

Anzi, proprio in quest'ultima sentenza sono utilizzate espressioni per escludere l'ammissibilità che vanno recuperate, perché ben riassumono la complessiva impostazione sul punto del giudice dell'ammissibilità.

Il limite, disse la Corte, scatta perchè non si tratta della «fisiologica espansione della sfera di operatività di una norma già esistente dotata, in ipotesi, di un suo ambito di applicazione più circoscritto» ma «di dare vita ad un sistema di norme radicalmente nuovo che andrebbe a sostituirsi alle norme da eliminare».

5. Le perplessità sulla conclusione conseguita dalla Corte Costituzionale

[9] La richiesta di abrogazione riguardava porzioni dell'art. 5 lett. h) della legge 30 aprile 1962 numero 283 (recante "*Modifica degli artt. 242, 243, 247, 250 e 262 del T.U. delle leggi sanitarie approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265: Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande*"), che aveva già determinato un contrasto con l'Ufficio centrale per il referendum in ordine alla denominazione del referendum. La Corte di Cassazione ha ritenuto di doverlo riformulare indicandone il contenuto in "divieto di residui di prodotti tossici negli alimenti" e non già "divieto di residui tossici negli alimenti".

La Corte Costituzionale afferma che il divieto scaturente dal referendum sarebbe "generalizzato ed assoluto" per l'utilizzazione di prodotti in grado di determinare residui tossici nelle produzioni agricole nonché per la preparazione, vendita, detenzione per la vendita e la distribuzione di prodotti contenenti residui di prodotti tossici per l'uomo, in modo da potersi riferire ad una serie indeterminata di sostanze.

[10] Con nota di G. FILIPPETTI, *Oblio dell'art. 75 cost. e tramonto del referendum abrogativo*, in *Giur. cost.*, 1/2000, 398 ss.

[11] Il quesito referendario investiva porzioni dell'art. 303 e 304 del d.P.R. 22/9/1988 numero 477 ("*Approvazione del codice di procedura penale*") e, quindi, la disciplina dei termini della custodia cautelare nelle varie fasi e gradi del procedimento penale (indagini preliminari, giudizio di primo grado, giudizio di appello, restante corso del procedimento).

Con la tecnica del ritaglio si intendeva, così, pervenire ad un diverso apprezzamento dei termini di durata massima della custodia cautelare, e dei reati in riferimento alla durata della stessa custodia.

A ben vedere tutte le situazioni in precedenza ricordate nelle sentenze richiamate dalla Corte sembrano corrispondere allo schema riassunto nella formula appena citata.

Ma è condivisibile l'estensione di tale impianto ricostruttivo alla fattispecie dell'art. 18?

La Corte ha ragionato in termini di estraneità del limite di cinque dipendenti dall'impianto regolatore la tutela reale nel licenziamento illegittimo.

Invero l'intervento del legislatore è stato nel senso di voler prevedere una soglia per l'ingresso di un certo tipo di garanzia ed ha distinto tale soglia con riferimento alle differenti realtà produttive.

Si può ben dire che le soglie sono due ed attribuite, sulla base della discrezionalità legislativa, a scelte identificative di esigenze ritenute diverse. Ma le soglie esistono entrambe e trasferirle dall'una all'altra non sembra determini un *novum*, ma soltanto una differente valutazione delle esigenze che sono alla base della scelta.

Si può, così, affermare che la soglia dei cinque dipendenti non è arbitrariamente utilizzata perchè appartenente ad altro (come accaduto nella sentenza 36 del 1997) ma c'è ed è riferita alla stessa disciplina.

Si può aggiungere, ancora, utilizzando quello schema logico della sentenza 50 del 2000, che non si intende dar vita ad un sistema di disciplina nuovo ma a mantenerlo diversamente calibrando l'esistente.

Sotto questo punto di vista non sembra revocabile in dubbio che l'art. 18 rechi al suo interno due scelte.

La prima è quella di stabilire la soglia per l'applicazione di un certo regime giuridico del licenziamento.

La seconda è quella di distinguere tale soglia a seconda del settore produttivo.

Ebbene la Corte ha modo di precisare nell'apparato argomentativo che non vi sarebbe stato il problema di ammissibilità per il carattere propositivo, laddove si fosse richiesto «l'integrale abrogazione del limite occupazionale» perchè, così operando, si «sarebbe inteso contrastare la scelta legislativa di subordinare la tutela reale ad un bilanciamento con altri valori».

A fronte di un tale chiarimento fornito dal Giudice costituzionale, rimane non del tutto convincente concludere che non si può, invece, sottoporre a referendum la scelta legislativa di differenziare le situazioni e, quindi, le soglie.

In effetti riportare tutto alla dimensione di cinque è esattamente il frutto di una volontà di contrastare l'opzione legislativa di distinguere.

Sulla base di questo ragionamento, è vero che non si determina una automatica espansione di una norma già presente nell'ordinamento, ma è anche vero che si realizza una eguale disciplina sulla base di una scelta che il legislatore ha, esso, compiuto.

Non si può nascondere che la questione presenta una sua peculiare difficoltà. E questo si verifica perchè incrocia un limite di variegata e multiforme apparenza che rende complessa la fissazione di un confine certo. Si tratta, però, di un limite delicato, perchè una sua espansione applicativa potrebbe incidere fortemente sulla possibilità di utilizzazione del referendum abrogativo. Si impone, pertanto, prudenza e assoluto rigore nel suo utilizzo.

INTORNO AD ALCUNE VICENDE RECENTI SUL RAPPORTO "NECESSITATO" TRA APPLICAZIONE DELLA LEGGE E AUTODICHIA PARLAMENTARE

di *Mario Gorlani*

SOMMARIO: *1. Premessa: il fondamento costituzionale della incandidabilità stabilita dal legislatore; 2. La posizione del Senato nel c.d. caso Minzolini; 3. La formale presa d'atto delle Camere ex art.66 Cost. a proposito della decadenza dal saggio parlamentare a seguito di una sentenza penale di condanna e i possibili rimedi contro l'apprezzamento discrezionale (ovvero l'inerzia) degli organi parlamentari; 4. Alla ricerca di un equilibrio: lo sforzo di ricostruire meccanismi rappresentativi adeguati senza confuse forzature non richieste dalla legge e neppure dalla logica.*

1. Premessa: il fondamento costituzionale della incandidabilità stabilita dal legislatore

Da anni è al centro del dibattito politico e legislativo del nostro Paese[1] il tema di approntare misure idonee a garantire che lo svolgimento delle funzioni pubbliche elettive avvenga "con disciplina e onore", secondo la prescrizione dell'art. 54, co. 2, Cost.

Il fenomeno corruttivo, e quello ancora più preoccupante delle infiltrazioni mafiose nelle istituzioni[2], hanno reso evidente l'esigenza di

[1] Non si tratta di una preoccupazione solo italiana, come dimostra la Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (c.d. Convenzione di Merida) che, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno, è entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005. Lo evidenzia anche P. STANCATI, *Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*, in questa *Rivista*, n. 1/2015, *nota 8*, che sottolinea che «l'intento di irrigidire drasticamente il regime relativo alla ineleggibilità ed incandidabilità si è recentemente manifestato presso alcuni ordinamenti costituzionali».

[2] Che queste siano le ragioni che hanno mosso il legislatore lo chiarisce la Corte costituzionale, nella sentenza n. 118 del 2013, evidenziando che la disciplina in tema di incandi-

erigere barriere, anche legislative, volte ad impedire a soggetti con precedenti penali specifici di ricoprire cariche pubbliche; tanto più in un'epoca nella quale i partiti politici non si mostrano più capaci di un efficace filtro nei confronti di tali emergenze che, di conseguenza, vanno ad alimentare, in un pericoloso circolo vizioso, la crisi della rappresentanza e un processo di rigetto della politica, di vero e proprio "sdegno"[3], sempre più pervasivo e incontrollabile.

Si tratta di misure che incidono sui requisiti di elettorato passivo, dando così attuazione all'art. 51, co. 1, Cost. e, indirettamente, all'art. 48, co. 4, Cost. e che si declinano, sulla base di diversi presupposti di legge, come incompatibilità, ineleggibilità, incapacità elettorale assoluta[4], incandidabilità.

Quest'ultimo istituto è, come noto, la fattispecie più recente, perché è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento con la legge n. 16 del 1992, negli stessi anni nei quali, peraltro, il Parlamento si affrettava a varare una modifica dell'art. 68 Cost., commi 2 e 3, con l'eliminazione dell'autorizzazione a procedere nei confronti dei componenti delle Camere[5]. La previsione iniziale dell'incandidabilità riguardava esclusivamente gli eletti nelle Regioni e negli enti locali[6],

---

dabilità è diretta «ad assicurare la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, la trasparenza delle amministrazioni pubbliche allo scopo di fronteggiare una situazione di grave emergenza nazionale coinvolgente gli interessi dell'intera collettività. L'obiettivo perseguito è quindi la prevenzione della delinquenza mafiosa o di altre gravi forme di pericolosità sociale fornite di alta capacità di inquinamento degli apparati pubblici».

[3] Illuminanti, in proposito, le "amare" riflessioni di M. DOGLIANI, *Costituzione e virtù politica. Indignazione e sdegno*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012, che coglie come atteggiamento diffuso del nostro tempo lo "sdegno", e che individua nelle «colpe mortali della corruzione politica» un catalizzatore del dilagare di tale sdegno.

[4] G. RIVOSECCHI, *L'incandidabilità agli organi rappresentativi e il divieto di ricoprire cariche elettive e di governo (art. 1, co. 63-65)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B. G. MATTARELLA.

[5] Pur rispondendo ad obiettivi specifici diversi, l'introduzione dell'istituto dell'incandidabilità nel 1992 e la modifica dell'art. 68, co. 2 e 3, Cost., con l'eliminazione dell'autorizzazione a procedere, sono riconducibili ad un disegno comune, che era quello, sollecitato da un'opinione pubblica sempre più incalzante sull'onda delle inchieste di Tangentopoli, di rendere la classe politica meno "arroccata" nelle istituzioni, sottoposta al principio di legalità e alle conseguenze penali delle proprie condotte senza "sacche" di privilegio e di impunità.

[6] La disciplina dell'incandidabilità per le cariche elettive regionali era prevista dall'art. 15 della legge n. 55 del 1990, così come modificato dalla legge 16 del 1992; mentre la disciplina dell'incandidabilità per le cariche elettive locali era prevista negli artt. 58 e 59 del d.lgs. n. 267 del 2000.

senza interessare anche i membri del Parlamento[7]; ma con l'aggravarsi del fenomeno corruttivo e del pericolo di infiltrazioni mafiose[8], e all'apice di una crisi politica, finanziaria e morale acuta, nel 2012[9], dopo diversi anni di gestazione[10], il legislatore ha esteso la disciplina dell'incandidabilità anche ai parlamentari, ai membri del Governo e ai componenti del Parlamento europeo[11].

---

[7] Nella giurisprudenza costituzionale formatasi prima della legge Severino, in riferimento alla circostanza che l'art. 15 della legge 55/1990, così come modificata dalla legge 16 del 1992, si applicasse solo ai consiglieri regionali e locali e non anche ai membri del Parlamento, si affermò che «non appare configurabile, sotto il profilo della disparità di trattamento, un raffronto tra la posizione dei titolari di cariche elettive nelle regioni e negli enti locali e quella dei membri del Parlamento e del Governo, essendo evidente il diverso livello istituzionale e funzionale degli organi costituzionali ora citati: ne consegue che, anche a prescindere dalle finalità e dalle motivazioni che hanno ispirato la normativa in esame e che saranno appresso illustrate, certamente non può ritenersi irragionevole la scelta operata dal legislatore di dettare le norme impugnate con esclusivo riferimento ai titolari di cariche elettive non nazionali» (sent. n. 407 del 1992).

[8] Sulle cause ed effetti del fenomeno corruttivo cfr., da ultimo, A. M. NICO, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, parte II, pagg. 35 ss., che individua, quali cause concorrenti di tale fenomeno, la crisi della rappresentanza e l'incertezza del diritto.

[9] La disciplina è contenuta nel decreto legislativo 31 dicembre 2012 n. 235, conosciuto come decreto o legge "Severino" e adottato in attuazione della delega contenuta nei commi 63, 64 e 65 dell'art. 1 della legge 13 novembre 2012, n. 190, intitolata "*Corruzione di pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio*".

[10] Come nota F. SCUTO, *La nuova dimensione dell'incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in *RivistaAIC.it*, n. 4/2013, «il percorso che ha portato ad una riforma dell'istituto è stato indubbiamente lungo, se si considera che una prima proposta di legge era stata adottata dalla Commissione affari costituzionali durante la precedente legislatura, nel 2007». L'A. inoltre coglie «una certa analogia tra le fasi storiche in cui si sono adottate norme in materia».

[11] Per deputati e senatori e per i membri del Parlamento europeo, l''incandidabilità si collega alle tre ipotesi generali previste dall'art.1. Si tratta delle ipotesi di: a) condanna definitiva a pena superiore a due anni di reclusione per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale; b) condanna definitiva a pena superiore a due anni di reclusione per i delitti, consumati o tentati, previsti nel libro II, titolo II, capo I, del codice penale; c) condanna definitiva a pena superiore a due anni di reclusione, per delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, determinata ai sensi dell'art. 278 del codice di procedura penale. Da notare che, nell'art. 1, co. 64, lett. b) della legge delega si faceva riferimento all'applicazione dell'incandidabilità "per altri delitti per i quali la legge preveda una pena detentiva superiore nel massimo a tre anni". Se l'incandidabilità è già sussistente al momento della presentazione delle liste e fino al momento della proclamazione degli eletti, la competenza a cancellare il candidato dalla lista o a dichiarare la mancata proclamazione nei confronti del soggetto in candidabile spetta all'ufficio centrale circoscrizionale per la Camera e all'ufficio elettorale regionale per il Se-

L'istituto dell'incandidabilità non è menzionato nel testo costituzionale, che richiama in termini espliciti soltanto le figure della ineleggibilità e della incompatibilità (artt. 65, 66 e 122 Cost.); esso va ricondotto al più ampio genus delle limitazioni al diritto di accesso e di mantenimento delle cariche elettive, che l'art. 51 Cost. consente al legislatore di introdurre a tutela di «valori fondamentali quali, tra gli altri, la libera formazione della volontà dell'elettore, il libero esercizio del mandato elettorale, l'imparzialità e il buon andamento delle am-

nato, e nulla sarebbe la loro eventuale elezione; se invece l'incandidabilità sopravviene nel corso del mandato elettivo parlamentare, la Camera di appartenenza delibera ai sensi dell'art. 66 Cost. Previsioni analoghe valgono per i candidati al Parlamento europeo, anche se l'art. 5 non chiarisce a chi competa, in caso di incandidabilità sopravvenuta, la dichiarazione di decadenza, perché si fa riferimento all'ufficio elettorale nazionale, senza precisare però la relazione con i poteri del Parlamento europeo. Per le cariche elettive regionali la disciplina è analoga, ma non perfettamente sovrapponibile. Anche per esse viene prevista l'incandidabilità e comunque l'impossibilità di ricoprire le cariche di presidente della giunta regionale, assessore e consigliere regionale, nonché di amministratore o componente degli organi comunque denominati delle unità sanitarie locali, connessa a condanne penali definitive, per un novero di reati più ampio rispetto a quanto previsto per i parlamentari nazionali.. Per le cariche regionali, inoltre, l'art. 7 del d.lgs. 235 del 2012 aggiunge all'elenco delle cause di incandidabilità previste per i parlamentari i reati connessi allo spaccio di droga, al trasporto e detenzione di armi, munizioni o materie esplodenti, i reati commessi con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio, tutti i reati non colposi per i quali il candidato abbia riportato una pena non inferiore a due anni, una serie di reati previsti nel libro II, titolo II, capo I del codice penale, ed infine l'aver subito una misura di prevenzione in quanto indiziati di appartenere ad una delle associazioni di cui all'art. 4, co. 1, lett. a) e b), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Ancora, per i consiglieri regionali, a differenza di quanto avviene per i parlamentari, è prevista anche la sospensione dalla carica in caso di condanne o misure di prevenzione non definitive, per fattispecie analoghe a quelle che determinano l'incandidabilità. Il provvedimento di sospensione, ai sensi dell'art. 8, co. 4, d.lgs. n. 235 del 2012, è adottato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti il Ministro per gli affari regionali e il Ministro dell'interno. La sospensione cessa di diritto trascorsi 18 mesi e, durante la sua operatività, i soggetti sospesi non sono computati al fine della verifica del numero legale, né per la determinazione di *quorum* o maggioranze qualificate. Una disciplina analoga è prevista negli artt. 10, 11 e 12 per le cariche elettive locali; ma anche in questo caso la normativa riproduce presso che fedelmente quanto già previsto dagli artt. 58 e 59 del TUEL. Sul punto si v. A. D'ANDREA, *Applicazione della legge Severino e "inagibilità parlamentare": quel che è chiaro per le norme è certo legittimo per la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, che ricorda che l'estensione ai parlamentari del regime dell'incandidabilità «venne considerata da chi allora l'aveva introdotta senza alcuna particolare difficoltà come uno strumento per dare "un segnale al Paese", favorendo perciò l'innalzamento della qualità morale del ceto parlamentare, sottratto al controllo del corpo elettorale per quanto riguarda i singoli candidati, per via del sistema elettorale – il c.d. *porcellum* – ancora purtroppo vigente».

ministrazioni pubbliche, la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica»[12]. Poiché però tali limitazioni riguardano un diritto politico fondamentale inviolabile come l'elettorato passivo, le ipotesi di incandidabilità — che in origine avevano una connotazione particolarmente afflittiva, consentendo la sospensione dell'eletto nei consigli regionali anche solo a seguito di rinvio a giudizio per i reati previsti dall'art. 15 della legge 55 del 1990 – «interferendo sulla formazione della rappresentanza, devono essere sottoposte a un controllo particolarmente stringente» e «sono ammissibili solo nei limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di rango costituzionale, in base alla regola della necessarietà e della ragionevole proporzionalità di tale limitazione» (Corte cost., sent. n. 141 del 1996).

Quanto all'inquadramento sistematico, la Corte ha riconosciuto che la «*ratio legis* è quella di costituire una sorta di difesa avanzata dello Stato contro il crescente aggravarsi del fenomeno della criminalità organizzata e dell'infiltrazione dei suoi esponenti negli enti locali» (sent. n. 407 del 1992). Più in particolare, l'incandidabilità «va considerata come particolarissima causa di ineleggibilità»[13], anche se la ratio dei due istituti resta parzialmente diversa.

L'ineleggibilità, infatti, mira ad evitare che i candidati, in ragione delle particolari funzioni da essi rivestite, possano condizionare il libero convincimento e la libera manifestazione del voto degli elettori, mentre l'incandidabilità è volta a tutelare «il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, l'ordine e la sicurezza, la libera determinazione degli organi elettivi»[14].

Che i due istituti rispondano a ratio diverse si coglie d'altra parte anche nel fatto che l'ineleggibilità è collegata allo svolgimento legit-

---

[12] Cfr. B. Galgani, *Le vicende dell'incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali:* distingue frequenter, in *Archivio penale*, n. 1/2014. Cfr. anche G. E Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano, 2001, pp. 153 ss.

[13] Lo afferma in termini espliciti, sia pure in un *obiter dictum*, la Corte costituzionale nella sent. n. 141 del 1996. Cfr. N. Zanon, *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, in *Forumcostituzionale.it*, 2008, p. 6, che richiama anche la sentenza n. 132 del 2001, «in cui la Corte sembra addirittura equiparare i due istituti affermando testualmente che "*le fattispecie di incandidabilità e quindi di ineleggibilità … rappresentano … l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche*"».

[14] Enunciati analoghi si trovano anche nella giurisprudenza della Cassazione: v., tra le tante, Cass. Civ., sez. I, n. 3904 del 2005, in *Foro it.*, 2006, I, pp. 547 ss.; Cass., sez. I, 10 luglio 2004, n. 12806, in *Foro it.*, 2005, I, pp. 2827 ss.

timo di un'altra carica, che si ritiene però possa condizionare la libertà di voto, mentre l'incandidabilità origina dal compimento di alcune tipologie di reati – associazione a delinquere di stampo mafioso, traffico di stupefacenti, reati contro la pubblica amministrazione, delitti non colposi con pena non inferiore a due anni – che fanno temere un esercizio delittuoso della funzione pubblica[15]. Sotto questo punto di vista, come è stato osservato, l'incandidabilità va avvicinata più alla perdita o alla diminuzione dell'elettorato passivo e alla perdita di quei diritti civili e politici che rappresentano la condizione preliminare per poter accedere ad una carica pubblica[16].

Inoltre, mentre le cause di ineleggibilità non impediscono la partecipazione alla competizione elettorale, ma influiscono sulla validità dell'elezione, al contrario per i soggetti che versano in condizione di incandidabilità è preclusa la partecipazione alle elezioni e la loro eventuale elezione è nulla. Infine, mentre le cause di ineleggibilità, perché attengono di regola alla circostanza di ricoprire altre cariche capaci di influenzare la competizione elettorale, possono sempre essere rimosse ad iniziativa del soggetto interessato, le cause di incandidabilità sono sottratte alla disponibilità del singolo, salva l'ipotesi della riabilitazione penale.

Se l'incandidabilità riferita agli eletti nelle Regioni e negli enti locali ha ripetutamente superato le verifiche di costituzionalità a cui è stata sottoposta[17], la sua estensione ai parlamentari ha sollevato rinnovati dubbi di compatibilità con la Carta fondamentale.

Sul piano sostanziale, si è sostenuto che, rispetto alla generale previsione dell'art. 51 Cost., che consente al legislatore di stabilire i requisiti di accesso a tutte le cariche elettive, senza specificazioni in ordine alla qualificazione delle cause ostative di tali requisiti, l'art. 65 Cost. configurerebbe, per i parlamentari, una norma speciale, che con-

[15] Rilevano N. ZANON, B. CARAVITA, G. DE VERGOTTINI, *Parere pro veritate sulla conformità a Costituzione dell'art. 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235*, in *Giurisprudenzapenale.com*, p. 6, che mentre l'ineleggibilità attiene allo svolgimento della competizione elettorale, l'incandidabilità è invece diretta ad assicurare il libero e corretto svolgimento della carica elettiva.

[16] In tema D. CODUTI, *Incandidabilità, Misure anticorruzione e Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, pp. 1-5; A. PORRO, *Il "recente" istituto dell'incandidabilità nelle Regioni e negli Enti locali, tra scelte discrezionali – presso che riconfermate – del legislatore ed orientamenti della giurisprudenza*, in *www.giurcost.org*.

[17] Tra le tante si vedano le sentenze della Corte cost. nn. 118 del 2013; 352 del 2008; 25 del 2002; 132 del 2001; 206 del 1999; 14 del 1996; 295 del 1994; 288 del 1993; 407 del 1992.

templa esclusivamente le ipotesi di ineleggibilità e incompatibilità[18]. Secondo questa tesi non sarebbe perciò consentito al legislatore di introdurre limitazioni nell'accesso al Parlamento diverse da quelle contemplate dall'art. 65 Cost.: l'ineleggibilità e l'incompatibilità appunto[19].

La tesi è rimasta minoritaria ed è stata rigettata anche dalla Corte costituzionale che, come si è detto, ha ricondotto l'incandidabilità al *genus* dell'ineleggibilità. Sarebbe d'altra parte paradossale teorizzare che la diversità ontologica tra assemblee parlamentari e assemblee rappresentative regionali e locali – pur ribadita più volte dalla Corte costituzionale (cfr. sent. n. 407 del 1992; sent. n. 106 del 2002[20]) – possa non solo giustificare[21], ma addirittura obbligare ad una disciplina più permissiva per le prime che non per le seconde[22]; e ciò sul pre-

[18] Così N. ZANON, *Sull'estensione alle cariche parlamentari*, cit., p. 5, che osserva: «con riferimento all'assunzione del mandato parlamentare, tale articolo [l'art. 65] sembra potersi considerare norma 'speciale', rispetto al generale riferimento che l'art. 51, co. 1, Cost., fa all'intervento della legge sui requisiti per l'assunzione di cariche elettive. Con riguardo al mandato parlamentare, il legislatore dovrebbe dunque intervenire a stabilire regole in tema di *ineleggibilità* (oltre che di incompatibilità), non potendo invece introdurre limiti all'elettorato passivo che all'ineleggibilità non sia riconducibili». Analogamente v. N. ZANON, B. CARAVITA, G. DE VERGOTTINI, *Parere pro veritate*, cit., p. 3.

[19] Si tratta di una tesi che prova troppo, perché assolutizza le nozioni di "ineleggibilità" e di "incompatibilità" e ne assume, per così dire, un concetto naturalistico, che non ammetterebbe l'inclusione di altre fattispecie analoghe, ma non identiche. La tesi prova troppo, sia perché – teoria costituzionale e vocabolario alla mano – nelle ipotesi di ineleggibilità possono farsi rientrare tutte le fattispecie di limitazione del diritto di essere eletto in Parlamento che il legislatore voglia considerare tali; sia perché – a ben vedere – gli artt. 65 e 66 Cost., nell'introdurre il regime della cosiddetta "autodichia" delle Camere sui requisiti di accesso dei propri membri, rappresentano norme attributive di una competenza esclusiva, con un profilo e una vocazione spiccatamente procedurale più che sostanziale, restando la sostanza delle ipotesi di limitazione del diritto di elettorato passivo una sfera riconducibile alla discrezionalità del legislatore ordinario.

[20] In particolare nella sent. n. 106 del 2002 la Corte chiarì che «solo il Parlamento é sede della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), la quale imprime alle sue funzioni una caratterizzazione tipica ed infungibile. In tal senso il *nomen* Parlamento non ha un valore puramente lessicale, ma possiede anche una valenza qualificativa, connotando, con l'organo, la posizione esclusiva che esso occupa nell'organizzazione costituzionale. Ed é proprio la peculiare forza connotativa della parola ad impedire ogni sua declinazione intesa a circoscrivere in ambiti territorialmente più ristretti quella funzione di rappresentanza nazionale che solo il Parlamento può esprimere e che è ineluttabilmente evocata dall'impiego del relativo *nomen*».

[21] Si veda, in questo senso, la sent. n. 407 del 1992.

[22] Come rileva F. S. MARINI, *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatoriocostituzionale.it*, febbraio 2016, p.13, «il regime meno severo complessivamente delineato» per le cariche nazionali e

supposto che, mentre a livello parlamentare le decisioni a cui è chiamato il singolo membro non avrebbero efficacia diretta, immediata e concreta, a livello regionale e locale le delibere a cui partecipa il consigliere producono più frequentemente effetti diretti ed immediati e sarebbero perciò più esposte al rischio di inquinamenti o di condizionamenti che la presenza di un candidato o di un eletto in odore di mafia o con precedenti penali gravi può portare. Al contrario, astrattezza e infondatezza dell'affermazione a parte, proprio la maggiore rilevanza delle assemblee parlamentari sembrerebbe legittimare addirittura una disciplina più severa, che peraltro il legislatore non ha introdotto[23].

Sul piano più strettamente procedurale, si è posto il problema della applicazione dell'incandidabilità a fatti penalmente rilevanti commessi prima dell'entrata in vigore della legge Severino o, addirittura, a sentenze di condanna, anche definitiva, pronunciate prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina[24].

In prima battuta del profilo ha avuto modo di occuparsi la giurisprudenza amministrativa, con orientamenti non univoci[25]. La vicenda

---

dell'Unione europea «indurrebbe a pensare che, a giudizio del legislatore, il mandato nazionale (o sovranazionale) richieda requisiti di onorabilità inferiori a quelli per le elezioni regionali o locali, e che, conseguentemente, la moralità del legislatore e dell'amministrazione centrale e sovranazionale necessiti di tutele minori di quella substatale: ciò che è, in modo ovvio, intrinsecamente paradossale».

[23] Come osserva D. CODUTI, *Incandidabilità, misure anti corruzione e Costituzione*, cit., è opportuno sottolineare che «la scelta di prevedere norme diverse per i parlamentari e per le cariche degli altri livelli territoriali di governo appare legittima, considerata la diversa posizione delle Assemblee rappresentative delle autonomie territoriali e del Parlamento, poiché quest'ultimo è la "sede della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), la quale imprime alle sue funzioni una caratterizzazione tipica ed infungibile", che non può essere riferita ad ambiti territorialmente più ristretti».

[24] Questo secondo aspetto è diventato particolarmente rilevante, perché ha coinvolto personaggi politici di primo piano: Berlusconi, ma anche il sindaco di Napoli De Magistris, il Presidente della Regione Campania De Luca, l'ex Presidente della Regione Veneto Galan e, da ultimo, il senatore Minzolini. Sono tutti casi di esponenti politici, investiti di ruoli istituzionali, che, nel corso del mandato, hanno subito una condanna definitiva o una condanna non definitiva che ne determinava la decadenza o la sospensione dalla carica, a' termini della legge Severino, ma per fatti compiuti prima dell'entrata in vigore della disciplina; o, in altri casi, addirittura per sentenze antecedenti l'entrata in vigore della legge Severino, divenute rilevanti in ragione dello *ius superveniens*.

[25] Si trovano pronunce – come Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2013, n. 695 – in cui si osserva che «l'applicazione delle cause ostative di cui allo *jus superveniens* alle sentenze di condanna intervenute in un torno di tempo anteriore non si pone in contrasto con il dedotto principio, ricavabile dalla Carta costituzionale e dalle disposizioni della CEDU,

è approdata in due diverse occasioni anche all'attenzione della Corte costituzionale che, in entrambi i casi, con le sentenze n. 236 del 2015 e n. 276 del 2016, ha respinto le eccezioni di legittimità costituzionale anche sotto questo profilo[26].

La premessa da cui muove la Corte – e il fondamento di tutta la sua argomentazione – sta nel fatto che l'incandidabilità non è una sanzione penale e, pertanto, rispetto ad essa non valgono le regole penali che attengono alle garanzie di difesa del condannato ed in particolare l'irretroattività: «tali misure non costituiscono sanzioni o effetti penali della condanna, ma conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate o per il loro mantenimento»[27].

Muovendo da questo assunto, la Corte ha superato le obiezioni che erano state mosse da più parti in merito all'improprio effetto penale

---

dell'irretroattività delle norme penali e, più in generale, delle disposizioni sanzionatorie ed afflittive, perché la disposizione contempla casi di non candidabilità che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha ritenuto di configurare in relazione al fatto che l'aspirante candidato abbia subito condanne in relazione a determinate tipologie di reato caratterizzate da uno speciale disvalore». Se infatti dell'incandidabilità il fine primario perseguito è quello di allontanare dallo svolgimento del rilevante *munus* pubblico i soggetti la cui radicale inidoneità sia conclamata da irriducibili pronunce di giustizia, la condanna penale irrevocabile è presa in considerazione come mero presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di indegnità morale a ricoprire determinate cariche elettive: la condanna stessa viene, quindi, configurata alla stregua di "requisito negativo" o "qualifica negativa" ai fini della capacità di partecipare alla competizione elettorale e di mantenere la carica. Si trovano anche decisioni del giudice amministrativo che hanno sospeso in via cautelare il decreto prefettizio di sospensione dalla carica a seguito di una condanna non definitiva, come nel caso del sindaco di Napoli, sollevando al contempo questione di costituzionalità innanzi alla Corte costituzionale. In tema ampiamente L. LONGHI, *Sul caso de Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 10 febbraio 2016.

[26] Va però precisato che, in entrambi i casi, le vicende processuali non riguardavano parlamentari, ma un sindaco sospeso dalla carica a seguito di una sentenza di condanna non definitiva (sent. n. 236 del 2015) e un consigliere regionale, anch'esso sospeso dalla carica a seguito di una condanna non definitiva (sent. n. 276 del 2016). A tutt'oggi, dunque, la Corte non si è mai pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'estensione della disciplina dell'incandidabilità ai membri del Parlamento, anche se alcuni principi enunciati nelle due sentenze — in particolare laddove riferisce il principio di stretta legalità, ai sensi dell'art. 25, co. 2, Cost., soltanto alle pene e alle sanzioni accessorie, ma esclude carattere sanzionatorio e afflittivo alla misura della incandidabilità, che rappresenta solo una "conseguenza del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate" — possono ben riferirsi anche alla figura del parlamentare.

[27] Così il punto 4.1. del *considerato in diritto* della sent. n. 236 del 2015.

retroattivo della legge Severino rispetto a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, così come i dubbi, legati alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., in ordine alla previsione della sospensione dalla carica degli eletti regionali e locali anche in presenza di una condanna non definitiva, sospensione peraltro già prevista anche nella disciplina previgente: se, infatti, l'incandidabilità non è una sanzione penale, ma l'effetto della perdita di un requisito di capacità elettorale passiva, nulla osta a che essa si applichi anche a vicende antecedenti l'entrata in vigore della norma e che produca effetti anche prima della sentenza definitiva[28].

L'indirizzo della Corte non trova consensi unanimi in dottrina, pur concordando sulla necessità di approntare una disciplina idonea a ricreare le basi di un rapporto di fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni dopo le amare esperienze della vicenda di "mani pulite", con gli strascichi che ne erano seguiti[29].

La questione ha avuto anche un approdo innanzi alla Corte Cedu, alla quale si è rivolto Silvio Berlusconi[30]. Anche in quella sede si è contestato che la misura della incandidabilità sancita dal decreto gli fosse stata irrogata per un fatto consumatosi nel 2004 ed accertato da una sentenza del Tribunale di Milano anteriore rispetto alla entrata in vigore della nuova normativa: donde la asserita violazione dell'art. 7

[28] Come emerge dalla sent. n. 236 del 2015, la Corte costituzionale non esita infatti a giustificare una misura cautelare sospensiva dell'ufficio dell'eletto per evitare un "inquinamento" dell'amministrazione e «per garantire la 'credibilità' dell'amministrazione presso il pubblico, cioè il rapporto di fiducia dei cittadini verso l'istituzione, che può rischiare di essere incrinato dall' 'ombra' gravante su di essa a causa dell'accusa da cui è colpita una persona attraverso la quale l'istituzione opera. Tali esigenze – continua la sentenza n. 236 del 2015 – sarebbero vanificate se l'applicazione delle norme in questione dovesse essere riferita soltanto ai mandati successivi alla loro entrata in vigore».

[29] F. S. MARINI, *La sentenza n. 236 del 2015: le premesse teoriche e la natura dell'incandicabilità*, cit., p. 7, osserva che «si potrebbe all'opposto sostenere che il legislatore delegato abbia mostrato di concepire la misura in termini sanzionatori, sia là dove prevede che gli effetti dell'incandidabilità sono autonomi rispetto a quelli dell'interdizione dei pubblici uffici, sottintendendone in tal modo l'omogeneità di natura, sia nella parte in cui dispone che l'incandidabilità si estingue a seguito di riabilitazione in sede penale, configurando così – fin dal linguaggio impiego – una remissione degli effetti tipica di una fattispecie sanzionatoria». In altri termini, conclude l'A., «sembra del tutto miope sostenere che l'indegnità morale, quale requisito negativo per l'accesso alla carica elettiva, sia la mera e oggettiva conseguenza della condanna penale e dimenticarsi completamente che quest'ultima nasce necessariamente da una condotta penalmente illecita».

[30] Il ricorso di Silvio Berlusconi porta la data del 7 settembre 2013 ed è pubblicato per intero in *Dir. pen. cont.*

(principio di legalità delle sanzioni penali: *nulla poena sine lege*), dell'art. 3 (diritto a libere elezioni), letto congiuntamente con l'art. 14 (divieto di discriminazione) e dell'art. 13 (diritto ad un ricorso interno effettivo) del protocollo n. 1 della Convezione europea dei diritti dell'uomo-EDU. La corretta applicazione di tali norme – secondo il ricorrente – si scontrerebbe con il divieto di retroattività delle sanzioni penali, mentre l'applicazione delle disposizioni del decreto 235/12 in tema di incandidabilità e conseguente decadenza dal mandato parlamentare lederebbe i principi di legalità, sufficiente predeterminazione e proporzionalità delle sanzioni penali.

Al momento si è ancora in attesa della pronuncia, dopo l'udienza del 24 marzo 2017; ai dubbi di compatibilità con la CEDU, peraltro, la Corte costituzionale ha già dato una parziale risposta nella sentenza n. 276 del 2016, ritenendo che, «in assenza di precedenti specifici della Corte EDU relativi a normative che, come quella censura e con modalità simili a quelle in essa previste, facciano derivare da condanne penali la perdita dei requisiti di candidabilità e di mantenimento della carica» e indagando sulla sussistenza nel caso di specie delle tre figure sintomatiche della natura penale di una sanzione (i cosiddetti criteri "Engel"), «dal quale delle garanzie apprestate dalla CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo non è ricavabile un vincolo ad assoggettare una misura amministrativa cautelare, quale la sospensione dalle cariche elettive in conseguenza di una condanna penale non definitiva, al divieto convenzionale di retroattività della legge penale»[31].

2. La posizione del Senato nel c.d. caso Minzolini

Dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 235 del 2012, nel corso della XVII legislatura, le Camere hanno avuto tre occasioni per applicare l'ipotesi di incandidabilità sopravvenuta a parlamentari già in carica e di essere così chiamate a decretarne la decadenza dal mandato.

Il caso più noto ha riguardato, come si è appena visto, Silvio Berlusconi, condannato in via definitiva il 1° agosto 2013 a quattro anni di

[31] Cfr. punto 5 del *considerato in diritto* della sent. n. 276 del 2016. Si tratta però di una risposta solo parziale ai dubbi di compatibilità con la CEDU sollevati nel ricorso, perché la sentenza n. 276 si occupa soltanto della sospensione dalla carica di un consigliere regionale a seguito di una condanna non definitiva, e non invece della decadenza dalla carica di parlamentare a seguito di una sentenza definitiva.

reclusione per il reato di frode fiscale, di cui tre condonati per l'indulto. Nonostante i dubbi interpretativi e le resistenze politiche[32], in quel caso si giunse in tempi rapidi alla pronuncia della giunta delle elezioni del Senato, che il 4 ottobre 2013 a maggioranza si espresse a favore della decadenza, e poi alla pronuncia dell'aula con voto palese[33], che il 27 novembre 2013 dichiarò decaduto Silvio Berlusconi dalla carica di senatore[34].

Un secondo caso ha riguardato la vicenda dell'on. Giancarlo Galan, già presidente della Regione Veneto ed eletto alla Camera nelle elezioni del febbraio 2013. Il 27 aprile 2016 la Camera ha approvato la relazione della Giunta delle elezioni che ne proponeva la decadenza dal seggio di Montecitorio, sulla base della legge Severino, dopo la condanna in via definitiva nel processo Mose.

Da ultimo, è balzata agli onori della cronaca la recente vicenda che ha coinvolto il sen. Augusto Minzolini.

Il 12 febbraio 2011 la Corte dei conti ha aperto una istruttoria nei confronti di Augusto Minzolini, già direttore del TG 1, per spese ingiustificate effettuate con la carta di credito della RAI, e la Procura della Repubblica di Roma poco dopo lo ha indagato per il reato di peculato aggravato e truffa aggravata ai danni della RAI. Rinviato a giudizio, è stato assolto dal Tribunale di Roma con sentenza del 14 febbraio 2013 "perché il fatto non costituisce reato". Appellata la sentenza assolutoria dal Pubblico Ministero, la Corte d'appello, con sentenza 27 ottobre 2014 ha condannato il sen. Minzolini per peculato continuato per l'uso della carta di credito quale direttore del Tg1 alla pena di anni due e mesi sei con interdizione dai pubblici uffici di uguale durata. La sentenza della Corte d'appello è stata confermata dalla Cassazione con sentenza del 12 novembre 2015 ed è così divenuta definitiva.

---

[32] Per cenni al contesto politico dell'epoca e alle conseguenze politiche che sarebbero scaturite dalla declaratoria di decadenza del sen. Berlusconi si veda A. MORRONE, *Decaduto sarà lei*, in *Rivistadelmulino.it*, 9 settembre 2013. Si v. anche M. VILLONE, *Il caso è chiuso. Si voti qui e ora*, in *Costituzionalismo.it*, 27 novembre 2013.

[33] Alla fine, dopo accese dispute, la giunta per il regolamento del Senato optò per il voto palese in aula: cfr. V. PICCOLILLO, *Alta tensione sulla decadenza. Su Berlusconi il voto sarà palese*, in *Corriere della Sera*, 31 ottobre 2013.

[34] Per una ricostruzione della vicenda v. M. GORLANI, *Il riassetto delle formazioni politiche e parlamentari a seguito della sentenza definitiva di condanna del sen. Silvio Berlusconi*, in *OsservatorioAic.it*, gennaio 2014; cfr. anche A. D'ANDREA, *Applicazione della legge Severino*, cit.

Alla luce di tale sentenza, la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato nella seduta dell'8 giugno 2016, dopo un'istruttoria iniziata il 23 marzo 2016, ha dichiarato contestata l'elezione del senatore Minzolini e, nelle successive sedute del 18 e del 27 luglio 2016, accertato che si era in presenza di una causa sopraggiunta d'incandidabilità, ha deliberato «a maggioranza di proporre all'Assemblea la decadenza dal mandato parlamentare, per motivi d'incandidabilità sopravvenuta, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235».

Già in Giunta l'applicazione della legge Severino ha dato luogo ad un vivace confronto, sollecitato anche dal fatto che la sentenza che ha condannato il sen. Minzolini non ha convinto del tutto, per come è maturata, per il merito della vicenda e per la quantificazione della pena[35].

Da un lato, l'interessato ha sostenuto la tesi secondo cui le circostanze del processo avrebbero messo in evidenza un *fumus persecutionis* nei suoi confronti, dimostrato dal fatto che «né la sentenza della Corte d'appello né quella della Corte di cassazione avrebbero tenuto conto della spontanea restituzione delle somme nel momento in cui la percezione delle stesse era apparsa come possibile fatto illecito»[36], comportando ciò un aggravio nella qualificazione del reato ("peculato" anziché "peculato d'uso") e un inasprimento della pena tale da determinare l'applicazione della legge Severino[37], nonché dalla parteci-

[35] Si vedano le parole del sen. Pagliari del PD che parla di «una vicenda processuale del senatore Minzolini che presenta oggettivamente alcuni aspetti controversi»: cfr. *Resoconto somm.*, 101° seduta di lunedì 18 luglio 2016, in *www.senato.it*. Secondo il sen. Pietro Ichino, tra i senatori del Partito Democratico che hanno votato contro la decadenza, «il Senato non si è limitato a prendere atto di una sentenza penale definitiva, come certo avrebbe fatto in circostanze ordinarie, ma ha anche rilevato una anomalia nella composizione del collegio che aveva pronunciato quella sentenza e l'esistenza di una sentenza amministrativa e di una sentenza civile altrettanto definitive, che stabilivano l'esatto contrario di quella penale». L'affermazione si legge in una lettera inviata dal senatore Ichino al quotidiano *La Repubblica* e pubblicata il 21 marzo 2017. Lo stesso Minzolini, intervenuto nel corso del dibattito al Senato, ha insistito molto su una ricostruzione della vicenda, sostanziale e processuale, dalla quale emergerebbero innumerevoli errori di giudizio e un atteggiamento prevenuto e politico da parte del collegio giudicante nei suoi confronti che, tra l'altro, non avrebbe tenuto conto della restituzione delle somme di cui si era indebitamente appropriato ai fini di una riduzione della pena, che avrebbe evitato la decadenza da parlamentare: cfr. *Resoconto sten. Senato,* 787° seduta pubblica, XVII legislatura, pp. 33 ss.

[36] Cfr. *Resoconto sten. n. 2*, seduta di lunedì 18 luglio 2016, in *www.senato.it*, p. 7.

[37] Secondo la tesi del senatore Minzolini, infatti, la diversa qualificazione del reato e il riconoscimento dell'attenuante della restituzione delle somme avrebbero potuto comporta-

pazione al Collegio d'appello di Gian Nicola Sinisi, già parlamentare della Margherita e, quindi, presunto avversario politico di Minzolini[38]. Lo stesso, inoltre, ha invocato la violazione del principio di *nulla poena sine lege*, «rilevando che i fatti per i quali la legge Severino sarebbe applicata sono anteriori all'entrata in vigore della legge stessa»[39].

Gli argomenti difensivi spesi dal sen. Minzolini hanno così esteso il dibattito alla portata dei poteri della Giunta (e del Senato) in ordine all'applicazione della causa di decadenza: pur a fronte di una sentenza definitiva di condanna si è messo in discussione, infatti, il carattere automatico e meramente ratificatorio della decisione da assumere i sensi dell'art. 66 cost., rivendicando il fatto che «la Giunta, pur non dovendo entrare nel merito della decisione giudiziale, dovrebbe soffermarsi sugli aspetti procedurali al fine di valutare eventuali violazioni della normativa nazionale e sovranazionale»[40]. All'opposto, si è sostenuto che all'organo parlamentare «non spetta alcun sindacato processuale ulteriore a quello già consolidatosi nelle sedi giudiziarie preposte per effetto di una sentenza divenuta definitiva, essendo la stessa Giunta chiamata unicamente ad una ricognizione seria e scrupolosa della sussistenza dei presupposti previsti dal decreto legislativo n. 235 del 2012 per l'applicazione dell'istituto dell'incandidabilità sopravvenuta e della conseguente decadenza dal mandato parlamentare»[41].

La vicenda è approdata in Aula alcuni mesi dopo, il 16 marzo 2017, quando l'Assemblea ha discusso la proposta di decadenza formulata

re una riduzione della pena ad un limite inferiore ai 2 anni, che, ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 235 del 2012, non avrebbe determinato l'effetto decadenziale dal mandato parlamentare.

[38] L'invocazione di un *fumus persecutionis* come motivo valido per negare l'applicazione della legge Severino trae spunto, come noto, dall'analoga prassi in essere per le autorizzazioni rilasciate (o negate) ai sensi dell'art. 68 Cost.; ma, come osserva V. ONIDA, *Intervista* rilasciata al sito *www.beppegrillo.it*, la categoria concettuale del *fumus persecutionis* potrebbe trovare spazio se la Camera fosse chiamata ad autorizzare o meno una determinata attività richiesta dal potere giudiziario (l'arresto cautelare, determinate misure istruttorie), non anche se essa è tenuta ad una mera presa d'atto delle conseguenze di legge che la sentenza definitiva di condanna produce.

[39] Cfr. *Resoconto sten. n. 2*, cit., p. 8.

[40] Cfr. *Resoconto sten. n. 2*, cit., p. 8.

[41] Cfr. *Resoconto sten. n. 2*, cit., p. 9.

dalla Giunta, ma l'ha respinta, con voto palese[42], ritenendo che «le argomentazioni alla base della deliberazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari sono, almeno in parte, non condivisibili, non risolvono tutti i dubbi emersi e sono comunque insufficienti»[43].

Le ragioni della posizione del Senato emergono dal dibattito parlamentare che ha preceduto la votazione.

Innanzitutto, si è nuovamente insistito sull'asserita mancanza di imparzialità del collegio che aveva condannato Minzolini, poiché di esso aveva fatto parte un magistrato che, in passato, era stato parlamentare in forze politiche opposte a quella in cui militava il sen. Minzolini, nonché sulla violazione del principio del giusto processo, perché la Corte d'appello avrebbe riformato *in pejus* la sentenza di asso-

[42] Gli esiti contrapposti delle vicende Berlusconi e Minzolini danno conto di un clima politico radicalmente diverso, ancorché tra la prima e la seconda pronuncia siano passati poco più di tre anni; ma offrono altresì la conferma della resistenza più o meno sotterranea che la classe politica manifesta nei confronti di regole e leggi che essa stessa si è data, sia pure in altro contesto. Ma, a prescindere da queste valutazioni che pure hanno una loro rilevanza per comprendere in concreto l'approccio all'applicazione della norma, è interessante notare il completo rovesciamento di prospettiva tra la prima vicenda e la seconda. Nella vicenda Berlusconi, infatti, non fu tanto in discussione la portata dei poteri del Senato ai sensi dell'art. 66 Cost., ma si discusse soprattutto della legittimità della legge Severino se applicata "retroattivamente" a fatti e vicende penali antecedenti la sua entrata in vigore, ancorché la sentenza definitiva fosse successiva; tanto che all'epoca, fu chiesto che si attendesse di pronunciarsi sull'interdizione dai pubblici uffici, anch'essa disposta con la condanna di Berlusconi, in ordine alla quale non avrebbero dovuto esserci dubbi applicativi. Nella vicenda Minzolini, invece, la questione della retroattività della legge Severino è passata in secondo piano; più semplicemente il Senato ha rifiutato la proposta di decadenza, attribuendosi un margine di apprezzamento dei suoi presupposti nell'ambito del giudizio formulato ai sensi dell'art. 66 Cost.

[43] Nelle dichiarazioni finali di voto, hanno annunciato voto contrario alla decadenza il sen. Di Maggio per il gruppo CoR, il sen. Buemi per il gruppo Aut SVP, UV, PATT, UPT-PSI-MAIE, il sen. Falanga per il gruppo ALA-SCCLP), il sen. D'Ascola per il gruppo AP; hanno invece annunciato voto favorevole il sen. Guerra per il gruppo Art. 1-MDP, il sen. Crimi il gruppo del Movimento 5 Stelle, il sen. Zanda per il gruppo del Partito Democratico, che però, nel corso del dibattito, aveva dichiarato che il Partito Democratico avrebbe lasciato libertà di voto ai suoi componenti. L'esito finale ha visto 137 voti contrari alla decadenza, e solo 94 voti a favore: rispetto alle dichiarazioni di voto degli esponenti dei singoli gruppi, 19 esponenti del Partito Democratico hanno votato contro la decadenza, insieme ad altri senatori dei singoli gruppi, determinando così il rigetto della proposta della Giunta. Cfr. *Senato "salva" Augusto Minzolini, no anche da 19 senatori Pd. Di Maio: "Atto eversivo, non vi lamentate poi della violenza"*, in *www.huffingtonpost.it*, 16 marzo 2017.

luzione pronunciata dal tribunale di primo grado senza procedere ad una nuova audizione dei testimoni[44].

In secondo luogo, si è rimarcata la circostanza secondo cui la procedura comportava un grave vulnus del diritto di difesa del senatore dichiarato decaduto, a cui veniva negata la possibilità di poter impugnare innanzi ad un giudice la sua decadenza[45] e di ottenere, per quella via, un sindacato di legittimità costituzionale della disciplina di riferimento[46]; e questo, in particolare, in relazione alla ribadita violazione del divieto di irretroattività di una disciplina avente in tesi natura sanzionatoria e afflittiva per l'interessato.

In terzo luogo, si è discusso della rivendicazione di uno spazio di valutazione politica del Senato, a tutela del singolo parlamentare e, per il suo tramite, delle garanzie di composizione e funzionamento della intera Camera di rappresentanza, tale da consentire al Parlamento di disattendere le conseguenze di legge di una sentenza definitiva per ragioni di carattere politico.

Si è discusso anche della natura dell'organo parlamentare, ovvero se esso debba ritenersi organo giurisdizionale oppure, al contrario, organo «sprovvisto di quelle attribuzioni indefettibili che, invece connotano gli organi giurisdizionali», in base alle «scelte già operate con una costante e risalente prassi, secondo la quale il presente procedimento non ha natura giurisdizionale, con la conseguenza che né la Giunta né l'Assemblea del Senato della Repubblica possono qualificarsi come giudici a quo ai fini dell'eventuale rimessione alla Corte costituzionale di questioni di legittimità costituzionale»[47].

Il voto del Senato è stato negativo, suscitando, come prevedibile, reazioni molto vivaci, che hanno spinto il sen. Minzolini a presentare

[44] Il voto del Senato contrario alla decadenza di Minzolini e, soprattutto, le motivazioni addotte da alcuni esponenti politici, che hanno evocato l'ipotesi di una faziosità preconcetta di un giudice del collegio che ha condannato lo stesso Minzolini, hanno suscitato una dura presa di posizione dell'Associazione Nazionale Magistrati, che – nella nota diffusa alla stampa – «rigetta ogni tentativo di offuscare l'imparzialità dei magistrati, principio costituzionale a difesa del quale continuerà sempre a svolgere la propria azione, auspicando che chiunque eserciti funzioni pubbliche abbia a cuore gli stessi principi». Si veda A. MASCALI, *L'Anm contro il salvataggio di Minzo*, in *Il Fatto Quotidiano*, 23 marzo 2017.

[45] Così il senatore Palma del gruppo di FI-PDL, *Resoconto sten. Senato,* 787° seduta pubblica, XVII legislatura, pp. 17 ss.

[46] Così il sen. Falanga, del gruppo ALA-SCCLP, *Resoconto sten. Senato,* 787° seduta pubblica, cit., pp. 20 ss.

[47] Così la relatrice sen. Lo Moro, *Resoconto sten. Senato,* 787° seduta pubblica, cit., p. 11.

spontaneamente qualche giorno dopo le sue dimissioni da parlamentare[48], peraltro già annunciate in Aula nel corso del dibattito sulla sua decadenza e definitivamente accolte il 20 aprile 2017.

Analogamente, non è ancora stata posta all'ordine del giorno l'applicazione della misura della interdizione temporanea dai pubblici uffici, che è stata inflitta al sen. Minzolini quale sanzione accessoria e che dovrebbe dar luogo anch'essa ad una contestazione da muovere al senatore da parte della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari e ad una successiva pronuncia dell'Aula[49].

3. La formale presa d'atto delle Camere ex art. 66 Cost. a proposito della decadenza dal saggio parlamentare a seguito di una sentenza penale di condanna e i possibili rimedi contro l'apprezzamento discrezionale (ovvero l'inerzia) degli organi parlamentari

Come emerge dal dibattito parlamentare, la trasposizione della disciplina delle incandidabilità dal livello regionale e locale al livello nazionale, da un lato, ha risollecitato un'indagine in merito alla natura e alla portata dei poteri che il Parlamento esercita nel valutare la sussistenza di una causa sopravvenuta di incandidabilità, tenuto conto che, se l'art. 3 del d.lgs. 235 del 2012 prevede quale effetto di una sentenza definitiva di condanna la decadenza dalla carica di parlamentare, nondimeno la valutazione sulla sussistenza di tale condizione è rimessa alla Camera di appartenenza ai sensi dell'art. 66 Cost.; dall'altro lato, ha riproposto la mai sopita questione del rapporto tra politica e giusti-

[48] Cfr. *In Senato lettera dimissioni Minzolini. Lui: "Voglio tornare a fare il giornalista"*, in *www.ansa.it*.

[49] Del rapporto tra incandidabilità e applicazione della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici si è occupata la Giunta, ma soltanto nel senso di ritenere di dover comunque procedere in relazione all'incandidabilità che, ai sensi dell'art. 15, co. 2, d.lgs. n. 235 del 2012, produce i suoi effetti indipendentemente dalla concomitanza con la limitazione del diritto di elettorato attivo e passivo derivante dall'applicazione della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici ufficio o di una delle misure di prevenzione o di sicurezza di cui all'articolo 2, lettere *b* e *c)* del testo unico delle leggi per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 20 marzo 1967, n. 223: cfr. *Resoconto sten. n. 2*, 104° seduta di lunedì 18 luglio 2016, p. 11, in *www.senato.it*.

zia, tra autonomia politica delle Camere e rispetto del principio di legalità e del principio della separazione dei poteri.

Sull'ampiezza dei poteri delle Camere nei giudizi ex art. 66 Cost., la dottrina ha espresso un'opinione sostanzialmente convergente: le Camere, in sede di "verifica dei poteri", sono chiamate ad un giudizio autonomo sulla sussistenza dei requisiti di accesso e di conservazione della carica del singolo parlamentare, apprezzando con un certo margine di discrezionalità valutativa le circostanze di fatto rilevanti nella singola vicenda da giudicare[50]. L'opinione fa leva sull'espressione letterale utilizzata dalla Costituzione (Art. 66 – "Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità"), ma soprattutto sull'esigenza di «garantire l'indipendenza e l'autonomia del Parlamento dall'interferenza di altri poteri, garantendo così l'autonomia e l'indipendenza delle funzioni ad esso affidate»[51]. Sulla scorta di queste premesse, si è obiettato che quello delle Camere non potrebbe mai essere un ruolo di mera presa d'atto e solamente ratificatorio di una condizione di ineleggibilità, incompatibilità o incandidabilità, ma dovrebbe sempre consentire loro di esprimere un giudizio discrezionale sulla sussistenza dei presupposti per negare l'ingresso o per dichiarare decaduto un proprio componente.

Quello della Camera di appartenenza è dunque un giudizio[52], anche se rimane dubbia la natura, giurisdizionale o meno, dell'operazione[53];

[50] Per un recente commento organico sui poteri ex art. 66 Cost. si veda il lavoro di P. TORRETTA, *Verifica dei poteri e Stato costituzionale. Saggio sull'art. 66 della Costituzione*, Roma, 2012.

[51] Così V. LIPPOLIS, *Art. 66*, in *Comm. Cost.* a cura di G. BRANCA, 1986, pp. 116-117, che però riconosce che «la prerogativa parlamentare della verifica dei poteri può apparire oggi un residuo storico rispondente ad esigenze non più presenti in un moderno stato di diritto … È quindi spiegabile che in altri ordinamenti, sia pur con soluzioni estremamente diversificate, si sia fatta strada la tendenza ad affidare la verifica dei poteri ad organi giurisdizionali i quali meglio garantirebbero l'obiettività della decisione e non sarebbero soggetti all'influenza di interessi politici».

[52] Ancorché la parola "giudizio" e il verbo "giudicare" non implichino, di per sé, l'esercizio di funzioni giurisdizionali, e siano compatibili anche con l'esercizio di poteri amministrativi. Anche il docente universitario "giudica" i suoi studenti, così come formula un "giudizio" qualunque autorità amministrativa che debba esaminare dei fatti e trarne conseguenze giuridiche, ovvero assumere provvedimenti volti a regolarli. Si veda V. LIPPOLIS, *Art. 66*, cit., p. 116, che osserva: «nell'ambito così delineato, pur se chi scrive non ritiene che ci si trovi di fronte all'esercizio di una funzione giurisdizionale in senso stretto …, si può dire che l'art. 66 ha creato una sorta di "riserva di giurisdizione" a favore delle assemblee parlamentari le quali, in virtù di esse sono titolari di una competenza esclusiva».

ma è un giudizio che comporta valutazioni diverse a seconda delle fattispecie.

Nel perimetro dei poteri di autodichia di cui all'art. 66 Cost., infatti, rientrano fattispecie molto diverse tra loro: dai giudizi sulla sussistenza dei requisiti di eleggibilità al momento dell'elezione o sopravvenuta, che possono comportare in capo alla Camera di appartenenza un'indagine in ordine alle cariche ricoperte al momento delle elezione dal candidato o alla tempistica della loro cessazione; alla verifica delle ipotesi di incompatibilità o di fattispecie analoghe, nella quale la Camera è chiamata ad accertare il ruolo contemporaneamente ricoperto dal candidato e a trarne le conseguenze di legge rispetto all'accesso in Parlamento o alla conservazione della carica. In nessuno di questi casi la Camera di appartenenza si deve misurare, nella verifica dei poteri, con precedenti decisioni di altri poteri costituzionali, che rappresenti-

---

Cfr. anche G. LONG, voce *Ineleggibilità e incompatibilità*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VIII, 1993, p. 284.

[53] La questione è stata posta con chiarezza da L. ELIA, voce *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 765, che osservava: «Sulla natura giuridica delle attività che si sono esposte criticamente non è possibile argomentare in modo analitico … Diciamo subito che appaiono insoddisfacenti sia le opinioni che ammettono senz'altro il carattere giurisdizionale delle operazioni di verifica (per lo meno nella fase successiva alla contestazione), sia quelle che recisamente lo negano. Le prime trascurano le deviazioni (rispetto alle regole dei procedimenti giurisdizionali contenute nella Costituzione) riducendole a mere peculiarità o anomalie che non alterano e non fanno venir meno il carattere giurisdizionale. È vero che questo è il tipico ragionamento svolto nelle sentenze della Corte costituzionale, nelle quali si riconosce la natura di 'giudici' ai consigli comunali che decidono sui ricorsi. *Ma la Costituzione è più esigente della Corte costituzionale*, e le critiche della dottrina, particolarmente penetranti, non possono tanto facilmente essere trascurate…; d'altra parte è significativo che alcuni tra i maggiori giuristi italiani abbiano in passato, in una situazione della verifica, che funzionalmente poco si discostava da quella odierna, rifuggito dal dare una patente di giurisdizionalità a procedimenti che se non si prestavano, svolgendosi presso le Camere, a essere qualificati amministrativi, nemmeno assurgevano a quel livello di garanzie formali e sostanziali perché potesse parlarsi di giurisdizione vera e propria». La conclusione dell'Autore va nella direzione del carattere giurisdizionale della verifica affidata alle Camere dall'art. 65 Cost. tanto alla Giunta quanto alla assemblea ("con la possibilità di sollevare, occorrendo, la questione di l.c. delle norme contenute nelle leggi elettorali durante il procedimento contenzioso di verifica"). Vedi anche P. GAMBALE, *Il controllo sulle elezioni politiche in Italia, tra evoluzione della legislazione elettorale di "contorno" ed esigenze di manutenzione dei giudizi costituzionali*, in C. DECARO, N. LUPO, G. RIVOSECCHI (a cura di), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Francia, Spagna*, Torino, 2012, p. 252, che nota, nel passaggio tra la "Prima" e la "Seconda" Repubblica, un'accentuazione del carattere giurisdizionale del controllo, rispetto ad una prassi precedente che non aveva dato luogo a sostanziali problemi.

no in qualche modo l'antefatto e il presupposto delle sue valutazioni, ma con situazioni di fatto o amministrative che sono oggetto di valutazione e, appunto, di "giudizio".

Ben diverso è il caso dell'incandidabilità, il cui presupposto, come si è visto, è proprio una sentenza definitiva di condanna pronunciata dall'autorità giudiziaria per reati predeterminati dal legislatore, che mettono in discussione e fanno venir meno l'idoneità del parlamentare a ricoprire la carica. In questo caso la Camera è chiamata a trarre le conseguenze giuridiche e istituzionali da una sentenza passata in giudicato, ovvero da un accertamento ormai definitivo e non più soggetto a controlli e impugnative di un altro potere costituzionale.

Inoltre, per quanto ampio possa essere il margine di apprezzamento ai sensi dell'art. 66 Cost. sulla sussistenza dei requisiti di mantenimento della carica in capo al parlamentare, il giudizio delle Camere deve comunque mantenersi nell'alveo di valutazioni di natura giuridica, senza sconfinare in considerazioni di carattere politico: deve cioè evitare quella «politicizzazione del giudizio sulla verifica dei poteri» che è stato ripetutamente stigmatizzata[54]. In altre parole, la rivendicazione di uno spazio autonomo di giudizio in capo alle Camere nella "verifica dei poteri" non può valere a snaturare tale giudizio, fino a trasformarlo da accertamento dei presupposti di fatto alla luce del quadro normativo ad una valutazione esclusivamente o prevalentemente politica[55].

Se così fosse, dilatare i margini di apprezzamento della Camera oltre la mera presa d'atto del passaggio in giudicato della sentenza – e, quindi, del dato formale dell'esistenza di una sentenza di condanna rientrante in una delle fattispecie delineate dall'art. 1 del d.lgs. n. 235 del 2012 – significherebbe mettere in discussione il principio di separazione dei poteri[56]. Non è infatti in discussione che una Camera possa

[54] Lo sottolinea A. RACCA, *Problematiche costituzionali del nuovo regime dell'"incandidabilità" per le cariche elettive (e di governo) nell'ordinamento italiano*, in *www.giurcost.org*, che richiama le considerazioni di C. BOLOGNA, *Art. 66*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione italiana*, Padova, 2008, p. 616.

[55] V. ONIDA, *Intervista*, cit., sottolinea che «'giudicare', secondo la precisa terminologia dell'art. 66 della Costituzione, non vuole dire decidere discrezionalmente, ma dirimere una controversia concreta applicando la legge. Come fa ogni giudice, che è appunto "soggetto alla legge" (art. 101 della Costituzione)».

[56] Come osserva G. AZZARITI in un'intervista resa a *Il Fatto Quotidiano* del 22 marzo 2017, «non è in discussione che la legge Severino dovesse far riferimento all'articolo 66, che attribuisce alla Camera di appartenenza la verifica dei titoli di ammissione dei suoi componenti»; è in discussione invece il fatto che, «siccome la Severino rinvia al 66, il Parlamen-

giudicare, con un certo margine di apprezzamento, la sussistenza dei requisiti per la permanenza in carica dei suoi componenti[57]; e tuttavia, in presenza di un verdetto di condanna definitivo emesso dal giudice penale, la Camera di appartenenza non può prescinderne, fatti salvi gli accertamenti che vorrà compiere perché il ruolo decidente che la norma costituzionale le assegna postula bensì una autonomia di giudizio, ma nel segno di una ricerca guidata e indirizzata dei presupposti necessari per la declaratoria di decadenza[58].

---

to può fare come gli pare e piace». «Il giudizio è sui fatti, non può spingersi a valutare il *fumus persecutionis* o il contenuto della sentenza. La possibilità che un senatore o un deputato sia sottoposto a un giudizio per ragioni politiche riguarda il secondo comma dell'articolo 68, che prevede appunto che senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione, arresto o essere altrimenti privato della libertà. L'autorizzazione a procedere dà un potere più ampio al Parlamento rispetto al giudizio sulla verifica dei poteri, che si deve limitare ai fatti: se la sentenza c'è stata, se il processo si è svolto correttamente dal punto di vista formale, se il reato rientra nell'elenco previsto dalla legge Severino e se la pena sia superiore ai due anni». Ovvero: il contenuto del voto è la verifica sull'esistenza di una causa sopraggiunta di ineleggibilità. E siccome la Severino introduce una causa di decadenza, anche sopravvenuta all'elezione, i senatori dovevano verificare che Minzolini fosse stato condannato e se la pena fosse superiore ai due anni». *Contra*, A. MORRONE, *Decaduto sarà lei*, cit., secondo cui la disciplina di cui si discute «viola apertamente l'art. 66 della Costituzione». Anche D. CODUTI, *Incandidabilità, misure anti corruzione e Costituzione*, cit., osserva che «la decadenza del parlamentare in carica rappresenta uno degli aspetti più critici della disciplina in questione, perché rischia di contrastare con le disposizioni costituzionali che tutelano l'indipendenza del Parlamento. Infatti, qualora si ritenesse che le Camere siano obbligate a dichiarare la decadenza del proprio membro in seguito alla decisione assunta dall'autorità giudiziaria, ne risulterebbe intaccato il principio di autonomia delle Camere, che sarebbero vincolate dalla decisione assunta da un altro potere dello Stato. Inteso in questo senso, l'art. 3 del d. lgs. n. 235 del 2012 solleverebbe seri dubbi di legittimità costituzionale, in particolare per contrasto con l'art. 66 Cost.; tuttavia, non pare che sia questa l'interpretazione della disciplina del decreto legislativo».

[57] Margine di apprezzamento che, nel caso di specie, ha riguardato quanto meno la tempistica della delibera di decadenza del senatore Minzolini: la sentenza definitiva di condanna, infatti, risale al 12 novembre 2015, mentre la decadenza è datata 16 marzo 2017: è trascorso cioè quasi un anno e mezzo prima che il senatore Minzolini potesse cessare le sue funzioni di parlamentare, a riprova dell'ampio margine di gestione quanto meno della procedura, se non del suo esito, che comunque l'art. 66 Cost. garantisce alle Camere.

[58] A. D'ANDREA, in un'intervista a *Il Fatto Quotidiano* del 16 marzo 2017, rileva che «i parlamentari fanno leva su un tema costituzionale legato all'art. 66 relativo alla verifica dei poteri, che comporta per chi ha lo status di parlamentare una competenza camerale, giuntale prima e dell'aula. Una sorta di giurisdizione 'speciale' esercitata direttamente dalle Camere. Il principio è giusto, ma la sua applicazione pratica realizza una declinazione dell'autodichia pesantemente discorsiva del principio di legalità generale per cui le regole

La discrezionalità infatti, per quanto ampia sia, non è mai arbitrio, ma, secondo la definizione del vocabolario Treccani, una "facoltà di libera azione e decisione entro i limiti generali fissati dalla legge": nel caso di specie, all'interno di tali limiti, non pare esserci spazio per verificare, ex post, come il Senato ha preteso di fare, il rispetto di alcuni principi fondamentali nel processo posti a tutela dei diritti di difesa dell'imputato, o la costituzionalità della disciplina di riferimento, con particolare riguardo ai suoi profili di retroattività ma anche con riferimento alla sua ragionevolezza, proporzionalità e conformità al modello dell'art. 65 Cost., o, addirittura, la quantificazione della pena stabilita dal giudice. Il "giudizio" del Senato diventerebbe, in tal modo, una sorta di sindacato di costituzionalità implicito del modo in cui è maturata la sentenza di condanna nei confronti del componente del Parlamento, o una sorta di revisione postuma del processo e degli eventuali *errores in procedendo* e *in judicando* compiuti dai giudici, operazioni che non sono palesemente ammissibili.

Può offrire elementi utili di raffronto, *mutatis mutandis*, proprio la formulazione dell'art. 68, co. 2 e 3, Cost. che, se ammette un apprezzamento discrezionale della Camera di appartenenza sui presupposti della applicazione di misure cautelari o istruttorie penali nei confronti del parlamentare[59], lo esclude invece nell'ipotesi di sentenza passata in giudicato[60]. In tale caso, l'art. 68 non lascia più margini alla Camera

che valgono per tutti hanno una riserva, in questo caso perfino quando il procedimento penale è chiuso».

[59] Come chiarisce E. ROSSI, *Il Parlamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, vol. I, Torino, 2° ed., 2015, p. 282, «per quanto riguarda tali autorizzazioni, il compito che la Camera dovrebbe svolgere non concerne la valutazione approfondita della bontà della motivazione all'arresto o alla perquisizione (quasi si trattasse di una sorta di esame di secondo grado rispetto alla decisione del giudice): nell'ottica della difesa dell'indipendenza dell'istituzione (e non nell'affermazione di un privilegio personale), la deliberazione delle Camere dovrebbe al contrario limitarsi a verificare la sussistenza di un intento persecutorio nei confronti dell'istituzione parlamentare, e soltanto in quel caso negare l'autorizzazione. La prassi, tuttavia, anche su questo punto ha imboccato una direzione differente. Tra le ragioni addotte a supporto della negazione dell'autorizzazione all'arresto emergono anche quelle che fanno riferimento all'esigenza di garantire l'integrità della composizione (numerica e politica) delle Camere».

[60] Cfr. G. AZZARITI, *A proposito di decadenza del parlamentare*, cit., che ritrova il fondamento costituzionale della legge Severino anche nell'art. 68, co. 2, Cost., che esclude la necessità di un'autorizzazione della Camera di appartenenza per dare esecuzione ad una sentenza irrevocabile di condanna.

di appartenenza per pronunciarsi sulla possibilità per il magistrato di trarre in arresto il parlamentare, né per valutare l'applicazione dell'interdizione perpetua o temporanea eventualmente pronunciata dal giudice penale come sanzione accessoria; e ancorché la prassi veda l'intervento di una delibera delle Camere in ordine all'effetto decadenziale dalla carica, in questo caso il giudizio assume i contorni di una mera presa d'atto e non quelli di un giudizio discrezionale.

È vero che, sul piano strettamente letterale, l'art. 68 Cost. utilizza una terminologia che non lascia spazio a discrezionalità valutativa nei casi di sentenza definitiva di condanna, perché in tale ipotesi nemmeno è richiesta l'autorizzazione della Camera, mentre l'art. 66 Cost., con il verbo "giudica", offre un supporto lessicale alla tesi che la valutazione delle condizioni di ineleggibilità, incompatibilità e incandidabilità non siano una mera presa d'atto ma siano il frutto di un giudizio discrezionale e valutativo. Ma è altrettanto vero che sarebbe paradossale riconoscere che una sentenza definitiva di condanna che incide sulla più importante delle libertà, ovvero la libertà personale, possa trovare applicazione anche senza autorizzazione, mentre una analoga sentenza definitiva che incide "solo" sullo status di parlamentare possa essere paralizzata dalla Camera, senza alcun controllo o possibile reazione[61].

Resta infine la considerazione che, ove le Camere ritenessero inappropriata la conseguenza della decadenza in caso di condanna definitiva dell'autorità giudiziaria, ben potrebbero intervenire legislativamente con una modifica della disciplina valevole per tutti; così invece si creano i presupposti per un'applicazione arbitraria e *ad personam* di una disciplina vigente, con fondati sospetti di violazione del canone di eguaglianza ex art. 3 Cost.

In ogni caso, sia che si condivida la tesi della verifica della causa di incandidabilità come mera presa d'atto della pronuncia della sentenza definitiva di condanna e della sua portata decadenziale della carica parlamentare, sia che si ammetta la possibilità di un "giudizio" più

[61] Come sottolinea V. ONIDA, *Intervista* rilasciata al sito *www.beppegrillo.it*, cit., «in base alla Costituzione, quando interviene una sentenza definitiva della magistratura, che condanna un parlamentare a pena determinativa, la Camera di appartenenza non può impedirne l'arresto, nemmeno se ritenesse la sentenza di condanna «ingiusta». Il che mostra come, di fronte alla pronuncia irrevocabile del giudice, nemmeno la prerogativa parlamentare possa consentire al componente di una Camera di sfuggire alle conseguenze che da essa derivano per legge».

ampio sulla causa di incandidabilità, ci si deve porre il quesito se, a fronte di un responso negativo della Camera di appartenenza, sia data la possibilità di un rimedio, nella forma della proposizione di un conflitto di attribuzione tra poteri innanzi alla Corte costituzionale; e, in tale evenienza, quale sia l'organo legittimato attivo a proporre tale conflitto, pacifica essendo la legittimazione passiva della Camera che ha negato la decadenza.

La domanda è tutt'altro che retorica, perché, anche ammesso che il Senato abbia arbitrariamente rifiutato la pronuncia di decadenza e che tale pronuncia fosse, alla luce della normativa vigente, un atto dovuto, non è detto che fosse riconoscibile un interesse costituzionalmente rilevante facente capo ad un altro potere alla corretta applicazione della legge Severino.

Il tema evoca un naturale parallelismo con la prassi relativa alle autorizzazioni rilasciate o negate ai sensi dell'art. 68 Cost. e alle valutazioni di insindacabilità che le Camere pronunciano rispetto alle opinioni espresse dai propri membri nell'esercizio delle funzioni: una prassi che, come noto, riconosce pacificamente la possibilità che il giudice procedente, vistasi negata l'autorizzazione all'arresto o a misure istruttorie o vistasi opposta una dichiarazione di insindacabilità, sollevi conflitto innanzi alla Corte, perché valuti la sussistenza del *fumus persecutionis* o la pertinenza delle dichiarazioni rese rispetto all'esercizio delle funzioni parlamentari.

Minori spunti di raffronto offre la prassi in merito alle pronunce rese dalle Camere ai sensi dell'art. 66 Cost. a seguito di interdizione temporanea o perpetua dai pubblici uffici: in questo caso, infatti, non è dato rinvenire precedenti specifici della Corte costituzionale, anche perché le vicende che determinano le pronunce di interdizione dai pubblici uffici si risolvono, di norma, o con le dimissioni spontanee dell'interessato, o con una "melina" delle Camere, che omettono di pronunciarsi, consentendo al parlamentare di mantenere la carica.

La necessità di teorizzare la percorribilità del conflitto di attribuzioni – ma anche la possibilità di sollevare in via incidentale una questione di legittimità costituzionale – è volta a scongiurare il rischio di una pronuncia senza appello della Camera di appartenenza[62], che po-

[62] Vale la pena di ricordare che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 29 del 2003, ha ricordato che il diritto ad un giudice terzo e imparziale che spetta agli eletti nelle Regioni che subiscano una decisione sfavorevole in tema di ineleggibilità e incompatibilità «è dero-

trebbe, in un'ipotesi estrema ma non del tutto teorica, portare ad una decisione politica che la maggioranza parlamentare potrebbe utilizzare per eliminare un avversario politico sgradito[63]; o che, più frequentemente, potrebbe rigettare la proposta di decadenza o rimandare sine die l'avvio della procedura di contestazione.

L'ammissibilità del conflitto va invece verificata alla luce dei presupposti codificati: il coinvolgimento di distinti poteri dello Stato, la posizione di vertice che gli organi coinvolti occupano all'interno dei rispettivi poteri, il "tono" costituzionale del conflitto, la disputa intorno alla spettanza di una attribuzione o alla menomazione di una prerogativa a causa del comportamento di un altro potere. E se non è in discussione il tono costituzionale del conflitto, perché si sta parlando di prioritari valori e di poteri che trovano fondamento direttamente nella carta costituzionale – il potere giudiziario, la verifica dei poteri ex art. 66 Cost., l'elettorato passivo ai sensi dell'art. 51 Cost. – è meno agevole riconoscere un interesse tutelato della magistratura alla difesa della sua sfera di attribuzione.

Rispetto all'art. 68 Cost., nel caso dell'art. 66 Cost. emergono infatti alcune non trascurabili differenze: innanzitutto quella della incandidabilità o della decadenza dalla carica di parlamentare non è, per riconoscimento dello stesso Giudice costituzionale, una sanzione né un effetto penale della condanna, ma una conseguenza amministrativa del venir meno di una condizione di eleggibilità[64]; così che la sfera

---

gato soltanto dall'art. 66 della Costituzione che attribuisce alle Camere il giudizio sui titoli di ammissione dei propri membri, in conformità ad una tradizione che affonda le sue radici nell'esigenza, propria dei più antichi sistemi rappresentativi, di difendere l'autonomia della rappresentanza elettiva. La forza derogatoria che a tale norma venga attribuita non potrebbe estendersi al di là della specifica situazione regolata, e non è quindi invocabile per costruire un'anacronistica esenzione dei Consigli regionali dalla giurisdizione».

[63] La preoccupazione per un sistema che affida agli stessi membri delle Camere la funzione di giudicare della regolarità della propria elezione è stata messa in evidenza da diversi studiosi: cfr., in particolare, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, I, p. 482; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, p. 88.

[64] Come ricorda V. PUPO, *La disciplina dell'incandidabilità alle cariche elettive regionali e locali alla luce della più recente giurisprudenza*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2017, p. 6, «secondo la giurisprudenza costituzionale le fattispecie in questione non rappresenterebbero effetti penali collegati al reato, né aspetti del relativo trattamento punitivo o sanzioni del tutto autonome. Si tratterebbe, al contrario, di conseguenze derivanti dalla perdita di un requisito soggettivo fissato dal legislatore per accedere alle cariche pubbliche e per conservarle, connesse, in specifiche ipotesi, alla pronuncia di una condanna penale e tali da impedire, defi-

della sua applicazione coinvolge la responsabilità politica e giuridica della Camera, che pretenda di ignorarla, piuttosto che mettere in discussione l'integrità dei poteri del giudice penale. Sotto altro aspetto, se riconosciamo che quello dell'art. 66 Cost. è un potere proprio e autonomo della Camera di appartenenza, il suo esercizio, anche se illegittimo, per definizione non va ad invadere la sfera di altri poteri né a menomare l'esercizio delle loro attribuzioni[65]. Per contro, se riconosciamo nella magistratura un interesse alla piena applicazione delle proprie sentenze passate in giudicato, anche negli effetti consequenziali e non penali che la legge determina, dobbiamo riconoscere tale legittimazione in capo al giudice che ha pronunciato la sentenza definitiva, in questo caso alla Corte di Cassazione[66].

Sotto altro profilo, a fronte della presunta illegittimità costituzionale della disciplina da applicare, ci si è chiesti se vi sia spazio perché la Giunta per le elezioni o la Camera competente sollevino questione di legittimità costituzionale in via incidentale, tenuto conto che, per definizione, la Giunta non può essere organo terzo e imparziale, perché la

---

nitivamente o in via transitoria, l'ulteriore esercizio del mandato elettorale, in relazione all'intervenuto irrevocabilità o meno della sentenza». La stessa Corte costituzionale, nella sent. n. 276 del 2015, ha insistito particolarmente sul fatto che la misura della decadenza da parlamentare abbia carattere sanzionatorio, «rappresentando esse solo conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate», che risponde ad esigenze proprie della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione presso cui il soggetto colpito presta servizio.

[65] V. ONIDA, *Intervista*, cit., osserva che «in astratto si potrebbe immaginare un conflitto di attribuzioni nei confronti del Senato che ha esorbitato dalle sue funzioni. Ma non si è realizzata la compromissione delle attribuzioni costituzionali di un altro potere dello Stato, che è il presupposto per poter sollevare il conflitto davanti alla Corte costituzionale. Infatti l'applicazione della legge sulla incandidabilità sopravvenuta non concerne le attribuzioni dell'autorità giudiziaria, né l'applicazione delle statuizioni di questa. Queste comportano di per sé solo l'esecuzione della pena, mentre la conseguenza ulteriore della condanna, che riguarda la perdita dell'eleggibilità e quindi la decadenza, non è una sanzione penale ma riguarda il diverso tema del venir meno delle condizioni alle quali la legge ha collegato il diritto di ricoprire e mantenere la carica elettiva. Quindi nessun possibile conflitto: ma solo la presa d'atto di una violazione da parte del Senato del principio di legalità». G. M. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 235 del 2012*, in *Archivio penale*, n. 1/2014, ritiene che quella delle Camere ai sensi dell'art. 66 Cost. sia «un'attività che non può essere sindacata da nessun altro organo dello Stato, neppure dagli organi giurisdizionali, fatto salvo un eventuale conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale».

[66] Secondo A. D'ANDREA, *Intervista a Il Fatto Quotidiano*, cit., il conflitto potrebbe invece essere sollevato dal giudice dell'esecuzione penale.

sua è una decisione di natura politica, e che, comunque, la Giunta non decide ma si limita a formulare all'Aula una proposta[67] e, quindi, tutt'al più potrebbe essere quest'ultima a sollevare la questione[68].

E tuttavia, se è vero quanto abbiamo sostenuto, ovvero che i criteri di giudizio che le Camere devono fare propri nella "verifica dei poteri" devono basarsi sulla legge e non su valutazioni politiche, e se si asseconda la tendenza della Corte a ridurre le zone franche dell'ordinamento, sottratte a qualunque tipologia di controllo, emersa in particolare nella recente giurisprudenza sulla legislazione elettorale (sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017), deve ammettersi che, a fronte di pronunce delle Camere che dovessero palesemente disattendere l'effetto decadenziale di una sentenza definitiva di condanna sul mandato parlamentare o a fronte di normative di dubbia costituzionalità da applicare, la strada della Corte appare come la più corretta e coerente con la sua funzione di organo di garanzia della Costituzione e di "chiusura" in ultima istanza dei conflitti tra i poteri.

Oggettivamente più problematica da affrontare l'ipotesi in cui la Camera di appartenenza, nell'esercizio dei poteri ex art. 66 Cost., ometta di pronunciarsi o comunque gestisca i tempi della procedura in modo tale da neutralizzarne sostanzialmente gli effetti. A questa ipotesi è meno agevole dare risposta, perché dovrebbe ammettersi un sindacato della Corte non sul merito dell'esercizio dei poteri ex art. 66 Cost., bensì sulla sua tempistica; ma qui entra in gioco uno spazio di autonomia organizzativa delle Camere che appare difficilmente coercibile e che pertanto sollecita una reazione e una chiamata di responsabilità più politica che giuridica[69].

---

[67] Così G. AZZARITI, *A proposito di decadenza del parlamentare*, cit.

[68] Cfr. A. D'ANDREA, *Applicazione della legge Severino*, cit.

[69] Può offrire un utile termine di raffronto la prassi in merito all'applicazione e agli effetti delle sentenze definitive di condanna che comportano un'interdizione ai pubblici uffici, che riconosce alle Camere un sostanziale potere di gestione dei tempi del procedimento di valutazione della fattispecie ai sensi dell'art. 66 Cost. In particolare, nei casi recenti (Frigerio, Previti, Drago, Cuffaro), la Camera di appartenenza non ha mai decretato formalmente la decadenza del parlamentare interessato: nel caso di Frigerio, fu lasciato trascorrere il tempo necessario per il superamento del periodo di interdizione temporanea senza alcuna pronuncia da parte della Camera di appartenenza, scaduto il quale il tema ha perso di rilevanza; nei casi Previti, Drago e Cuffaro non si giunse ad una dichiarazione di decadenza perché si dimisero prima. In ogni caso, anche in questo caso si ritiene pacifico che la decadenza dal mandato elettivo di parlamentari condannati definitivamente all'interdizione dai pubblici uffici può avvenire non automaticamente, ma a seguito dell'apposita procedura di contestazione dell'elezione. Cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il di-*

4. Alla ricerca di un equilibrio: lo sforzo di ricostruire meccanismi rappresentativi adeguati senza confuse forzature non richieste dalla legge e neppure dalla logica

La vicenda testé esaminata è, a ben vedere, emblematica, soprattutto nei commenti dei protagonisti, di quella "naturale tensione" tra politica e giustizia[70] di cui abbiamo fatto cenno nelle premesse e che torna a manifestarsi specialmente quando il soggetto implicato è figura particolarmente nota del mondo politico.

Il regime delle guarentigie funzionali che la Costituzione appresta a tutela dell'integrità e della sovranità delle Camere nasce storicamente proprio allo scopo di mettere al riparo i singoli parlamentari, e tramite essi l'organo legislativo nel suo complesso, da un uso strumentale e "politico" della giustizia, diretto a condizionare in modo improprio la composizione del Parlamento e, quindi, l'indirizzo politico che esso esprime e le scelte fondamentali che può essere chiamato a compiere[71]; ma, come sempre avviene per le immunità funzionali, tale regime può però agevolmente trasformarsi nel suo opposto, può cioè offrire al Parlamento l'alibi e lo strumento per sottrarre al rispetto del principio di legalità e per assicurare ai suoi componenti un regime di impunità,

---

ritto parlamentare nella teoria e nella pratica, Milano, 2013, p. 201, i quali osservano che «in linea teorica, si potrebbe porre il problema delle conseguenze dell'eventuale inerzia della Camera competente o addirittura della reiezione della proposta di decadenza dal mandato a causa dell'interdizione dai pubblici uffici».

[70] C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997, p. 126, parlano di una «tendenziale contraddizione» fra potere giudiziario e principio democratico: «se si vuole salvaguardare il carattere democratico di un regime politico ed evitare il pericolo del "governo dei giudici", bisogna far sì che questi non siano completamente indipendenti»; ma, al contempo, ricordano che «sottomettere chi esercita funzioni pubbliche al vaglio di un organo indipendente diventa, quindi, uno strumento efficace – anzi, essenziale – per controllare le modalità di esercizio del potere politico, assicurando il primato della legge».

[71] Come ricorda A. D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Milano, 2004, p. 6, le immunità «devono essere messe in correlazione piuttosto con l'avvertita necessità costituzionale di preservare la piena libertà decisionale delle Camere nell'esercizio delle loro funzioni, libertà che potrebbe, viceversa, essere più o meno gravemente compromessa da iniziative giudiziarie strumentali, dirette nei confronti dei loro componenti ma in grado di riflettersi negativamente sulla stessa libera formazione della volontà parlamentare … o anche sulla stessa composizione dell'organo».

più che di immunità, rispetto alle loro responsabilità di natura penale: può cioè diventare un privilegio personale anziché la risposta ad una domanda di carattere funzionale.

Il confine tra queste opposte esigenze è oggettivamente labile, condizionato com'è dalla prassi adottata dalle Camere, dal contesto storico-politico e dagli orientamenti dell'opinione pubblica: esso può scivolare verso l'arroccamento della classe politica nei suoi privilegi, ma sconfinare all'opposto in un regime giustizialista, che finirebbe con il prevaricare – anche attraverso un uso distorto dei media – le garanzie di non colpevolezza riconosciute dalla Costituzione (art. 27 Cost.) e il principio democratico.

D'altro canto, assistiamo anche al caso opposto: di rappresentanti delle istituzioni che, raggiunti da un avviso di garanzia, decidono di autosospendersi dalla carica, anticipando in modo del tutto improprio gli effetti della disciplina della incandidabilità e negando o comunque forzando la funzione stessa dell'avviso[72].

[72] Parliamo della autosospensione decisa dal sindaco di Milano, l'avv. Giuseppe Sala, proclamato sindaco il 19 giugno 2016 a seguito del vittorioso ballottaggio con lo sfidante Stefano Parisi. All'origine del gesto sta la scoperta di essere iscritto nel registro degli indagati in un procedimento penale facente capo alla Procura Generale della Repubblica nell'ambito della inchiesta sulla "piastra Expo" – di cui era stato commissario straordinario – riguardante l'assegnazione dell'appalto – il più importante dell'Expo dal punto di vista economico – ad una impresa a cui era stato aggiudicato sulla base di una offerta particolarmente vantaggiosa con un ribasso del prezzo d'asta del 42%! La Guardia di Finanza aveva ravvisato nel verbale di aggiudicazione due falsi: uno materiale e l'altro ideologico. Venuto a conoscenza da fonti giornalistiche della pendenza di un procedimento penale a suo carico, Sala annunciava l'intenzione di autosospendersi (il corsivo è d'obbligo trattandosi di un autentico neologismo in campo amministrativo). Tralasciando ogni valutazione di stretto diritto processuale penale, nella vicenda è affiorato un profilo – quello afferente al comportamento degli amministratori comunali milanesi ed in particolare del sindaco – degno di nota. Autosospensione è locuzione di nuovo conio che, pur se idonea a descrivere l'evento – cioè la temporanea astensione dall'ufficio sindacale – non lo è rispetto all'ordinamento comunale nel quale deve poter trovare la propria fonte di legittimazione. Per la verità la sospensione volontaria era fattispecie estranea all'ufficio di cui il primo cittadino era investito a seguito di regolare elezione quale si ricavava dall'art.37 bis della precedente legge 8 giugno 1990, n. 142, che prevedeva la sostituzione del sindaco con il vicesindaco soltanto "in caso di assenza o di impedimento temporaneo del sindaco". Nel successivo t.u. degli enti locali approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, l'art. 58 (intitolato "Cause ostative alla candidatura" e l'art. 59 (intitolato "Sospensione e decadenza di diritto") ma le disposizioni sono state abrogata dalla legge Severino. La disciplina della sospensione volontaria non è riconducibile alle disposizioni abrogate, che non sono state sostituite se non dalle norme in materia di sospensione dalla carica per eventi giudiziari di cui si è parlato nelle pagine precedenti.

A presidio di questa linea di confine – e di una sua equilibrata gestione – si è posto il legislatore (anche) con la disciplina dell'incandidabilità contenuta nella legge Severino, che vorrebbe fissar un punto di equilibrio tra rappresentanza politica ed esigenze di trasparenza, buon andamento e integrità delle istituzioni.

Per questo motivo – perché già la disciplina legislativa stabilisce una faticosa sintesi tra istanze opposte – non pare residuare spazio per valutazioni ulteriori, da effettuare caso per caso, sulla possibilità di applicare le conseguenze volute dal legislatore. Che poi l'applicazione della decadenza dalla carica di parlamentare possa essere l'effetto di una sentenza sbagliata o non condivisibile è un rischio oggettivo, comune però a qualunque altro processo penale che mette in gioco la libertà delle persone e a difesa del quale stanno la previsione dei tre gradi di giudizio e le altre garanzie processuali[73]. Se invece si ritiene che la disciplina dell'incandidabilità sopravvenuta per i parlamentari sia troppo severa e meriti di essere riformata, la strada è quella della revisione della normativa, e non certo quella della sua disapplicazione; con l'avvertenza però che difficilmente l'opinione pubblica, nei tempi odierni, capirebbe un arretramento su tale cautela.

È probabilmente vero, come è stato osservato, che un tempo i partiti avrebbero escluso i condannati dalle liste anche senza bisogno di barriere normative[74]; ma di fronte al venir meno di un codice di comportamento delle forze politiche e all'interno di esse condiviso, il sup-

[73] Come rileva V. ONIDA, *Intervista*, cit., «che poi si possa porre il problema di prevenire e contrastare iniziative o atti di singole autorità giudiziarie suscettibili eventualmente di violare i principi dell'eguaglianza, dell'imparzialità e dell'equo processo, e l'obbligo di non utilizzare il potere giudiziario a fini politici di parte, è vero: e forse oggi il tema meriterebbe maggiore attenzione. Ma i rimedi non stanno nell'esercitare altri poteri violando la legge, né tanto meno nel costruire nuove forme di asservimento del potere giudiziario ai poteri politici: stanno, oltre che nell'impiego degli strumenti interni al sistema processuale, nel miglioramento delle leggi processuali; nella migliore formazione dei magistrati e nella organizzazione dell'apparato giudiziario, specie per quanto riguarda gli uffici delle Procure; nella sensibilità della politica e dell'opinione pubblica al tema delle garanzie e degli eventuali errori giudiziari; oltre che, se del caso, all'attivazione degli strumenti di controllo sovranazionali, come il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea».

[74] Lo afferma N. ZANON, *Sull'estensione alle cariche parlamentari*, cit., p. 13, richiamando una affermazione di tal segno del Presidente Violante nella seduta della Commissione del 17 ottobre 2007.

porto legislativo appare effettivamente imprescindibile[75]. È, per alcuni versi, la stessa logica che presiede allo sforzo di definire una disciplina normativa dei partiti politici e dei loro processi democratici interni. Nella cosiddetta Prima Repubblica questo non sarebbe stato necessario, e, in effetti, non lo fu; ma oggi, di fronte alla crisi che la forma partito attraversa e al bisogno estremo di recuperare credibilità agli occhi dell'opinione pubblica, questa tipologia di normative non solo risponde alla necessità di tutela di valori costituzionali primari, ma offre alle stesse forze politiche una sponda che eviti quella sorta di "regressione verso un primitivismo politico"[76] a cui da tempo stiamo assistendo.

Se la politica vuole recuperare a sé e alle istituzioni che incarna e rappresenta quel circuito positivo di legittimazione e di autorevolezza indispensabile al funzionamento dello Stato democratico, non può non interrogarsi sulla necessità di offrire di sé la migliore immagine possibile e di disgiungerla il più possibile da ombre di rilevanza penale. La legge Severino indica la strada; la classe politica non deve eluderla.

[75] Ma P. STANCATI, *Il principio di rappresentanza politica*, cit., ammette che i "correttivi" di cui si è discusso in questo saggio alla «drammatica crisi in cui versano in Italia le istituzioni rappresentative … non paiono aver attinto risultati confortanti; ciò, con specifico riguardo alla essenzialità del ruolo dei partiti e a quel processo, che pare ormai irreversibile, che ne sta determinando la progressiva estraniazione rispetto alla centralissima funzione di mediazione ad essi affidata dall'art. 49 Cost.».

[76] Interrogativi di M. DOGLIANI, *Costituzione e virtù politica. Indignazione e sdegno*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012.

DALLA SENTENZA N. 1 DEL 2014 ALLA SENTENZA N. 35 DEL 2017 DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLA LEGGE ELETTORALE: UNA SOLUZIONE DI CONTINUITÀ C'È E RIGUARDA IL RUOLO DEI PARTITI POLITICI

di *Ilenia Massa Pinto*

SOMMARIO: *1. Premesse: il recuperato ruolo dei partiti politici e la concezione della rappresentanza politica nella sentenza del 2017; 2. Le questioni sollevate in ordine alle modalità di composizione delle liste di candidati e alle modalità di espressione del voto degli elettori; 3. La motivazione della sentenza del 2017 in ordine alle modalità di composizione delle liste di candidati e alle modalità di espressione del voto degli elettori; 4. Dal 2014 al 2017: il mutato atteggiamento nei confronti del ruolo dei partiti politici; 5. Conclusioni.*

1 Premesse: il recuperato ruolo dei partiti politici e la concezione della rappresentanza politica nella sentenza del 2017

Con la sentenza n. 35 del 2017 la Corte costituzionale si è pronunciata su una molteplicità di questioni riguardanti la legge elettorale n. 52 del 2015 (c. d. *Italicum*), intervenendo così a pochi anni di distanza dalla precedente sentenza n. 1 del 2014, con la quale la Corte si era pronunciata su una serie di questioni riguardanti la legge elettorale n. 270 del 2005 (c. d. *Porcellum*). I profili d'interesse della recente pronuncia della Corte sono tanti: in questa sede non mi occupo dell'eccezione d'inammissibilità per difetto di rilevanza, né delle diverse censure sollevate in ordine alle modalità di attribuzione del premio di maggioranza, né delle censure sollevate in ordine alla disomogeneità tra i sistemi elettorali previsti per la Camera dei deputati e per il Senato della Repubblica[1]. Rispetto a questi profili è pienamente

[1] Tra i primi commenti alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale cfr. A. CELOTTO, *La legge elettorale: quali prospettive?*, in *Rivistaaic.it*, 2017, n. 1; M. LUCIANI, Bis

condivisibile il giudizio prevalente in forza del quale c'è sostanziale continuità tra le decisioni adottate nella sentenza del 2017 e quelle adottate nella sentenza del 2014[2].

Intendo invece formulare qualche considerazione rispetto alla questione relativa alle modalità di composizione delle liste di candidati e alle modalità di espressione del voto degli elettori: sotto questo profilo, infatti, mi sembra si possa leggere tra le righe della motivazione della sentenza del 2017 una soluzione di continuità rispetto a quella del 2014. Mentre infatti quest'ultima era totalmente ispirata a una logica antipartitica, e a un'interpretazione del principio rappresentativo e dell'art. 67 della Costituzione tutta incentrata sul rapporto diretto e immediato tra singolo elettore ed eletto[3], quella della sentenza del 2017 sembra, da un lato, voler restituire un ruolo determinante ai partiti politici e, dall'altro, e soprattutto, recuperare una concezione della rappresentanza politica meno supina alla retorica antipolitica del tem-

---

in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivistaaic.it*, 2017, n. 1; C. ROSSANO, *Note su premio di maggioranza ed esigenze di omogeneità delle leggi elettorali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nella sentenza della Corte costituzionale n. 35/2017*, in *Rivistaaic.it*, 2017, n. 1; A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2017; A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum*, in *Forumcostituzionale.it*, 2017; F. FERRARI, *Sotto la punta dell'iceberg: fictio litis e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*, in *Forumcostituzionale.it*, 2017; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario "eventuale" ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere*, in *Federalismi.it*, 2017; S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2017; A. AZZENA – F. MONCERI, *Rappresentanza versus Governabilità nella sentenza della Corte sull'Italicum*, in *laCostituzione.info*, 2017.

[2] Cfr. M. LUCIANI, Bis in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, cit., p. 3: «Se si legge la nuova sentenza, infatti, si identificano passaggi perfettamente sovrapponibili a quelli della sent. n. 1 del 2014, sicché non si può certo dire che la conclusione della vicenda sia stata una sorpresa».

[3] Peraltro la motivazione della sentenza del 2014 era in perfetta armonia con l'opinione pubblica prevalente e con un ampio e trasversale consenso delle diverse forze politiche, soprattutto sotto il profilo che si sta qui analizzando. In argomento cfr. soprattutto M. ARMANNO, *Il sistema delle liste bloccate. Riflessioni tra retorica democratica, divieto di mandato imperativo e ruolo dei partiti politici*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 24.

po presente e più rispettosa della teoria e della storia costituzionali[4]. Delle due idee costituzionali che il concetto di rappresentanza politica implica – la rappresentanza "dal basso" come rispecchiamento del pluralismo e la rappresentanza "dall'alto" come costituzione in unità politica del rappresentato – è questa seconda che era stata completamente ignorata dalla Corte nel 2014[5]. In quella occasione la Corte aveva seguito l'enfasi che la perdurante retorica antipolitica pone sul principio della sovranità popolare, senza tuttavia ricordare che non ci potrà mai essere un popolo che esercita la sovranità senza qualcuno che *offra* al popolo stesso un qualche progetto di vita comune desiderabile e praticabile. È l'*offerta* politica che dà forma alla domanda politica[6]. Il rap-

[4] Sul concetto di rappresentanza – di ascendenza "giacobina" – che sta sullo sfondo della motivazione della sentenza del 2014, cfr., in senso critico, N. ZANON, *La seconda giovinezza dell'art. 67 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (5 marzo 2014), che, come noto, è stato poi il redattore della sentenza del 2017 e che, rispetto alle motivazioni della sentenza del 2014, così scriveva: «nell'epoca della più truce polemica contro la rappresentanza politica, siamo tutti costretti quasi a ricominciare da capo, a costruire *ex novo* una semantica comune proprio della rappresentanza politica. E a rifare i conti concettuali con i nodi che essa, in fondo, ha sempre posto ai suoi osservatori consapevoli, in ogni epoca». Per approfondimenti cfr. altresì N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991.

[5] Per un approfondimento di quanto accennato nel testo sia consentito il rinvio a L. IMARISIO – I. MASSA PINTO, *La sentenza n. 1 del 2014 sull'incostituzionalità parziale della legge elettorale: le sue possibili narrazioni e il suo seguito legislativo*, in *Dem. Dir.*, 2013, nn. 3-4, pp. 305 ss. Ricostruisce le due matrici dell'istituto della rappresentanza politica M. DOGLIANI, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, tomo I, pp. 537 ss., e ora in M. DOGLIANI, *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 269 ss. Del medesimo A. v., da ultimo, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Dem Dir.*, 2014, n. 2, pp. 7 ss., e ora in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 880 ss., dove si approfondisce il punto della «banalizzazione del concetto di rappresentanza politica». Per una ricostruzione storico-teorica dell'istituto della rappresentanza, nel suo significato proprio di «strategia contro un'assenza per qualche motivo insuperabile», cfr. P. COSTA, *Il problema della rappresentanza politica: una prospettiva storica*, in *Il Filangieri*, 2004, n. 3, pp. 329 ss., che si pone ovviamente sulla scia del noto saggio di G. LEIBHOLZ, *Die Repräsentation in der Demokratie* (1929), trad. it., *La rappresentazione nella democrazia*, Giuffrè, Milano, 1989.

[6] P. COSTA, *Il problema della rappresentanza politica: una prospettiva storica*, cit., pp. 330-331 e 333: «Nella cultura politica la rappresentanza non svolge un ruolo ancillare o meramente tecnico-costituzionale: non è un concetto che interviene soltanto per connotare una specifica forma di governo o per contraddistinguere la natura di un determinato organo. La rappresentanza si colloca piuttosto al centro del processo di comprensione e di legittimazione dell'ordine politico. Il problema che essa ha di fronte è il problema capitale della cultura politico-giuridica: il passaggio dalla molteplicità 'anarchica' degli individui

presentante è il "facitore" dell'unità politica, a prescindere dalle modalità della sua elezione[7].

2. Le questioni sollevate in ordine alle modalità di composizione delle liste di candidati e alle modalità di espressione del voto degli elettori

Sotto il profilo che qui interessa, le questioni sollevate nell'ultima vicenda processuale in materia elettorale di fronte alla Corte investono le previsioni in base alle quali le liste, nei singoli collegi, sono composte da un candidato capolista e da un elenco di candidati, tra i quali ultimi l'elettore può esprimere fino a due preferenze per candidati di sesso diverso scelti tra quelli non capilista[8].

Secondo il giudice remittente, sebbene in astratto la disciplina che prevede un sistema misto – «in parte blindato e in parte preferenziale» – sembri garantire all'elettore la possibilità di esprimere un voto diretto, libero e personale[9], in concreto si possono verificare degli inconvenienti di fatto tali per cui non si può escludere un effetto distorsivo

all'unità di un assetto di cui quegli individui si riconoscono membri. È in gioco il rapporto fra le parti e il tutto: il dispiegarsi delle azioni imprevedibili, centripete, conflittuali dei singoli e la formazione di un ordine unitario (…). Studiare la rappresentanza politica nel suo sviluppo storico-concettuale significa dunque riflettere sulle diverse strategie discorsive grazie alle quali, in differenti contesti, soggetti o gruppi di soggetti si sono riconosciuti in una figura o in un ente volta a volta assunti come l'espressione visibile della loro identità politica, come il veicolo della loro volontà o il tutore dei loro interessi».

[7] M. DOGLIANI, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, cit., p. 273: «L'idea hobbesiana del rappresentante che, essendo 'uno' (una persona o un'assemblea) costituisce, con la sua 'posizionÈ, l'unità dei rappresentati, dando vita ad un unico corpo politico, non è mai andata persa, non è affatto rimasta legata alla stagione dell'assolutismo». Cfr. altresì P. COSTA, *Il problema della rappresentanza politica: una prospettiva storica*, cit., p. 332, secondo il quale, dunque, «può delinearsi allora un legame significativo fra il processo rappresentativo e il dispositivo dell'elezione, senza però che questo nesso appaia un dato necessario e costante».

[8] Le disposizioni impugnate sono: art. 1, comma 1, lettera g), della legge n. 52 del 2015 e degli artt. 18-bis, comma 3, primo periodo, 19, comma 1, primo periodo, e 84, comma 1, del d.P.R. n. 361 del 1957, come modificati o sostituiti dall'art. 2, commi 10, lettera c), 11 e 26, della legge n. 52 del 2015.

[9] Il parametro la cui lesione è lamentata dal giudice *a quo* è l'art. 48, comma 2, Cost. Nel solo dispositivo il giudice remittente invoca altresì gli artt. 1, primo e secondo comma, 2, 51, primo comma, 56, primo e quarto comma, Cost. Rispetto a tali parametri però la Corte dichiara inammissibili le censure, in quanto non motivate.

– soprattutto a scapito degli elettori che votano per le liste di minoranza – dovuto al formarsi di una rappresentanza parlamentare largamente dominata dai capilista bloccati. Il giudice remittente osserva infatti che è molto probabile che solo la lista che consegue il premio di maggioranza potrebbe ottenere eletti con le preferenze, mentre gli eletti nelle liste di minoranza sarebbero unicamente, o per lo più, capilista bloccati. L'entità di questo effetto distorsivo potrebbe certo essere contenuto attraverso il correttivo della multicandidatura: paradossalmente, infatti, sotto questo profilo, la multicandidatura potrebbe produrre l'effetto "benefico" di liberare seggi per candidati scelti attraverso il voto di preferenza[10]. Ciononostante il giudice *a quo* ritiene che ci sia una lesione della libertà di voto degli elettori delle liste di minoranza: mentre, infatti, la lista che consegue il premio di maggioranza, ottenendo 340 seggi, avrà con certezza almeno 240 deputati eletti con le preferenze (e anche di più se i capilista si candidano in più collegi), alle liste perdenti non potranno che essere attribuiti i restanti 278 seggi e, se tali liste sono in numero superiore a tre, in teoria potrebbero ottenere soltanto deputati eletti senza preferenze.

La disciplina della multicandidatura non è dunque censurata in sé e per sé dal giudice remittente, che anzi la considera come variabile concreta che potrebbe ridurre l'effetto distorsivo della disciplina dei capilista bloccati[11].

---

[10] Ad esempio, se una lista presenta dieci capilista diversi, ciascuno candidato in dieci collegi, potrebbe ottenere, al massimo, dieci eletti senza preferenze; se, all'estremo opposto, quella lista presenta un diverso capolista in ciascuno dei cento collegi, potrebbe avere fino a cento eletti senza preferenze.

[11] Più che sulla disciplina dei capilista bloccati, tuttavia, è sulla disciplina della multicandidatura che sembrerebbero esserci dubbi d'incostituzionalità, anche alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale: la possibilità prevista dalla legge di presentare candidature plurime dei capilista in un numero massimo di 10 collegi plurinominali sembra infatti contravvenire al rilievo critico espresso dalla Corte nella sentenza n. 1 del 2014 in ordine agli effetti negativi delle candidature plurime sulla conoscibilità da parte degli elettori dei soggetti che col proprio voto concorreranno effettivamente a eleggere. Sul punto cfr. L. IMARISIO, *Riforma costituzionale e sistema elettorale*, in AA. VV., *La riforma respinta (2014-2016). Riflessioni sul d.d.l. costituzionale Renzi-Boschi*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 195; M. ARMANNO, *Ancora su premio di maggioranza, liste bloccate e candidature plurime. Note alle nuove ordinanze di rinvio dell'ITALICUM*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2016, n. 3, pp. 11 ss. La Corte si è pronunciata solo sull'incostituzionalità della disciplina relativa all'opzione dei candidati plurieletti. I giudici *a quibus* infatti hanno sollevato dubbi d'incostituzionalità solo con riferimento all'art. 85 del d.P.R. n. 361 del 1957 (come modificato dall'art. 2, comma 27, della legge n. 52 del 2015), il quale prevede che il deputato eletto in più collegi plurinominali debba dichiarare alla Presidenza della Camera dei depu-

3. La motivazione della sentenza del 2017 in ordine alle modalità di composizione delle liste di candidati e alle modalità di espressione del voto degli elettori

Nel § 11.2. del *Considerato in diritto* la Corte motiva la non fondatezza della questione sollevata sulla base delle seguenti argomentazioni: spetta anzitutto al legislatore disciplinare le modalità di composizione delle liste e le modalità di espressione del voto degli elettori[12]; i limiti che in ogni caso gravano sul legislatore in questa materia sono stati indicati nella sentenza del 2014 e sono stati rispettati dalla disposizione oggetto.

Secondo la Corte, se infatti «appartiene al legislatore discrezionalità nella scelta della più opportuna disciplina per la composizione delle liste e per l'indicazione delle modalità attraverso le quali prevedere che gli elettori esprimano il proprio sostegno ai candidati», dalla sentenza del 2014 si ricava peraltro che «lede la libertà del voto un sistema elettorale con liste bloccate e lunghe di candidati, nel quale è in

tati, entro otto giorni dalla data dell'ultima proclamazione, quale collegio plurinominale prescelga. Sul punto la Corte afferma che «l'assenza nella disposizione censurata di un criterio oggettivo, rispettoso della volontà degli elettori e idoneo a determinare la scelta del capolista eletto in più collegi, è in contraddizione manifesta con la logica dell'indicazione personale dell'eletto da parte dell'elettore, che pure la legge n. 52 del 2015 ha in parte accolto, permettendo l'espressione del voto di preferenza. L'opzione arbitraria consente al capolista bloccato eletto in più collegi di essere titolare non solo del potere di prescegliere il collegio d'elezione, ma altresì, indirettamente, anche di un improprio potere di designazione del rappresentante di un dato collegio elettorale, secondo una logica idonea, in ultima analisi, a condizionare l'effetto utile dei voti di preferenza espressi dagli elettori». Il criterio del sorteggio, indicato dalla Corte in sostituzione dell'opzione da parte del candidato plurieletto, non sembra peraltro soddisfare in pieno l'esigenza di rispettare la volontà degli elettori. La Corte ne è consapevole laddove conclude, sul punto, che «appartiene con evidenza alla responsabilità del legislatore sostituire tale criterio con altra più adeguata regola, rispettosa della volontà degli elettori». Sul punto v. in particolare A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum*, cit., p. 7.

[12] Il ripetuto riferimento alla necessità di rispettare la discrezionalità politica del legislatore sembra l'altro elemento degno di nota della sentenza del 2017, anche con riferimento agli altri profili decisi dalla Corte.

radice esclusa, per la totalità degli eletti, qualunque indicazione di consenso degli elettori».

E tuttavia, prosegue la Corte, il sistema elettorale previsto dalla legge n. 52 del 2015 ha in sostanza seguito, sotto questo profilo, le indicazioni che si ricavano dalla sentenza del 2014: infatti le liste sono presentate in cento collegi plurinominali di dimensioni ridotte, e sono dunque formate da un numero assai inferiore di candidati; l'unico candidato bloccato è il capolista, il cui nome compare sulla scheda elettorale (ciò che valorizza la sua preventiva conoscibilità da parte degli elettori); l'elettore può, infine, esprimere sino a due preferenze, per candidati di sesso diverso tra quelli che non sono capilista.

Inoltre la Corte sostiene l'irrilevanza degli inconvenienti di fatto nel giudizio costituzionale: l'effetto distorsivo paventato dal giudice remittente – e cioè il fatto che le liste di minoranza potrebbero avere eletti solo tra i capilista bloccati – è una conseguenza di fatto, appunto, che dipende prevalentemente dal modo in cui il sistema dei partiti è in concreto articolato, e non può pertanto tradursi in un vizio d'illegittimità costituzionale.

Ma l'argomento speso dalla Corte che più di ogni altro mi sembra degno di nota è il seguente: «Né è irrilevante, nella complessiva valutazione di una siffatta disciplina, la circostanza che la selezione e la presentazione delle candidature (…), nonché, come nel caso di specie, l'indicazione di candidati capilista, è anche espressione della posizione assegnata ai partiti politici dall'art. 49 Cost., considerando, peraltro, che tale indicazione, tanto più delicata in quanto quei candidati sono bloccati, deve essere svolta alla luce del ruolo che la Costituzione assegna ai partiti, quali associazioni che consentono ai cittadini di concorrere con metodo democratico a determinare, anche attraverso la partecipazione alle elezioni, la politica nazionale».

Non si tratta solo di un *obiter dictum* qualunque: non può passare inosservato né può essere letto con leggerezza o superficialità, specie alla luce della drammatica crisi che la politica sta attraversando. È un riferimento preciso, che sollecita una profonda riflessione sull'epoca presente e si staglia come un macigno rispetto all'opposto atteggiamento demagogico e antipartitico che serpeggiava nella precedente sentenza del 2014. Il tema non può essere eluso: la Corte ha offerto un *incipit* per tornare a riflettere sul ruolo dei partiti politici, nella consapevolezza che, come la storia dimostra, non può essere dato per scontato. Per i partiti politici stessi le parole della Corte suonano, devono

suonare, come un grido d'allarme, come un'ultima chiamata: la decisione di non fondatezza sotto questo profilo equivale non a una loro vittoria, ma a un estremo appello alla loro responsabilità.

A chi troppo superficialmente da anni auspica la fine dello Stato dei partiti, bisognerebbe ricordare la celebre Prolusione berlinese di Heinrich Triepel del 1927 (pubblicata nel 1928 e ristampata nel 1930), le cui ultime pagine sulla dissoluzione del sistema politico dei partiti sono di un'attualità sconcertante: nelle sue conclusioni, Triepel non esitava ad affermare che il superamento dei partiti e la rifondazione dello Stato si possono realizzare solo con l'abbandono della «concezione atomistico-individualistica da cui è nato lo Stato», e con la sostituzione di quest'ultima con «una concezione organica dello Stato stesso»[13]. Conosciamo la drammatica evoluzione del costituzionalismo weimariano, sino alla sua dissoluzione autoritaria, e sicuramente nella storia del Novecento la rifondazione dello Stato sulla base di una con-

[13] H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien* (1928-1930), trad. it., *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, a cura di E. Gianfrancesco – G. Grasso, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 19-20: «Le vecchie idee liberali sulla natura dello Stato rappresentativo, per quanto morali possano essere i loro contenuti, difficilmente saranno in grado di imporsi nuovamente. Per questo motivo, un allontanamento dallo Stato dei partiti potrà avvenire soltanto attraverso un processo evolutivo della democrazia di massa, oppure attraverso il suo superamento. È ipotizzabile, e molti ne colgono già gli sviluppi, che, attraverso la trasformazione in una oligarchia di capi, si possa compiere un processo di nobilitazione della democrazia 'egualitaria' e che, per questa via, al posto delle organizzazioni di partito prive di responsabilità e dei poteri ancor meno responsabili che si nascondono dietro di esse entrino in scena delle guide della nazione [*Staatsleider*] indipendenti e per ciò stesso responsabili (…). Una trasformazione di questo tipo non avviene in pochi anni né può essere dettata dall'alto. Altrettanto poco, i partiti politici contemporanei si faranno mettere da parte per decreto. Nel bene o nel male, essi sono oramai diventati forme di vita storicamente determinate. Ma anche la loro ora verrà. Già intravvediamo ovunque altre forze in grado di dare forma alla collettività. Attraverso un processo evolutivo naturale, queste forze condurranno gradualmente a una nuova articolazione del popolo, trasformando una massa senz'anima in vivace 'unità delle moltitudini'. Molti chiameranno questa mia previsione una romantica illusione. Ma ai miei occhi non sarebbe un disonore passare per romantico. Tuttavia, penso anche che le forze che si accingono a dare forma organica alla società meccanizzata contemporanea [*mechanisierte Gesellschaft der Gegenwart*] non costituiscano personaggi fiabeschi o figure spettrali, bensì creature in carne e ossa. Se si potesse incanalare le forze che emergono con primitiva brutalità dal grembo del popolo per dare vita a una amministrazione autonoma che, ponendosi al servizio dello Stato, avesse natura sia economica sia spirituale, con una ricca articolazione non solo sul piano personale ma anche su quello territoriale, e se, in questo modo, lo Stato non venisse distrutto, bensì tenuto insieme – se lo Stato non venisse smantellato, ma, al contrario, riedificato dal basso, allora esso si sarà trasformato in un vero e proprio organismo nel quale "gli elementi si intrecciano per dare forma alla totalità e l'uno agisce e vive nell'altro"».

cezione organica ha condotto a risultati che sono andati oltre gli auspicî dello stesso Triepel. Ma oggi, consapevoli che «il sistema politico dei partiti rappresenta l'auto-organizzazione creata dalla democrazia di massa», nonché l'unico mezzo di unificazione, per quanto in profonda crisi, della «massa disgregata dall'individualismo»[14], le forme organicistiche che s'intravvedono all'orizzonte non sembrano potersi tradurre in altro se non nel «trionfo dell'*antipolitico* e dell'*economico*»[15].

4. Dal 2014 al 2017: il mutato atteggiamento nei confronti del ruolo dei partiti politici

È vero dunque che nella sentenza del 2014 la Corte non sembrava bocciare, in sé e per sé, il sistema delle liste bloccate, limitandosi a ritenerlo incostituzionale nella misura in cui è previsto come sistema esclusivo di scelta dei candidati, e in circoscrizioni eccessivamente

[14] *Ibidem*, p. 18: «…quello che si è compiuto è un processo del tutto naturale. Esso rappresenta la conseguenza quasi logica di una concezione dello Stato che ha fornito l'impronta all'evoluzione degli ultimi tempi. L'individualismo atomistico governa il processo di sviluppo della moderna democrazia. Quando, infine, la forza pubblica viene trasferita alla massa disgregata dall'individualismo, quest'ultima, non essendo in grado né di volere né di agire, crea le organizzazioni attraverso le quali è capace di produrre una propria volontà. Quando, in particolare, il diritto elettorale alla rappresentanza popolare viene congegnato su basi puramente individualistiche, la massa non può esercitare il proprio diritto di voto, se, in precedenza, non ha in qualche modo provveduto a suddividersi in gruppi. Questa articolazione è stata realizzata attraverso la formazione dei partiti politici e (…) difficilmente, in un primo momento, essa avrebbe potuto essere realizzata in modo diverso. Il sistema politico dei partiti rappresenta l'auto-organizzazione creata dalla democrazia di massa».

[15] E. GIANFRANCESCO, *Triepel ed i partiti politici: ieri, oggi, domani*, in H. Triepel, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, cit., p. 31. Cfr. altresì S. MANGIAMELI, *Partiti politici e parlamentarismo tra principio liberale e principio democratico a partire da una riflessione su Heinrich Triepel*, *ivi*, pp. 45 ss., e C. PINELLI, *Pluralismo politico e unità statale nel saggio sui partiti di Heinrich Triepel*, *ivi*, pp. 65 ss. La letteratura sul punto è ovviamente sterminata. Prime indicazioni bibliografiche si trovano in G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorioaic.it*, 2016, n. 3. Sulla ineludibilità di un recupero del ruolo che l'art. 49 della Costituzione assegna ai partiti politici cfr. soprattutto F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 97, dove si afferma che «L'art. 49 della Cost. è veramente scomparso dal dibattito politico costituzionale, risucchiato dalla crisi di regime del 1992-1993».

ampie[16]. Tuttavia l'intera motivazione della Corte sembrava ispirata a un generale disprezzo nei confronti dei partiti politici: era una motivazione contro i partiti politici e a tutela del diritto individuale – diretto e immediato – di voto e tutta incentrata su un'interpretazione del principio rappresentativo di sapore giacobino. Con le parole della Corte: «le disposizioni censurate, nello stabilire che il voto espresso dall'elettore, destinato a determinare per intero la composizione della Camera e del Senato, è un voto per la scelta della lista, escludono ogni facoltà dell'elettore di incidere sull'elezione dei propri rappresentanti, la quale dipende, oltre che, ovviamente, dal numero dei seggi ottenuti dalla lista di appartenenza, dall'ordine di presentazione dei candidati nella stessa, ordine di presentazione che è sostanzialmente deciso dai partiti (…). Una simile disciplina priva l'elettore di ogni margine di scelta dei propri rappresentanti, scelta che è totalmente rimessa ai partiti (…). [I candidati], invero, sono individuati sulla base di scelte operate dai partiti»[17].

Ancora più perspicue sono le affermazioni, fatte proprie dalla Corte costituzionale, pronunciate dalla Corte di Cassazione che aveva sollevato la questione d'incostituzionalità: «Dette norme, non consentendo all'elettore di esprimere alcuna preferenza per i candidati, ma solo di scegliere una lista di partito, cui è rimessa la designazione di tutti i candidati, renderebbero, infatti, il voto sostanzialmente "indiretto", posto che i partiti non potrebbero sostituirsi al corpo elettorale e che l'art. 67 Cost presupporrebbe l'esistenza di un mandato conferito direttamente dagli elettori. Inoltre, sottraendo all'elettore la facoltà di scegliere l'eletto, farebbero sì che il voto non sia libero, né personale»[18].

---

[16] Anche se, come era stato rilevato anche da M. ARMANNO, *Diritto di voto, rappresentanza ed evoluzione del sistema dei partiti politici. Riflessioni a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 2014, n. 4, pp. 4-5, ciò si deduceva dalle argomentazioni espresse nella motivazione, e non in modo lineare dal dispositivo, che si limitava a dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni censurate «nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza per i candidati». E la stessa Corte in apertura del punto 5 del Considerato in diritto dichiarava «la questione fondata nei termini di seguito precisati».

[17] Corte costituzionale, sent. n. 1 del 2014, *Considerato in diritto*, § 5.1.

[18] Sul punto v. in particolare E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di "supplenza" alla Corte costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in *Rivistaaic.it*, 2013, n. 4, pp. 9-10, il quale notava già che «il giudice remittente sembra cadere in un macroscopico equivoco. Motiva infatti la presunta illegittimità costituzionale della lista bloccata affermando che, dal diritto al suffragio 'diretto', discen-

Nella sentenza del 2014 non veniva neppure abbozzato un discorso volto a indicare le esigenze sottese alla scelta (politica) di escludere la possibilità per gli elettori di esprimere delle preferenze[19]. Né veniva abbozzata una qualche motivazione intorno alla necessità di un bilanciamento tra il diritto individuale di voto e il principio della rappresentanza politica nel suo significato teorico più autentico, secondo il quale la teoria della rappresentanza non è una teoria della partecipazione, ma è una teoria dei poteri del rappresentante[20].

---

derebbe una sorta di 'diritto alla preferenza'. Che, insomma, l'assenza del voto di preferenza sarebbe di per sé manifestazione della natura sostanzialmente 'indiretta' del suffragio (…). La libertà di 'scegliere l'eletto', in definitiva, non può essere semplicisticamente confusa con la libertà di scrivere sulla scheda elettorale il nome di un candidato preferito. A ragionare in questo modo, anche il sistema dei collegi uninominali potrebbe essere considerato incostituzionale, in quanto 'costringe l'elettore ('limitando' così la sua libertà) ad associare alla lista preferita il nome di un candidato che egli non ha in alcun modo contribuito a scegliere, essendogli stato 'imposto' – allo stesso modo della lista bloccata – dai vertici politici del partito politico che ha assegnato *quel* candidato a *quel* collegio. (…) la Cassazione sembra confondere un giudizio politicamente negativo sul merito di quel meccanismo con una valutazione della sua legittimità costituzionale (…). Il fatto che, in Italia, il sistema politico si sia progressivamente deteriorato, che i partiti non siano più in grado di svolgere quella fondamentale funzione 'mediatoria' e di selezione delle classi dirigenti che meritoriamente hanno svolto nei primi cinquant'anni di vita della Repubblica, che la lista bloccata sia stata utilizzata come strumento (peraltro, a quanto pare, di assai scarsa funzionalità in concreto) di controllo della fedeltà dei parlamentari ai leader politici che orientano la selezione delle candidature, non può ovviamente assurgere a specifico motivo di illegittimità del sistema, apprezzabile da un'istanza giurisdizionale».

[19] M. ARMANNO, *Diritto di voto, rappresentanza ed evoluzione del sistema dei partiti politici. Riflessioni a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 5: sulla questione delle liste bloccate la Corte non ragiona in termini di ragionevolezza del bilanciamento, poiché «non individua con nitidezza (a differenza di ciò che fa con riguardo ai premi di maggioranza) se e quali possano essere i valori costituzionali che militino a favore dell'eventuale mantenimento delle liste bloccate, e quale peso essi possano avere in un eventuale bilanciamento con quelli violati dalle disposizioni censurate».

[20] M. DOGLIANI, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, cit., pp. 277-278: la storia inglese del conflitto tra re e parlamento dimostra che «il parlamento è rappresentativo sia nel senso di creatore dell'unità politica del rappresentato sia nel senso di 'raccoglitore di quel consenso che è essenziale per la produzione del diritto. Ma questa seconda funzione si pone allo stesso livello della prima: è una verità simbolica, svuotata di realtà partecipativa… l'individuazione specifica di coloro che devono essere rappresentati non deriva direttamente dalla teoria della rappresentanza, bensì da altri principi che legittimano la pretesa di alcuni a porsi come il 'doppio', assente, del sovrano, o come gli *omnes* che devono prestare il loro consenso (…). La teoria della rappresentanza non è dunque una teoria della partecipazione, ma innanzi tutto una teoria dei poteri del rappresentante: essa ci dice che cosa può fare il rappresentante in quanto tale, ma non ci dice chi deve essere rappresentato in

Si noti tra l'altro che il Governo italiano, nelle proprie difese innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Saccomanno e altri c. Italia*, deciso con sentenza del 13 marzo 2012[21], aveva affermato che «l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti derivante dalle previsioni della legge elettorale in questione rispondeva a scopi legittimi, che sono in particolare quelli di: impedire le manovre e le intimidazioni delle organizzazioni criminali volte a infiltrarsi nei centri del potere politico; prevenire il commercio dei voti e l'indebitamento dei candidati per finanziare la loro campagna elettorale; favorire, infine, la presenza di candidati aventi una competenza specifica. Il Governo ricorda anche che esiste in Italia una lunga serie di norme penali ben più importante che nella maggior parte degli altri Paesi membri, volte giustamente a evitare il rischio di falsificare il risultato elettorale» (par. 55).

E, come noto, di tali argomenti la Corte EDU aveva tenuto conto nella sua decisione, dove si sosteneva con perentorietà che il sistema delle liste bloccate non avrebbe potuto essere considerato in contrasto con l'art. 3 del I Protocollo addizionale. Non soltanto, infatti, osservava la Corte europea, la maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa aventi un sistema elettorale assimilabile a quello dell'Italia adotta il meccanismo delle liste bloccate, ma, soprattutto, quel sistema

---

quanto tale (né ci dice in che modo deve essere instaurato il rapporto di rappresentanza). L'individuazione dei rappresentati è dunque un problema diverso e distinto dalla teoria della rappresentanza, indipendentemente dalla matrice considerata».

Sul punto specifico considerato, M. ARMANNO, *Il sistema delle liste bloccate. Riflessioni tra retorica democratica, divieto di mandato imperativo e ruolo dei partiti politici*, cit., pp. 6 ss., sottopone ad analisi critica gli argomenti che militano a favore della soluzione delle liste bloccate, tra i quali vengono indicati il rafforzamento del ruolo dei partiti come strumenti di selezione dei candidati e di definizione degli interessi intorno ai quali formulare la piattaforma programmatica ed elettorale, la più ampia possibilità di garantire in modo adeguato la rappresentanza d'interessi di gruppi minoritari, l'opportunità di evitare lotte interne tra le diverse correnti dei partiti, la tendenziale riduzione dei costi delle campagne elettorali con la riduzione dei rischi di condizionamento e di "localismo" del voto o, ancor peggio, la commissione di reati quali il voto di scambio. In argomento cfr. altresì G. TARLI BARBIERI, *Le riforme elettorali della regione Toscana (I)*, in *Democrazia e Diritto*, 2004, p. 210 e ID., *I molti vizi e le poche virtù della nuova legge elettorale*, in *Democrazia e Diritto*, 2006, p. 36, nota 12; A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. Cost.*, 2008, pp. 872 ss.

[21] *Saccomanno e a. c. Italia*, ricorso n. 11583/2008, sentenza del 13 marzo 2012. Della Corte EDU cfr. altresì *Yumak e Sadak c. Turchia*, ricorso n. 10226/2003, sentenza del 30 gennaio 2007.

non compromette di per sé la libertà di voto del cittadino se si considera il quadro complessivo dei sistemi rappresentativi che valorizzano il ruolo costitutivo dei partiti politici nella costruzione della vita democratica. Le esigenze che possono essere perseguite dagli Stati nel loro margine di apprezzamento nella disciplina di questa materia possono andare dal contrasto all'influenza della criminalità organizzata sul risultato elettorale tenuto conto del contesto specifico italiano, alla prevenzione del commercio di voti o al favore per l'emersione di candidati che possiedono competenze specifiche.

Tra l'altro nella sentenza della Corte EDU si richiamava anche il rapporto 018(2006) sul diritto elettorale e l'amministrazione delle elezioni in Europa, adottato dalla Commissione di Venezia durante la sua 67ª sessione plenaria tenutasi il 9 e 10 giugno 2006, e sottoposto all'Assemblea parlamentare il 6 novembre 2006, nel quale tra l'altro si legge: «Gli effetti di un sistema elettorale particolare possono differire da un Paese all'altro e si deve riconoscere che i vari sistemi possono perseguire obiettivi politici divergenti se non addirittura antagonisti. Un sistema elettorale può favorire una stretta relazione tra gli elettori e i "loro" deputati di circoscrizione e un altro agevolare l'introduzione delle donne, delle minoranze o di specialisti nelle liste bloccate dei partiti».

È evidente che la questione delle liste bloccate deve essere affrontata nel contesto di una complessiva riflessione sul ruolo dei partiti politici e sul significato che oggi assume la disposizione di cui all'art. 49 della Costituzione. Ciò che è certo è che l'idea di risolvere la drammatica crisi della rappresentanza politica attraverso la possibilità per gli elettori di esprimere una o più preferenze, in un contesto nel quale i partiti non svolgono più la funzione a essi attribuita dalla Costituzione, «è destinata a rivelarsi illusoria»[22].

[22] M. ARMANNO, *Il sistema delle liste bloccate. Riflessioni tra retorica democratica, divieto di mandato imperativo e ruolo dei partiti politici*, cit., p. 8. Infatti l'A. sottolinea come «un sistema con partiti deboli, pur in presenza di liste bloccate, dovrebbe comunque favorire il rapporto diretto tra eletti ed elettori, sia che i primi vengano scelti tra coloro che sono stati inseriti in liste di partiti, sia che vengano eletti in liste facenti capo a movimenti e associazioni di natura non partitica; questi ultimi, del resto, avranno maggiori possibilità di ottenere candidati eletti proprio in ragione della debolezza dei partiti. All'opposto, in un contesto nel quale questi ultimi riescono ad avere un'effettiva presa sulla società, il meccanismo delle preferenze, come mostra la nostra esperienza repubblicana, non impedirebbe il controllo esercitato sulle candidature, né potrebbero immaginarsi canali alternativi di accesso alle cariche pubbliche elettive» (p. 8). E ancora: «Può certo affermarsi, e a ragione,

5. Conclusioni

È dunque senz'altro vero che la sentenza del 2014 «nulla (di chiaro) ha detto su numero delle preferenze e modalità di espressione del relativo voto», e che la sentenza del 2017 «non ha offerto indicazioni più stringenti»[23], ma una rilevante discontinuità tra le due sentenze deve essere segnalata. Mentre infatti la motivazione della sentenza del 2014 sembra tutta orientata a porre al centro della disciplina elettorale la sovranità individuale dell'elettore, quella della sentenza del 2017 si distingue per l'accento posto sul ruolo che la Costituzione assegna ai partiti politici. Nella sentenza n. 1 del 2014 la Corte aveva del tutto ignorato l'art. 49 della Costituzione: tale atteggiamento si spiega senz'altro con la presa d'atto della crisi profonda dei partiti, ma non si può certo negare che tale atteggiamento finisca al contempo per aggravare ulteriormente il sistema politico[24].

---

che la possibilità di scelta dei candidati al momento del voto potrebbe contribuire alla rigenerazione del sistema dei partiti, ma di tale processo rappresenterebbe comunque solo un aspetto. La scelta dei candidati da inserire nella lista resta comunque nelle mani delle segreterie dei partiti, ed essa potrà essere premiata o punita dagli elettori così come può esserlo oggi quella di avere inserito un candidato di una lista in una determinata posizione piuttosto che in un'altra all'interno della lista stessa. Quanto al profilo del rapporto fiduciario che dovrebbe legare eletti ed elettori, e della responsabilità che a esso si connette, si torna al tema del mandato imperativo e della interpretazione dell'art. 67 della Costituzione. Basti osservare, però, che la sanzione legata a tale responsabilità politica – la mancata ricandidatura o la mancata rielezione – può funzionare sia nel caso in cui esista un sistema con liste bloccate, sia nel caso in cui sia ammessa l'espressione di un voto di preferenza. Il partito che aveva candidato colui il quale ha male operato non lo ricandiderà: se lo facesse rischierebbe di ottenere un risultato elettorale negativo. Se ciò non avvenisse, la ragione va ricercata altrove, e non certo nell'eventuale esistenza delle liste bloccate; piuttosto, nel cattivo funzionamento dei meccanismi legati alla responsabilità politica. In tale prospettiva potremmo anzi dire (…) che proprio nel sistema delle liste bloccate il meccanismo della responsabilità politica opererebbe non già solo in una dimensione individuale e bilaterale (eletto – elettore) ma in una dimensione che si apre all'espresso riconoscimento dei partiti in Costituzione, e dunque definibile come trilaterale (eletto – partito – elettori). Ciò non sembra determini un depotenziamento della portata precettiva delle norme costituzionali richiamate, ma anzi ne consente la massima espansione e attuazione» (p. 23).

[23] M. LUCIANI, Bis in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, cit., p. 11.

[24] A commento dell'ordinanza della Corte di Cassazione che aveva dato origine al giudizio deciso nel 2014, E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria?*

La stessa vicenda processuale che aveva condotto la Corte a pronunciarsi sulla legge elettorale nel 2014, come è stato rilevato da più parti[25], mostrava già i sintomi di una vera e propria rivolta nei confronti di un sistema politico-partitico che, pur se incapace di interpretare le attuali istanze sociali, aveva tentato di mantenere molte delle sue tradizionali funzioni. Sul punto dell'ammissibilità della questione la Corte nel 2017 non poteva tornare indietro, ma, nel merito, sembra aver rimesso i principî al loro posto, almeno in teoria[26]. La responsabilità, ora, è tutta dei partiti.

Un'indebita richiesta di "supplenza" alla Corte costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica, cit., p. 10, scriveva: «Ma si può realisticamente immaginare che la Corte si presti a dichiarare l'incostituzionalità del meccanismo della lista bloccata con l'argomento che, in un'epoca di dissoluzione del sistema dei partiti e di crisi della politica, tale meccanismo non appare (più?) in grado di garantire un sufficiente collegamento tra l'elettore e l'eletto e in definitiva il corretto funzionamento del principio democratico-rappresentativo? Un tale salto nel vuoto, in una materia in cui la Corte costituzionale ha sempre dimostrato di agire con il massimo della prudenza, sembra davvero sommamente improbabile».

[25] Cfr. S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivistaaic.it*, 2014, n. 2; ID., *Il giudizio sulla legge elettorale come decisione politica*, in *Federalismi.it*, 2017; M. LUCIANI, *La garanzia aristocratica della democrazia (a proposito della sent. Corte cost. n. 1 del 2014)*, in *Lo Stato*, 2014, n. 2, pp. 187 ss.

[26] …riprendendo, tra l'altro, spunti assai interessanti della sua giurisprudenza più risalente: cfr., per esempio, la sentenza n. 203 del 1975, in materia di elezioni comunali, nella quale si legge che, con l'allora vigente modalità di presentazione delle liste alle elezioni comunali, «il legislatore ordinario ha voluto dare all'art. 49 della Costituzione un contenuto concreto e specifico coll'attribuire alle formazioni politiche un ruolo autonomo in materia di elezioni determinando uno stretto rapporto tra partiti ed elettori. Tale ruolo trova il suo logico e naturale sviluppo nel potere riconosciuto a dette formazioni di designare propri candidati al fine di meglio garantire la realizzazione di quelle linee programmatiche che esse sottopongono alla scelta del corpo elettorale. Una volta riconosciuta legittima, in linea di principio, la scelta operata dal legislatore di concedere alle formazioni politiche la facoltà di presentare proprie liste di candidati, nessuna rilevanza costituzionale può assumere la circostanza che lo stesso legislatore le ha lasciate libere di indicare l'ordine di presentazione delle candidature». Per non dire altresì della sentenza n. 422 del 1995 dove, addirittura, la Corte, con una peraltro assai criticata sentenza di accoglimento, poi superata anche per effetto della revisione costituzionale dell'art. 51 della Costituzione, aveva dichiarato l'incostituzionalità delle norme allora vigenti che riservavano determinate percentuali delle liste dei candidati in base al genere, rimettendo così implicitamente «ai partiti – quali strumenti di partecipazione dei cittadini alla determinazione della vita politica e di selezione delle candidature – anche la risoluzione dei problemi relativi alla parità tra i sessi nell'accesso alla rappresentanza» (G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 8).

LE NUOVE NORME SULLA SICUREZZA URBANA
DECORO *VERSUS* DIGNITÀ

di *Patrizio Gonnella*

SOMMARIO: *1. Una legge fondata sul decoro; 2. La criminalità urbana è in calo; 3. In continuità con le norme del 2008; 4. Sicurezza ben poco integrata; 5. Daspo e libertà di movimento; 6. I nuovi attori della sicurezza urbana. Più poteri ai sindaci. Meno giurisdizione; 7. Torna l'approccio proibizionista sulle droghe; 8. Conclusioni.*

1. Una legge fondata sul decoro

La sicurezza è un grande contenitore che include complesse questioni sociali, etiche, culturali, politiche, costituzionali e dunque giuridiche. La sicurezza non è materia per soli giuristi o confinabile all'interno di una 'disciplina'. Essa richiede una visione di tipo olistico. La trattazione legislativa della sicurezza può avvenire su premesse di carattere universalistico o identitario. La sicurezza può avere quale fondamento concettuale e filosofico la dignità umana o il decoro. La dignità umana rinvia a categorie universali. Il decoro a chiusure identitarie.

Nel Preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 la dignità umana è accostata ai diritti umani, all'uguaglianza, alla libertà, alla giustizia, alla pace. Non al decoro. Né il decoro avrebbe potuto mai essere accostato a tali principi. Il decoro è categoria soggettiva e dividente. La dignità è categoria oggettiva e includente.

La dignità è l'essenza identificativa biologica, biografica e dunque anche sociale e politica di ogni essere umano. Il decoro invece serve a qualificare e identificare gli uomini virtuosi e a separarli da quelli viziosi. La dignità nulla ha a che fare con la sobrietà nei comportamenti privati e pubblici[1].

[1] CICERONE, nel *De Officiis*, accosta linguisticamente e concettualmente la dignità al decoro così sovrapponendone i significati. «E non è davvero piccolo pregio della natura

Decoro deriva da *decorum*, ossia '*che ben si addice*'. Fa così ingresso dalla porta principale il termine non neutro di convenienza. *Decere* significa anche convenire. È decente ciò che conviene fare o dire. Il decoro è dunque un ornamento, non è mai l'essenza. La convenienza rimanda a sua volta all'opportunismo, all'uso strumentale dell'agire umano. Porre al centro delle politiche pubbliche il decoro significa rimandare concettualmente alla convenienza o meno dell'agire umano. Il decoro è una visualizzazione plastica della decenza e quindi della mera esteriorità, serve a distinguere, a separare, a giustificare l'esclusione sociale e giuridica[2].

Il decoro è la categoria centrale delle nuove norme in materia di sicurezza urbana volute fortemente dal governo. Volute in modo così determinato da imporle con decreto-legge, ponendo la fiducia al Senato e impedendo un dibattito più disteso e approfondito[3]. Nella Sezione seconda del provvedimento di legge, e precisamente all'articolo 4 dello stesso, si definisce la sicurezza urbana «*il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale, culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità sociale e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della*

razionale il fatto che l'uomo, unico fra tutti gli esseri viventi, senta quale sia il valore dell'ordine, del lecito e della misura nelle azioni e nelle parole. Ecco perché, perfino in quelle cose che cadono sotto il senso della vista, nessun altro animale sente la bellezza, la grazia, l'armonia; solo la natura razionale dell'uomo, trasferendo per analogia questo sentimento dagli occhi allo spirito, pensa che a maggior ragione la bellezza, la costanza e l'ordine si debbano conservare nei pensieri e nelle azioni; e mentre essa si guarda dal commettere cosa contraria al decoro e alla dignità dell'uomo, bada anche, in ogni pensiero e in ogni azione, che non faccia e non pensi nulla obbedendo al capriccio. Ora, dall'intrinseca unione di questi quattro elementi è formato quello che andiamo cercando, cioè ciò che è onesto, il quale, anche se non gode di molta fama tra gli uomini, non cessa pertanto d'essere onesto; e anche se nessuno lo loda, noi diciamo a ragione che questo, per sua natura, è ben degno di lode», (I, 14) (…) «Poiché ciò che è decoroso è onesto e ciò che è onesto è decoroso (…) tutte le azioni generose e magnanime appaiono degne dell'uomo e decorose: le azioni contrarie, invece, come sono disoneste, così offendono il decoro». (I, 94). CICERONE, *I doveri*, Introduzione e note di E. NARDUCCI. Traduzione di A. RESTA BARILE. Testo latino a fronte, Milano, 1987.

[2] T. PITCH destruttura sociologicamente il decoro accostandolo alla retorica della paura, in *Contro il decoro. L'uso politico della pubblica decenza*, Bari, 2013.

[3] Decreto-legge n.14 20 febbraio 2017 convertito con la legge di conversione del 18 aprile 2017 n.48 recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città.

cultura del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile». I requisiti di straordinaria necessità ed urgenza sono esplicitamente finalizzati al mantenimento del decoro urbano. Ed è la logica del decoro, estetica ed escludente, a permeare di sé le successive parti del decreto-legge. La parola dignità non compare mai mentre l'obiettivo estetico del raggiungimento del decoro urbano va a cambiare la geografia dei poteri pubblici. Nonostante all'articolo 4 della legge n.48 del 2017 si citino quali necessari gli interventi di riqualificazione urbana e nonostante si proclami in premessa un obiettivo di enorme portata politica ed etica quale «*l'eliminazione di fattori di marginalità sociale e di esclusione sociale nonché l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale*», nelle norme successive non c'è traccia di azioni conseguenziali sul welfare locale.

La legge è un lungo elenco di vecchi e nuovi poteri securitari amministrativi, pre e post penalistici nonché di ordine pubblico posti nelle mani di sindaci, prefetti e questori. Viene proposta una strategia securitaria prioritariamente diretta, nel nome del decoro urbano, a una eliminazione visiva e dunque estetica della marginalità sociale mentre mancano del tutto azioni e misure finalizzate a rimuoverne le radici. Quando si prevede che i poveri, gli accattoni, i tossicodipendenti siano spostati dal centro cittadino alle periferie si vuole oscurare la marginalità sociale nel nome del decoro urbano. Viceversa una legislazione fondata sulla dignità umana l'avrebbe contrastata frontalmente con misure strutturali piuttosto che accontentarsi di renderla invisibile. Il Governo con il decreto-legge del 20 febbraio 2017 ha costruito un'operazione di rimozione delle nuove povertà al fine di valorizzare pezzi di città rinunciando del tutto alla vivibilità di aree meno interessate ai flussi economici o turistici.

C'è dunque stridore nel vedere come gli obiettivi strategici di cui all'articolo 4 siano perseguiti attraverso l'attribuzione ai sindaci di poteri di polizia esplicitamente delineati per prevenire la criminalità, così rafforzando l'assunto che la marginalità sociale 'non decorosa' è autrice di crimini lesivi della coesione sociale.

2. La Criminalità urbana è in calo

Era il marzo del 1982 quando George L. Kelling e James Q. Wilson formalizzarono la teoria delle 'finestre rotte'[4] che poi fu l'architrave delle politiche di 'tolleranza zero' dell'ex sindaco di New York Rudolph Giuliani[5]. Contemporaneamente il sistema delle prigioni veniva parzialmente privatizzato e affidato alle multinazionali della sicurezza. La popolazione detenuta iniziò a crescere esponenzialmente superando i due milioni di persone incarcerate con un tasso di detenzione che divenne ben presto il più alto a livello globale – 700 persone prigioniere ogni 100 mila abitanti[6] – e ispirando nei decenni successivi le legislazioni e le pratiche di polizia di tantissimi paesi in giro per il mondo, compresa l'Europa. Esiste un legame storico e politico tra gli anni ottanta americani e le politiche italiane per la sicurezza presenti nel decreto-legge dello scorso febbraio. Così come negli Usa di trentacinque anni fa, attraverso politiche per la sicurezza urbana e nuovi poteri affidati ai sindaci si intende perseguire in modo duro la criminalità e allo stesso tempo assicurare il decoro cittadino. Ma c'è una reale emergenza che giustifica un cambio di passo sulla sicurezza urbana? I dati più recenti sulla criminalità in Italia evidenziano un *trend* al ribasso che non avrebbe dovuto giustificare allarmi securitari. Nella Relazione del Ministero dell'Interno al Parlamento sull'attività delle Forze di Polizia, sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica e sulla criminalità organizzata depositata il 9 febbraio 2017 e relativa all'anno 2015 si legge che in Italia vi è stato un calo enorme degli omicidi e una più generale riduzione della delittuosità. Nel 1991 gli omicidi in Italia erano stati ben 1901. Tre omicidi ogni 100 mila abitanti. Nel 2015 sono stati 469, ovvero 0,8 ogni 100 mila abitanti. Lo stesso Ministero degli Interni rileva che il top degli omicidi nell'ultimo decennio in Italia è stato nel 2013 a causa dei 366 immigrati morti in mare nel naufragio di quel tragico 3 ottobre. Nel 2015 vi è stato un decremento pari al 4,47% del numero complessivo dei delitti denunciati rispetto all'anno

[4] G.L. KELLING e J. Q. WILSON, *Broken Windows. The police and neighborhood safety*, marzo 1982, The Atlantic.

[5] Gli effetti classisti e violenti delle politiche americane di sicurezza negli anni ottanta e novanta sono descritte da L. WACQUANT in *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Milano, 2000.

[6] L'International Center for Prison Studies è fonte a livello universale di statistiche penitenziarie che consentono un raffronto dei tassi di detenzione. I numeri della carcerazione Stato per Stato sono consultabili all'indirizzo prisonstudies.org

precedente. Circa 100 mila sono i reati in meno rispetto al 2011 quando il numero totale fu pari a 2.763.012[7]. Nella Relazione del Ministero dell'Interno si legge che: «*La flessione dei reati riscontrata nel 2015 ha riguardato, in particolare, le violenze sessuali (-6,04%), le rapine (-10,62%), i furti (-6,97%), l'usura (-7,41%), lo sfruttamento della prostituzione/pornografia minorile (-3,03%)*». Dunque i crimini predatori sono in diminuzione. Crimini predatori contro cui, come si legge nella relazione che accompagna il testo del Governo, sono state pensate le norme sulla sicurezza urbana nonché giustificate l'urgenza e la necessità della decretazione.

Le norme presenti nel testo di legge hanno quali target principalmente spacciatori, consumatori di sostanze, accattoni, rom, clochard, prostitute. Eppure sempre il Ministero dell'Interno scrive nero su bianco che il numero totale delle persone denunciate/arrestate per riduzione o mantenimento in schiavitù (articolo 600 c.p.) tra il 2011 e il 2015 è diminuito da 309 a 239, per favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione (articolo 3 legge n.75 del 1958) sempre nello stesso arco temporale da 3.258 a 2.209, per prostituzione minorile (articolo 600 *bis* c.p.) da 378 a 287, per l'impiego di minori nell'accattonaggio (articolo 600 *octies* del c.p.) da 396 a 248. In crescita invece le imputazioni per il reato di cui all'articolo 10 *bis* del decreto legislativo 286/1998[8] ovvero il crimine di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. Si è passati dai 28.555 del 2011 ai 31.906 crimini di clandestinità del 2015. È questo un reato di mero *status*, di evidente costruzione artificiosa, introdotto nel 2008. Nel 2014 il Parlamento ne aveva previsto la depenalizzazione nell'apposita legge delega[9] ma la delega non è stata esercitata, nonostante le dichiarazioni di tanti operatori della giustizia che hanno provato a spiegare come il reato non solo sia inutile ma è persino dannoso[10].

---

[7] Nel 2015 i crimini denunciati sono stati 2.687.249.

[8] L'art. 10-bis comma 1 dell'attuale Testo Unico sull'immigrazione prevede dunque ancora che «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro».

[9] Legge delega 28 aprile del 2014 n.67.

[10] In un'intervista al quotidiano Repubblica Franco Roberti, Procuratore nazionale antimafia e terrorismo, spiega come la fattispecie penale sia un ostacolo alle indagini sui traffici di persone. Si veda, L. MILELLA, *Roberti: "Il reato di immigrazione clandestina? legge che ha solo ostacolato le indagini sui trafficanti,* in ***Repubblica.it*** del giorno 8 gennaio 2016.

Dunque nella produzione delle norme sulla sicurezza urbana non sono presi in considerazione né i dati statistici né il parere degli esperti e si legifera, come nella tradizione penal-populistica, sulla base della percezione pubblica dell'insicurezza allo scopo di offrire ai cittadini-elettori già garantiti una sorta di rassicurazione simbolica del tutto sganciata dai bisogni autentici e profondi di sicurezza[11].

3. In continuità con le norme del 2008

Il decreto-legge del 9 febbraio 2017 sulla sicurezza si propone in continuità linguistica e di contenuti con il decreto del Ministro dell'Interno del 5 agosto del 2008 (c.d. decreto Maroni)[12], di cui rilancia i principi ispiratori, proponendo un'idea di sicurezza che nulla ha a che fare con le teorie progressiste che la criminologia critica aveva elaborato a cavallo tra gli anni ottanta e novanta.

La sicurezza urbana integrata, nelle intenzioni del legislatore, si riduce ad allargamento della platea degli attori della sicurezza andando oltre i tradizionali poteri di Polizia. Il sindaco, e la polizia municipale, si elevano a soggetti della sicurezza. Allo stesso tempo si certifica che contro le marginalità sociali lo strumentario di risposta è quello della sicurezza. Si assiste dunque alla dismissione delle politiche locali di welfare. La marginalità sociale presente nello spazio pubblico viene ritenuta quale elemento deturpatore del "decoro", della "quiete pubblica" e finanche della "moralità".

Il legislatore del 2017 e quello del 2008 usano parole comuni. Quello di seguito riportato è il contenuto dell'articolo 1 del decreto-legge voluto dall'allora ministro dell'Interno Roberto Maroni. Siamo nel 2008 e viene scritto all'art. 1 che «*il sindaco interviene per preve-*

[11] A proposito del populismo penale e delle sue caratteristiche comuni agli ordinamenti e agli Stati vedi S. ANASTASIA in (a cura di P. GONNELLA, M. RUOTOLO), Carceri e giustizia secondo Papa Francesco, Milano, 2016 e S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, Populismo penale. Una prospettiva italiana, Padova, 2015.

[12] Decreto ministeriale adottato sulla base del decreto-legge 23 maggio 2008, convertito in legge 24 luglio 2008, n.125. Va ricordato che ancora prima del 2008 i Sindaci avevano tentato di occupare uno spazio pubblico in materia di sicurezza. Tra i primi il comune di Firenze che il 25 agosto del 2007 aveva con ordinanza vietato l'esercizio del mestiere di lavavetri. Di fronte alla reazione della Procura che ritenne non applicabile l'articolo 650 del codice penale per chi violava l'ordinanza, il Comune ci riprovò l'11 settembre del 2007 con un'ordinanza necessariamente più generica.

nire e contrastare: a) le situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili e i fenomeni di violenza legati anche all'abuso di alcool; b) le situazioni in cui si verificano comportamenti quali il danneggiamento al patrimonio pubblico e privato o che ne impediscono la fruibilità e determinano lo scadimento della qualità urbana; c) l'incuria, il degrado e l'occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni indicate ai punti a) e b); d) le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico; e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi». Dopo nove anni e quattro governi di segno diverso ecco il testo voluto dal Ministro Marco Minniti. Così è scritto all'articolo 8 del decreto-legge del 2017: «*Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti*». E per non lasciare dubbi intorno alle finalità repressive e securitarie delle prerogative sindacali subito dopo così prosegue: «*I provvedimenti adottati ai sensi del comma 4 concernenti l'incolumità pubblica sono diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti*». Dunque nel linguaggio usato, nel richiamo al decoro e al degrado, nell'idea di sicurezza i testi di legge del 2008 e del 2017 sono del tutto sovrapponibili.

Il tutto nonostante tra i due decreti siano accaduti eventi epocali che avrebbero dovuto diversamente orientare il legislatore in materia

di prevenzione della criminalità. E nonostante la Corte costituzionale fosse già intervenuta intorno ai poteri che il decreto del 2008 affidava ai sindaci in quanto, se mal esercitati, avrebbero potuto originare vere e proprie fattispecie penali in bianco, lesive del principio di uguaglianza e della esclusiva competenza dello Stato in materia penale.

Nel 2011, la Consulta è intervenuta con sentenza n.115, in un caso che riguardava un'ordinanza del sindaco del comune di Selvazzano, in provincia di Padova, che proibiva l'accattonaggio. Questa la norma dichiarata costituzionalmente illegittima nel 2011: «*il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*».

La geografia politica delle amministrazioni locali e regionali mostra come molti siano gli assessorati alla sicurezza. La crisi economica globale, le guerre, i flussi migratori di massa, hanno inevitabilmente moltiplicato la presenza di soggetti vulnerabili che popolano lo spazio urbano (mendicanti, clochard, venditori ambulanti, prostitute e così via). La risposta pubblica viene banalizzata. Contro i socialmente esclusi viene costruito un muro di sanzioni, principalmente amministrative, ma anche di polizia e penali. Infatti ogniqualvolta si trasgredisce un'ordinanza sindacale in materia di sicurezza c'è sempre il rischio di incorrere nell'imputazione di cui all'articolo 650 del codice penale che sanziona l'inosservanza di ordini dell'autorità. Così è accaduto a Ventimiglia ad alcuni cittadini francesi che avevano deciso di offrire del cibo ai migranti lì presenti nonostante un'ordinanza del sindaco (poi ritirata) lo vietasse espressamente.

Con il decreto-legge del febbraio 2017 viene restituito ampio potere ai sindaci in materia di sicurezza, quel potere in parte loro sottratto dalla Consulta nel 2011. È questo un obiettivo politico fortemente voluto dall'Anci che lo ha rivendicato in audizione alla Camera dei Deputati nel seppur strozzato dibattito parlamentare. Il tutto nonostante i primi cittadini, tra il 2008 e il 2011, avessero dato cattiva prova di sé come amministratori della sicurezza. Si assistette a quel tempo a una proliferazione di ordinanze non motivate, creative, che andavano negativamente e ingiustificatamente a comprimere la libertà di movimento delle persone.

La legge n. 48 del 2017 nel qualificare i poteri di ordinanza del sindaco in materia di sicurezza urbana, senza troppi infingimenti o giochi

di parole, li ha connessi alla prevenzione e al contrasto di fenomeni criminosi o illegali, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti. Il Sindaco, dunque, diventa soggetto che fa politica criminale e di sicurezza, nonostante il quadro costituzionale dei poteri pubblici non sia stato modificato. Il sindaco, con la legge elettorale in vigore, è eletto direttamente dal popolo. I rischi di deriva populista sono dunque ben visibili. La sicurezza è un terreno facile per cercare di conquistare consensi rompendo quel principio di uguaglianza e di legalità che deve obbligatoriamente essere a base delle scelte di politica criminale. Il nostro sistema giuridico non può tollerare trattamenti differenziati da città a città su temi che inerischono la libertà di movimento o la libertà personale.

4. Sicurezza ben poco integrata

La sicurezza, al pari dell'immigrazione, non a caso oggetto di altro decreto-legge (n.13) del Governo approvato il febbraio 2017, è stata materia ampiamente sfruttata durante le ultime campagne elettorali. Presumibilmente sarà terreno di raccolta di consensi anche nelle prossime competizioni elettorali. Eppure, così come scriveva Massimo Pavarini «*Il governo locale del bene pubblico della sicurezza non sopporta la scorciatoia delle "grida manzoniane", cioè mal convive con la dimensione solamente "simbolica" nella produzione dell'ordine*»[13].

Non è questo un fenomeno politico italiano, visto che la fortuna di movimenti populisti e xenofobi, nonché di *tycoon* di qua e di là dell'oceano, è saldamente fondata sulla propaganda securitaria. La sicurezza è un buon terreno per misurare l'autentica diversità o la sostanziale omogeneità delle politiche promosse e promesse dagli schieramenti contrapposti. Politiche dirette all'integrazione di rom, sinti e camminanti, di riduzione del danno per persone con problemi di dipendenza da droghe o alcool, di messa a disposizione di spazi per l'accoglienza e la socializzazione sono anch'esse politiche per la sicu-

[13] M. PAVARINI, *Il problema della sicurezza,* in Meteronomie, anno XIII, giugno-dicembre 2006.

rezza che sarebbero ben più utili a decostruire le paure e a ridimensionare le sensazioni di insicurezza che, come visto, sono del tutto sganciate dal dato reale e dal dato statistico. Sono politiche ontologicamente contrapposte a quelle di polizia.

La regione Emilia Romagna, oramai più di venticinque anni fa, affidò a studiosi e accademici quali lo stesso Massimo Pavarini, Dario Melossi, Giuseppe Mosconi e Tamar Pitch l'elaborazione del progetto Città sicure. C'era una intuizione progressista e socialmente avanzata dietro quella stagione progettuale sulla sicurezza, ovvero che essa fosse un prodotto articolato e complesso di più soggetti pubblici e privati nonché di politiche integrate. Ripeteva Massimo Pavarini[14] che esiste un rapporto sincronico tra paure di impoverimento e percezioni di insicurezza; sincronismi che favoriscono meccanismi manipolatori da parte delle forze politiche. Ancora Massimo Pavarini: «*La preoccupazione per la situazione economica-sociale e la preoccupazione sicuritaria tendono quindi reciprocamente ad alimentarsi, determinando un sentimento pessimista verso il futuro, che sembra sempre più incerto*».

Si può dunque affrontare la sicurezza partendo dalla situazione economica-sociale (come storicamente hanno fatto le forze progressiste) o da quella sicuritaria (come hanno tradizionalmente fatto le forze politiche conservatrici).

Oltre al decoro l'altra espressione chiave del decreto-legge sulla sicurezza urbana è 'sicurezza integrata'. All'articolo 1 si afferma che: «*si intende per sicurezza integrata l'insieme degli interventi assicurati dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province autonome di Trento e Bolzano e dagli enti locali, nonché da altri soggetti istituzionali, al fine di concorrere, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all'attuazione di un sistema unitario e integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali. Concorrono alla promozione della sicurezza integrata gli interventi per la riqualificazione urbana e per la sicurezza nelle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia finanziati con il fondo di cui all'art. 1, comma 140, della legge 11 dicembre 2016, n. 232*».

[14] Vedi nota n. 12 ma anche M. PAVARINI, *L'amministrazione locale della paura, ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Roma, 2006 con studi e ricerche in quattro ambiti metropolitani (Bologna, Padova, Perugia e Torino) intorno ai linguaggi, ai discorsi pubblici, alle pratiche municipali e di polizia e ai processi di vittimizzazione.

C'è un collegamento con un'esperienza politica e normativa che caratterizzò l'Italia tra il 2006 e il 2008, ovvero quella dei Patti per la sicurezza[15], rievocati all'articolo 5 del decreto-legge n.17. Ma i nuovi Patti per la sicurezza urbana hanno definitivamente perso ogni ambizione non securitaria e realmente 'integrata' visti gli obiettivi esplicitamente descritti:

> *«a) prevenzione e contrasto dei fenomeni di criminalità diffusa e predatoria, attraverso servizi e interventi di prossimità in particolare a vantaggio delle zone maggiormente interessate da fenomeni di degrado, anche coinvolgendo, mediante appositi accordi, le reti territoriali di volontari per la tutela e la salvaguardia dell'arredo urbano, delle aree verdi e dei parchi cittadini e favorendo l'impiego delle forze di polizia per far fronte ad esigenze straordinarie di controllo del territorio, nonché attraverso l'installazione di sistemi di videosorveglianza;*
>
> *b) promozione e tutela della legalità, anche mediante mirate iniziative di dissuasione di ogni forma di condotta illecita, compresi l'occupazione arbitraria di immobili e lo smercio di beni contraffatti o falsificati, nonché la prevenzione di altri fenomeni che comunque comportino turbativa del libero utilizzo degli spazi pubblici;*
>
> *c) promozione del rispetto del decoro urbano, anche valorizzando forme di collaborazione inter-istituzionale tra le amministrazioni competenti, finalizzate a coadiuvare l'ente locale nell'individuazione di aree urbane su cui insistono plessi scolastici e sedi universitarie, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, ovvero adibite a verde pubblico, da sottoporre a particolare tutela ai sensi dell'art. 9, comma 3».*

Fortunatamente in sede di conversione gli obiettivi securitari sono stato mitigati da un comma aggiunto *in extremis* che include anche quelli diretti **«***alla promozione dell'inclusione, della protezione e della solidarietà sociale mediante azioni e progetti per l'eliminazione di fattori di marginalità, anche valorizzando la collaborazione con enti o associazioni operanti nel privato sociale, in coerenza con le finalità del Piano nazionale per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale».*

[15] Che a loro volta si ispiravano ai Contrats Locaux de Sécurité di provenienza francese.

Dunque la sicurezza è qualificata come sicurezza integrata non perché l'obiettivo da perseguire sia assicurare i diritti fondamentali di tutti coloro che abitano a vario titolo la città fondendo ancor più che integrando politiche urbanistiche, sociali, sanitarie, sportive, scolastiche o più genericamente educative, ma è qualificata tale solo perché prefetto e sindaco stringono fra loro un patto per la sicurezza integrando i loro poteri per comuni obiettivi di ordine pubblico. Oltre a prefetto e sindaco, con relative forze di polizia, nella legge viene evocato il contributo possibile delle «*reti di volontari per la tutela e la salvaguardia dell'arredo urbano*» così come le chiama espressamente il legislatore. Non si capisce bene cosa siano. Appare un altro modo per indicare le ronde. Le ronde dei cittadini erano state disciplinate nella legge sulla sicurezza pubblica n. 94 del 2009. Anche su questo tema però, a seguito delle istanze promosse dalle regioni Toscana, Emilia Romagna e Umbria, la Corte costituzionale intervenne con sufficiente chiarezza sostenendo con la sentenza n.226 del 2010 che fosse illegittimo l'uso delle ronde nelle circostanze di disagio sociale. I giudici affermarono che i '*volontari*' possono al limite fare segnalazioni ma mai intervenire nelle situazioni di disagio sociale, essendo gli interventi di stretta competenza regionale. Nella legge 48 del 2017 si parla di coinvolgimento di volontari (*rectius* ronde). Il rischio di incorrere in una nuova censura della Corte non è certo da escludere. Nel frattempo però il quadro politico si è disarticolato. Tre regioni del centrosinistra allora sollevarono la questione contro un decreto voluto dalla destra. Ora la legge sulla sicurezza è voluta dal centrosinistra. Vedremo cosa faranno le regioni politicamente omogenee, e se riproporranno la questione davanti alla Consulta.

Guardando ai protagonisti del Patto per la sicurezza, ancora una volta *in extremis* il Parlamento ha cercato di rimediare in sede di conversione a questa interpretazione monolitica della sicurezza allargando la platea degli attori e prevedendo un ruolo di consulenza ai rappresentanti delle associazioni di categoria comparativamente più rappresentative. Troppo poco e troppo poche le parti sociali coinvolte perché il Patto per la sicurezza possa essere interpretato come un patto largo di cittadinanza.

Che l'impianto normativo non volesse essere un modello di partecipazione comunitaria alle politiche di sicurezza integrata lo si capisce dalle rivendicazioni dell'Anci e dalla particolare soddisfazione dei Comuni più grandi per l'approvazione dell'articolo 7 che allarga il

Comitato metropolitano per la sicurezza al sindaco metropolitano e solo eventualmente, e su invito di prefetto e sindaco, ad altri soggetti pubblici o privati. Dunque il Sindaco rompe l'egemonia prefettizia sulla sicurezza che aveva caratterizzato il nostro modello pubblico, centralizzato e monopolistico.

L'esito finale di questa interpretazione non integrata della sicurezza sta nell'articolo 2-*ter* della legge di conversione che mette a disposizione dei comuni ben 37 milioni nel triennio 2017-2019 per la videosorveglianza. È la logica del controllo a permeare di sé il testo e il budget più cospicuo è messo a diretta disposizione di questa logica.

5. Daspo e libertà di movimento

Gli articoli 9 e seguenti della legge 48 del 2017 disegnano i poteri dei sindaci all'interno di un arco di norme dove sicurezza, prevenzione e repressione della criminalità sono esplicitamente poste l'una accanto all'altra così togliendo ogni residuo dubbio sul fatto che il contributo degli enti locali alla sicurezza integrata potesse significare una diversa politica pubblica della sicurezza, non ispirata solo a logiche di controllo sociale e ordine pubblico. I sindaci hanno così ottenuto di sedersi al tavolo della sicurezza con le forze dell'ordine. Se questo accrescerà la qualità e l'efficienza dell'azione di contrasto al crimine lo si vedrà nei prossimi mesi e anni. L'articolo 2 della legge prevede che vi sia «*a) scambio informativo, per gli aspetti di interesse nell'ambito delle rispettive attribuzioni istituzionali, tra la polizia locale e le forze di polizia presenti sul territorio; b) interconnessione, a livello territoriale, delle sale operative della polizia locale con le sale operative delle forze di polizia e regolamentazione dell'utilizzo in comune di sistemi di sicurezza tecnologica finalizzati al controllo delle aree e delle attività soggette a rischio; c) aggiornamento professionale integrato per gli operatori della polizia locale e delle forze di polizia*». La polizia locale si eleva silenziosamente a ulteriore forza di polizia che si aggiunge alle quattro già esistenti. Dunque, dopo lo scioglimento del Corpo Forestale dello Stato, avvenuto con decreto legislativo n.177 del 2016, e oramai definitivamente chiuso il dibattito su una possibile fusione tra Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di Finanza, Polizia Penitenziaria, la polizia locale assume un ruolo quasi paritario con le altre forze dell'ordine. Il sistema pubblico di sicurezza diviene più articolato,

frammentato ma non si sa se più efficiente ed economicamente vantaggioso, con rischi di sovrapposizione di interventi e dispendio di personale umano e risorse. Si attende ora un decreto del Ministero dell'Interno che dovrà individuare i criteri di cooperazione tra le forze di polizia nazionali e locali. Con decreto-legge viene modificato l'assetto istituzionale della sicurezza nel paese.

La polizia locale, tra i suoi nuovi compiti, dovrà accertare, alla luce dell'articolo 9 della legge 48 del 2017, se siano poste in essere «*condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione delle aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze*». Divieti che con appositi regolamenti di polizia urbana possono essere estesi anche ad aree dove vi sono scuole, università, musei, parchi archeologici, complessi monumentali, aree verdi ma soprattutto luoghi interessati da consistenti flussi turistici. Ai trasgressori, oltre alla multa tra 100 e 300 euro, potrà essere ordinato l'allontanamento da quel luogo. Mediante una serie di rimandi legislativi al codice della strada il sindaco potrà esercitare il provvedimento di allontanamento anche dal resto della città. Il provvedimento è una sorta di trasposizione del Daspo dalle manifestazioni sportive alla sicurezza urbana.

Dunque il Sindaco acquista un potere enorme sulla vita e la libertà delle persone. Può costringerle a non stazionare in determinati luoghi. Una misura non troppo diversa dalla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno (misura ridisegnata dal decreto legislativo n.159 del 2011), ma senza quel, seppur ridotto, insieme di garanzie giurisdizionali che la disciplina generale delle misure di prevenzione prevede dopo gli interventi della Corte costituzionale che si sono susseguiti incessantemente sino alla fine del 2013[16].

L'articolo 9 affida al sindaco un potere simile a quello che hanno questore e procuratore della Repubblica nel caso delle misure di prevenzione. Mentre nel caso di queste ultime il presupposto normativo è la presunta pericolosità della persona da allontanare (presupposto già di per sé molto poco oggettivo), nel caso dell'articolo 9 della legge 48

[16] La Corte costituzionale con sentenza n.291 del 2 dicembre 2013 è nuovamente intervenuta per sottolineare, a proposito delle misure personali di prevenzione, che nel caso di sospensione dell'esecuzione per lo stato di detenzione dell'interessato, la pericolosità va riverificata.

del 2017 il presupposto è il fastidio sociale e l'attacco al decoro prodotto dalla persona da allontanare. Che vi sia un legame stretto con le misure di prevenzione è evidente alla luce del successivo articolo 10 della legge 48 del 2017 che affida al questore, in caso di reiterazione della condotta, un potere di imporre un divieto di permanenza nell'area sino a sei mesi, che possono diventare due anni se si tratta di persone condannate in via definitiva o in appello nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o contro il patrimonio. Nonostante quanto ripetuto più volte dal Ministro dell'Interno Marco Minniti, la normativa va a sconfinare nel penale, adottando a piene mani dalla teoria anti-sociale dell'etichettamento criminale. In tal modo sarà ancora più difficile per le persone che hanno avuto un'esperienza carceraria organizzare un percorso di recupero nel proprio territorio, che spesso coincide con il luogo ove è stato commesso il delitto. Sulla base di presunzioni di pericolosità evinte dal certificato penale, l'autorità amministrativa e di polizia (prima il sindaco e poi il questore) potranno assumere provvedimenti diretti a sradicare le persone dai loro contesti, a espellerle dai loro quartieri senza il parere dei servizi sociali della giustizia o del territorio e contro ogni programma individualizzato di risocializzazione.

Chi sono infatti quelli che bivaccano nelle stazioni, nei centri storici, nelle piazze danneggiando il decoro e il turismo? Immigrati irregolari, rom, clochard, tossicodipendenti o dediti all'alcool, ex detenuti. Saranno loro a essere multati e allo stesso tempo allontanati con effetti amministrativi ma soprattutto indirettamente penali. Se è presumibile che pochi di loro saranno nelle condizioni di pagare la sanzione economica imposta, alto è invece il rischio di un'imputazione penale per violazione dell'articolo 650 del codice penale (inosservanza di ordine dell'autorità) così rischiando l'arresto fino a tre mesi o un'altra ammenda. Tutto ciò produrrà un'ondata di nuove incarcerazioni? Forse no, ma forse sì. Molte di queste persone sono *border line*, vivono ai margini, non hanno gli strumenti cognitivi o la serenità d'animo per accettare senza opporsi un provvedimento che gli toglie il tetto dalla loro testa. È probabile che reagiranno scompostamente al controllo di polizia incorrendo con relativa facilità nell'accusa di resistenza a pubblico ufficiale *ex* articolo 337 del codice penale con immediata traduzione in carcere. Nelle sezioni di primo ingresso negli istituti metropolitani se ne incontrano non poche, già oggi, di persone detenute per il reato di resistenza a pubblico ufficiale.

I tassi di carcerazione sono legati spesso, più che ai tassi di criminalità, alle pratiche di polizia prodotte dal clima culturale e politico generale. La legge 48 del 2017 è un invito esplicito a compiere operazioni di polizia e 'pulire' dalle persone indesiderate i luoghi pubblici restituendoli al decoro urbano. Una strategia non lungimirante in termini di sicurezza integrata: quelle persone indesiderate, posto che non potranno essere internate a vita o ammazzate, si sposteranno inevitabilmente verso le periferie urbane che diverranno sempre meno gestibili e sempre più insicure.

L'impianto della legge risponde esclusivamente a esigenze di tipo securitario e repressivo. Non sono previsti in alcuna delle sue parti "paracaduti sociali". Il richiamo alla riqualificazione urbana è solo di facciata. Una dimostrazione del precipitato repressivo della legge 48 del 2017 è il comma 6-*quater* dell'articolo 9 il quale prevede quanto segue:

> «*Nel caso di reati commessi con violenza alle persone o alle cose, compiuti alla presenza di più persone anche in occasioni pubbliche, per i quali è obbligatorio l'arresto ai sensi dell'art.380 del codice di procedura penale, quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera comunque in stato di flagranza ai sensi dell'art. 382 del medesimo codice colui il quale, sulla base di documentazione video fotografica dalla quale emerga inequivocabilmente il fatto, ne risulta autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, entro le quarantotto ore dal fatto. Le disposizioni del presente comma hanno efficacia dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino al 30 giugno 2020*».

Dunque la sicurezza integrata e urbana comprende anche l'arresto in flagranza differito, già previsto per le manifestazioni sportive, vero e proprio ambito di sperimentazione di nuove forme di repressione poliziesca. La flagranza differita è un ossimoro, sa di provvedimento illogico. Il legislatore ne sembra consapevole prevedendo che la misura sia a tempo determinato, scade infatti a giugno 2020. Prevedere che una norma di procedura penale abbia una scadenza temporale è un modo per mettere le mani avanti di fronte alla magistratura di merito e di legittimità, riconoscendone la straordinarietà. Non è chiaro però quale sia l'emergenza che la giustifichi. La norma costituisce uno

strappo alle garanzie ordinarie e consegna alle polizie poteri non ordinari sulla libertà delle persone. Si tratta di una norma dettata da un'emergenza presunta che non ha traccia nei dati statistici sui reati di strada o politici. Una norma che contribuirà all'aumento degli arresti dopo che negli ultimi anni si era assistito a una decrescita degli ingressi in carcere, anche quale esito della condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti umani nel caso Torreggiani.

6. I nuovi attori della sicurezza urbana. Più poteri ai sindaci. Meno giurisdizione

La legge 48 del 2017 disegna una nuova gerarchia dei poteri. La sicurezza, a livello locale, è ora affidata a un potere triangolare composto da prefetto, questore e sindaco. Una triangolazione dai confini incerti tra le tre autorità con potenziali ambiti di intervento complementare e di conflitto. Paradigmatico è l'articolo 11 che, in materia di occupazioni abusive per ragioni abitative, affida al sindaco una funzione di limite e contro-potere rispetto alle decisioni del prefetto, dopo che questi ha sentito il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica. Al prefetto spetta definire i livelli di forza pubblica per gli sgomberi delle occupazioni arbitrarie. Il comma 3-*bis* dell'articolo 11, aggiunto in sede di conversione di legge, ha cercato di temperare la durezza di approccio della norma sulle occupazioni abusive prevedendo che «*il sindaco, in presenza di persone minorenni o meritevoli di tutela, può dare disposizioni in deroga a quanto previsto ai commi 1 e 1-bis, a tutela delle condizioni igienico-sanitarie*». Al questore invece vengono confermati i più classici poteri di ordine pubblico quali quelli di sospensione della licenza per gli esercizi pubblici nel caso di mancata osservanza delle ordinanze del sindaco in materia di orari notturni e vendita di alcolici o quelli in materia di repressione per chi traffica, vende o consuma sostanze stupefacenti. Una triangolazione territoriale dagli incerti confini che ben potrebbe produrre sconfinamenti o forti divergenze di vedute nella gestione dei conflitti sociali. Il questore da un lato è il controllore del rispetto delle ordinanze sindacali sulla sicurezza urbana, dall'altro fa sicurezza in prima persona quando il tema è la droga. Il prefetto da regista della sicurezza su base provinciale diventa esecutore della stessa, e in alcuni casi, può essere sconfessato dal sindaco che a suo insindacabile giudizio può sostenere che ragioni

umanitarie (la presenza di minori) o sanitarie giustifichino una non attivazione dei meccanismi di sgombero da locali abitati. Un potere di 'eccezione' molto ampio e non ben determinato visto che può essere esercitato anche laddove il sindaco affermi che vi siano «*persone meritevoli di tutela*». Espressione non definita che consente al sindaco di porre, ogniqualvolta voglia, un freno alle decisioni del prefetto. Dunque il sindaco, grazie a un emendamento approvato in sede di conversione, torna nel suo ruolo di garante della comunità e del welfare locale ma può esercitarlo in modo confuso. Siamo di fronte a un rischio doppio: da un lato un conflitto territoriale di competenza o una divergenza di opinioni profonda tra gli attori coinvolti, soprattutto nelle città dove la sicurezza è brandita quale arma ideologica di governo del territorio; dall'altro uno snaturamento del ruolo del sindaco che va progressivamente a definirsi quale governatore della città sul modello americano senza però un bilanciamento ragionevole ed equilibrato con gli altri poteri dello Stato. Sembra che oramai si stia tornando al municipalismo e sia stata abbandonata la sbornia regional-federalista. Sarà vero oppure è solo l'urgenza 'securitaria' ad avere prodotto un diverso assetto dei poteri?

7. Torna l'approccio proibizionista sulle droghe

Che il decreto-legge del Governo abbia un approccio tradizionale e univoco in materia di sicurezza lo si desume agevolmente analizzando le norme in materia di droghe. Qui non c'è traccia della complessità del tema, di un approccio multi-dimensionale, delle posizioni più articolate che lo stesso Governo aveva espresso, più o meno un anno prima, ovvero ad aprile del 2016 a New York, tramite il Ministro della Giustizia Andrea Orlando, in occasione della sessione straordinaria dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sulle droghe[17]. Il Governo italiano aveva avallato un superamento della più tradizionale *war on drugs*, con il suo approccio repressivo, se non militare. Nell'estate del 2016 la Camera aveva iniziato la discussione del disegno di legge n.3235, primo firmatario Roberto Giachetti, recante «*disposizioni in materia di legalizzazione della coltivazione, della lavo-*

[17] Il testo è disponibile sul sito istituzionale dell'U.N.O.D.C. (*United Nation Office on Drugs and Crime*), Unodc.org.

razione e della vendita della cannabis e dei suoi derivati». Pareva dunque si stesse andando in una direzione meno aggressiva e proibizionista. Le posizioni di autorevoli componenti del Governo sembravano confermare un cambio di paradigma. Con la legge 48 invece torna forte un orientamento di tipo poliziesco e genericamente punitivo, che non tiene conto del fallimento delle politiche proibizioniste in termini di riduzione dei consumi, di costi per la giustizia, di affari per la criminalità organizzata[18].

All'articolo 13 della legge 48 del 2017 infatti si afferma che «*nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per la vendita o la cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope, di cui all'art. 73 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, per fatti commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di scuole, plessi scolastici, sedi universitarie, locali pubblici o aperti al pubblico, ovvero in uno dei pubblici esercizi di cui all'art. 5 della legge 25 agosto 1991, n. 287, il questore può disporre, per ragioni di sicurezza, il divieto di accesso agli stessi locali o a esercizi analoghi, specificamente indicati, ovvero di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi*». Divieti di lunga durata, ovvero fino a cinque anni. In sede di conversione del decreto-legge ci si è resi conto che la norma non considerava minimamente come il fenomeno fosse di massa e avrebbe potuto coinvolgere decine di migliaia di giovani privi di un profilo criminale strutturato così pregiudicandone il futuro e inducendoli a scelte devianti altrimenti prevenibili. Si pensi, infatti, a un giovane studente condannato per vendita di droghe leggere in un contesto scolastico o universitario. Impedirgli di tornare a scuola è contro ogni retorica educativa e ogni approccio multi-dimensionale. Per questo, nel tentativo di porre rimedio a eccessi punitivi e proibizionisti che ci portano almeno dieci anni indietro tornando ai tempi dell'approvazione della legge n.49 del 2006 (c.d. Fini-Giovanardi) da più parti messa in discussione e parzialmente abrogata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 32 del 25 febbraio 2014, il Parlamento ha sancito che «*il divieto è disposto individuando modalità applicative*

[18] Fallimento raccontato nel settimo Libro bianco sulle droghe a cura di Società della Ragione, Antigone, Forum Droghe, Cnca, Cgil, Comunità di San Benedetto al Porto, Gruppo Abele, Itaca. ITARDD, Lega CoopSociali, LILA, Associazione Luca Coscioni. È consultabile all'indirizzo file:///C:/Users/CoalizioneItaliana/Downloads/Libro-Bianco-2016.pdf

compatibili con le esigenze di mobilità, salute, lavoro e studio del destinatario dell'atto».

Permane però tra gli obblighi che il questore potrà imporre alle persone condannate, anche in via non definitiva, per violazione dell'articolo 73 della legge sulle droghe (un contenitore normativo che racchiude mille cose diverse per quantità e qualità dell'azione illegale) «*l'obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici*». Dunque tutti i giorni non festivi dell'anno, che si presume e si auspica siano per l'ex condannato giorni di lavoro, la persona posta sotto sorveglianza dovrà presentarsi alle 8 e alle 14 presso un comando di polizia. Così quella persona è destinata alla disoccupazione o alla nullatenenza, ovvero è destinato a optare per una scelta di vita illegale nonché fruttuosamente criminale. La norma riguarda anche astrattamente un minore così di fatto impedendogli la vita scolastica ordinaria. Per chi è in età da obbligo scolastico si pone un problema serio di prevalenza di esigenze educative o securitarie. La legge 48 del 2017 ha optato per la prevalenza delle seconde.

Le sanzioni amministrative per chi trasgredisce i divieti sono abnormi con somme da 10.000 a 40.000 euro e la sospensione della patente di guida da sei mesi a un anno. Ogni potenziale prospettiva di recupero sociale è fortemente pregiudicata. Mentre si discute in parlamento se legalizzare la cannabis, il Governo, e lo stesso Parlamento in sede di conversione del decreto-legge, prevedono che chi in qualche modo vende hashish a scuola o all'università non solo finisce in carcere, ma dopo l'espiazione della pena ha comunque un destino personale segnato per sempre. Ha prevalso una logica di tipo eliminatoria, stigmatizzante e vendicativa come ai tempi della New York di Rudolph Giuliani. Nel frattempo però in era obamiana molti Stati americani hanno legalizzato la cannabis per scopi terapeutici o ricreativi e lo stesso ex Presidente Barack Obama ha graziato centinaia di persone condannate a pene abnormi per fatti legati alla legge sulle droghe[19].

[19] A seguito di referendum votati a novembre 2016 in occasione delle elezioni presidenziali gli Stati della California, Nevada, Maine e Massachusetts hanno legalizzato la cannabis per scopi "ricreativi", altri quattro –Florida, Arkansas, Montana e North Dakota – solo per finalità mediche. Colorado, Stato di Washington, Oregon, Alaska e Washington D.C. avevano in precedenza già optato per una legislazione anti-proibizionista.

8. Conclusioni

In conclusione, come si evince dagli articoli 15 sulle misure di prevenzione personali[20], 16 sugli obblighi di ripristino dei luoghi a cura dei graffitari o 16-*bis* sulle sanzioni amministrative ai parcheggiatori abusivi, è stata dismessa ogni idea complessa, multidisciplinare o sociale di sicurezza urbana. Non c'è traccia di idee di pianificazione urbana della sicurezza, non c'è traccia di interventi sociali, di politiche per i giovani, di rafforzamento dell'offerta educativa, di sanzioni non interdittive o pecuniarie. Siamo tornati d'un colpo agli anni ottanta reaganiani e agli anni duemila del Ministro dell'Interno Roberto Maroni.

La sicurezza nelle mani dei sindaci dovrà confrontarsi e scontrarsi con il principio di uguaglianza di trattamento penale su base nazionale, con il principio di ragionevolezza, con obblighi di inclusione scolastica per i minori, con la funzione rieducativa della pena. Non è facile predirne gli esiti a livello giurisprudenziale. È più facile intuirne le derive applicative a livello locale.

[20] Approvato negli stessi giorni in cui in controtendenza rispetto al legislatore italiano la Corte europea dei diritti umani con la sentenza del 23 febbraio 2017 n.43395/09 poneva un ulteriore limite alla disciplina delle misure di prevenzione. Vedi il commento di F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso,* in *Penalecontemporaneo.it*.

NOTE MINIME
SU BENI COMUNI E FUNZIONE AMMINISTRATIVA

di *M. T. Paola Caputi Jambrenghi*

SOMMARIO: *1. Premessa; 2. Eterogeneità dei c.d. beni comuni nelle riflessioni della dottrina; 3. Uso e fruizione di beni destinati a soddisfare interessi* omnium communes*; 4. Concezione economica dell'uso e interrogativi sull'appartenenza giuridica del bene comune; 5. Aspetti, suggestioni e necessari approfondimenti in materia ambientale; 6. Il principio di precauzione e la Commissione europea; 7. Beni culturali, paesaggio e ambiente: obbligo di tutela e funzione amministrativa.*

1. Premessa

La diffusione di una nozione di bene d'interesse pubblico intitolata ai "beni comuni" in parte della dottrina degli ultimi tempi, oltre che in giurisprudenza, sia pure talvolta in modo acritico, induce a soffermarsi, almeno di scorcio, sul *novum* che la giustificherebbe.

I beni comuni, nelle riflessioni della letteratura rappresentano «il futuro, il nuovo asse di una trasformazione totale che investe lo stile di vita, i rapporti sociali, la struttura economica e le forme giuridiche». Potente è il loro fascino, poiché essi rappresentano «la sintesi di un mondo più umano e vivibile, la bandiera di chi vuole un altro futuro, il linguaggio del cambiamento»[1].

I beni comuni, infatti, sono oggetto di studio ed approfondimento da parte dello scibile delle scienze umanistiche, sociali, economiche e tecniche, che ne ricercano e prospettano nozioni e visioni diverse, non agevolando una ricostruzione univoca, che sia omnicomprensiva delle diverse *istanze*.

Anche per questa circostanza, v'è chi ritiene che quello dei beni comuni sia un "terreno di scontro" che grava di un eccessivo «sovraccarico ideologico …. una nozione la cui sola proposta scientifica reca

[1] A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013, p. 2 e 28.

con sé una (almeno implicita) proposta politica, una torsione propositiva, un invito all'azione»[2].

Questa eterogeneità dei beni comuni, tuttavia, può essere riportata ad unità, secondo le prospettazioni giuridiche più accreditate, individuando il baricentro della categoria – a prescindere dal regime dominicale impresso dall'ordinamento giuridico – nell'attitudine di questi beni ad essere strumenti per la realizzazione dei diritti fondamentali della persona e per il suo libero sviluppo.

In queste notazioni, passando per alcune riflessioni giuridiche sui beni comuni tra regime dominicale e funzionalità del bene, si cercherà di offrire, limitatamente al settore dell'ecosistema e della tutela del patrimonio culturale del nostro Paese, alcuni spunti di riflessione sull'esercizio della funzione amministrativa in questi settori, nella prospettiva di contribuire ad un rinnovato dibattito da parte della dottrina giuridica, a partire dalla definizione generale di bene comune.

Una definizione che non può che essere *inclusiva*, allorché si prenda coscienza della dimensione, potrebbe dirsi, planetaria della questione dei beni comuni, della loro nozione e della possibilità/impossibilità di dettarne una disciplina univoca e *settoriale*, ai fini della loro tutela: la tutela, la cura e la stessa vita dei beni comuni non può che trovare espressione nei vincoli solidaristici che legano le generazioni di esseri umani che transitano o potrebbero transitare "nel mondo", e che, nel fruire dei beni comuni, intervengono nella loro cura e tutela, talvolta in modo organizzato e sistematico, a prescindere dalla regolamentazione imposta dalle autorità politico-amministrative competenti. Si tratta del principio di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale, accolto da qualche anno nel nostro ordinamento costituzionale, che trova le sue fondamenta nella solidarietà sociale e nel civismo di ciascuno.

2. Eterogeneità dei c.d. beni comuni nelle riflessioni della dottrina

Nella prospettazione giuridica, come si vedrà nel corso di queste notazioni, la premessa maggiore sui beni/risorse comuni poggia sul presupposto che essi siano tali in relazione non al regime dominicale,

[2] Così M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2016, 375 ss., spec. p. 375.

bensì all'attitudine della risorsa a soddisfare i diritti fondamentali o gli interessi superindividuali[3].

Infatti, studiando questa attitudine del bene come base fondante della categoria dei beni comuni, alcuni autori[4] hanno dato vita alla c.d. corrente *benecomunista*, che pone a fondamento della propria prospettazione la connotazione funzionale dei beni comuni, quella cioè che consente di classificarli in quanto capaci di soddisfare i diritti fondamentali nel rispetto dei principi di coesione economica e sociale, della sostenibilità ambientale, del servizio universale e della giustizia socia-

[3] In questa prospettiva, nella categoria dei beni comuni devono essere inclusi, con sicuro fondamento dommatico, anche i beni immateriali e, per la precisione, i c.d. *new commons*.

In proposito, S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2013, p. 8 definisce la nascita dei *new commons* come «un contromovimento di difesa di risorse minacciate dalla privatizzazione (come è stato nel caso dell'acqua in Italia), o anche, spesso dalla loro appropriazione da parte di poteri pubblici, agevolato dalle immense possibilità di comunicazione e interazione tra gruppi di attivisti offerte dallo sviluppo di internet che ha proiettato a livello globale realtà locali di minaccia a beni comuni che sarebbero altrimenti passate inosservate». Si tratta, in gran parte, secondo l'a., «di una reazione all'affermarsi a livello globale di un movimento economico consistente nel trasferimento di risorse da beni immateriali o da servizi dal dominio collettivo a quello del mercato; (…) un movimento che è stato denominato le "seconde enclosures" (le prime enclosures, come è noto, sono le appropriazioni di terre comuni verificatesi in Inghilterra e nel Galles a partire dalla fine del XV secolo e fino al XVIII secolo che segnarono, secondo Marx, l'effettivo inizio del capitalismo)». Eppure, avverte Nespor, si continua a far rientrare nella categoria dei beni comuni cose estremamente diverse, che hanno senz'altro qualcosa in comune con altri beni certamente ascrivibili alla categoria, «ma non è facile stabilire esattamente che cosa. E non è così chiaro se quel "qualcosa" in comune è sufficiente per organizzare una categoria unitaria di beni comuni. Qui sta il pericolo, ripetutamente segnalato da ALBERT HIRSCHMAN, *Le passioni e gli interessi*, Feltrinelli 2011 (ed. originale *The Passions and the Interests: Political Arguments For Capitalism Before Its Triumph*. Princeton, Princeton University Press 1977) e da STEFANO RODOTÀ: se tutto diventa bene comune, niente può essere davvero giuridicamente protetto dall'aggressione da una parte della proprietà privata e del mercato, dall'altra dall'ambiguo e spesso mortale abbraccio della proprietà pubblica». Sulle prospettive di regolazione dei *new commons* cfr. B.L. BOSCHETTI, *The demand for land: rethinking land use management and regulation*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2015.

[4] Tra i quali v. anzitutto U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015; S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma – Bari 2014; ID., *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Quest. giust.* 2011, p. 237 ss; U. MATTEI, E. ROVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma 2010; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008.

le[5]. Anche nei rapporti di proprietà pubblica[6] non è il regime dominicale che imprime ai beni la qualificazione di beni comuni, bensì la loro vocazione e conseguente destinazione alla fruizione pubblica, all'uso comune, che può sopportare soltanto quelle limitazioni funzionali alla garanzia effettiva della piena fruibilità di un bene.

Nella dottrina si discorre sempre più di frequente di una nuova e multiforme categoria giuridica di beni comuni, che si aggiungerebbe a quelle ben note di beni pubblici e beni privati. Sebbene da un lato, sia innegabile che i beni considerati di interesse comune, perché aperti all'uso comune, subiscano un processo di individuazione e categorizzazione complesso, poiché oggetto di interesse da parte di molteplici fonti di diversa derivazione, in ragione della irriducibilità ad unum delle cose comuni, nonché della dimensione sovranazionale delle problematiche connesse alla fruizione, dall'altro, va registrata la generale tendenza dell'ordinamento giuridico – peraltro contestata soprattutto dai seguaci della teorica del benicomunismo, che aspirano ad un'amministrazione responsabile affidata a gruppi di cittadini volontari – ad affidare questi beni alla titolarità pubblica, che ne regola gli usi attraverso l'esercizio delle funzioni di regolazione e direzione pubblica dell'economia (basti pensare alle funzioni di polizia esercitate dall'amministrazione sui beni a fruizione collettiva).

In questa prospettiva, un intervento significativo sul carattere collettivo o comunitario dei beni pubblici («finanche laddove la titolarità del bene in capo allo Stato o ad altro ente pubblico presenti margini di opinabilità»), è rintracciabile nella giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione[7], ove si «avvia una nuova concezione di 'be-

[5] Si vedano in proposito le riflessioni offerte da P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2012.

[6] In questi, infatti, si inseriscono agevolmente i beni immobili e le universalità di beni mobili attribuiti dall'ordinamento a soggetti pubblici, affinché ne garantiscano l'apertura all'uso di tutti, «non soltanto di comunisti o più in generale dei cittadini italiani, ma di tutta l'indeterminabile schiera di possibili utenti». Così P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari 2015, p. 250.

[7] Si fa riferimento alla sentenza della suprema Corte di cassazione a sezioni unite civili 14 febbraio 2011, n. 3665 in materia di valli da pesca. Qui, i giudici hanno respinto un ricorso tendente ad ottenere l'accertamento della natura giuridica privata di una valle da pesca rappresentante una laguna viva, cioè in comunicazione periodica con il mare (Adriatico), rivendicata in proprietà dalla società attrice, già soccombente dinanzi al Tribunale e alla Corte d'appello di Venezia in quanto quella era demaniale sin dal 1841 quando un regolamento austriaco, dell'8 ottobre 1841, in vigore dal 20 dicembre 1841 mediante pubbli-

ne pubblico', inteso nel senso non solo di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali….. da tutelare nell'interesse della collettività *costituita da persone fisiche*»[8].

E, avverte questa dottrina, al di là della tematica della comunione (art. 110 ss. del codice civile), a volte la stessa proprietà privata – l'esperienza del nostro ordinamento giuridico insegna – è gravata dalla presenza di altri diritti, appartenenti alla comunità (si pensi agli usi civici e ai diritti di uso pubblico). Si prospetta qui una visione del bene comune che investe la materia della proprietà e dei beni, in una *prospettiva collettivistica*, o *comunitaria*, e ne ricava l'esistenza di «diritti collettivi in ordine a molteplici categorie di cose del mondo materiale». Nella decisione sulle valli da pesca è questa prospettiva che viene valorizzata, mentre l'aspetto dominicale della tipologia del bene cede

---

cazione-notifica, dispose che tutte le zone lagunari erano demaniali, anche in caso di laguna morta, non comunicante con il mare.

La commistione con le acque marine non consente, del resto, di sottoporre la laguna viva ad un regime giuridico diverso da quello della foce del fiume, della spiaggia e dell'arenile, che non sono assimilabili al mare territoriale – *res* esclusa dalla demanialità, ma soggetta alla potestà di regolamentazione, c.d. sovranità, da parte dello Stato –, ma costituiscono demanio marittimo: conseguentemente il codice della navigazione, r.d. 30 marzo 1942, n. 327, sotto il titolo II "Dei beni pubblici destinati alla navigazione", annovera un capo I dedicato al demanio marittimo.

La norma di cui all'art. 28, primo dei 28 articoli dedicati al demanio marittimo, ricomprende alla lett. b), tra i "beni del demanio marittimo le lagune, le foci dei fiumi che sboccano al mare (se quei fiumi fossero immissari di un lago, le foci farebbero parte del demanio lacustre, orami da lungo tempo in titolarità regionale), i bacini d'acqua salsa o salmastra che, almeno durante una parte dell'anno, comunicano liberamente col mare".

Come abitualmente accade in questo genere di controversie, le allegazioni della società pretendente la proprietà della valle salsa, fondate nella realtà di atteggiamenti di assoluto distacco dell'amministrazione marittima competente rispetto alla valle da pesca – talora "venduta" tra privati nei decenni –, a nessun risultato potevano condurre dal momento che nessun procedimento di sdemanializzazione era mai intervenuto, del resto non sarebbe stato in via di principio agevole sclassificare un bene di demanio "necessario" di tipo naturale (a differenza dei porti, dei fari [7], delle opere destinate alla difesa nazionale, demanio necessario ma artificiale, più facilmente sdemanializzabile).

Ma le sezioni unite civili, investite del ricorso per la cassazione della decisione di appello della Corte veneziana, con la sentenza n. 3665/2011 da un lato, confermano il *decisum* della Corte territoriale e, dall'altro, esprimono anzitutto concetti generali sul *suum* della proprietà, sia pubblica che privata, per vero da tempo elaborati ed accolti dalla dottrina.

[8] Così V. Cerulli Irelli, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2016, p. 530.

il passo alla *realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento della personalità*.

D'altro canto, se tra i principi fondamentali della Repubblica democratica fondata sul lavoro è annoverato quello che attiene al riconoscimento dei diritti inviolabili anche nelle formazioni sociali, dove la persona preferisca o comunque si trovi a svolgere la sua personalità, richiedendo, specularmente, l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale (sopportare l'esproprio per p.u., accettare limiti e conformazione d'autorità della proprietà privata, per esempio quello di non poter dominare in alcun caso un bene demaniale, ecc.); se, inoltre, è principio fondamentale che la Repubblica tuteli il paesaggio e il patrimonio storico ed artistico della Nazione (art. 9, co. 2) e che alla proprietà pubblica – di cui all'esordio della norma costituzionale sulla proprietà all'interno dei "rapporti economici" (art. 42) – debba riconoscersi un valore politico interamente funzionale all'interesse pubblico, ne deriva che con questa ultima la Repubblica persegue il soddisfacimento di interessi della collettività «in particolare la tutela dell'umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello stato sociale». Può dirsi che una regola come questa, pesantemente basata su pilastri costituzionali quali i principi fondamentali ed i rapporti economici di rilievo generale per la Nazione, più ancora si giustifica di fronte al demanio naturale e necessario come quello che caratterizza le valli da pesca della laguna veneta, ciò che respinge nell'area della nullità, per impossibilità dell'oggetto, qualsiasi pretesa privata, *ex contractu* oppure originaria (*usucapione*), di acquisito della sua proprietà a titolo privato in mancanza della conclusione della procedura di sdemanializzazione – che, peraltro, quanto ad un immobile di demanio necessario e naturale, si colloca al limite dell'improponibilità, salvo sconvolgimenti intervenuti nella realtà territoriale: la funzionalità "pubblico collettivistica" delle valli da pesca.

3. Uso e fruizione di beni destinati a soddisfare interessi *omnium communes*

Sta di fatto che un enunciato giurisprudenziale – colto ma di certo basato su principi non nuovi alla dottrina ed alla stessa giurisprudenza – pubblicato quasi contemporaneamente alla conclusione dei lavori di una Commissione di esperti nominata dal Governo nel febbraio 2008,

essenzialmente giuristi di diritto civile, con una sola eccezione, che avevano il compito di aggiornare la classificazione dei beni demaniali e patrimoniali indisponibili, ed anche disponibili, contenuta nel libro III "Della proprietà" del cod. civ., in vigore dal 1941 (artt. 822-830) e nel codice della navigazione, art. 28, nonché nelle altre norme speciali (sulle acque interne, sulle opere destinate alla difesa nazionale – art. 822, co. 1, cod. civ. – , del codice dell'ambiente 2006, sugli acquedotti, sul codice della strada, sul testo unico sui beni culturali, d.lgs. n. 42/2004, le norme sul demanio comunale specifico, cimiteri e mercato, su boschi e foreste, sui beni destinati a pubblici servizi, ecc.) non poteva passare inosservato: e la "categoria" che si potrebbe forse definire in progress dei beni comuni si è andata diffondendo rapidamente fino a configurare – sempre nella tendenza di parte della dottrina – un terzo *genus* di beni non pubblici, non privati ma comuni.

Il lavoro della Commissione – che, in sintesi, ha scomposto e ricomposto le categorie note dei beni pubblici in «beni comuni, beni di appartenenza pubblica necessaria, beni sociali o a destinazione pubblica» – è stato commentato da uno dei suoi componenti non civilisti. Secondo alcuni esponenti della nuova dottrina i beni comuni comprenderebbero anzitutto cose attualmente inquadrate nella categoria della demanialità, aperte all'uso pubblico, come può dirsi per i beni culturali, soggette a godimento generale; ma allo stesso tempo res del tutto eterogenee , tanto da indurre a dubitare anzitutto che si tratti di beni, una varietà di altre realtà oggettive o ipotesi mere, assai diverse, come il diritto al lavoro, in quanto bene primario protetto dalla Costituzione, o i farmaci, in quanto utili alla salute – bene comune – anch'essi beni comuni. Anche l'astensione collettiva dal lavoro, se rispettosa delle norme che la regolano *ab extra*, in altri termini se accuratamente motivata ed attuata pacificamente farebbe parte dei beni comuni.

È evidente che la nuova categoria, tradotta oggi in diritto positivo, riguarderebbe, oltre che i beni tuttora definiti nel codice civile come demaniali (art. 822), di demanio necessario (co. 1, art. 822) ed eventuale (co. 2, art. 822), anche i beni del patrimonio indisponibile e disponibile (artt. 826, 828 e 830 cod. civ.): beni comuni indistinti dopo settantasette anni di chiara differenziazione, anche se talora non proprio soddisfacente in diritto positivo.

Ma la categoria si vuole oggi estesa[9], come abbiamo accennato, anche a fonti di diritto costituzionale, al lavoro ed alla salute, beni comuni di ciascuno e della società ad un tempo ed ai farmaci, che, in quanto funzionali alla salute, non potrebbero non definirsi beni comuni restando fuori dalla categoria[10].

---

[9] Cfr. Cass. civ., ss.uu., sentenza n. 228 del 2004. In Cons. Stato, sez. VI, sentenza 12 febbraio 2015 si legge che «in sede di impugnazione in grado di appello di una autorizzazione paesaggistica da parte di una associazione ambientalista, è inammissibile ogni censura attinente a profili di carattere edilizio, così come ogni censura strettamente di tipo proprietario, potendosi invece far rilevare vizi dell'autorizzazione paesaggistica con riguardo agli interessi dell'ambiente o del paesaggio, intesi quali beni comuni».

[10] In dottrina, si veda *ex multis*, P. CHIRULLI, *Intervento* al Seminario su *I beni comuni. Discussione tra giuristi ed economisti a partire da un libro di Antonello Ciervo*, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Dipartimento di Economia e Diritto, 17 dicembre 2013, consultabile su *www.apertacontrada.it*, che osserva come negli studi dedicati ai beni comuni colpisca in particolare la "dimensione ricostruttiva", non riferendosi alla "storia dei beni comuni", bensì alla circostanza che da essa, come dalla filosofia e dal pensiero giuridico, lo studioso senta l'esigenza di attingere, al fine di inquadrare il concetto di bene comune, quasi andando alla ricerca di "qualcosa che è andato perduto"; inoltre cfr. E. BOSCOLO, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in *www.pausania*, 2014, il quale offre una nozione di suolo come bene comune nei seguenti termini: «il medesimo oggetto, ossia la medesima partizione dello spazio fisico terrestre, dà origine a due beni giuridici diversi: il suolo come oggetto della proprietà privata, atta a garantire talune utilità al rispettivo proprietario, e il suolo quale risorsa di natura, atta a garantire utilità ad un novero non circoscrivibile di soggetti, a condizione che se ne mantengano integre talune caratteristiche originarie»; P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014.

Cfr., ancora, sui beni comuni nel diritto amministrativo, E. BOSCOLO, *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2016; F. GUALANDI, *Il recente disegno di legge (n. C 2039) approvato dalla Camera sul contenimento del consumo del suolo: poche idee o poco coraggio?*, in *www.lexitalia.it*, n. 7/2016; E. BALBONI, S. VACCARI, *L'impatto della città metropolitana sul servizio idrico integrato nell'area milanese*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2016; P. CHIRULLI, *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, II, 614, evidenzia la rilevanza di una gestione partecipata del "bene comune" e della esigenza della previsione «di più incisive modalità di partecipazione dei cittadini alle decisioni»; G. PIPERATA, *Formazione, traiettoria e significato attuale della proprietà pubblica in Italia*, *www.giustamm.it*, n. 7/2015; U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015; F. MARINELLI, *Beni comuni*, in *Enc. Dir., Annali VII*, Milano, 2014; W. GIULIETTI, *Poteri dispositivi sui beni civici e principi di pubblicità*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2015; F. COSTANTINO, *Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico nell'ultimo lavoro di Paolo Maddalena*, in *www.federalismi.it*, n.14/2014; N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle "appartenenze")*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia*, Vol. I: *Le concessioni Idroelettriche*, a cura di M. DE FOCATIS E A. MAESTRONI, Torino 2014. Si veda, inoltre S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, *cit.*; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi Riflessioni* de iure condendo *su un dibattito in corso*, in *www.giustamm.it*, n.

Su questa nozione "inclusiva" di beni comuni sono intervenute in vario modo la giurisprudenza e la dottrina degli ultimi anni: cfr. in giurisprudenza Corte cost., sentenza 25 giugno 2015, n.119, che, nel dichiarare l'illegittimità della disciplina del servizio civile nazionale nella parte in cui prevede il requisito della cittadinanza italiana ai fini dell'ammissione allo svolgimento del servizio, con esclusione dei cittadini stranieri, ha ricordato che l'attività di impegno sociale che la persona è chiamata a svolgere nell'ambito del servizio civile «deve essere ricompresa tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (in termini Corte cost., sentenza n. 309 del 2013) ed ha richiamato la giurisprudenza delle ss.uu. della Corte di cassazione per le quali «il servizio civile costituisce un istituto di integrazione, di inclusione e di coesione sociale, volto a favorire la costruzione di una più matura coscienza civile delle giovani generazioni. Esso rappresenta, inoltre, una forma di salvaguardia e di tutela del patrimonio comune, sia esso ambientale, paesaggistico o monumentale, attraverso attività finalizzate alla promozione di un senso di responsabilità e di rispetto nell'uso e nella valorizzazione dei beni comuni».

Le valli da pesca, ad esempio, svolgono un ruolo nell'ampio contesto territoriale non limitato alla loro localizzazione storica, ma esteso ad utilità talora assai rilevanti per tutta una popolazione – pur delimitata – che tuttora vive di un'economia incentrata sulle attività principali e marginali che esse consentono[11].

8/2013; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari 2011; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013; E. BOSCOLO, *Beni pubblici, beni privati e beni comuni*, in *Riv. giur. urb.*, 2013, 362; P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *www.giustamm.it*, 2012, n. 5; P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, *ivi*, n. 14/2012; L. LONGHI, *Le reti idriche: beni patrimoniali, beni demaniali o … beni comuni? Note minime su C. cost., sent. n. 320/2011*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2012; A. TURCHIANO, *I beni comuni ed il servizio idrico integrato,* in *Gazzetta Amministrativa*, 2012, 214 ss.; L. MERCATI, *Beni pubblici*, in *Treccani on line*, 2012; A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. G. SCOCA, Torino 2011, 621 e ss.; F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss.; G. PASTORI, *Tutela e gestione delle acque*, in *Scritti scelti*, II, Napoli, 2010, 583 ss.

[11] A. PORPORATO, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, *cit*., 737 ss., spec. 803 ss.

Nei rapporti di proprietà pubblica[12] i beni comuni ricevono questa classificazione non in forza del regime dominicale o di un altro esplicito regime giuridico speciale impresso dall'ordinamento, bensì in ragione della loro vocazione e conseguente destinazione alla fruizione pubblica, all'uso comune «che non ammette limitazioni, se non dettate da motivi di tutela oggettivamente necessaria al bene»[13]; sicché è la stessa natura giuridica del bene, insieme alla funzione che esso assolve nella società civile, ad imprimere la caratteristica sua propria di suscitare necessariamente l'interesse di tutti.

Potrebbe affermarsi che la proprietà pubblica sia riconosciuta dall'ordinamento giuridico come uno stigma perché si tratta di una proprietà destinata all'uso generale, all'uso comune, diverso da quello eccezionale di sandulliana memoria, ove si restringono i casi in cui il bene può essere utilizzato secondo la sua struttura naturale – si pensi proprio al litorale marino – ; eppure, sempre di uso si tratta, non esistendo la proprietà pubblica di cui all'art. 42 Cost. in quanto tale, perché essa si risolve in un'attribuzione *quoad usum* e non *quoad proprietatem*: la proprietà senza la funzione, senza la ragione per la quale venga riconosciuta o attribuita, non produce utilità e non ha ragione d'essere.

Se, in altri termini, si prendono le mosse dalla premessa per la quale non esiste titolarità pubblica che non ricada su beni che sono destinati all'uso della collettività o, comunque, a diretto vantaggio di questa, ci si avvede agevolmente di come tutti i beni aperti alla fruizione collettiva sono il teatro di un incontro tra i cittadini e lo Stato, titolare formale, onerato di doveri ben più che dotato di diritti sui beni pubblici, anche quelli del patrimonio indisponibile, con particolare riguardo

[12] In questi, infatti, si inseriscono agevolmente i beni immobili e le universalità di beni mobili attribuiti dall'ordinamento a soggetti pubblici, affinché ne garantiscano l'apertura all'uso di tutti, «non soltanto di comunisti o più in generale dei cittadini italiani, ma di tutta l'indeterminabile schiera di possibili utenti». Così P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa, cit.*, p. 250.

[13] In termini, cfr. P. OTRANTO, *op. ult.cit.*, seguendo la nota impostazione dommatica di V. CAPUTI JAMBRENGHI, elaborata anzitutto in *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, *cit.* Su alcune conseguenze rilevanti della teorizzazione del regime dominicale del bene, individuato *quoad usum* piuttosto che *quoad proprietatem*, sia consentito il rinvio anche al MIO, *La tutela dei centri storici tra usi compatibili e lacune legislative*, in *La tutela dei centri storici - Discipline giuridiche*, Torino 1997.

ai beni aperti all'uso comune; sicché l'uso del bene si caratterizza per la generale paritarietà e gratuità sostanziale[14].

Tuttavia, usando le tradizionali categorie (certamente meritevoli di nuova considerazione) offerte dal codice civile, la Costituzione, il primo t.u. sulle acque pubbliche e sugli impianti elettrici del 1933, il codice dell'ambiente del 2006, il codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004, il codice della navigazione del 1942, il codice della strada 1992, le leggi speciali sugli acquedotti, l'ordinamento militare, le norme su cimiteri e mercati, entrambi di demanio specifico del comune, ecc., si ricavano una serie di connessioni tra regole sul regime dei beni e del regime del diritto sui beni, che consentono di affermare che tutta la proprietà pubblica è intensamente utilizzata in concreto e sempre più utilizzabile in teoria come proprietà-dovere, essendo costituita da beni a disposizione delle comunità[15], che pesano sul bilancio

[14] Oltre agli autori citati nelle note precedenti, sui beni a fruizione collettiva e su alcuni aspetti di quest'ultima cfr. almeno G. DELLA CANANEA, *I beni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 2012, 234 ss. e V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario AIPDA* 2003, Milano 2004, 3 ss.; C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. L'appartenenza collettiva della risorsa idrica*, Napoli 2012; A. GIANNELLI, *Beni sfruttabili o consumabili. Demanio marittimo e porti*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2016.

[15] Operano una opportuna distinzione, in tema di costruzione delle *smart cities*, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, Smart City*: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2015, tra l'uso comune dei beni pubblici e la «messa a disposizione di beni pubblici il cui uso ha carattere di rivalità, spesso necessari per realizzare iniziative *smart*», chiarendo che occorre «scongiurare il rischio insito in una considerazione superficiale della materia che pretendesse di identificare il diritto "delle" (o "alla") città come il risultato della somma di una serie di diritti connessi alla città medesima (quali, ad esempio, il diritto all'elettorato attivo dei cittadini, il diritto all'uso dei beni pubblici nell'ambito urbano, il diritto alla mobilità, i diritti alla fruizione di servizi economici e non, e così via). Mediante il riferimento a un elemento aggiuntivo (la *smart city* appunto, che incarna le utilità generate dalle interconnessioni delle parti) pare possibile attribuire un'autonoma e specifica consistenza giuridica al diritto che di quell'oggetto sistemico si occupa e che non può essere ridotto all'insieme di norme che si volgono a regolarne le parti». D'altronde, continuano gli AA., «non è un caso che il messaggio che "passa" allorché si parla di città *smart* sia quello di un contesto che offre possibilità innumerevoli alle persone che siano esse stesse *smart*, generando – e abilmente sfruttando – un significativo slittamento verso il fruitore del carattere intelligente inizialmente riferito alla comunità. Questo è un ulteriore obiettivo comune che consente di aggregare prestazioni, pubbliche e private, diverse, unificate dall'uso dello strumento informativo e dalla messa in comune di fattori e risorse e dall'iniziativa dal basso». Cfr. sul tema anche A. PENSI, *L'inquadramento giuridico delle "città intelligenti"*, in *www.giustamm.it*, n.9/2015; R. FERRARA, *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, in *Energies*, n. 8/2015, 4724 ss.; E. FERRERO, *Le* smart cities *nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, n. 4/2015, 1267 ss.

dello Stato per le frequenti opere di onerosa manutenzione ordinaria e straordinaria, quando non anche per la costruzione stessa del bene[16].

Proprio questa circostanza ha indotto alcuni studiosi[17] ad interrogarsi sulla distinzione, per inquadrare la categoria dei beni comuni, tra *uti* e *frui*, tra uso e godimento, fruizione della proprietà pubblica, rilevando come nella prima categoria, quella dell'uso, è il solo contatto con il bene a produrre l'utilità in favore del suo utilizzatore; mentre nella seconda, che necessariamente presuppone la prima – non potendovi essere godimento o utile fruizione senza l'uso del bene – , il concessionario della cosa pubblica non si limita soltanto ad usarla per ricavarne utilità, bensì la amministra legittimamente, ricavando e cedendo attraverso lo svolgimento di questa attività, le tipiche utilità che il bene è capace di sprigionare.

Com'è stato opportunamente rilevato «una rinnovata effervescenza del concetto di *communitas* ed in senso più ampio della democrazia partecipativa, la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, modelli di *governance* e di *soft law* inducono progressivamente ad un ripensamento del modello panproprietario dei beni pubblici. La categoria dei beni comuni, quale suggestiva declinazione dei beni pubblici per uso pubblico e non in proprietà pubblica, dunque si distanzia dalla proprietà collettiva. Infatti, la proprietà collettiva ha comunque ad oggetto diritti collettivi di natura dominicale, ovvero beni che appartengono ad una circoscritta ed escludente comunità di abitanti. Al contrario, i beni comuni o beni pubblici ad uso pubblico, si caratterizzano per un rapporto non strutturale, né strutturato della comunità con i beni, ma fluido e funzionale»[18].

---

[16] Si vedano le riflessioni sul tema generale di M.A. SANDULLI, *La proprietà nel diritto pubblico*, in *Trattato dei diritti reali* (a cura di A. GAMBARO e U. MORELLO), Milano 2012.

[17] La distinzione fra *uti* e *frui* ha origini assai lontane; è rintracciabile in Aristotele e in Cicerone ed ha ricevuto una prima classificazione in termini giuridici nella trattazione più rilevante di Tommaso d'Aquino, il quale ha come fonte principale della sua analisi i testi di AGOSTINO, venerati e studiati intensamente. Cfr., di quest'ultimo, *La Dottrina cristiana*, *La Città nuova*, ristampa Ed. Roma 1992, I, 3.3; ID., *De diversis quaestionibus octogintatribus*; trad. it. *Ottantatré questioni varie*, *Questione XXX*. La definizione della dimensione morale virtù-vizio mediante i concetti economico-giuridici è contenuta anche nel X Libro del *De Trinitate*, Capitolo X: «La vita corrotta e colpevole non è nient'altro che una vita che male usa e male fruisce».

[18] A. LUCARELLI, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici*, in *Dir. e soc.* n.3/2016, p.454 ss. Ed è proprio questa prevalenza del rapporto funzionale su quello strutturale, prosegue la dottrina in commento, che «impedirebbe atti di discrezionalità frutto del binomio sovranità-proprietà, attribuendo al soggetto pubblico, attraverso una rivita-

4. La concezione economica dell'uso e gli interrogativi sull'appartenenza giuridica del bene comune

Nella prospettazione di una nota scuola economista che si è dedicata allo studio dei beni comuni[19] si distinguono 4 categorie di beni, sulla base della presenza di due fondamentali caratteristiche, capaci di connotare il rapporto tra il bene e il suo utilizzatore/fruitore: la possibilità di escludere un soggetto dall'uso del bene (esclusività) e la circostanza per la quale l'uso da parte di un soggetto, compromette, fino ad impedirlo, l'uso da parte di altri (rivalità). Quest'ultima caratteristica assume, per vero, nelle riflessioni di altri autori, accezioni differenti, capaci di spostare la sistemazione del bene da una categoria all'altra.

Le quattro categorie di beni elaborate da questa dottrina sono quelle dei beni privati, senz'altro escludibili e rivali, dei beni di *club*, caratterizzati da elementi di accesso o consumo congiunto –tanto che non presentano il carattere della rivalità, ma soltanto quello dell'esclusività – , dei beni (o delle risorse) comuni, non escludibili ma rivali a causa della loro esauribilità; infine dei beni pubblici che, nella suddivisione proposta – che esula da ogni riferimento alle categorie dommatiche in precedenza note al giurista –, non sono escludibili, né rivali, nei quali si fanno rientrare la pace, la sicurezza, la difesa nazionale, la protezio-

---

lizzazione dimensionale del diritto pubblico, il ruolo fondamentale ed indispensabile di *guardiano* e regolatore, non più nella dimensione strutturale, quanto piuttosto di quella funzionale. Pertanto, al fine di *salvaguardare* il perseguimento degli interessi generali, riconducibile alla funzione sociale dei beni demaniali, appare necessario saldare il rapporto funzionale tra *dominus* e beni, limitando per quei beni identificati come *extra commercium*, la discrezionalità dei poteri del proprietario sui beni stessi, favorendo al contrario processi partecipativi di accessibilità e fruibilità. Si tratta di un ripensamento categoriale che passa per un ridimensionamento della dimensione *autoritaria* dell'*imperium*, declinata in relazione al governo dei beni demaniali, unicamente nel circuito della rappresentanza, e non anche della partecipazione, saldando così il nesso tra bene e diritti».

[19] Si fa riferimento, in particolare, agli studi di ELIONOR OSTROM la quale ha incentrato la sua attività di ricerca scientifica per lo più sul tema dei beni comuni, riconosciuta a livello mondiale, anche dall'attribuzione nell'anno 2009 del premio Nobel per l'economia. Cfr. almeno, dell'A., *Governare i beni collettivi*, Venezia 2006 e, in collaborazione con R. GARDNER E J. WALKER, *Rules, Games and Public Choices*, in E.S. SAVAS (a cura di), *Alternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performance*, Boulder 1977, 7 ss.

ne dagli incendi, i servizi di previsioni metereologiche, nonché l'inestimabile valore della conoscenza, che nella navigazione sul *web*, trova oggi il terreno elettivo migliore per la sua acquisizione a vantaggio di chiunque.

Sicché, nella riferita quadripartizione, la premessa maggiore sui beni/risorse comuni è che essi sono tali in relazione alla naturale tendenza ad essere oggetto di un uso rivale, ma non escludibile, non invece in relazione al regime dominicale, né alla attitudine della risorsa a soddisfare i diritti fondamentali o gli interessi superindividuali.

Al contrario, è proprio quest'ultima attitudine, nelle tesi di alcuni autori[20], fautori della corrente *benecomunista*, che assume una rilevanza centrale nella connotazione funzionale dei beni comuni che consente, come si è già rilevato, di classificarli in quanto capaci di soddisfare i diritti fondamentali; sicché «l'astrazione proprietaria si scioglie nella concretezza dei bisogni, ai quali viene data evidenza soprattutto collegando i diritti fondamentali ai beni indispensabili per la loro soddisfazione»[21].

Si deve subito osservare, tuttavia, che sulla astrattezza della proprietà pubblica, che nel codice civile viene classificata "appartenenza" ed esclusa dal titolo II del libro III rubricato *Della proprietà,* gli studi giuspubblicistici hanno fatto luce da decenni: al termine di questo processo è stata formulata la teoria della proprietà pubblica non come diritto ma come proprietà-dovere.

Senonché, la definizione di bene comune che offrono i giuristi non coincide punto con quella proposta dagli economisti, che guardano alla realtà con le categorie della scienza economica, indagando sul valore dal punto di vista economico che il bene può offrire e sulle implicazioni nei rapporti sociali ed economici che il suo inserimento nella categoria dei beni comuni produce.

---

[20] Tra i quali v. anzitutto U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015; S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma – Bari 2014; ID., *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Quest. giust.* 2011, 237 ss; U. MATTEI, E. ROVIGLIO, S. RODOTA' (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma 2010; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008.

[21] Così S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013, 464. Sulla inscindibile connessione dei beni comuni alla funzione che svolgono, v. anche A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Bari 2013, 66 ss.

Diversamente da quanto avviene nella letteratura economica, ove rilevano le caratteristiche della escludibilità/non escludibilità dell'uso del bene e della rivalità del suo consumo, in quella giuridica l'elemento che assume una rilevanza pregnante per la tipizzazione dei beni comuni è la funzionalità che essi sprigionano, ossia l'idoneità a soddisfare i bisogni legati alla realizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Le diverse prospettazioni della dottrina riconducono la definizione di bene comune al criterio fondamentale della sua funzionalità, modulandolo in base alle differenti classificazioni di beni comuni che si ritengono preferibili; ma, per tutti, il tratto distintivo di questi beni è nella capacità che essi hanno di soddisfare, attraverso la fruizione collettiva, le esigenze legate ai diritti fondamentali dei soggetti dell'ordinamento giuridico.

Anche la fruizione collettiva viene diversamente "modulata" nelle analisi della dottrina, nel senso che v'è chi ritiene che essa sia assoggettata ad alcuni e chi ad altri limiti; limiti che vengono giustificati in base al sistema ordinamentale o a singole disposizioni di legge, differenti a seconda dei beni che vengono considerati comuni, legati quindi alla soddisfazione di differenti diritti inviolabili.

La capacità del bene di essere qualificato come bene comune dipende, insomma, nella prospettiva giuridica, dalla sua strumentalità rispetto al soddisfacimento dei diritti della persona, cioè dalla sua "utilità"[22] alla persona per la realizzazione dei suoi diritti fondamentali; per questo, l'accesso al bene comune deve essere garantito a tutti, quindi assoggettato ad un regime speciale[23]. Un regime basato non sulla caratterizzazione dominicale del bene, bensì sull'assoggettamento di quest'ultimo alla garanzia della salvaguardia e della fruizione collettiva del bene, attribuito in titolarità, per così dire, "diffusa" e assoggettato ad un «regime di utilizzo e di gestione partecipata, così

[22] Non troppo distante potrebbe apparire, qui, l'impostazione della dottrina economista, allorché il termine *utilità* rimanda a valutazioni legate al *ritorno economico*, se non fosse per lo stretto legame di strumentalità alla realizzazione dei diritti della persona e della personalità, non suscettibili di alcuna valutazione economica.

[23] Questa la sintesi proposta da A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, *cit*., 62.

infrangendo lo schema proprietario»[24] che si «scioglie nella concretezza dei bisogni»[25] degli individui.

Sembra di poter affermare che in questo contesto, ove si discorre di beni non escludibili e non sottraibili, il ruolo che possono assumere i pubblici poteri in uno Stato democratico debba essere quello di garantire l'imparzialità e l'inclusività dei processi e dei soggetti, nonché l'unitarietà del livello di tutela istituzionale di godimento dei diritti, a garanzia del *preliminare* principio di uguaglianza[26].

Alcune prospettazioni si soffermano in modo critico sulle impostazioni della dottrina di scuola *benecomunista*, ove si propone una impostazione solidaristica a sfondo morale della funzione che il bene comune è chiamato ad assolvere, rilevando una certa indifferenza rispetto alla promozione di una gestione diretta e cooperativa dei beni comuni da parte della collettività e, comunque, di soggetti giuridici indipendenti dallo Stato e dalle imprese, inducendo ad una confusione tra beni comuni e beni ad accesso aperto, «in ragione di quella tensione al soddisfacimento dei diritti fondamentali che impone una loro disponibilità diffusa»; sicché «i beni comuni che, nella prospettiva degli economisti, erano intesi come risorse condivise» in quella giuridica divengono beni *universali*[27].

Il minimo comune denominatore delle impostazioni sulla materia dei beni comuni sembra, in realtà, la reazione alla tutela ed alla gestione dello Stato e degli altri enti pubblici, che istituzionalmente si esercita in via esclusiva sui beni aperti all'interesse oltre che all'uso e/o godimento pubblico, anche con l'apporto dei concessionari di bene, i quali non farebbero che aggravare una situazione di monotematica o monopolistica chiusura del bene al vero e proprio uso di tutta la comunità.

La gestione diretta di gruppi di cittadini in quanto volontari custodi ed amministratori della generalità dell'interesse e dell'uso del bene

[24] Così P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa*, *cit.*, 265, ma, ancor prima P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, *cit.*

[25] Torna, ancora una volta, utile l'espressione di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, *cit.*, 464.

[26] In questo senso A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, *cit.*, 67 ss.

[27] La riflessione è di P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa*, *cit.*, 266, ispirato dagli spunti critici di E. GRAZZINI, *Beni comuni e diritti di proprietà. Per una critica alla concezione giuridica*, in *Micromega online*, ottobre 2012. Sulla necessità di una gestione partecipata dei beni comuni, più diffusamente P. CHIRULLI, *I beni comuni*, *cit.*

meglio e più legittimamente gestirebbe i beni che interessano tutti, dunque *comuni*, rispetto a quanto non possa fare l'organizzazione della persona pubblica: non resterebbe, pertanto, che modificare *ab imis* la costruzione dei beni pubblici per far nascere la categoria dei beni comuni anche avvalendosi degli studi – per così dire di avvicinamento – che alcuni anni fa una Commissione di studio governativa che, com'è noto, ebbe ad esprimere in ordine ad una nuova e diversa classificazione dei beni demaniali e patrimoniali disponibili ed indisponibili, nonché delle *res omnium communes* (l'atmosfera, il clima, le miniere, le spiagge marine e le rive delle acque interne, ecc.).

Se, tuttavia, uno sciopero che dura anni e che blocca un'attività d'interesse generale, come quella di un teatro, essendo ispirato da giuste ragioni e rivendicazioni, sia da classificare tra i beni comuni, come vuole parte della dottrina, s'intendono chiaramente le difficoltà che una teoria nuova, contenente indubbiamente aspetti critici di interesse contemporaneo, non riesce – e forse a lungo non riuscirà – ad ottenere il desiderato riconoscimento nell'ordinamento giuridico.

5. Aspetti, suggestioni e necessari approfondimenti in materia ambientale

Per offrire alcuni spunti di riflessione sulla funzione attribuita all'amministrazione di cura di alcuni *commons* v'è anzitutto da rilevare che le norme che direttamente riguardano l'ambiente e la sua protezione, tutte naturalmente lontanissime dalla concezione dell'ambiente come bene rivendicabile da qualcuno presso qualche altro, sembra che intendano raggiungere quale "obiettivo primario" dell'ordinamento la promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento dell'*environnement* con l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali (cfr. art. 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n.152 Norme in materia ambientale).

Questo della salvaguardia e del miglioramento dell'ecosistema sembra doversi interpretare come un dovere nei confronti di un'entità ad un tempo concreta, perché si trova intorno a ciascuno di noi, ed astratta, perché sono inconoscibili – o almeno assai difficilmente conoscibili – i riflessi che ogni modificazione dell'ambiente provoca in mi-

sura diversa nella qualità della vita di qualsiasi abitante stanziato in una città o nella foresta amazzonica.

Fra le tendenze comuni nella civiltà postindustriale c'è quella di trasformare un luogo neutrale, qual è l'ambiente, nel teatro delle idee: come sversare in un fiume o nel sottosuolo l'inquinamento prodotto dalla fabbrica, come nascondere le esalazioni di diossina o come risparmiare sui costosi filtri da applicare alle ciminiere conduttrici di fumi particolarmente nocivi, equivale a studiare il modo per trasformare un luogo neutrale e prezioso, indispensabile per la vita di tutte le creature della terra, qual è l'ecosistema, nel proprio immondezzaio privato, con il frequente alibi della produzione da realizzare nell'interesse anche generale e dell'occupazione operaia da conservare ad ogni costo.

Si spiega perciò che qualsiasi stagione, anche breve, di crisi economica rappresenti fatalmente un rischio per l'innocentissimo ambiente[28]: infatti, è – troppo spesso ormai – a suo carico che verranno conseguiti i risparmi dell'imprenditore pubblico o privato.

Le buone ma costose pratiche dello smaltimento secondo legge e regolamento del rifiuto industriale vengono ben presto trascurate fino alla loro completa obliterazione: lo stato di necessità economica impone infatti rinunce e sacrifici, molti dei quali, tuttavia, da trasferire sostanzialmente per intero a carico della collettività.

Bad practices, usi di questo genere non sono esclusivi della nostra società economica, ma, proprio al contrario, assai diffusi ovunque nel mondo.

Ad esempio, a costo di affermarlo apoditticamente, va riconosciuto che un organismo composto da una pluralità crescente di Stati costituito per unificare e rendere in tal guisa più produttiva di ricchezze la realtà dei mercati nazionali, con moneta propria e regole di tutela della concorrenza molto articolate, non naturalmente può ritenersi rivolto

[28] Più specificamente riferita alla tutela che offre la giustizia amministrativa, si riferisce proprio alle conseguenze spesso devastanti che una crisi economica può portare in materie centrali per la tutela e la vita delle persone, M.A. SANDULLI, *Crisi economica e giustizia amministrativa,* in *La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana,* il Mulino 2016. Vero è che ogni danno ambientale implica l'origine dell'obbligo di ripristino a carico dell'operatore, come evidenzia M.A. SANDULLI, *La tutela coercitiva dell'ambiente: sanzione pecuniarie e ripristino*, in Av.Vv. *Ambiente, attività amministrativa e codificazione, in Atti del convegno AIDU svoltosi a Teramo il 29-30 aprile 2005*, Milano, Giuffrè 2006.

per vocazione verso la cura dell'ambiente, al di là del limite che risulti indispensabile adottare, onde evitare danni diretti alla produzione e sanzioni penali.

Com'è accaduto nella tristemente definita "terra dei fuochi", il terreno invaso dalla diossina degli scarichi industriali estesi era quello dei pascoli dei bufali campani e la crisi economica della mozzarella di bufala non ha tardato a manifestarsi sul mercato quale conseguenza diretta dell'inquinamento ambientale, reso noto anche nei dettagli dai *mass media*.

Con l'entrata in funzione dell'Agenzia per l'ambiente di Copenaghen è fatalmente mutato l'indirizzo generale della politica economia europea, che ormai comprende costantemente protezioni direttamente o indirettamente rivolte verso la salubrità del bene comune ambiente.

Tuttavia, un arretramento rispetto al piano normativo, che è ormai sufficientemente ricco, anche per il contributo italiano attuato con il codice dell'ambiente nel 2006, ancor di recente modificato mediante il recepimento della normativa europea sull'autorizzazione integrata ambientale – AIA – recata dalla direttiva 2010/75/UE, trasferita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 4 aprile 2014 n. 46 per modificare conseguentemente il codice, si registra sul piano dell'attuazione delle norme di tutela sull'ecosistema: nonostante non manchino previsioni astratte di intervento di istituzioni o organi comunitari a tutela dell'ambiente nei singoli Stati membri, sta di fatto che la regola dell'amministrazione europea, soltanto indiretta, torna a proiettare il problema dell'osservanza in concreto delle prescrizioni di tutela ambientale tra le pieghe delle discipline economiche, in crisi come le economie, in quasi tutti gli Stati membri; e la neutralità della serie di vantaggi che l'ambiente salubre potrebbe assicurare anche al "mondo industriale" resta costantemente sommersa dall'inadempimento dell'operatore e dall'assenza di effettivo controllo pubblico o privato del territorio a fini di protezione dell'ecosistema.

Si afferma il diritto del rischio nelle varie sue accezioni[29] ed in realtà si certifica la presenza di un interesse forte e radicato, nettamente

[29] Cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano 2012, 718 ss. Da ultimo Id., *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. Romano, *L'azione amministrativa*, Torino 2016, spec. sezione VI, "*I principi del diritto europeo*", VI.5, *Il principio di precauzione*, 90-95; M.G. Pulvirenti, *La riconversione dei siti produttivi inquinati*, in P. Stella Richter (a cura di), *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, Milano 2016, 93 ss. con ampi

contrario alla sopportazione dei costi connessi alla tutela dell'ecosistema, che sia esso bene comune o che non lo sia.

Infatti, si fronteggiano ormai da tempo in dottrina ed in giurisprudenza due linee di pensiero: secondo la prima, un'attività industriale, agricola o commerciale che potrebbe indurre (emissioni nocive in atmosfera oppure uso di fertilizzanti, ecc.) un danno ambientale, non essendo stata provata la sua natura innocua, ma neanche un danno provocato o imminente, dev'essere, tuttavia, temporaneamente vietata; la seconda per la quale, viceversa, fin quando non risulti provato il pericolo concreto di danno ambientale imminente nessun impedimento è lecito opporre alle gestioni economiche.

La radicalità delle differenze tanto dommatiche quanto pratiche tra le due linee di pensiero postula il ricorso ad un rimedio di sapore transattivo che non trascura il fondamentale principio di precauzione, scolpito nella parte VI del codice italiano dell'ambiente, ma che ne attenua, anche in misura notevole, gli effetti applicativi mediante il ricorso ad un cooperante principio, quello di proporzionalità; in tal guisa, si ritiene di riuscire ad evitare il rischio dell'eccesso di cautela allorché chi deve arbitrare la *res dubia* si faccia a comparare e ponderare, da un lato, la gravità e l'eventuale irreversibilità del danno e del tipo di danno temuto[30], e, dall'altro lato, la verifica di una proporzione

---

riferimenti alla dottrina più recente e con particolare attenzione al caso ILVA di Taranto. In una prospettiva internazionale, da ultimo, T. FORTUNA, *Il connubio tra sostenibilità e precauzione nel diritto di tutela delle risorse alieutiche nella dimensione internazionale e nell'UE*, in www.federalismi.it, n. 8/2016; A. ALEMANNO, *The Precautionary Principle, in The Handbook of EEA Law. Springer International Publishing*, 2016, 839-851.

[30] Si tenga presente, in proposito, che il danno alla salute, lungi dal non esser preso in debita considerazione dal nostro ordinamento, non può tuttavia primeggiare rispetto al pregiudizio eventualmente inferto ad altri valori del pari riconosciuti nella Carta costituzionale: ad es., la libertà personale, la dignità, la difesa nazionale, il diritto all'istruzione, il diritto allo sviluppo libero della personalità, all'eguaglianza dinanzi alla legge, ecc.

Questa essendo la nota posizione attuale della Corte costituzionale: «*I diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre* "*sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*" *(sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.*

Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo 'fondamentale', contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rive-

tra la pesantezza dei rischi e la gravità dei danni, che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, si prospettano come probabili conseguenze della misura ambientalista adottata nei confronti delle attività e delle libertà che devono sopportarla[31].

---

latore di un 'carattere preminente' del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come 'valori primari' (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una 'rigida' gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come 'primari' dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, così superando la precedente sentenza 12 luglio 1979 n. 88, secondo cui la salute, in quanto «*diritto fondamentale dell'individuo*», doveva ritenersi «*diritto primario ed assoluto*». Sul tema cfr. le riflessioni di F. BILANCIA, *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali. Osservazioni conclusive,* in P. BONETTI, A. CARDONE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma 2014, p. 1197 ss.**;** ID., *I diritti sociali ed il diritto alla salute nell'ordinamento dell'Unione europea. Un'introduzione*, in F. BILANCIA, S.R. MARTINI, *O Direito à Saúde na União Europeia e no Mercosul,* Porto Alegre (Brasil) 2014**;** ID., *Diritti sociali e* governance *economica dell'Eurozona*, in *Revista de Derecho de la Union Europea*, 30-31/2016, p. 245 ss.

[31] Cfr. soprattutto M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione,* in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, *cit.*, 283 ss.; C.E. GALLO, *La sanità tra solidarietà e sussidiarietà*, in *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, *Quaderni di Sanità Pubblica*, Maggioli 2012, p. 67 ss.; A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in www.federalismi.it, n. 16/2013.

Si pensi, per tutti, al caso dell'abbattimento di oltre 20.000 capi di bestiame contaminato dalle emissioni dell'Ilva e alle migliaia di alberi d'ulivo che nella zona del Salento sono stati abbattuti perché infestati dalla Xylella (su cui v., di recente, la sentenza della Corte di giustizia, I sez., 9 giugno 2016, nelle cause riunite C-78/16 e C-79/16).

Sulle misure adottate per la gestione dei rischi conseguenti all'inquinamento prodotto dall'ILVA e sopportate dagli operatori dell'agricoltura e del mercato, oltre al contributo di M.G. PULVIRENTI, *La riconversione dei siti produttivi*, *cit.*, si veda M. MELI, *Ambiente, salute e lavoro: il caso ILVA*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2013; A. TURTURRO, *Tornare alla sentenza n. 457/1999: la Corte, sul caso ILVA, trascura le conseguenze pratiche della chiusura al conflitto su atti legislativi*, in *Giur. it.*, 2013, 2466 ss.; R. RANIERI, *La vicenda di ILVA e i rischi per il sistema industriale italiano*, in *Ec. e pol. ind.* 2013, 117 ss.; C.E. GALLO, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in *Salute e Sanità – Trattato di Biodiritto*, Milano 2010, p. 381 ss.

Chi è responsabile del funzionamento dei meccanismi per produrre ricchezza nella società post-industriale non può, almeno non contemporaneamente, espletare compiti di responsabilità ambientale, almeno quando ad essi si connetta una serie di limitazioni per l'operatività di un'azienda, identificate soltanto negli aspetti negativi dell'aumento notevole del costo di produzione.

Identificare l'Unione europea nell'Agenzia di Copenaghen è errato e fonte di malintesi, finché la neutralità della cura del bene comune ambiente non sarà parsa chiara ed utile – indispensabile – a tutta l'umanità.

6. Il principio di precauzione e la Commissione europea

Nell'ambito, ad esempio, del noto principio di precauzione si riscontrano vere e proprie delusioni e preoccupante trascuratezza in non rari momenti dell'amministrazione della politica agricola comune – PAC – da parte della Commissione[32].

Infatti, una pagina a sé è da dedicare alla produzione dell'ormai celebre glifosato, erbicida e pesticida di ultima generazione, il cui uso è da anni richiesto come necessario per il successo nel mercato dei prodotti agricoli.

Con un decreto entrato in vigore il 22 agosto 2016, il ministro italiano della salute ha finalmente assunto qualche cautela, a conclusione di studi ed esperimenti eseguiti su scala internazionale e nella consueta tendenza alla posizione pilatesca della scienza dell'alimentazione ufficiale europea identificata nell'Agenzia della sicurezza alimentare europea (EFSA) che, nel novembre 2015, aveva qualificato "improbabile" la natura cancerogena dell'erbicida.

Era stata l'Agenzia internazionale per la ricerca sul cancro (IARC) a classificarla tra i prodotti «probabilmente cancerogeni per l'uomo».

Tale classificazione non è stata, tuttavia, ritenuta rilevante da parte della Commissione europea, che, con la disinvoltura ormai ben nota in materia, applica – per analogia – a casi di assai pericolosa natura can-

[32] Si veda L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come* common concern, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, *cit*., 93 ss., spec. 135-151; S. STICCHI DAMIANI, *La prevenzione degli incidenti rilevanti*, *ivi*, 785 ss.

cerogena del prodotto, tutt'altro che il principio di precauzione – che è invero frutto principale del diritto dell'Unione in materia di ambiente – allorché proroga, nel caso concreto a fine giugno 2016, l'autorizzazione alla messa in commercio tuttavia «solo fino al 31 dicembre 2017», dovendosi far riferimento, per risolvere l'ormai *vexata quaestio*, ad un "parere definitivo" dell'Agenzia chimica europea sui rischi per la salute.

Della proroga indubbiamente di ampia portata beneficia la multinazionale Monsanto, titolare del brevetto del glifosato dal 1974.

Bisogna riconoscere che la FAO e l'Organizzazione mondiale per la sanità (OMS) hanno anch'esse sposato la tesi *in dubio pro reo*, che non può ammettersi nella materia alimentare, come chiunque dovrebbe convenire alla luce dei principi di precauzione e prevenzione: ad esempio, sospendendo l'autorizzazione alla commercializzazione o negandone il rinnovo fino all'espressione neutrale del parere più autorevole in una materia come questa.

Non resta che convenire sull'evidente opportunità della coraggiosa iniziativa ministeriale italiana, spesso all'avanguardia nella tutela del *food*, che, mediante il decreto augustale in commento, ha vietato l'uso dell'erbicida in alcune aree, come giardinetti pubblici, parchi e viali alberati, frequentate dall'umanità più esposta al rischio di contaminazione, bambini ed anziani; soprattutto, mai più nel periodo di preraccolta di qualsiasi prodotto agricolo, compreso il grano e le graminacee; infine, con revoca della serie di autorizzazioni all'immissione in commercio di tutti i prodotti fitosanitari contenenti il glifosato.

Si tratta, evidentemente, di una scelta del tutto condivisibile: anzi, va osservato, trattasi dell'applicazione ormai indilazionabile di un principio di precauzione che, restando nel caso concreto assai probabilmente condizionato dall'espressione del parere sulla composizione chimica della molecola del glifosato, potrebbe probabilmente consentire un nuovo orientamento nel regime autorizzatorio all'esito di una valutazione tecnica, finalmente richiesta dalla Commissione, all'organo interno e neutrale oggettivamente più competente nella materia particolare.

Ma il fatto che FAO e OMS abbiano difeso la multinazionale è grave ed assai più lo sarebbe qualora la prassi internazionale di queste istituzioni e di ogni iniziativa della Commissione, di fronteggiare – ma a prezzo troppo caro – la "fame nel mondo", abbandonasse ogni caute-

la nell'esercizio della sua funzione di controllo e proposta istituzionale continua, per dedicarsi unicamente alle produzioni intensive, comunque conseguite.

L'interesse sociale connesso all'efficienza piena del controllo alimentare nel nostro Paese più di prima rileva da quando la Corte costituzionale si è espressa ritenendo che il diritto alla salute e la sua tutela, debbano essere oggetto di bilanciamento con gli altri diritti fondamentali, modificando il suo ormai tralatizio orientamento che considerava la salute, in quanto «diritto fondamentale dell'individuo», come «diritto primario ed assoluto», un diritto *duro* (cfr. la sent. 12 luglio 1979, n. 88). Nella decisione del 9 maggio 2013, n. 85, la Consulta si è, infatti, espressa nel senso che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve sempre essere sistematica (…) La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (…) Il punto di equilibrio, dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

7. Beni culturali, paesaggio e ambiente: obbligo di tutela e funzione amministrativa

Se, a questo punto, si vogliano verificare le linee di collegamento tra i compiti gravanti sulla salvaguardia dell'ecosistema e quelli aventi ad oggetto i beni culturali ci si imbatte ben presto in un'unicità concettuale di tutela obbligatoria, declinata dal legislatore in forme diverse, ma con un oggetto in definitiva comune.

Del resto, del patrimonio culturale – che, non si dimentichi, è costituito anche dai beni immateriali dei quali all'art. 7-*bis* del codice – si occupa con evidente imbarazzo il legislatore del secondo decreto correttivo (d.lgs. 62 del 26 marzo 2008), ciò che consente di superare ogni perplessità nell'avvicinare le due tutele: bene culturale e paesaggio ricevono dall'ordinamento protezione intensa per la loro conservazio-

ne in favore delle future generazioni; l'ecosistema, dal canto suo, è protetto allo scopo di impedire peggioramenti della qualità della vita.

Può constatarsi a questo punto la convivenza nell'ordinamento di norme sulla protezione di beni culturali, complete nella loro struttura rivolta alle testimonianze materiali, ma ormai – beninteso, con leggi speciali – anche immateriali, di civiltà, una volta entrata in vigore la duplice Convenzione UNESCO di Parigi, quella del 3 novembre 2003 per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e quella del 30 ottobre 2005 per la protezione e la promozione delle diversità culturali soprattutto nello stesso popolo.

Anche il paesaggio può vantare nel nostro ordinamento una protezione se non perfetta, per via della presenza di incrostazioni di interessi forti – spesso politicamente assistiti – nell'uso del territorio, almeno estesa ad ogni forma territoriale individuata nell'apposita copianificazione paesaggistica regionale-statale come meritevole di indicazioni e/o limitazioni, anche drastiche per le iniziative di trasformazione del suolo, salve le trasformazioni minime o comunque modeste, come tali individuate in un recentissimo testo regolamentare. Il regime dell'autorizzazione – esclusivamente preventiva – per una, pur controllata, deroga rispetto al vincolo paesaggistico, dovrebbe garantire ciò che qualsiasi cittadino non può non pretendere, cioè che la gestione del vincolo paesaggistico resti sempre neutrale, riesca, in altri termini, a sottrarsi all'influenza degli interessi forti come del resto presumono norme di legge che assicurano anche la tutela penale per la violazione del vincolo.

Il d.l. 31 maggio 2014, n. 83, conv. con l. n. 106/2014 s.m.i., prevedeva all'art. 14 che con regolamento governativo dovesse modificarsi e integrarsi la disciplina prevista dall'art. 146, comma 9, 4° periodo del codice dei bb.cc. e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42 del 2004, (a) «al fine di ampliare e precisare le ipotesi di interventi di lieve entità»; inoltre le tipologie di interventi di lieve entità realizzabili senza autorizzazione, come già previsto dall'art. 149 del codice e dal regolamento, nonché «mediante definizione di *ulteriori interventi* minori privi di rilevanza paesaggistica»; ancora (b) le tipologie di intervento di lieve entità che possano essere regolate anche tramite accordi di collaborazione tra il ministero, le regioni e gli enti locali *ex* art. 15 l. 7 agosto 1990, n. 241 s.m.i. con specifico riguardo alle materie che coinvolgono competenze proprie delle autonomie territoriali.

L'iniziativa è stata giustificata oltre che per la semplificazione, soprattutto per dimezzare il carico di lavoro delle soprintendenze e degli uffici governativi centrali, consentendo loro di concentrare le proprie risorse «nell'esame approfondito e serio (quindi anche tempestivo) degli interventi capaci di un effettivo impatto negativo sui beni tutelati».

Può schematizzarsi la situazione di semplificazione del procedimento autorizzatorio (Capo II del regolamento): I) interventi non soggetti ad autorizzazione paesaggistica (art. 149) cioè di lieve entità o del tutto irrilevanti, secondo, comunque, un elenco preciso di cui all'allegato A; II) nell'allegato B sono individuati tutti gli interventi di lieve entità sottoposti alla procedura semplificata *ex* art. 11 dello stesso decreto; III) gli allegati C e D recano il modello unificato dell'istanza di autorizzazione e della relazione paesaggistica da allegare di cui al punto II) che precede.

Il testo regolamentare n.1824/2016 è stato predisposto dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo con l'ausilio di una commissione speciale, apposito gruppo di lavoro costituito dal Mibact l'8 gennaio 2015 e composto da rappresentanti delle regioni, dell'ANCI e da «autorevoli esponenti dell'Accademia e da funzionari della presidenza del Consiglio, Dipartimento per la semplificazione amministrativa»; infine, è intervenuta, prima del parere del Consiglio di Stato, la conferenza unificata che, insieme all'ANCI, con un'intesa del 7 luglio 2016, previe talune modifiche, ha ottenuto il parere favorevole del Consiglio di Stato, sezione consultiva Atti normativi del Settembre 2016, con non pochi inviti a modificazioni e chiarimenti nel testo proposto.

Si può forse ritenere che non sussistano in realtà seri pericoli di ricorso strumentale alle categorie facilitate: si può, in particolare, escludere che le norme regolamentari permissive – il cui rilievo nell'ordinamento giuridico è di per sé evidente in quanto queste finiscono per influenzare in sede applicativa ed esegetica, l'intera categoria di rapporti tra gli interessi speculativi alla trasformazione del territorio vincolato paesaggisticamente, dunque il più pregiato e prezioso sul mercato immobiliare del lusso e quelli dell'intera nazione – possano in concreto attivare la speculazione in misura significativa. Le maglie della normazione semplificante sembrano abbastanza strette per consentire l'affermarsi di una prassi applicativa che, in realtà, riesca

ad avvicinarsi alla sfera dell'amministrazione neutrale nell'applicazione delle norme di salvaguardia del paesaggio.

In conclusione, la ragion pratica della protezione accordata dall'ordinamento ai beni culturali, al paesaggio e all'ambiente è radicata nella stessa presenza delle vite umane nei tre sistemi giuridici oggettivi che le vedono impegnate a conservare e restaurare testimonianze di bellezza, storia, archeologia e demoetnologia in nome dell'affermazione della personalità di ognuno, a sorvegliare l'integrità di ciascun sistema per la sopravvivenza attuale delle bellezze paesaggistiche riconosciute dall'ordinamento, ed a curare con la dovuta attenzione l'adozione di comportamenti comuni a tutte le popolazioni caratterizzati dal rispetto delle condizioni dell'ambiente, non rileva se sia connesso o meno con i valori paesaggistici, allo scopo di garantire – ciò che soltanto un consenso generale può ottenere – la migliore e più rilevante condizione di sviluppo della persona umana e di tutte le vite che, nel succedersi delle generazioni, ne accompagnano e ne condizionano il percorso.

Per quel che può valere, sono forse ormai possibili riflessioni sul differente peso riconosciuto nell'ordinamento alle presenze dei beni che possono/devono essere considerati meritevoli della qualificazione di culturali e paesaggistici e ai c.d. beni comuni che non conoscono la tutela pubblica perché dovrebbero essere protetti nel regime del diritto comune da cittadini interessati volontariamente alla loro *cura*.

Beni culturali, paesaggio e ambiente pongono analoghi problemi alla comunità politica: se il regime giuridico del bene è, nell'essenza, uniforme dunque efficace per tutti quelli culturali e per il paesaggio, non si può dire altrettanto per i c.d. beni comuni[33]. Quanto all'ambiente, la produzione incontrollata di materiali – ad es. plastici – corrispondenti all'interesse esclusivo dell'impresa, è assai dannoso per l'ecosistema: gli oceani presentano vaste distese di plastica, i pesci – persino i cetacei – ne hanno la pancia piena, ma le scelte politiche non hanno ancora registrato un divieto o almeno una limitazione rilevante della produzione della plastica in alcuno Stato conosciuto.

L'esempio è assai significativo, ma non è certamente limitato ad un caso isolato.

[33] Cfr. R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva di indagine sui beni comuni*, *cit*., 67 ss.

Nell'ambiente sono i rifiuti a rendere spesso vano l'impegno civile dei cittadini e degli Stati[34]: persino le buste di plastica potrebbero essere "governate" con successo negli inceneritori o in altri meccanismi se si riuscisse a controllarle veramente quando diventano – devono diventare – rifiuti; ma con norme positive che ne impongano la raccolta differenziata a categorie di soggetti come i pescatori, gli imballatori, i venditori e gli acquirenti, nonché la presenza continua di idonei contenitori del rifiuto plastico.

È questo genere di iniziative che, tuttavia, potrebbe vedere l'intervento di associazioni di cittadini nell'esercizio di un servizio di assoluto interesse generale ai sensi del comma quarto dell'art. 118 Cost. Alla legge probabilmente si chiede troppo in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio e di tutela dell'ambiente.

Soltanto un impegno costante tanto dei pubblici poteri a tutti i livelli quanto, su piani non meno rilevanti, dei cittadini potrebbe rappresentare la svolta necessaria per un progresso generale che consenta di evidenziare gli aspetti di grande ricchezza che il patrimonio culturale e in generale il territorio e l'intero ecosistema offrono e di rendere consapevoli tutti i singoli cittadini. Un compito, per così dire, *naturale* che grava sull'intera comunità, già espletato nelle precedenti generazioni con successo, se è vero che il patrimonio culturale, il paesaggio e l'ambiente nel territorio nazionale sono stati preservati e consegnati alla generazione del secondo dopoguerra dal Medioevo fino al Novecento, a prescindere dall'esistenza di norme generali o consuetudini poste a presidio della tutela dell'ambiente.

È vero che la funzione pubblica di tutela, valorizzazione e garanzia di fruizione generale e quella privata di conservazione dei beni culturali, del paesaggio e dell'ambiente esprimono una finalità insita nell'azione della Repubblica: ma la vastità nel tempo e nello spazio degli effetti di siffatta tutela, così come accade in particolare per gran parte della tutela dell'ambiente salubre, la molteplicità infinita del patrimonio culturale e dei paesaggi, permea la funzione di tutela – che lo Stato si è del tutto coerentemente e significativamente riservato quanto al livello di normazione primaria nella Costituzione agli artt. 9 e

[34] In particolare, sulla disciplina dei rifiuti nel codice dell'ambiente, cfr. A. BORZÌ, *La gestione di rifiuti*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, *cit*., 605 ss. Per uno sguardo più generale che analizzi l'impatto dei rifiuti sulle politiche del mercato in Italia e nell'UE, si vedano anche i contributi di O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, *ivi*, 153 ss., spec. 210; R. AGNOLETTO, *I settori delle discipline ambientali*, *ivi*, 433 ss.

117 – di una tensione normalmente appagante proiettata tra preistoria e civiltà della rete delle reti; perché l'uomo bionico, l'uomo automa andrà alla ricerca, fuori di un laboratorio, delle origini dell'etnia di appartenenza e del suo spirito all'origine del suo essere. Come può rilevarsi, si tratta di amministrazione attiva, ma allo stesso tempo di un'attività che si disperde nell'infinito verso i valori che tende a proteggere a vantaggio di tutta l'umanità, dunque dei beneficiari di siffatte tutele, queste ultime da intendersi come servizio economicamente indivisibile.

Ciò ha consentito l'emergere di obblighi repubblicani come di obblighi civici nella salvaguardia reale del bene comune culturale, paesaggistico e ambientale al fine di trasferire in favore delle successive generazioni gli stessi beni nelle migliori condizioni di conservazione: dunque i connotati della neutralità di un'azione dotata del massimo raggio di incidenza nella realtà del territorio e della sua storia anche artistica si rendono manifesti ben presto con il maggior rilievo che l'attività di un ente pubblico possa esprimere per la comunità nel prendersi cura dei suoi beni comuni.

La sussidiarietà, soprattutto orizzontale, concepita nel 2001 con il nuovo testo dell'art. 118, comma quarto, norma emergente che spicca come la più significativa e meritevole di conservazione nell'intera riforma costituzionale, realizzata con la legge costituzionale n. 3/2001, rappresenta la conferma che la tendenza al bene comune (da raggiungere per vie molteplici) è finalmente tradotta spesso in norme di legge e questa volta costituzionali.

La sussidiarietà trova radice nell'organizzazione internazionale, dunque anzitutto nell'organizzazione missionaria della Chiesa cattolica: preesiste la persona con le sue formazioni sociali spontanee che godono di una sorta di protezione dalle interferenze dei pubblici poteri nelle loro attività che possa ostacolare l'autonomia, valore essenziale per chiunque nell'ambito di un quadro di pieno rispetto nell'ordinamento[35]. Qualora le persone singole o le minori comunità

[35] Ricordando che «la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni è caratterizzata da una robusta sottolineatura del principio di leale collaborazione, dal quale tutti i rapporti istituzionali 'verticali' e 'orizzontali' appaiono conformati», M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni, cit.* si chiede se questo principio debba essere «esportato anche nel dominio dei rapporti sociali» (379). A tal proposito i diversi contributi del numero monotematico di *Dir. e soc.*, n. 3/2016, *cit.* appaiono assai esplicativi, orientandosi tutti in questo senso: cfr. F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, *ivi*, 381 ss. per il quale «la cooperazione

non siano in grado di provvedere adeguatamente in via esclusiva, si afferma la sussidiarietà verticale mediante un coordinamento della loro azione e di sostegno in caso di necessità, cioè tenendo presenti i canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità[36].

---

presuppone che ci si consideri l'un l'altro come agenti internazionali e liberi di agire e, pertanto, capaci di accordarsi per un fine condiviso e di impegnarsi reciprocamente» (392); L. D'ANDREA, *I beni comuni tra pubblico e privato*, *ivi*, 433 ss. ritiene che «senza cooperazione sociale, senza l'assunzione delle conseguenti responsabilità, senza il diffuso e generoso adempimento dei 'doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale', solennemente richiamati dall'art. 2 Cost.….l'ardua sfida che si è inteso qui ravvisare all'interno della questione dei beni comuni, così presente nell'attuale dibattito pubblico, non potrà essere non dico vinta, ma neppure credibilmente affrontata» (455); Q. CAMERLENGO, *La controversa nozione di bene comune*, *ivi*, 557 ss. opera un collegamento tra tutela dei beni comuni e adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, ritenendo tuttavia che «dal dettato costituzionale parrebbero affiorare alcuni elementi idonei a fungere da basi normative dei beni comuni: coesione economico-sociale, sostenibilità ambientale, servizi universali, giustizia sociale, tutti elementi utili per ricomporre il quadro costituzionale dei beni in parola» (571).

[36] Oltre alla leale collaborazione tra istituzioni e tra cittadini e al principio di solidarietà che regge la società civile, intorno a quella dei beni comuni, come a tutte le altre tematiche che impingono sui rapporti tra pubblici poteri e cittadini, viene evidenziata da tutti gli autori che si sono occupati del tema l'importanza della garanzia dei processi partecipativi in uno Stato democratico. Così L. VIOLINI, *Il bene comune acqua nella prospettiva multilivello*, *ivi*, 535 ss., con particolare riferimento al bene *acqua*, dopo aver analizzato ogni questione riguardante la sua gestione nei tre livelli territoriali della nostra Repubblica, evidenza che «esso tracima ogni confine e attraversa territori e Stati differenti, in verticale e in orizzontale, senza che si possa ridurre al preciso contenuto del diritto di proprietà di singoli soggetti». L'a. nel richiamare il lavoro di associazioni che operano per far sì che il "genoma umano" dell'acqua sia quanto più possibile "circolare", nonché l'opera delle grandi reti di università italiane nella creazione di *data base* gestiti nella logica dell'*open access*, ritiene che «si potrebbero ipotizzare strutture analoghe di tutela delle risorse idriche e di circolazione d'informazioni sul ciclo e la vita dell'acqua, sulla sua esauribilità, sulle modalità più sostenibili d'impiego e così via. Una conoscenza così estesa delle caratteristiche di questo bene che coinvolga l'intero globo, getterebbe le basi per una sua regolamentazione e tutela condivisa» (543). Per A. LUCARELLI, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, *ivi*, 483 ss. v'è una profonda connessione fra democrazia partecipativa e determinazione delle formule di conservazione, gestione e godimento dei beni comuni; I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, *ivi*, 457 ss. ritiene che il successo «della teoria dei beni comuni (…) sia la risposta alla richiesta di una partecipazione più attiva da parte della cittadinanza»; nelle direzione della *democrazia partecipativa* per la gestione dei beni comuni si muove anche E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, *ivi*, 493 ss. il quale evidenza tuttavia che una democrazia partecipativa mal gestita possa portare al rischio che «alla rappresentanza politica si sostituisca la rappresentanza di interessi» (380).

Sicché, conclude M. LUCIANI, *Una discussione, cit.*, la solidarietà «tende a essere trasformata nella soggettiva obbligazione a tenere comportamenti cooperativi, che anche in

Secondo una dottrina, il principio è stato enunciato ed inteso, nell'art. 118 Cost., «non tanto nel senso del riconoscimento di spazi di libertà privata e di un corrispondente dovere di arretramento dell'amministrazione dallo svolgimento di compiti cui gli individui e le formazioni sociali possono adeguatamente provvedere, ma piuttosto come esigenza di perseguire le finalità istituzionali dei pubblici poteri anche attraverso le iniziative autonome dei privati, singoli o associati, la cui azione deve essere riconosciuta, favorita e valorizzata, attribuendo alla stessa una rilevanza di interesse generale»[37].

Come non vedere nell'associazione culturale che scopre, dopo anni di ricerche infinite tra terreni arati, la "grotta del peccato originale" nella campagna di Matera, dotata di affreschi del periodo dell'occupazione longobarda di Benevento e della Lucania, con l'affresco di Adamo ed Eva e quello di tutti i Santi del paradiso allora conosciuti, un momento di verifica della spinta per l'universalità, ignara di luogo e di tempo, dell'interesse al proprio passato artistico, storico, archeologico che ogni norma consente di avvertire di fronte alla prospettiva di godere della scoperta di antichità, o di bellezze artistiche, o vestigia storiche, solenni testimonianze della sua civiltà.

Nonostante l'inquinamento dell'atmosfera, lo sviluppo incontrollato di alcuni processi industriali pubblici e privati, la pressione degli interessi economici più forti e meno accettabili per il godimento del paesaggio e della – iniziale – salubrità ambientale, perché il nostro divenga mio o, peggio ancora, mio e tuo nelle forme di più pesante e gravemente dannosa corruzione propria, il compito di ogni generazione nelle sue espressioni istituzionali pubbliche e private, cioè nei singoli componenti la generazione, si svolge ancora come funzione amministrativa neutrale a favore di future persone non nate e non presenti sul piano dei rapporti intersoggettivi.

Ed è proprio la caratteristica neutralità della funzione a legittimare ogni pretesa di limitazione alla circolazione del bene culturale, all'uso

---

questo caso (come in quello dei rapporti istituzionali) a me sembrano doversi caratterizzare per la reciproca lealtà, nel senso che il perseguimento del proprio interesse attraverso la fruizione del bene comune non può essere escluso, ma deve essere contemperato con quello degli altri, che non può compromettere» (380).

[37] Così N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino 2002, 21 ss. ma si veda anche M. INTERLANDI, *Ambiente, beni di interesse comune e "diritti collettivi"*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 217 ss.

spregiudicato del territorio per violentarne il bene-paesaggio o per industrializzarlo nel senso di inquinamento inevitabile, di imposizione di attività conservativa, sostitutiva e complementare dopo un danno ambientale, di ripristino dello *status quo ante* nella tutela del paesaggio.

Infatti, l'agire non per un interesse proprio, ma, almeno in netta prevalenza, alieno, costituisce la precondizione della neutralità dell'azione: essa si fa funzione quando l'ordinamento giuridico richiede quell'azione – esercizio in concreto delle competenze e delle attribuzioni – nell'interesse generale, nella specie anche futuro. E la richiede, di necessità, nella stessa misura, tanto all'ente pubblico del quale potrà orientare e talora guidare le scelte in sede di vigilanza, quanto al singolo titolare di libertà, ma vincolato a comportamenti doverosi per la conservazione di ogni bene culturale, di ogni angolo dell'ecosistema. In un'attività di questo genere non può negarsi che tutti – pubblico e privato, collettivo e singoli – agiscano, debbano agire, nell'interesse generale soprattutto a vantaggio delle future generazioni: neutralità piena, pertanto, rispetto ad interessi propri o di altri soggetti presenti in una relazione giuridica "effettiva", neutralità ispirata alla bellezza dei beni e dei paesaggi in funzione della qualità della vita in un caso, all'incontaminazione nel secondo, nei luoghi di svolgimento della vita, cioè dovunque.

Funzioni amministrative connesse alle posizioni imposte dal regime dei beni principali – più necessari – presenti nella vita di ogni comunità politica, ma prima ancora di ogni individuo, sotto forma di cose d'arte o di reperti archeologici, storici, di beni che rivelano costumi, economia, storie antiche dell'uomo nel suo popolo, di musiche di tutti i tempi che superano la barriera ancestrale della diversità linguistica, una delle fonti principali della difficoltà di dialogo – per la cura consapevole di tutti i loro rispettivi interessi, resi compatibili in conseguenza del dialogo, cioè della sopraggiunta conoscenza di interessi nuovi, del *know-how* necessario per meglio garantirne la promozione e difesa – tra le persone che abitano il pianeta (la perdita di occasioni di crescita di ogni tipo, causata dalla difficoltà di incontro e di scambio di ciascuno con tutti gli altri viventi è circostanza di portata dannosa incommensurabile). Inoltre, paesaggi di struggente bellezza e salubrità dell'ambiente che tutto ciò che precede contiene.

Tutto si conserva ancora oggi, certamente per merito di singoli e delle associazioni, comitati o semplicemente gruppi di cittadini anima-

ti dal senso civico e dalla solidarietà, ma soprattutto, come emerge da queste brevi notazioni, per merito dell'esercizio generale da parte del potere pubblico a qualsiasi livello, da quello comunale a quello statale, europeo, internazionale, di funzioni neutrali mediante l'emanazione di leggi di tutela e valorizzazione e mediante un capillare esercizio di funzione amministrativa che, prescindendo dalla sua attuale qualità e quantità, se venisse meno interamente provocherebbe la perdita irreversibile delle fondamenta della società politica, delle ragioni stesse del consenso reciproco sulle quali fonda il vincolo del cittadino con le forme di Governo che lo riguardano e legittimamente lo raggiungono nella sfera dei suoi interessi.

Un'attività cosmica, insomma, di funzioni neutrali consente ad ogni generazione di trasmettere oltre se stessa beni e valori che altrimenti sarebbero utilizzati attivamente ed esauriti fatalmente nell'interesse contingente, con la prevaricazione da parte dell'interesse "attuale" sulle ragioni stesse del bene comune. Scomparirebbe l'altruismo, l'opera nell'interesse alieno della funzione amministrativa che, con l'"arma" di pace sociale della sua neutralità, deve, viceversa, continuare a tessere al di sotto di tutte le azioni positive e dotate di singole *mission*: quelle attività di ogni giorno che tuttavia mai dovranno negare l'interesse di chiunque componga la comunità a guadagnarsi, senza eccessivo onere, anzi profittando dell'esercizio di funzioni amministrative neutrali e mediante ognuna di esse, il proprio futuro.

LE RESTRIZIONI ALLA LIBERTÀ DI CORRISPONDENZA, DI INFORMAZIONE E DI STUDIO DEI DETENUTI IN REGIME DI C.D. CARCERE DURO: LA CORTE COSTITUZIONALE, IN ACCORDO CON LA CASSAZIONE, SALVA L'ART. 41-*bis* ORD. PEN. E LA DISCREZIONALITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA IN MATERIA

di *Federica Mannella*

SOMMARIO: *1. Premessa; 2. I termini della questione; 3. La giurisprudenza di legittimità in materia; 4. Sul diritto di informazione e di studio; 5. Sulla libertà di corrispondenza; 6. Sul richiamo agli artt. 3 e 8 Cedu; 7. Riserva di legge e di giurisdizione, potere regolamentare e discrezionalità dell'amministrazione; 8. Considerazioni conclusive.*

1. Premessa

L'art. 41 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario in materia di esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale[1] torna ancora una volta sotto la lente del vaglio giudiziale, come oggetto del sindacato di legittimità della Corte costituzionale, chiamata a verificare la presunta incostituzionalità delle norme che consentono restrizioni nelle modalità di acquisizione e di invio di libri e di altre forme di stampa per i detenuti sottoposti al regime del c.d. carcere duro.

Con una recente sentenza[2], la Corte rigetta la questione, dichiarandola infondata e conferma il "diritto vivente" consolidatosi in materia[3], così come elaborato dalla Corte di Cassazione. Ma, nei passaggi

[1] Legge n. 354 del 1975, d'ora in avanti ord. pen.

[2] Corte cost., sent. n. 122 dell'8 febbraio 2017, depositata il successivo 26 maggio.

[3] Tra le prime note alla sentenza in commento cfr. A. DELLA BELLA, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41 bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 giugno 2017; S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un'occasione perduta)*, *Giurisprudenza penale web*, 2017.

della motivazione, emergono rilevanti spunti di riflessione sui quali, sotto diversi punti di vista, vale la pena soffermarsi.

Non si possono nascondere, infatti, alcuni aspetti di complessità, che emergono dall'analisi della sentenza, laddove la Corte, benché abbia concluso con una declaratoria di rigetto "secco", ha utilizzato, come si vedrà, ampie ed articolate argomentazioni per salvare nella loro pienezza le disposizioni legislative impugnate e la riconosciuta discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria nella scelta delle modalità di applicazione delle stesse, ricorrendo ad una interpretazione sistematica delle norme sul regime carcerario in genere, in relazione alle restrizioni dei diritti fondamentali che lo stesso comporta a salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza, con la finalità specifica di contrastare forme di criminalità organizzata.

L'impressione che si ricava dall'analisi dei complessi passaggi argomentativi della sentenza, come si cercherà di evidenziare nel prosieguo, è dunque quella che si sia voluto evitare, nella migliore delle ipotesi, il ricorso ad una sentenza interpretativa di rigetto, nella quale si sarebbe potuto ricorrere anche ad un monito nei confronti del legislatore, auspicando più precise e puntuali indicazioni da parte dello stesso, considerata la peculiarità e la delicatezza della materia trattata.

2. I termini della questione

Ma, tornando, per ora, alla specificità del caso, il Magistrato di sorveglianza del carcere di Spoleto, chiamato a pronunciarsi sul reclamo presentato da un detenuto nell'istituto di pena di Terni, sottoposto al regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis*, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 *bis*, comma 2-*quater*, lettere a) e c), ord. pen.[4], nella parte in cui, secondo il "diritto vivente", permetterebbe «all'amministrazione penitenziaria di adottare, tra le misure di elevata sicurezza interna ed esterna volte a prevenire contatti del dete-

[4] Più in particolare, sono oggetto di censura da parte del giudice *a quo*:

- l'art. 41 *bis*, comma 2-*quater*, lett. a), ord. pen., nella parte in cui prevede «l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna» per prevenire qualsiasi tipo di contatto con l'organizzazione criminale di appartenenza o di riferimento, con organizzazioni contrapposte e con altri detenuti della stessa organizzazione o appartenenti a gruppi alleati;

- l'art. 41 *bis*, comma 2-*quater*, lett. c), ord. pen., nella parte in cui prevede limitazioni alla possibilità di ricevere somme, *beni e oggetti* dall'esterno.

nuto in regime differenziato con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, il divieto di ricevere dall'esterno e di spedire all'esterno libri e riviste a stampa» [5].

I parametri costituzionali invocati a sostegno di tali doglianze sono:

- l'art. 15 Cost. che stabilisce una riserva di legge, di tipo assoluto, e di giurisdizione in materia di limitazioni della libertà e della segretezza della corrispondenza e *di ogni altra forma di comunicazione*, con particolare riferimento al caso in cui la ricezione o l'invio a mezzo posta di testi a stampa, quali libri e riviste – benché il loro contenuto sia destinato ad un pubblico indifferenziato e non integrerebbe di per sé il più ristretto concetto contemplato dall'art. 15 Cost.[6] – possano considerarsi, invece, *strumento di comunicazione* con i familiari, comunicazione che potrebbe, tuttavia, rivelarsi illecita, celando in sé scambi di messaggi tra detenuti e organizzazione criminale di appartenenza;
- gli artt. 21, 33 e 34 Cost., nella parte in cui la difficoltà di acquisizione di pubblicazioni dall'esterno, considerato il divieto che porrebbe la norma censurata, come interpretata dal diritto vivente, comprimerebbe i diritti del detenuto all'informazione e allo studio;
- l'art. 117, comma 1, Cost., richiamato con riferimento agli artt. 3 e 8 Cedu, che vietano, rispettivamente, trattamenti inumani e degradanti e garantiscono il rispetto della vita privata e familiare e, dunque, anche del diritto alla corrispondenza e alla comunicazione con i familiari, quale strumento di mantenimento delle relazioni sociali e della

[5] Ord. Magistrato di sorveglianza di Spoleto, n. 835, del 26 aprile 2016, depositata il 29 aprile 2016, ord. di rimessione r.o. n. 108 del 2016. Cfr. il commento a prima lettura di R. MURA, *Galeotto fu (proprio) il libro?, Considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale in materia di libri e 41 bis*, in *Questione Giustizia,* del 13 settembre 2016.

[6] La dottrina ha, da tempo, tentato di porre una distinzione tra il contenuto e l'oggetto di tutela degli artt. 15 e 21 Cost.: è certamente da considerarsi un dato pacifico la differenza con riguardo al rapporto tra autore e destinatario della comunicazione. Se la tutela della libertà di manifestazione del pensiero, come prevista dall'art. 21 Cost., non implica anche la tutela della segretezza, poiché non è rivolta a destinatari specifici, ma comporta l'uso di mezzi di comunicazione di massa verso destinatari indeterminati, l'oggetto della tutela di cui all'art. 15 Cost. riguarda la segretezza delle relazioni interpersonali, a tutela del rapporto comunicativo che si instaura tra due o più soggetti determinati. Per una ricostruzione delle differenti forme di tutela previste dai due articoli e per una ricognizione delle diverse voci dottrinarie sul punto, si vedano A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili, Art. 21, La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato di A. Pizzorusso, Bologna 2006, 11 ss.

vita affettiva, già di per sé gravoso nel suo esercizio a causa del regime particolarmente restrittivo previsto dall'art. 41 *bis*.

In apertura, la Corte tiene a precisare a chiare lettere, anticipando i termini entro i quali andrà a svolgere il proprio ragionamento, che le questioni in esame attengono esclusivamente «alle *modalità con le quali possono essere stabilite limitazioni in tema di acquisizione e circolazione di libri, riviste e stampa in genere* nei confronti dei detenuti soggetti allo speciale regime di sospensione delle regole del trattamento, come disposto dal Ministero della giustizia ai sensi dell'art. 41 bis, comma 2, ord. pen. »[7], e non, dunque alla legittimità di eventuali limitazioni che possono essere poste, per esigenze di ordine e di sicurezza, al diritto di acquisirli.

3. La giurisprudenza di legittimità in materia

Ed è proprio dalla ripetuta disapplicazione di una circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero di Giustizia[8], nella quale si prevede uno specifico divieto di ricezione e di invio di pubblicazioni (libri e riviste) all'esterno per i detenuti in regime di 41 *bis*[9], che la vicenda prende inizio e che si forma il "diritto vivente", poi oggetto di censura da parte del giudice *a quo*.

[7] Cfr. punto 2 del Considerato in diritto, corsivo aggiunto.

[8] Circolare del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, n. 8845 del 19 novembre 2011, nella quale, tra l'altro, si prevede che «sarà altresì vietato l'ingresso di libri o riviste ricevuti dall'esterno dai familiari anche tramite pacco colloquio o postale» (*sic*). «È inoltre fatto assoluto divieto di consegnare tale materiale all'esterno».

[9] L'esigenza di predisporre la circolare richiamata è nata dall'accertamento di un peculiare episodio relativo ad un detenuto che, eludendo il visto di censura sulla corrispondenza – richiesto dall'art. 41 *bis*, comma 2-*quater*, lett. e) – era riuscito a scambiare con i familiari libri, riviste e *corposi atti giudiziari* (questi ultimi non specificati all'interno della circolare che si riferisce solamente a libri e riviste) contenenti messaggi criptati, di natura illecita, destinati presumibilmente all'organizzazione criminale di appartenenza. Alla luce di simili accadimenti, difficilmente individuabili da parte del personale di controllo, considerata anche la mole delle verifiche da compiere, la circolare sopra richiamata, destinata alle direzioni di tutti gli istituti penitenziari, ha stabilito che qualsiasi tipo di stampa autorizzata potesse essere acquisita dai detenuti in regime speciale solamente nell'ambito e per mezzo dell'istituto di pena, vietando al contempo la ricezione di tale materiale dall'esterno, in particolare dai familiari, sia a mezzo posta, sia in occasione dei colloqui, come anche l'invio all'esterno dello stesso materiale da parte del detenuto.

La Corte costituzionale, pertanto, spende buona parte del "considerato in diritto" nel richiamare i diversi passaggi della giurisprudenza di legittimità in materia, passaggi che vale la pena ripercorrere, seppur brevemente, al fine di comprendere appieno le motivazioni dei giudici costituzionali, sostanzialmente allineate con quelle della Cassazione, che ne costituiscono certamente la necessaria premessa, anche se, come si vedrà, potrebbero celare qualcosa di più.

Tale circolare veniva *disapplicata* da alcuni magistrati di sorveglianza, investiti dal reclamo di taluni detenuti *ex* art. 35 *bis* ord. pen.[10], che rilevavano la lesione dei diritti di informazione e di studio, stante, per un verso, la difficoltà posta dalla disposizione di acquisire i testi necessari all'esercizio di tali diritti e, per altro verso, la limitazione della libertà di corrispondenza, ammissibile solamente a seguito di specifico provvedimento dell'autorità giudiziaria, come dispone la riserva di giurisdizione posta a garanzia dall'art. 15 Cost., alla quale ha dato attuazione, in generale, nell'ambito penitenziario, l'art. 18 *ter* ord. pen. Tale norma prevede infatti che l'autorità giudiziaria, per esigenze di tipo investigativo o di prevenzione dei reati, ovvero per ragione di ordine e di sicurezza interna dell'istituto, possa disporre con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero e del direttore dell'istituto, nei confronti di singoli detenuti e per periodi di tempo limitati, restrizioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa. Provvedimenti giudiziari che, nei casi oggetto di reclamo, non erano stati predisposti, poiché appunto la circolare ministeriale non li richiedeva, provvedendo direttamente e in modo generalizzato in tal senso.

In questo contesto si inseriscono le numerose pronunce della Corte di Cassazione che sistematicamente hanno annullato i provvedimenti di disapplicazione della citata circolare ministeriale, permettendo il consolidarsi di un "diritto vivente" in materia, come rilevato dal giudice *a quo*.

La Corte costituzionale, nel richiamare tale giurisprudenza di legittimità nei passaggi salienti, evidenzia le motivazioni della suprema Corte che hanno portato a ritenere *la circolare ministeriale meramente*

[10] Cfr., tra le altre, ord. Mag. Sorv. Spoleto del 29 ottobre 2012 e ord. Mag. Sorv. Roma del 18 febbraio 2013 in *Rass. penit. e crim.*, 2014, 173 ss., che giustificavano la disapplicazione della circolare in questione in quanto contraria all'art. 18 ter ord. pen., che subordina ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria le limitazioni della corrispondenza epistolare e della ricezione della stampa.

attuativa delle particolari restrizioni già previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario e dal provvedimento ministeriale che dispone il regime speciale[11].

Secondo la Corte costituzionale, la Cassazione avrebbe riconosciuto in capo all'amministrazione penitenziaria un vero e proprio "*potere regolamentare*" per la concreta applicazione delle restrizioni già positivamente previste, coerente con le finalità del regime carcerario speciale[12].

La giurisprudenza di legittimità richiamata non ha rintracciato, nelle disposizioni previste dalla circolare, alcun pregiudizio significativo né per quanto attiene il diritto di studiare e di informarsi del detenuto, che resta comunque garantito dalla possibilità di ricezione dei testi tramite i canali sicuri dell'istituto penitenziario (a prescindere dunque dalla corrispondenza con i familiari o con altri soggetti esterni al carcere)[13], né per quanto concerne la libertà di corrispondenza[14].

---

[11] Cfr. punto 2.4. del Considerato in diritto, nel quale la Corte richiama, nello specifico, Cass. pen., Sez. I, 16 ottobre-1 dicembre 2014, n. 50158, nella quale si specifica, tra l'altro, che: «quanto alla violazione dell'art. 18 ter ord. pen. deve rilevarsi come la disposizione applicata dall'amministrazione penitenziaria dell'istituto in esecuzione della circolare del D.A.P. richiamata non costituisca il trattenimento della corrispondenza in senso proprio, imponendo soltanto una modalità attraverso la quale i detenuti, sottoposti allo speciale regime di cui all'art. 41 bis ord. pen., possono ricevere libri e stampa periodica». V. anche Cass. pen. sez. I, 17 dicembre 2014 – 8 gennaio 2015, n. 314.

[12] Cfr. Cass. pen., Sez. I, 22 settembre – 7 ottobre 2014, n. 41760; Cass. pen., Sez. I, 23 settembre – 22 novembre 2013, n. 46783, la cui massima ufficiale stabilisce che «è legittimo il provvedimento con cui la direzione dell'istituto di pena, in applicazione di una circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (circolare n. 043 4055 del 16 novembre 2011), attuativa dei principi fissati dall'art. 41 bis ord. pen., impone al detenuto l'acquisto di libri o periodici tramite specifici canali e stabilisce limiti all'accumulo dei testi in cella, trattandosi di disposizioni finalizzate ad evitare ogni possibilità di contatto con l'organizzazione criminale di appartenenza, senza incidere sui diritti del detenuto allo studio e all'informazione».

[13] Resterebbe ferma in capo ai detenuti, secondo la Corte, la libertà di scelta di libri e di riviste, che debbono essere acquisiti, tuttavia, solamente tramite i canali sicuri del carcere, al fine di evitare, in particolare, scambi di messaggi criptici, difficilmente individuabili dal personale addetto al controllo, anche in considerazione della mole di materiale da verificare e della varietà delle tecniche utilizzate in tal senso: in tal senso Cass. pen., Sez. I, 7 aprile – 23 luglio 2015, n. 32469; e Cass. pen., Sez. I, 16 ottobre – 1 dicembre 2014, n. 50156.

[14] Rispetto alla libertà di corrispondenza la Suprema Corte opera la seguente distinzione: se si parla di limitazioni alla libertà di corrispondenza per i detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41 *bis*, è indispensabile, oltre il visto di censura, il provvedimento dell'autorità giudiziaria, come previsto dalla riserva di giurisdizione *ex* art. 15 Cost., alla quale ha dato attuazione, in via generale, l'art. 18 *ter* ord. pen. Se invece si fa riferimento

In particolare, la ricezione della stampa, secondo la Suprema Corte, esula dall'ambito delle garanzie previste dall'art. 15 Cost., ma configura, tutt'al più, un diverso diritto del detenuto, quello di informarsi e di istruirsi *ex* artt. 21 e 33, 34 Cost.[15]. Ma anche in relazione a questi ultimi parametri, la Cassazione non ravvede alcuna violazione: non varrebbe infatti l'assunto secondo cui anche per eventuali limitazioni nella ricezione della stampa sarebbe necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria, richiesto dall'art. 18 *ter*, comma 1, lett. a), ord. pen. L'art. 41 *bis* assumerebbe, infatti, in questo ambito, "*la valenza di norma speciale derogatoria*", giustificata dal più elevato livello di pericolosità del detenuto, che legittima restrizioni speciali idonee a prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza, come, nello specifico, le limitazioni nella ricezione di "oggetti" dall'esterno; ed è proprio in quest'ultima categoria che, secondo la Cassazione, debbono inserirsi le questioni connesse alla ricezione di libri, riviste e quotidiani, che ben si prestano ad essere ricompresi, appunto, nella più vasta *nozione di "oggetti"*[16].

---

alla ricezione o allo scambio di pubblicazioni che riportano il pensiero di terzi, o di stampa in genere, ***non è possibile parlare di corrispondenza in senso stretto***, considerato che quest'ultima, secondo lo stesso legislatore, ma anche secondo l'orientamento consolidatosi in ambito sovranazionale, va intesa, nella sua portata intangibile, come forma di comunicazione verso persone determinate, tramite scritti che traducono il proprio pensiero, sostitutiva della comunicazione verbale e strumentale al mantenimento delle relazioni interpersonali e affettive. In fondo si vuole che la libertà di informazione non si risolva in libertà di corrispondenza. Cfr. Cass pen., Sez. I, 29 settembre 2014 – 15 gennaio 2015, n. 1774.

[15] Cfr. ancora Cass. pen., Sez. I., n. 1774 del 2015 *cit.*, in cui la Suprema Corte stabilisce l'illegittimità dell'ordinanza con cui il magistrato di sorveglianza disapplica la circolare ministeriale del Dap del 16.11.2011, che prevede limitazioni all'invio e alla ricezione di pubblicazioni da parte dei detenuti in regime di 41 bis, trattandosi di forme peculiari di comunicazione che esulano dai controlli sulla corrispondenza di cui all'art. 18 *ter*; né i giudici di legittimità ravvedono nelle disposizioni della normativa secondaria in questione, un'eccessiva ed ingiustificata compressione del diritto di informazione e di studio.

[16] Ulteriore tassello a sostegno di tale ragionamento, è aggiunto dalla Suprema Corte in relazione alla distinzione tra trattenimento della stampa, autorizzato comunque dall'autorità giudiziaria, e *respingimento*: la mancata consegna ha il solo effetto di non consentire l'ingresso degli stampati nell'istituto, ma non li sottrae alla disponibilità quantomeno del mittente, che può sempre pretenderne la restituzione, come già accade nei casi in cui pacchi postali destinati ai detenuti contengano oggetti non conformi a quanto previsto dalle norme di ordinamento penitenziario o dal regolamento interno di istituto e, pertanto, l'amministrazione penitenziaria che effettua il controllo può decidere legittimamente di respingerli, restituendoli dunque al mandante. Sul concetto di respingimento v. Cass. pen., Sez. I, 3 ottobre 2013. 27 febbraio 2014, n. 9674.

Alla luce di tutte le precedenti considerazioni, la Cassazione ha stabilito che le limitazioni poste dalla circolare ministeriale del 2011 risponderebbero ai *poteri normativi conferiti dalla legge all'amministrazione penitenziaria, esercitati secondo "una logica di sistema e di opportunità" che non può essere sindacata dal giudice ordinario, se non invadendo la sfera di discrezionalità della Pubblica Amministrazione*[17, 18].

E proprio questo principio – riguardante l'ampiezza della discrezionalità in materia conferita all'amministrazione penitenziaria attraverso l'attribuzione di poteri normativi – ripreso e rielaborato dalle motivazioni della Corte costituzionale in relazione ai diversi parametri invocati, rappresenta il profilo più rilevante della questione trattata, come si cercherà di far emergere nei paragrafi successivi.

4. Sul diritto di informazione e di studio

Passando al merito delle motivazioni poste a sostegno del rigetto secco delle questioni prospettate [19], secondo la Corte, anche da quanto

[17] Cfr. Cass. pen., Sez. I, 27 settembre – 18 ottobre 2013, n. 42902.

[18] La vicenda si è conclusa con l'adozione di una seconda circolare ministeriale, adottata nel febbraio 2014, a mezzo della quale, in forza del suddetto consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, sono state ripristinate le disposizioni della precedente circolare, già oggetto di disapplicazione, e che ha originato il reclamo di cui il giudice a *quo* è stato investito e che lo ha portato ha sollevare questione di legittimità innanzi alla Corte: Cfr. Circolare del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, n. 3701 del 10 febbraio 2014.

[19] Si deve tralasciare, non potendo trovare in questa sede il dovuto approfondimento, il rigetto preliminare dell'eccezione d'inammissibilità prospettata dall'Avvocatura dello Stato, secondo cui la questione sollevata dal giudice *a quo* avrebbe lo scopo di aggirare il diritto vivente contrario alla disapplicazione della circolare: la Corte ha avuto modo di precisare, in plurime occasioni, che in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo* resta libero di non uniformarsi e di proporre una diversa interpretazione, poiché la "vivenza" di una norma resta vicenda aperta, soprattutto nei casi in cui si tratta di adeguarne il significato ai precetti costituzionali. Ne consegue che il giudice ha la facoltà di assumere la disposizione censurata in termini di diritto vivente e su tale presupposto richiederne il controllo di legittimità costituzionale (cfr. *ex plurimis* Corte cost. sentt. nn. 200 del 2016; 126 del 2015; 242 del 2014). Nel caso di specie la Corte riconosce, come evidenziato dal rimettente, l'avvenuto consolidarsi di un diritto vivente nella corposa giurisprudenza di legittimità in materia, in base al quale l'art. 41 *bis*, comma 2 – *quater*, lett. a) e c) legittima l'amministrazione penitenziaria a vietare la ricezione e l'invio all'esterno di testi e periodici. Secondo la Corte, dunque, non potrebbe rimproverarsi al giudice a quo di non aver percorso una diversa interpretazione, conforme ai parametri evocati (tentativo,

emerge dal "tenore complessivo" dell'ordinanza di remissione, non possono esserci dubbi circa la possibilità di introdurre limitazioni in materia di acquisizione e scambio di testi da parte dei detenuti in regime di 41 *bis*. Salvo che, secondo le doglianze prospettate dal remittente, tali limitazioni dovrebbero essere disposte dal giudice con *provvedimento motivato caso per caso*, per esigenze di ordine e di sicurezza, come stabilisce l'art. 18 *ter* ord. pen., e non, in via generalizzata, con circolare dell'amministrazione penitenziaria: ciò in forza della riserva di giurisdizione prevista dalla suddetta disposizione.

La Corte sgombra immediatamente il campo, con veloci argomentazioni, dai dubbi relativi alle presunte violazioni della libertà di manifestazione del pensiero, nell'accezione passiva del diritto ad essere informati (art. 21 Cost.), e del diritto allo studio (artt. 33 e 34 Cost.).

In merito alla prima questione, i giudici costituzionali riconoscono che le riserve di legge e di giurisdizione, prefigurate a garanzia del diritto di cui all'art. 21 Cost., hanno trovato la loro necessaria attuazione nell'art. 18 *ter*[20], comma 1, lett. a), ord. pen.[21]. Tuttavia, in forza di ta-

---

del resto, già esperito, in precedenza, tramite un provvedimento di disapplicazione della circolare in questione, poi annullato dalla stessa Cassazione), sussistendo tale onere solamente in assenza di un contrario diritto vivente: in tal senso cfr. Corte cost. sent. n. 113 del 2015, in cui, richiamando la precedente giurisprudenza, si ribadisce che «Pur essendo indubbio che nel vigente sistema non sussiste un obbligo […] di conformarsi agli orientamenti della Corte di cassazione (salvo che nel giudizio di rinvio), è altrettanto vero che quando questi orientamenti sono stabilmente consolidati nella giurisprudenza – al punto da acquisire i connotati del "diritto vivente" – è ben possibile che la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, venga sottoposta a scrutinio di costituzionalità, poiché la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o di questa Corte. In altre parole, in presenza di un diritto vivente non condiviso dal giudice *a quo* perché ritenuto costituzionalmente illegittimo, questi ha la facoltà di optare tra l'adozione, sempre consentita, di una diversa interpretazione, oppure – adeguandosi al diritto vivente – la proposizione della questione davanti a questa Corte; mentre è in assenza di un contrario diritto vivente che il giudice rimettente ha il dovere di seguire l'interpretazione ritenuta più adeguata ai principi costituzionali».

[20] Art. 18 *ter* (*Limitazioni e controlli della corrispondenza*), l. n. 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), in vigore dal 15 aprile 2004. Bisogna ricordare che già l'art. 18, sesto comma, della medesima legge, in ossequio alle libertà costituzionali riconosciute a tutti gli individui, ed in coerenza con l'art. 27 Cost. ed in particolare con il principio della funzione rieducativa della pena, autorizza i detenuti a tenere presso di sé quotidiani, periodici e libri in libera vendita all'esterno.

le previsione, resterebbe precluso all'autorità amministrativa solamente *l'esercizio di forme di censura* sulle pubblicazioni da porre nella disponibilità del detenuto in ragione del loro *contenuto*, ma non *la scelta dei mezzi* mediante i quali garantire il diritto di entrare in possesso dei testi desiderati, che restano, dunque, per quanto attiene alle loro eventuali limitazioni, nella *piena discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria*, che può dunque liberamente definirne il *quomodo.*

Analogamente, le medesime ragioni giustificative vengono utilizzate in relazione al diritto allo studio. Anche in tale ambito, secondo la Corte, la possibilità dell'amministrazione di incidere sulle modalità di acquisizione delle pubblicazioni non limiterebbe, in alcun modo, il diritto dei detenuti in regime speciale di studiare, ricorrendo all'uso dei testi di propria scelta. L'accesso ai testi preferiti dai detenuti deve avvenire solamente per il tramite dell'istituto penitenziario, al fine di evitare, come è emerso in diverse occasioni, che i testi entrati nella disponibilità del detenuto sfuggano sovente al controllo interno e diventino strumento di comunicazioni occulte e illecite con l'esterno.

Secondo la Corte, dunque, l'amministrazione ha l'obbligo di impegnarsi a fornire in tale senso *"un servizio efficiente"*, in grado di esaudire, in concreto, le legittime aspettative del detenuto, evitando lungaggini e barriere di fatto nell'acquisizione dei testi prescelti che dovranno pervenire nella disponibilità dello stesso in un tempo ragionevole.

Conclude la Corte al riguardo, a sostegno della secca declaratoria di infondatezza, con una importante precisazione sul piano applicativo: la norma impugnata non presenta, di per sé, alcun *vulnus* al diritto all'informazione e allo studio del detenuto; un'eventuale lesione potrebbe, però, ravvisarsi nel comportamento "scorretto" dell'amministrazione penitenziaria chiamata ad applicarla, doglianza che, però, esulerebbe dalla prospettiva del sindacato costituzionale.

---

[21] Secondo cui «1. Per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono essere disposti, nei confronti dei singoli detenuti o internati, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi: a) limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa». L'articolo prosegue, nei commi successivi, stabilendo che tali provvedimenti restrittivi, debbano essere adottati dall'autorità giudiziaria, con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su proposta del direttore dell'istituto.

In altre parole, secondo il ragionamento della Corte, l'amministrazione disporrebbe, comunque sia, di un ampio margine di discrezionalità nella scelta delle modalità di applicazione della norma, così come riconosciuto anche dall'interpretazione datane dalla giurisprudenza di legittimità, ma ciò non potrebbe escludere la possibilità di incorrere in comportamenti carenti, o meglio, inefficienti della stessa amministrazione, controllabili dal magistrato di sorveglianza e contestabili al cospetto di altra giurisdizione, ma sui quali la Corte non ha modo di pronunciarsi.

5. Sulla libertà di corrispondenza

Il passaggio più significativo delle argomentazioni della Corte si concentra, invece, sulla denunciata violazione dell'art. 15 Cost., in relazione dunque alla libertà di corrispondenza e "di ogni altra forma di comunicazione", parametro ritenuto dalla Corte, rispetto agli altri invocati, maggiormente attinente alla questione trattata. Anche sotto tale profilo, la dichiarazione di infondatezza risulta la scelta preferibile per i giudici costituzionali, supportata, tuttavia da ampie e articolate argomentazioni che, per certi versi, non appaiono del tutto convincenti.

Le doglianze del giudice *a quo*, come già anticipato, sono partite dal presupposto secondo cui la tutela apprestata dall'art. 15 Cost., riferendosi appunto non solamente alla libertà di corrispondenza, ma anche ad "ogni altra forma di comunicazione" tra due o più soggetti determinati, andrebbe a ricoprire, contrariamente a quanto affermato dalla Cassazione, anche l'ipotesi di spedizione (o consegna) di testi e pubblicazioni, «quale veicolo di comunicazione di un pensiero proprio del mittente, indirizzato in modo specifico ed esclusivo al destinatario», per esprimere «sentimenti di vicinanza, di affetto o di sostegno nei confronti del detenuto»[22]: dal testo inviato potrebbero infatti desumersi messaggi, palesi o occulti, di natura lecita o illecita[23]. Del re-

[22] Così punto 6) del Considerato in diritto.

[23] Sul punto, cfr. G. M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in *I diritti costituzionali*, Vol. I, a cura di R. NANIA e P. RIDOLA, Torino 2001, 460, il quale ha evidenziato come la dottrina si sia espressa in senso diverso, con specifico riferimento al rapporto tra la libertà e la segretezza delle comunicazioni: parte della dottrina ha ritenuto di mantenere distinte le due qualificazioni giuridiche, rilevandone il rapporto di complementarità e di possibile interferenza: così V. ITALIA, *Libertà e segretezza*

sto, la stessa circolare ministeriale che pone il divieto ha proprio lo scopo di impedire che la ricezione o l'invio di pubblicazioni possano costituire mezzi di comunicazione illecita tra il detenuto e l'esterno del carcere. Se non che, secondo il remittente, anche in tal caso la presenza di una riserva di giurisdizione imporrebbe il ricorso ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria per stabilire eventuali limitazioni o divieti in ordine a tali pratiche.

La Corte evidenzia l'impossibilità di aderire all'interpretazione fornita dal magistrato di sorveglianza del carcere di Spoleto, in ragione delle osservazioni che seguono. Ammettere, alla luce delle garanzie apprestate dall'art. 15 Cost., lo scambio con l'esterno di pubblicazioni, senza alcuna restrizione, se non è intervenuto un preventivo provvedimento giudiziario restrittivo in tal senso, varrebbe a dire estendere tale facoltà del detenuto anche allo *scambio di "qualsiasi tipo di oggetto"* che potrebbe rappresentare anch'esso, allo stesso modo, veicolo di comunicazione di sentimenti, affetto, vicinanza e così via, sia per la valenza simbolica che un determinato bene può ricoprire di per sé, sia perché potrebbe essere utilizzato come contenitore per celare al suo interno messaggi occulti e illeciti. Ma, pur volendo ritenere che l'ampia formula prevista dall'art. 15 Cost. possa ricomprendere e tutelare anche forme di comunicazione effettuate in forma reale, tramite appunto lo scambio di "oggetti significanti", la Corte considera necessario, a sostegno della declaratoria di infondatezza, soffermarsi a lungo sulle peculiarità conseguenti al regime di detenzione, in ordine, per

---

della corrispondenza, Milano 1963, e M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Parte II, Milano 1993. Diversa posizione hanno invece assunto coloro che sostengono come la tutela di cui all'art. 15 Cost. riguardi, invece, un'unica situazione giuridica soggettiva, ossia la libertà delle comunicazioni concretamente assoggettabili o già di per sé assoggettate al vincolo di segretezza: si veda al riguardo A. PACE, *Commento all'art. 15 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, *Rapporti civili*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977, 81 ss., il quale limita la tutela costituzionale di cui all'art. 15 Cost. alle sole comunicazioni di pensieri escludendo, in particolare, la c.d. corrispondenza non epistolare, come, per l'appunto, l'invio di pacchi; cfr. anche P. BARILE, *Diritti dell'uomo. Le libertà fondamentali,* Bologna 1984, 165, che considera costituzionalmente protetta anche la corrispondenza non epistolare, purché manifesti un pensiero ben determinato (senza distinguere, dunque, i casi in cui il pensiero, o meglio l'oggetto inviato, presenti natura illecita): «non si vede infatti perché un pacco (che può essere un regalo accompagnato da un augurio, così come può contenere un esplosivo che manifesterà un ben determinato pensiero, accompagnato dall'azione!) o un plico contenente documenti debbano essere considerati sottratti alla garanzia costituzionale».

un verso, alle restrizioni della libertà personale che esso necessariamente comporta e, per altro verso, alla *tutela costituzionale dei diritti fondamentali che non può risultare mai totalmente compressa*.

Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, la Corte, richiamando la propria giurisprudenza, incorre in una sorta di incongruenza rispetto a quanto già affermato nei precedenti passaggi della sentenza, in merito al riconosciuto margine di *discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria di stabilire eventuali preclusioni nelle modalità* di ricezione ed invio di pubblicazioni per i detenuti in regime speciale. Le sentenze richiamate per rafforzare l'assunto secondo cui «la legittima restrizione della libertà personale cui è sottoposta la persona detenuta non annulla affatto la tutela costituzionale dei diritti fondamentali», evidenziano il principio in base al quale «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua libertà individuale (…)[24], e il suo esercizio, proprio per questo, non può essere rimesso alla *discrezionalità dell'autorità amministrativa* preposta all'esecuzione della pena detentiva»[25]. Allora, delle due l'una: o l'amministrazione gode di un ampio margine di discrezionalità nella scelta delle modalità di applicazione delle norme in materia, potendo legittimamente porre specifiche ulteriori limitazioni non espressamente previste dal legislatore, oppure la garanzia dei diritti inviolabili comunque necessaria e imprescindibile, anche per il soggetto che si trova in stato detentivo, ancorché speciale, non potrebbe lasciare all'amministrazione stessa tale margine di scelta.

Per tentare di superare tale incongruenza, la Corte specifica che, comunque sia, la tutela dei diritti costituzionali dei detenuti incontra, ovviamente, le limitazioni conseguenti allo stato di detenzione[26], che trova il suo necessario fondamento nel provvedimento giurisdizionale restrittivo della libertà personale e che conseguentemente si riverbera «*sulle modalità di esercizio delle altre libertà costituzionalmente alla prima collegate*»[27]. È dunque evidente il riferimento implicito alla ri-

[24] Cfr. Corte cost. sentt. nn. 20 del 2017 e 349 del 1993.

[25] Cfr. punto 6) del Considerato in diritto, in cui si richiamano sentt. n. 26 del 1999 e n. 212 del 1997.

[26] Cfr. Corte cost. sent. n. 349 del 1993.

[27] Cfr. punto 6) del Considerato in diritto, in cui, al riguardo, la Corte si riferisce, specificamente, alla libertà di comunicazione e alla libertà di domicilio, quali integrazioni e spe-

serva di legge, ma soprattutto di giurisdizione, previste dalla Costituzione a garanzia dei diritti fondamentali, per porre, legittimamente, eventuali limitazioni nel godimento di tali diritti.

Ma, la Corte supera la rilevata contraddizione in merito al margine di discrezionalità dell'amministrazione, riconoscendo a quest'ultima, anche in tale ambito, la possibilità di incidere solamente sulle *modalità di esercizio* delle altre libertà (costituzionalmente collegate alla libertà personale *ex* art. 13 Cost., limitata dallo stato di detenzione, sulla base di un preventivo provvedimento giurisdizionale), disponendo, nello specifico, peculiari limitazioni e contingentamenti *per ragioni di ordine e di sicurezza*, ma anche e soprattutto *per esigenze organizzative e logistiche*. E ciò è quanto avviene, secondo la Corte, proprio in relazione alla possibilità di ricevere e scambiare qualsiasi oggetto a mezzo posta o in occasione dei colloqui (categoria nella quale ha inserito anche le pubblicazioni): in tale ipotesi la legge sull'ordinamento penitenziario, il relativo regolamento di esecuzione ed i regolamenti interni dei singoli istituti (che dovrebbero individuare in modo dettagliato quali sono gli oggetti da limitare) dettano rigorosi limiti quantitativi e qualitativi.

Secondo la Corte, dunque, la libertà di corrispondenza dei detenuti non risulta in alcun modo compromessa dalle norme dell'ordinamento penitenziario, nel rispetto dei limiti connessi alla necessità di affidarsi all'amministrazione penitenziaria per quanto concerne lo smistamento della posta, il visto di controllo, la fornitura degli strumenti di cancelleria e di affrancatura necessari.

Dopo essersi così dilungata sul necessario riconoscimento di un potere discrezionale all'amministrazione penitenziaria nella scelta delle modalità di esercizio delle libertà costituzionali connesse alla libertà personale (con particolare riferimento all'art. 15 Cost.), ritenendo coperta la riserva di giurisdizione in tali ambiti dal provvedimento giudiziale che dispone il regime detentivo, la Corte conclude, tuttavia, affermando che resta estraneo al contesto di cui all'art. 15 Cost. il diritto dei detenuti di ricevere (ed inviare), anche a mezzo posta, la stampa all'esterno *ex* artt. 18 e 18 *ter* ord. pen. Non si tratterebbe in alcun modo di corrispondenza, ma di strumenti per l'esercizio di diversi di-

---

cificazioni del principio di inviolabilità della persona ex art. 13 Cost., espressioni cioè della socialità dell'essere umano.

ritti dei detenuti: la Corte, insomma, tornando al principio del proprio percorso argomentativo, rimette in gioco i diritti di informazione e di studio, ma precisa, ancora una volta, che gli stessi non risultano comunque "compromessi in modo costituzionalmente significativo" per i detenuti in regime speciale dalla previsione di regole limitative in ordine alle modalità di acquisizione, come stabilite, nel caso di specie, dalle circolari dell'amministrazione penitenziaria.

6. Sul richiamo agli artt. 3 e 8 Cedu

Anche con riguardo all'ultimo parametro invocato, l'art. 117 Cost, primo comma, richiamato in relazione agli artt. 3 e 8 Cedu, la Corte stabilisce la non fondatezza della questione. In continuità rispetto a quanto già affermato in precedenza, esclude qualsiasi possibile violazione dell'art. 3 Cedu in ordine al divieto di trattamenti inumani e degradanti, considerato che la libertà di corrispondenza epistolare resta immutata, poiché estranea alla questione trattata, come anche il diritto allo studio e all'informazione: le limitazioni previste in ordine al necessario ricorso alla sola amministrazione penitenziaria per l'acquisizione delle pubblicazioni e l'impossibilità di trasmetterle all'esterno non potrebbero configurare, secondo la Corte, livelli di sofferenza e di disumanità tali da integrare quella casistica coperta dall'art. 3 Cedu e ledere dunque la dignità del detenuto.

Desta qualche perplessità un breve inciso, posto a premessa delle motivazioni di rigetto relative all'art. 3 Cedu, secondo cui il divieto di trattamenti inumani e degradanti presenta "carattere assoluto", «sicché – se si versasse in tale ipotesi – neppure *l'auspicato intervento del giudice* varrebbe a rendere convenzionalmente legittime le misure» [28]. Sembrerebbe, dunque, che la Corte nasconda, dietro tali parole, qualche incertezza in ordine alla necessità di un provvedimento giurisdizionale per le limitazioni alla libertà dei detenuti previste dalla circolare ministeriale. Anche se, immediatamente dopo, corregge il tiro, ribadendo nuovamente a chiare lettere che il fatto che il detenuto debba servirsi dell'istituto penitenziario per l'acquisizione dei testi prescelti e non possa trasmetterli all'esterno, lascerebbe immutata la libertà di corrispondenza epistolare, nonché il diritto all'informazione e allo

[28] Cfr. punto 7) del Considerato in diritto.

studio, senza determinare alcuno svilimento della persona né comportare livelli particolari di sofferenza, come tutelati dalla suddetta norma convenzionale.

Con riferimento alla seconda norma convenzionale richiamata, l'art. 8 Cedu, che, come è noto, riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza, la Corte precisa, richiamando la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, in questo caso invece, non si tratta di un diritto assoluto, stante la previsione del secondo paragrafo che stabilisce una riserva di legge[29] per consentire eventuali ingerenze della pubblica autorità, qualora siano ritenute necessarie per motivi di sicurezza, ordine pubblico, benessere economico, prevenzione dei reati, protezione della salute e della morale, protezione dei diritti o delle libertà altrui[30].

Se dunque, sembrerebbe configurarsi, secondo l'interpretazione richiamata, un quadro favorevole all'interpretazione propugnata dal giudice *a quo*, la Corte fa nuovamente un passo indietro, tornando a ribadire l'assoluta estraneità delle questioni prospettate all'ambito di tutela relativo alla segretezza di corrispondenza del detenuto e, dunque, anche alle problematiche riguardanti la necessità del visto di controllo[31]. Insomma, il divieto di ricevere e trasmettere stampa non comprime in alcun modo la libertà di corrispondenza epistolare, tramite la quale il detenuto può pienamente continuare a mantenere le relazioni affettive con i propri familiari. Tornando poi al profilo strettamente

[29] Che va intesa, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, in senso ampio, distinguendo il piano delle fonti dal piano della qualità della legge: sotto il primo profilo, comprende non solo il diritto scritto, ma anche l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni da parte della giurisprudenza; sotto il secondo profilo, l'eventuale interferenza prevista dalla norma deve presentare un sufficiente grado di precisione, tale da fornire un'adeguata protezione contro l'arbitrio.

[30] Secondo la norma richiamata, l'ingerenza deve essere necessaria in una società democratica per il raggiungimento dei suddetti scopi: pertanto, specifica la Corte, tale requisito postula la proporzionalità del sacrificio del diritto rispetto ad una delle finalità perseguite: in tal senso, cfr. Cedu, sent. 24 marzo 1988, *Olsson c. Svezia*; cfr. anche Cedu, sent. 25 marzo 1983, *Silver e altri c. Regno Unito;* sent. 25 marzo 1992, *Campbell c. Regno Unito*, sent. 15 novembre 1996, *Calogero Diana c. Italia*; sent. 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*; sent. 23 settembre 1998, *Petra c. Romania*; sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*.

[31] La Corte ricorda che la disciplina interna in tema di sottoposizione della corrispondenza del detenuto a visto di controllo, prima delle modifiche introdotte in materia dalla l. n. 95 del 2004, è stata più volte censurata dalla giurisprudenza di Strasburgo: cfr. in tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*; sent. 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*; sent. 1° settembre 2015, *Paolello c. Italia*; Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*; sent. 7 luglio 2009, *Annunziata c. Italia*.

connesso alla eventuale ingerenza delle suddette limitazioni nel diritto alla vita privata e familiare, la Corte esclude che queste ultime possano ritenersi fondate sulla previsione dell'art. 18 ord. pen., anche dopo la modifica legislativa del 2004 che ha introdotto l'art. 18 *ter*, al fine di adeguare l'ordinamento interno alla citata giurisprudenza della Corte europea in materia di visto di controllo[32].

Sgombrato dunque il campo da ogni possibile riferimento all'art. 18 ter ord. pen., la Corte conclude affermando che il potere dell'amministrazione penitenziaria di disporre le misure restrittive in questione trova la propria legittimazione nel combinato disposto delle lettere a) e c) dell'art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, ord. pen., che appunto ammette limitazioni al godimento di determinati diritti dei detenuti in regime speciale, al fine «di prevenire contatti di detenuti di particolare pericolosità con le organizzazioni criminali di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazioni con altri detenuti appartenenti alla stessa organizzazione o ad organizzazioni a questa alleate»[33] . La *ratio* che ispira la suddetta norma per contrastare, nello specifico, forme di criminalità organizzata di tipo mafioso giustificherebbe, dunque, anche secondo la Corte, *la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria di porre restrizioni nel godimento di taluni diritti dei detenuti, nell'ottica di tutelare l'interesse pubblico, ritenuto preminente, all'ordine e alla sicurezza*.

[32] La giurisprudenza della Corte europea, appena richiamata nella nota precedente, ha riconosciuto che, prima dell'entrata in vigore della l. n. 95 del 2004, che ha introdotto l'art. 18 *ter*, l'unico fondamento normativo della sottoposizione a visto di controllo della corrispondenza del detenuto, anche in regime speciale, doveva essere identificato, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 349 del 1993, nell'allora vigente art. 18 ord. pen.: tale norma che, pur rimettendo all'autorità giudiziaria l'adozione della misura, non prevedeva né la durata, né i motivi giustificativi, né l'ampiezza e le modalità di esercizio del potere discrezionale delle autorità competenti in tale ambito. La Corte europea rilevava, di conseguenza, che la misura limitativa in questione non potesse ritenersi "prevista dalla legge", come richiesto dall'art. 8, paragrafo 2, Cedu, ai fini della possibile interferenza di una autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla corrispondenza.

[33] Cfr. punto 7) del Considerato in diritto, settimo capoverso, in finale.

7. Riserva di legge e di giurisdizione, potere regolamentare e discrezionalità dell'amministrazione

Sulla base della complessiva lettura operata dalla Corte, in relazione all'analisi di tutti i parametri costituzionali invocati, se ne desume che le disposizioni dell'art. 41 *bis* in questione vanno dunque lette come norme speciali e pertanto derogatorie rispetto alle previsioni generali disposte dall'art. 18 *ter*, che hanno una portata più ampia e generica.

Tuttavia, nonostante la natura speciale delle norme in questione, la Corte ritiene di non poter rimproverare al legislatore di non aver adottato una norma maggiormente dettagliata per quanto riguarda la tipologia di beni e oggetti di cui può essere vietata la ricezione dall'esterno ai detenuti in regime speciale, lasciando dunque aperto un ampio margine di discrezionalità in ordine alla loro individuazione.

Qualsiasi scelta del legislatore, secondo la Corte, si sarebbe potuta rivelare irragionevole, scontando il rischio, assai probabile, di dar vita ad una *disciplina lacunosa.*

Proprio quest'ultimo passaggio merita qualche specifica riflessione.

Innanzi tutto, una prima considerazione riguarda le garanzie costituzionali poste a tutela dei diritti fondamentali attinenti alla sfera personale dell'individuo: è noto infatti che eventuali restrizioni o limitazioni degli stessi devono essere adottate secondo i criteri della riserva di legge assoluta e della riserva di giurisdizione. Alla luce di ciò, la compressione di tali diritti è giustificabile solamente "nei casi e nei *modi* previsti dalla legge" (intesa come fonte primaria) e con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. È dunque ammissibile che, nel caso di specie, il *quomodo* sia previsto da circolari dell'amministrazione penitenziaria? Ed è altresì sufficiente il solo provvedimento giudiziario limitativo della libertà personale, che stabilisce appunto il regime speciale di carcere duro, a soddisfare la riserva di giurisdizione relativa alla compressione di ulteriori diritti (benché strettamente connessi e conseguenti alla previsione dell'art 13 Cost.)?

In relazione ad entrambi gli interrogativi, la risposta della Corte è affermativa.

In particolare, in relazione al primo profilo, la Corte, in accordo con la consolidata giurisprudenza di legittimità richiamata, sembrerebbe avallare il riconoscimento di una sorta di *potere regolamentare* in capo all'amministrazione penitenziaria per la definizione del *quo-*

modo delle limitazioni in questione, anche se, *significativamente*, di suo, la Corte preferisce parlare, più genericamente, di discrezionalità amministrativa e non esplicitamente di potere regolamentare.

Anche perché tale potere dovrebbe tradursi nella possibilità di adottare "*regolamenti di stretta esecuzione*", gli unici ammissibili, come è noto, in presenza di una riserva di legge assoluta[34]. Ma davvero definire specifiche restrizioni in ordine ad alcuni determinati oggetti che non possono entrare nella disponibilità del detenuto dall'esterno (e tra l'altro necessari per il godimento di altrettanti rilevanti diritti del detenuto, quali il diritto di studio e di informazione, strettamente connessi, di per sé, con la preminente funzione rieducativa della pena[35]) può ritenersi un provvedimento di stretta esecuzione, rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione?

I dubbi permangono soprattutto se ci si sofferma sulle ultime considerazioni della Corte: da una parte si evidenzia che appare irragionevole pensare che il legislatore possa prevedere *a priori*, in modo minuzioso e dettagliato, tutti i beni e gli oggetti la cui fruizione debba essere limitata, poiché incorrerebbe nel rischio di una lacuna; dall'altra però rileva che la *ratio* giustificativa di tali limitazioni (come del resto del carcere duro in genere) sta nel necessario bilanciamento tra il principio di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza e i diritti inviolabili della sfera personale. Ma tale bilanciamento, considerata la compressione di alcuni dei diritti in gioco, non dovrebbe essere operato dal legislatore o, tutt'al più, da un provvedimento specifico del giudice, in sede interpretativa-applicativa della norma in questione, anche per quanto concerne la durata delle stesse limitazioni che le circolari in questione pongono *sine die*[36]? Di fronte ad una eventuale risposta positiva a tale quesito, non convince l'avallo di rimettere all'amministrazione, tramite l'adozione di circolari, la scelta di opera-

[34] Cfr. in tal senso F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino 2005, 107, e ancor prima V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ed. aggiornata da F. Crisafulli, Padova, 1993, 62.

[35] Sul diritto alla rieducazione del detenuto, come considerato dalla giurisprudenza costituzionale, cfr. G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale,* in *Diritto e società*, 2012, 190 e ss.; V. anche M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 6 agosto 2016.

[36] In relazione a quest'ultimo aspetto cfr. S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia cit*., 15.

re tali specifiche limitazioni che risulterebbe difficile definire attività di stretta esecuzione[37].

A meno che non si voglia considerare preminente, prima ancora del principio di ordine pubblico e di sicurezza, generalmente inteso, la più specifica garanzia di ordine interno e di sicurezza dell'istituto per esigenze organizzative e logistiche: in tal caso chi meglio dell'amministrazione penitenziaria potrebbe valutare la necessità di porre specifiche restrizioni nello scambio di determinati oggetti con l'esterno, stante anche la difficoltà degli operatori dei singoli istituti di pena di vagliare appieno, tramite un controllo capillare, i contenuti dei plichi che entrano ed escono dal carcere.

Tale assunto sembrerebbe rafforzato, nel ragionamento della Corte, dal riconoscimento di una eventuale responsabilità in capo all'amministrazione, qualora non assicuri ai detenuti il diritto di ottenere i testi di propria scelta tramite i canali sicuri del carcere: solamente in tal caso sarebbe configurabile una lesione del diritto all'informazione e allo studio, lesione che però non è compito del giudice costituzionale vagliare.

Anche tale considerazione non può essere, tuttavia, esente da critiche: sembrerebbe configurarsi, in tal modo, una eccessiva dilatazione dell'area degli aspetti organizzativi dell'amministrazione: ne consegue che risulterebbe sufficiente che l'azione amministrativa trovi il proprio fondamento nella legge, secondo il principio di legalità puramente formale, senza la necessità né di una puntuale previsione dei casi e dei modi di intervento della stessa (come richiesto dalla riserva di legge,

[37] Sul punto si è già espressa attenta dottrina: cfr. M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste,* in *Cassazione penale,* n. 2, febbraio 2015, 849 ss., il quale rileva che «le limitazioni nell'esercizio di un diritto devono giustificarsi in ragione della protezione di un altro interesse di pari rango (qui riconducibile all'esigenza di contrastare la criminalità organizzata) e comunque essere contenute in termini di stretta necessità (di congruità rispetto allo scopo). La ricerca del punto di equilibrio – di una soluzione congrua al contemperamento degli interessi in gioco – *compete al legislatore (e non all'amministrazione)*, non potendosi peraltro prescindere, in presenza di riserva di giurisdizione, dall'*intervento del giudice* per operare la concreta limitazione» (p. 849, corsivi aggiunti). Tali osservazioni muovono dal principio, elaborato dalla stessa Corte costituzionale in precedenti occasioni, secondo cui «non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango» (cfr. Corte cost., sent. n. 135 del 7 giugno 2013).

posta a tutela degli interventi che incidono sul godimento dei diritti), né del previo provvedimento dell'autorità giudiziaria[38].

Le precedenti osservazioni critiche possono tuttavia essere superate se si ragiona in altro modo, disgiungendo il potere regolamentare, inteso in senso normativo, generale e astratto, dal potere provvedimentale, riferito alle modalità di attuazione in concreto della discrezionalità amministrativa. Tale tesi, che trova il proprio fondamento in una risalente dottrina, è orientata nel senso che «i poteri dell'amministrazione di adottare provvedimenti concreti, da un lato, e regolamenti generali e astratti, dall'altro, rappresentino entità giuridiche disomogenee, che lo stesso diritto positivo frequentemente disgiunge, conferendo a determinate autorità e in determinate materie ora solo l'uno, ora solo l'altro»[39]. Se dunque ci si orienta in tal senso, si potrebbero superare le eventuali problematiche connesse alla compatibilità degli atti amministrativi in questione con la presenza di riserve di legge e di giurisdizione in materia.

Proprio in tal senso, a ben vedere, la Corte, in effetti, fa riferimento ad un eventuale potere regolamentare dell'amministrazione solamente come richiamo specifico a quanto già affermato dalla Cassazione, ma mai si esprime in tal senso, parlando, invece, esclusivamente di discrezionalità amministrativa nella scelta del *quomodo* delle limitazioni in questione.

La Corte insomma riconosce che le restrizioni in questione sono già stabilite dalla legge (in particolare dal 41 *bis*) e che la discrezionalità amministrativa agisce esclusivamente nella scelta in concreto, secondo le esigenze emerse nell'applicazione quotidiana della norma (quali l'utilizzo di messaggi criptati all'interno dei testi ricevuti ed inviati, la conseguente impossibilità di controllo capillare e così via), per ragioni di ordine e di sicurezza, nell'interesse pubblico.

In tal senso, dunque, la riserva di legge non sarebbe scalfita ed anche la riserva di giurisdizione resterebbe comunque soddisfatta dal provvedimento giudiziario che dispone il regime speciale del 41 *bis*.

---

[38] Cfr. ancora M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza cit.*, 850; v. anche, più in generale, ID., *Dignità e carcere,* Napoli 2014.

[39] Cfr. M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo*, Napoli 2011, con riferimento alla tesi di G. ZANOBINI, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. giur.*, 1922, 17 ss.

8. Considerazioni conclusive

In conclusione, dunque, la Corte ha salvato le norme del 41 *bis* impugnate – in accordo con quanto aveva già sentenziato la Suprema Corte – con una sentenza di rigetto che presenta, comunque sia, una forte propensione interpretativa, stabilendo in conclusione che la circolare del Dap, dalla cui applicazione nascono i dubbi di legittimità costituzionale oggetto del giudizio, non introduce alcuna riduzione dell'estensione e della portata dei diritti fondamentali dei detenuti [40], incidendo solamente sulle mere modalità applicative della norma.

Riassumendo in finale la decisione della Corte emerge che:

- lo scambio di pubblicazioni a mezzo posta non può essere inserito nel concetto di corrispondenza, come intesa e tutelata dall'art. 15 Cost., ma rientrerebbe nel più ampio concetto di ricezione di beni e oggetti, la cui fruizione può essere legittimamente limitata per il detenuto in regime di carcere duro, come positivamente previsto;
- i diritti all'informazione e allo studio non risultano lesi in alcun modo dalle restrizioni previste dalla circolare ministeriale, restando compito esclusivo dei canali interni all'istituto carcerario quello di procurare i testi richiesti dai detenuti[41]; la stessa amministrazione penitenziaria sarà responsabile e risponderà in altra sede in caso di inefficienza rispetto al suddetto obbligo;
- il divieto di scambio di pubblicazioni con l'esterno non può ritenersi trattamento inumano e degradante, poiché gli unici diritti coinvolti e che potrebbero risultare lesi, quello di studio e di informazione, restano garantiti dal comportamento efficiente dell'istituto di pena;
- non può rilevarsi alcuna lesione al diritto alla vita privata e familiare, poiché lo scambio di testi con i familiari non può rientrare nel concetto di corrispondenza, intesa come strumento per mantenere le relazioni affettive con i propri cari, che in tal senso deve essere riferito alla sola corrispondenza epistolare, diritto quest'ultimo che non viene intaccato e resta pienamente garantito.

Resta il dubbio se la Corte avrebbe potuto, forse, dire qualcosa di più, rivolgendo magari anche un monito al legislatore ad intervenire in

[40] Ritiene condivisibile l'orientamento della Suprema Corte, avallato dalla sentenza in commento della Consulta, F. PICOZZI, *Il controllo sulla circolazione e detenzione di pubblicazioni nelle sezioni 41-bis,* in *Cassazione penale,* n. 4, aprile 2015, 1555.

[41] Cfr. in tal senso F. FALZONE, F. PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis*, in *Rass. Penit. Crim.*, n. 2, 2012, 125 ss.

maniera più precisa, pur non toccando le norme oggetto del sindacato costituzionale[42]. Se infatti è vero che il potere dell'amministrazione penitenziaria di disporre le misure restrittive in questione trova la sua base legale nel combinato disposto delle lettere a) e c) dell'art. 41 *bis*, comma 2 *quater* – norma maggiormente restrittiva e rigorosa di quanto non lo sia l'art. 18 *ter*, poiché giustificata dalla necessità di prevenire contatti di detenuti di particolare pericolosità con le organizzazioni criminali di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazioni con altri detenuti appartenenti alla stessa organizzazione o ad organizzazioni a questa alleate – non sarebbe stato più opportuno invitare il legislatore ad intervenire indicando in modo più chiaro gli oggetti da escludere dalla disponibilità del detenuto in regime speciale? Certamente il paventato rischio di incorrere in una lacuna (sulla quale, del resto, potrebbe sempre intervenire la stessa Corte) non risulta sufficiente di per sé ad escludere che sia il legislatore a compiere i necessari bilanciamenti, soprattutto in una materia così peculiare, la cui natura speciale e derogatoria, rispetto alla disciplina generale, richiede una particolare e più precisa ponderazione da parte dello stesso legislatore.

Ma non è stata questa la scelta della Corte.

Resta tuttavia Il celato intento interpretativo che la sentenza indubbiamente sembra presentare, la quale, proprio per l'ampiezza delle argomentazioni spese – pur non avendo efficacia *erga omnes* – lascia difficilmente immaginare eventuali cambiamenti di rotta, in relazione a questioni simili che eventualmente potrebbero essere sollevate in futuro.

Sembrerebbe insomma che la Corte, pur evidenziando nei passaggi della sentenza il principio secondo cui lo stato di reclusione non può

[42] Tra i moniti inseriti in decisioni di rigetto nel merito, per quanto attiene alla tematica della libertà personale, si può ricordare, a titolo esemplificativo, Corte cost., sent. n. 526 del 2000, nella quale la Corte ha affermato che il potere, di cui sono titolari gli agenti di polizia penitenziaria, di perquisire i detenuti, non può essere esercitato arbitrariamente, ma solo nei casi previsti dalle norme che definiscono il regime carcerario, con provvedimento motivato e suscettibile di reclamo. La Corte ha poi rivolto un monito sia al legislatore, sia ai giudici: al primo affinché prevedesse espressamente le forme e le modalità di impugnazione degli atti dell'amministrazione penitenziaria; ai secondi perché si facessero carico, in assenza di un intervento legislativo in tal senso, di garantire comunque, in via interpretativa, la giustiziabilità di tali atti.

annullare la tutela costituzionale dei diritti fondamentali[43]– ricordandolo forse, prima che a se stessa, soprattutto al legislatore con una sorta di monito implicito – abbia preferito preservare nella sua interezza, la disciplina legislativa sul regime di carcere duro per i reati associativi più gravi, rimettendosi a quanto già affermato dalla Suprema Corte e tentando di darne una lettura costituzionalmente orientata.

[43] Richiama tale principio, espresso nella sentenza in commento, evidenziandone il rilievo, A. PUGIOTTO, *I nodi da sciogliere del 41 bis*, in *Il Sole 24 ore*, 16 giugno 2017, in relazione alla recente decisione della Cassazione penale sullo stato detentivo di Totò Riina.

LE NUOVE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE: IL DECRETO LEGGE N. 13 DEL 2017 E IL CONSOLIDARSI DI UN PARADIGMA DISCRIMINATORIO NELLA GESTIONE DEL FENOMENO MIGRATORIO

di *Maria Caterina Amorosi*

SOMMARIO: *1. L'evoluzione delle politiche legislative italiane in tema di immigrazione. Cenni introduttivi; 2. Profili problematici del decreto-legge n. 13 del 2017: 2.1 La videoregistrazione, il contraddittorio solo eventuale, l'eliminazione del doppio grado; 2.1 (*Segue*) Il consolidarsi del sistema Hotspot e i nuovi CPR; 3. Riflessioni conclusive*

1. L'evoluzione delle politiche legislative italiane in tema di immigrazione. Cenni introduttivi

Nel mese di febbraio, il Governo ha approvato in stretta successione due decreti legge, entrambi a firma dell'attuale Ministro dell'Interno Minniti, poi convertiti con modifiche: i d.l. n. 13 e n. 14[1] del 2017 recanti, il primo, misure relative ai procedimenti in materia di protezione internazionale e al contrasto dell'immigrazione irregolare, il secondo, disposizioni in materia di sicurezza delle città. Il legislatore conferma, così, una certa tendenza (consolidata negli anni) ad uniformare le modalità di approccio nella trattazione di queste due distinte problematiche, come appare evidente se si guarda alla loro disciplina, i cui tratti sembrano, in entrambi i casi, quelli propri del diritto penale simbolico e del nemico[2]. Tendenza che, in alcuni casi, si è

[1] Per una trattazione critica delle novità introdotte da questo d.l., si veda P. GONNELLA, *Le nuove norme sulla sicurezza urbana: decoro versus dignità,* in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, parte III, pp. 59 ss.

[2] Sull'argomento, si veda, fra gli altri, E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di) *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 201 ss.; M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2006, pp. 131 ss.

resa palese tramite il ricorso allo stesso atto normativo per disciplinare le due distinte materie: si pensi, ad esempio, al Pacchetto sicurezza del 2008-2009, un complesso intervento legislativo[3] caratterizzato dalla «disomogeneità» ed «estemporaneità»[4] dei suoi provvedimenti. In particolare, uno degli atti che lo componevano, la legge n. 94 del 2009 (rubricata "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"), individuando cinque macro aree di intervento – immigrazione clandestina, criminalità organizzata, criminalità diffusa, sicurezza stradale, decoro urbano – rendeva palese la volontà di affrontare con la stessa politica legislativa fenomeni, in realtà, molto diversi fra loro.

Occorre, tuttavia, precisare che il presente lavoro si concentra esclusivamente su uno dei due decreti Minniti, il n. 13 del 2017 (relativo all'immigrazione irregolare) analizzandone alcuni profili che sembrano sollevare interessanti problematicità e richiamando il decreto legge sulla sicurezza urbana solo per evidenziare meglio alcune tendenze del diritto penale che sembrano emergere dalle scelte di politica legislativa degli ultimi anni.

A tal proposito e al fine di inquadrare lo scenario in cui andrà ad operare il decreto legge in esame, appare opportuno, preliminarmente, provare a tratteggiare il quadro che viene fuori dal dialogo fra le politiche legislative in materia di immigrazione, le decisioni della Corte e gli interventi della dottrina; anzi, più realisticamente, data la complessità della materia e la pletora di interventi nazionali e comunitari esistenti, si tenterà, tramite il richiamo ad alcuni passaggi legislativi e giurisprudenziali maggiormente significativi, di indicare la direzione di senso entro cui sembra muoversi il legislatore.

[3] Il Pacchetto sicurezza si componeva di un decreto legge (d.l. n. 92 del 2008), due decreti legislativi (d. lgs. nn. 159 e 160 del 2008) e due disegni di legge, poi convertiti nella legge n. 94 del 2009.

[4] Sono le parole che ha utilizzato il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano nella (irrituale) lettera che ha accompagnato la promulgazione della legge n. 94 del 2009. In questa missiva presidenziale si leggeva: «(…). A spiegare il ricorso ad una sola legge per modificare o introdurre disposizioni inserite in molti disparati corpi legislativi, tra i quali anche codici fondamentali, è stata anche la convinzione che queste attenessero tutte al tema della "sicurezza pubblica" nella sua accezione più ampia (…). Dal carattere così generale e onnicomprensivo della nozione di sicurezza posta a base della legge, discendono la disomogeneità e l'estemporaneità di numerose sue previsioni che privano il provvedimento di quelle caratteristiche di sistematicità ed organicità che avrebbero invece dovuto caratterizzarlo».

A partire dagli anni Settanta, le politiche dei paesi europei di tradizionale immigrazione si caratterizzavano per presentare, da un lato, un sempre più accentuato contrasto all'irregolarità e una limitazione degli ingressi e, dall'altro, un allestimento di parziali percorsi di integrazione per gli immigrati che riuscivano a raggiungere e mantenere una condizione regolare di soggiorno. In quel periodo, dunque, si apriva una fase di mutamenti dei processi migratori e delle conseguenti strategie di gestione di questi fenomeni e prendeva avvio la progressiva convergenza delle politiche migratorie comunitarie secondo tale impostazione binaria: inasprimento delle misure relative all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri e, allo stesso tempo, primi riconoscimenti (imposti dalla stabilizzazione della presenza immigrata) di diritti sociali e familiari degli stranieri. Seguendo simile logica, si conferiva rilievo giuridico ad una distinzione fra immigrazione regolare ed irregolare il cui utilizzo, con il tempo, appare sempre più ideologico e finalizzato, in Italia e in Europa, ad accentuare lo sbilanciamento delle politiche in materia sul versante della repressione dell'irregolarità e dell'inasprimento dei meccanismi di allontanamento[5].

Passando ad esaminare più da presso alcune disposizioni particolarmente emblematiche, appare opportuno soffermarsi sulle politiche di "polizia degli stranieri"[6] introdotte dal pacchetto sicurezza di cui sopra che, in tema di immigrazione, ha apportato delle riforme caratterizzate da una logica repressiva, volta a criminalizzare e marginalizzare ancora di più i migranti. Elemento simbolo della tendenza di questa normativa – volta in generale all'inasprimento della disciplina di polizia degli stranieri mediante interventi relativi sia all'espulsione penale ed amministrativa, sia alle figure di reato connesse all'ingresso ed al soggiorno irregolare – è quello dell'introduzione nel nostro ordina-

5 Cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali, l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, 130 ss.; sul tema, si veda anche A. PUGIOTTO, "*Purché se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente nei meccanismi di allontanamento dello straniero)*, Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, in *Rivista AIC (archivio)*.

6 Espressione, quest'ultima, utilizzata da G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Torino 1999 con riferimento al complesso delle discipline relative all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri.

mento dell'aggravante di clandestinità (art. 1, comma 1, lett. f del d.l. n.92 del 2008)[7], successivamente dichiarata incostituzionale.

In base all'introduzione di questa aggravante, il reato commesso da uno straniero illegalmente presente nel territorio italiano doveva essere punito con una pena aumentata fino ad un terzo rispetto allo stesso reato commesso da un cittadino italiano o da uno straniero legalmente presente. E dato che si trattava di aggravante comune, questa veniva applicata sia a reati delittuosi che a reati contravvenzionali, e sia a reati dolosi che a quelli colposi.

Già dalle prime critiche[8] mosse a tale disposizione, si sottolineava essenzialmente la sua natura soggettiva e irragionevolmente discriminatoria: infatti, per come è stata costruita tale aggravante, la commissione del reato non risultava essere in alcun modo subordinata (se non *ratione subiecti*) all'illegale presenza sul territorio.

A coloro che giustificavano la natura soggettiva dell'aggravante in base ad una proclamata maggiore pericolosità sociale del clandestino, pericolosità desunta da dati statistici, si rispondeva ricordando i principi cardine del nostro ordinamento penale, che vuole la responsabilità come assolutamente personale e nel quale, quindi, il ricorso a simili percentuali non può trovare cittadinanza[9].

In sintesi, l'aggravante di clandestinità comportava una irragionevole disparità di trattamento fra colpevoli dello stesso reato e, prescindendo da una soggettiva valutazione di pericolosità sociale, dava rilievo unicamente alla condizione personale del reo, non richiedendo nemmeno che questa avesse in qualche modo reso possibile o facilitato la commissione del reato. Una simile aggravante realizzava un regime penale differenziato, introducendo elementi tipici del diritto penale d'autore, in un sistema, come il nostro, che, in virtù di quanto sancito in Costituzione, dovrebbe essere incentrato sul fatto.

Altra disposizione che ben descrive il portato discriminatorio delle politiche legislative in questa materia, è quella prevista dall'articolo 1, co. 16 lett. a della legge n. 94/2009, che ha introdotto nel TUI (art. 10 bis) il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio della Stato.

7 Il comma alla lettera f, recitava: "all'articolo 61 (circostanze aggravanti comuni), primo comma, dopo il numero 11, è inserito il seguente: "11 bis. Se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale".

8 Tra le prime analisi, cfr. M. DONINI *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione,* in *questionegiustizia.it,* 1/2009, 106 ss.

9 Cfr. G. BASCHERINI *Su alcune recenti,* cit., 20-21.

Si tratta di reato che può essere commesso solo da determinate categorie di soggetti (apolidi ed extracomunitari) e che si lega a due condotte considerate penalmente rilevanti (ingresso e mancato allontanamento) in quanto lesive dello stesso bene giuridico: l'interesse dello Stato alla gestione e al controllo dei flussi migratori.

Una parte della dottrina sottolinea la strumentalità del reato in questione all'espulsione, deducendone il contrasto con i principi costituzionali in materia penale, in base ai quali la scelta del paradigma da adottare deve essere subordinata solo alla sostanza del fatto e della condotta[10].

Inoltre, è opportuno sottolineare che l'*iter* cui dà vita la disciplina del nuovo reato va ad intrecciarsi con il procedimento di allontanamento amministrativo già esistente, finendo con il costituire una sorta di doppione di quest'ultimo: con il risultato di rendere ancora più complicata e tortuosa l'intera materia.

Andando ad ascoltare l'altra "voce" del dialogo dal quale ci siamo proposti di partire per tracciare (seppur approssimativamente) un quadro generale, e cioè quella della Corte costituzionale, due sentenze sembrano essere maggiormente rilevanti in merito: per quanto riguarda l'aggravante di clandestinità, la sentenza n. 249 del 2010, mentre, in relazione al reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, la sent. n. 250 del 2010.

Con la prima, il giudice delle leggi dichiara l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, co. 1 e 25, co. 2 Cost., dell'aggravante di clandestinità, affermando che «non potrebbe essere ritenuta ragionevole e sufficiente, d'altra parte, la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce».

Per la Consulta simile contraddizione trovava conferma nella modifica introdotta dall'art. 1, co. 1 della l. n. 94/2009 che escludeva

10 Tale dottrina individuava in questa fattispecie, un reato il cui illecito si fondava sul tipo d'autore e la disobbedienza, palesando un uso del diritto penale non più come diritto d'offesa, di pericolo del caso singolo, della colpa individuale, ma come un «diritto di polizia penalmente armato con scopi assorbenti di prevenzione generale». Cfr. M. DONINI *Il cittadino extracomunitario*, cit., 127.

l'applicabilità dell'aggravante ai cittadini comunitari: «(...) risulta che la particolare disciplina dell'aggravante censurata nel presente giudizio fa leva prevalentemente sullo status soggettivo del reo, giacché la circostanza non si applica ai cittadini di Stati dell'Unione europea neppure nella più grave ipotesi dell'inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento (…)»[11]. Da qui deriverebbe un'irragionevole disparità di trattamento, contrastante con l'articolo 3, co, 1 della Costituzione.

Il giudice costituzionale, dunque, riconosce con questa sentenza che la *ratio* su cui poggia la disposizione contestata si concretizza in una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare proprio in quanto tale, presunzione che inevitabilmente ha delle conseguenze sul piano sanzionatorio per qualunque violazione della legge penale posta in essere dallo straniero. Il legislatore, pur libero di optare per una penalizzazione delle violazioni delle norme che regolano i flussi migratori, non può, a parere della Corte «introdurre automaticamente e preventivamente un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile».

L'aggravante contestata, dunque, per la Consulta, fa dell'irregolarità "uno stigma", in base al quale legittimare trattamenti penali differenziati per un soggetto «i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità» ed entro i quali le qualità dell'individuo sottoposto a giudizio «rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base a una presunzione assoluta, che identifica un tipo d'autore assoggettato sempre e comunque a un più severo trattamento»[12]. Si tratta di un importante presa di posizione della Corte che si può leggere come un monito lanciato al legislatore affinché ponga rimedio al carattere discriminatorio della sua politica in materia.

Però, la sentenza n. 250/2010 (ed anche nelle ordinanze n. 252 e 253 del 2010) relativa al reato di ingresso e soggiorno illegale, con cui la Corte ha respinto le censure esaminate, riguardanti, essenzialmente, la legittimità costituzionale della scelta di penalizzare l'ingresso e il soggiorno illegale, sembra fare un passo indietro rispetto alla strada tracciata dalla precedente pronuncia. Secondo la Corte, spettando al

11 Così al punto 5 dei *Considerato in diritto* della sent. n. 249 del 2010.
12 Così al punto 9 dei *Considerato in diritto* della sentenza in esame.

legislatore le scelte in materia di politica penale (e quindi, quelle relative a criminalizzare un dato comportamento e a stabilire le relative sanzioni), l'esercizio di tale discrezionalità è sindacabile in sede di controllo di legittimità costituzionale solo quando si sia pervenuti a soluzioni manifestamente irragionevoli o arbitrarie[13]. Così argomentando, i giudici della Consulta ritengono infondata la censura più radicale, quella, appunto, inerente la violazione dei principi di materialità e di necessaria offensività del reato, di cui all'art. 25, co. 2 della Costituzione: l'articolo 10 bis del TUI, per la Corte, non colpisce un modo di essere della persona, ma un comportamento specifico, non potendosi né affermare che tale disposizione punisca un mero illecito che non offende beni giuridici meritevoli di tutela, dato che protegge un bene identificabile «nella tutela dell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori», e né sostenere, visto che si reprime la commissione di un fatto oggettivamente antigiuridico, che il reato in questione poggi su una presunzione assoluta di pericolosità[14].

Sembra potersi affermare, dunque, che la sentenza sull'aggravante di clandestinità abbia tentato di porre un freno alla svalutazione dei principi costituzionali in materia di libertà personale eliminando una discriminazione irragionevole, che si dimostrava espressione di un diritto penale simbolico, volto a sanzionare *status* personali. Per quanto concerne quella relativa al reato di clandestinità, invece, ciò che appare contestabile in relazione alla censura principale riguardante la violazione del principio di offensività, eccepita in varie ordinanze e sostenuta da parte della dottrina, non è l'effettiva esistenza di un interesse da parte dello Stato alla gestione ed al controllo dei flussi migratori, ma le argomentazioni addotte a sostegno di tale tesi. In particolare, il riferimento a «valutazioni afferenti alla "sostenibilità" socio-economica del fenomeno»[15] e il ricorso ad una comparazione, forse troppo rapida e decontestualizzata, alla disciplina dell'immigrazione vigente in altri paesi europei[16].

Partendo da queste brevi (e non esaustive) premesse, si intende affrontare l'analisi di alcuni profili del d.l. n. 13 del 2017 che sembrano sollevare interessanti problematiche costituzionali: in particolare, le

13 Cfr. punto 5 dei *Considerato in diritto* della sentenza n. 250 del 2010.

14 Cfr. punti 6.3 e 6.4 dei *Considerato in diritto*.

15 Così al punto 6.3 dei *Considerato in diritto*.

16 Cfr. punto 6.5 e punto 10 dei *Considerato in diritto*.

disposizioni incidenti sul principio del contraddittorio e sul doppio grado di giudizio e quelle relative agli "hotspot" e ai nuovi "centri di permanenza per il rimpatrio" (CPR).

2. Profili problematici del decreto-legge n. 13 del 2017

2.1 La videoregistrazione, il contraddittorio solo eventuale, l'eliminazione del doppio grado di giudizio

Il decreto legge n. 13 del 2017, recante "Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale", convertito con modifiche nella legge n. 46 del 2017, è un chiaro esempio, non solo della politica penale che da anni caratterizza le scelte dei vari legislatori, ma anche di quel mito della governabilità[17] in nome del quale si stanno comprimendo diritti e alterando le garanzie del nostro ordinamento. Mi riferisco, innanzitutto, al fatto che per legiferare su un argomento particolarmente delicato e importante come la protezione internazionale e l'immigrazione, si sia scelto lo strumento della decretazione d'urgenza, con la conseguente compressione del dibattito parlamentare; compressione tanto più significativa in quanto, in fase di conversione, la discussione in Senato è stata schiacciata dall'apposizione della questione di fiducia, con la quale il decreto è stato approvato e inviato alla Camera. Di più: l'articolo 21 del d.l. in questione dispone al primo comma che una cospicua parte delle disposizioni previste dagli articoli precedenti venga applicata non immediatamente, ma trascorsi centottanta giorni dall'entrata in vigore del testo in esame. Una simile previsione sembrerebbe, come da più parti sottolineato[18], in aperto contrasto con i presupposti legittimanti il decreto legge, dal momento che, non contenendo norme di immediata applicazione, non presenterebbe il requisito della straordinaria urgenza. A ciò si ag-

[17] Per un'analisi sul tema della governabilità e del bilanciamento con i diritti, si veda, *ex plurimis*, G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2016; G. FERRARA, *La crisi del neoliberismo e la governabilità coatta*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013; E. OLIVITO, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, parte I, pp. 39 ss.

[18] Cfr. *Il decreto legge n.13/2017: le principali ragioni di illegittimità*, in *asgi.it*.

giunga che, dalla relazione illustrativa del d.l. presentata al Senato[19], nella quale vengono presi in considerazione i dati relativi alle richieste di protezione internazionale dal 2013 in poi, si profila un quadro non particolarmente allarmante[20]. Soprattutto se ci si sofferma sul dato che l'aumento più consistente di tali domande risale all'anno 2014 e che già l'anno successivo, nonostante un ulteriore incremento, le domande evase dalle Commissioni risultano comunque in aumento (96,06%). Non si tratterebbe, allora, di una questione improvvisa e straordinaria, tale da giustificare il ricorso alla decretazione d'urgenza, ma di una situazione esistente da tempo, con picchi allarmanti già dal 2011, e che, dato l'innegabile impatto sociale e politico che produce, ponendo sfide importanti al costituzionalismo moderno e alla tenuta dei diritti, andrebbe affrontata in maniera diversa.

Passando ad analizzare i contenuti di questo decreto, appare utile, ai fini di una maggiore chiarezza espositiva, partire dalla suddivisione in tre capi dello stesso: il capo I (artt. 1-5), con il quale vengono istituite le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea e ne viene disciplinata l'organizzazione (composizione, competenza per materia, per territorio e competenze del Presidente della sezione); il capo II (artt. 6-14) recante misure per la semplificazione delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale e degli altri procedimenti giudiziari connessi con il fenomeno dell'immigrazione; infine, il capo III, rubricato "misure per l'accelerazione delle procedure di identificazione e per la definizione della posizione giuridica dei cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea, nonché il contrasto dell'immigrazione illegale e del traffico di migranti".

Soffermandoci sulle novità che di più sembrano sollevare problematiche costituzionali[21], bisogna analizzare anzitutto il contenuto del

[19] E non solo da questa: infatti, i dati riportati dall' UNHCR in materia di flussi migratori parlano di 1.015.078 persone arrivate via mare nel 2015, diminuite a 316.712 nel 2016.

[20] Dalla relazione emergono i seguenti dati: «(…) Nel 2014 l'incremento delle domande rispetto al 2013 è stato pari al 143 per cento. (…) Nel 2015 l'incremento delle domande rispetto al 2014 è pari al 32,33 per cento, mentre quello delle decisioni rispetto all'anno precedente è pari al 96,06 per cento (…). Rispetto al 2015, nel 2016, le domande sono aumentate del 47,20 per cento, mentre le decisioni sono aumentate del 28,10 per cento». Si veda, *Atto del Senato n.2705 – disegni di legge e relazioni – documenti*.

[21] Bisogna precisare che, nonostante in questo lavoro non verrà svolta un'analisi sul punto, sono state sollevate perplessità in ordine al rispetto dell'art. 102 della Costituzione,

lungo e complesso articolo 6, fra i più importanti del decreto. Tale articolo è rubricato "Modifiche al decreto legislativo n. 25 del 2008" (atto con cui si dava attuazione alla direttiva 2005/85/CE, contenente le norme minime per le procedure da applicare negli stati membri per il riconoscimento o la revoca dello status di rifugiato) con cui, all'articolo 4, si istituivano le commissioni ministeriali. A proposito di quest'ultime, giova fare adesso una puntualizzazione, che sarà poi utile nell'analisi dei successivi articoli del decreto Minniti: bisogna evidenziare l'assenza di autonomia e di indipendenza di questi organismi, che fanno capo al Ministero dell'Interno, sono presieduti dal prefetto e sono costituiti anche da enti territoriali. Insomma, si tratta di organismi politico-amministrativi, è bene ribadirlo.

Tornando all'articolo 6, la prima novità su cui occorre soffermarsi è quella prevista dalla lettera c) del comma 1: la videoregistrazione del colloquio effettuato dal richiedente davanti alla commissione territoriale. Nonostante in sede di conversione tale disposizione sia stata parzialmente modificata prevedendo sia la cooperazione di un interprete che rilegga all'interessato il verbale della trascrizione e sia la possibilità per il richiedente di rifiutare motivatamente la videoregistrazione (tramite un'istanza che dovrà comunque essere decisa dalla

---

l'istituzione (ex art. 1 del d.l. in esame) delle sezioni specializzate (cfr. *Migranti, via libera al decreto Minniti-Orlando: ecco tutti i punti critici*, in *redattoresociale.it*). Infatti, alcune delle organizzazioni che si occupano di diritto dell'immigrazione hanno contestato anche questa novità, ritenendo che ci ponga di fronte al rischio di istituire non delle sezioni specializzate, ma dei giudici speciali, dal momento che la specializzazione non si riferisce all'intera materia del diritto dell'immigrazione, ma solo alla protezione internazionale, ai rifugiati. In effetti rimane la competenza del giudice di pace per: - la convalida e la proroga dei trattenimenti degli stranieri espulsi e di quelli trattenuti nei centri di permanenza; - i ricorsi contro i provvedimenti amministrativi di espulsione del prefetto (artt. 13 e 14 d.lgs. 286/1998). Al giudice amministrativo, invece, sono affidate: - le questioni attinenti l'ingresso e il soggiorno ex art. 6 d.lgs. n.286/1998; - i ricorsi contro le espulsioni ministeriali per motivi di ordine pubblico (art. 13 d.lgs. n. 286/1998) e contro il diniego della cittadinanza per gli stessi motivi (d.lgs. n. 142/2015); - ricorsi contro la cessazione o la limitazione delle misure di accoglienza dei richiedenti asilo (d.lgs. n. 142 del 2015). Il giudice ordinario, infine, rimane competente per i ricorsi contro i respingimenti e contro i provvedimenti di diniego della concessione della cittadinanza. Da questa frammentazione di competenze, alcuni prospettano il delinearsi di una norma discriminatoria che possa istituire nel nostro ordinamento un giudice speciale. In particolare, sposa questa linea l'Asgi, che, nell'articolo già citato sulle ragioni dell'illegittimità del d.l. in esame, afferma che «a tali sezioni, più che una materia, viene assegnata una categoria di persone qualificate solo in base alla diversa nazionalità», *Il decreto legge n. 13/2017*, cit., 2.

commissione con provvedimento non impugnabile), i dubbi circa la legittimità del provvedimento permangono. Infatti, coerentemente alla logica del d.l. in esame volto essenzialmente alla sola ottimizzazione dei tempi velocizzando le procedure, il video dell'audizione del richiedente può essere utilizzato in funzione sostitutiva della presenza dell'immigrato in udienza (essendo quest'ultima solo eventuale), andando a contrastare con gli obiettivi indicati dalle disposizioni dell'Unione europea in materia, volte a tutelare effettivamente i diritti dei richiedenti protezione internazionale. Più precisamente, la Direttiva 2013/32/UE prevede l'obbligo per gli stati membri di garantire che al richiedente, nei casi di decisione sulla domanda di protezione internazionale, sia riconosciuto il diritto ad un "ricorso effettivo dinanzi ad un giudice" basato su di un "esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto"[22], cioè su di una valutazione da parte del giudice effettuata al momento stesso della sua decisione e in maniera piena e diretta. Il rispetto di questa disposizione imporrebbe, dunque, la partecipazione della parte all'udienza, soprattutto se si tiene conto del fatto che, in materia di protezione internazionale, spesso, le dichiarazioni rese dal richiedente rappresentano gli unici mezzi di prova su cui si basa la domanda[23] e, quindi, il presupposto in base al quale il giudice valuta la credibilità del richiedente e decide sul riconoscimento o meno del diritto in questione. Ancor prima della direttiva europea richiamata, è la nostra Costituzione a impedire che in un procedimento avente ad oggetto una compressione di diritti fondamentali, il contraddittorio possa realizzarsi attraverso la semplice videoregistrazione.

Il rischio di non rispettare quanto sancito nella citata direttiva europea, è acuito dalla disposizione di cui alla lettera g) (sempre dell'articolo 6, comma 1), in base alla quale viene riscritta la disciplina delle controversie in materia di protezione internazionale, prevedendo per la loro risoluzione l'applicazione del rito camerale a contraddittorio scritto e ad udienza solo eventuale (passando, cioè, dal rito sommario di cognizione al rito camerale ex art. 737 cpc): è questa, probabilmente, la previsione più significativa del provvedimento.

[22] Così art. 46 della Direttiva 2013/32/UE.

[23] Come sottolineano da più parti le associazioni di avvocati che si occupano di diritto dell'immigrazione (fra tutti, cfr. *Il d.l. 13/2017: principali,* cit.) e come si può leggere nella relazione dell'audizione dell'ANM alle commissioni parlamentari, cfr. *Decreto legge 13/2017: audizione dell'ANM alle Commissioni parlamentari*, in ***questionegiustizia.it***.

Per analizzare la portata di questa disposizione, appare opportuno partire dall'osservazione che il diritto di difesa ex art. 24, comma 2 della Costituzione, è caratterizzato da una certa indeterminatezza ed elasticità che comporta, da un lato, il ruolo centrale del legislatore nel graduarlo e specificarlo concretamente; dall'altro, il variare del suo contenuto in relazione alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di procedimento. Nel tentativo di enucleare, superando le peculiarità tipiche dei diversi contesti processuali, il significato costante del diritto di difesa, la giurisprudenza costituzionale, negli anni, ha messo a valore il principio del contraddittorio fra le parti[24].

In particolare, la Corte ha sempre sostenuto nei procedimenti riguardanti la libertà personale la necessità di assicurare un contraddittorio quanto più effettivo possibile.

In linea con questo assunto, nel nostro ordinamento giuridico, fino ad oggi, nessun conflitto attinente i diritti soggettivi e fondamentali della persona veniva risolto tramite il ricorso al particolare modello processuale del rito camerale, caratterizzato dall'assenza di regole predeterminate dal legislatore ed in cui la formazione della prova è affidata alla discrezionalità del giudice: l'estensione di una simile disciplina ad una materia come quella della protezione internazionale coinvolgente diritti fondamentali (come il diritto alla vita e il diritto alla salute), determina un'evidente lesione del principio del contraddittorio e del giusto processo ex art. 111 della Costituzione. Non sembrano sufficienti a convincere del contrario le argomentazioni esposte nella relazione illustrativa del d.l. presentata al Senato[25], soprattutto se, poi, è questo stesso documento a ricordare che "nella definizione europea di qualità della procedura d'asilo, la celerità dei tempi di risposta va di

24 Cfr. fra le tante, la sent. n. 99 del 1975 dove, nel punto 5 dei "considerato in diritto" la Corte sostiene che «il diritto di difesa (…) è in primo luogo garanzia di contraddittorio. Il che è quanto dire che esso può dirsi assicurato solo nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad un'effettiva dialettica processuale». Si consideri anche la sent. n. 125 del 1979, in cui al punto 6 dei "considerato in diritto" si legge: «(...) il contraddittorio, la cui costituzione ed il cui funzionamento rappresentano la condizione ritenuta universalmente ottimale per il più efficace esercizio della stessa funzione giurisdizionale».

25 Cfr. pag. 11 di tale relazione (atto del senato n.2705 – disegni di legge e relazioni – documenti), dove si parla di «evidenze statistiche che evidenziano una durata dei procedimenti in materia non ancora in linea con gli standard europei e, comunque, non compatibile con le ragioni di urgenza che sottendono questa materia»: simili argomentazioni non sembrano poter giustificare, sulla base di comparazioni scarsamente documentate, una tale compressione del diritto alla difesa nella speranza di avere processi più celeri.

pari passo con la capacità di sostenere le valutazioni e le decisioni secondo parametri condivisi di buone pratiche".

È vero che la giurisprudenza costituzionale in materia ha affermato diverse volte il principio per cui l'adozione del rito camerale non comporta di per sé una lesione del diritto alla difesa, precisando che «l'esercizio di quest'ultimo può essere modulato dalla legge in relazione alle peculiari esigenze dei vari procedimenti speciali, "purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione"»[26]. Però, ha anche specificato che non ci sarà violazione né del diritto alla difesa, né della regola del giusto processo, né del principio dell'uguaglianza (declinato nei termini di assenza di ragionevolezza) solo se «il modello processuale previsto dal legislatore (…) sia tale da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, la facoltà dell'impugnazione – sia per motivi di merito che per ragioni di legittimità – della decisione assunta (…)»[27].

Il modello processuale che viene fuori dalle disposizioni di cui all'articolo 6, non sembra affatto soddisfare tutte queste caratteristiche[28], dal momento che, alla previsione del rito camerale di cui alla lettera g), bisogna aggiungere quanto stabilito dal comma 10, dal comma 11[29], e dal comma 13 dello stesso articolo. I primi due definiscono la disciplina della comparizione della parte in udienza, stabilendo che potrà essere disposta dal giudice "esclusivamente" quando: - visionata la registrazione dell'audizione, egli ritenga comunque necessario sentire il ricorrente; - consideri indispensabile richiedere alcuni chiarimenti alle parti; - valuti necessario disporre consulenza tecnica o assumere mezzi di prova; - non sia disponibile il video; - l'interessato abbia fatto motivata richiesta e il giudice ritenga di accoglierla; - l'impugnazione si fondi su elementi non dedotti davanti alla commis-

[26] Così, punto 4 dei *Considerato in diritto,* sent. n. 103 del 1985; in senso conforme, si vedano anche le sentt. nn. 119 del 1974; 202 del 1975; le ordinanze n. 121 del 1994 e n. 141 del 1998.

[27] Così nei *Considerata* dell'ordinanza n. 170 del 2009; in senso conforme ordinanza n. 19 del 2010.

[28] Nonostante quanto sostenuto dal Governo a pagina 12 della citata relazione illustrativa, in cui, proprio richiamandosi alle sentenze di cui sopra, afferma – con argomentazioni abbastanza forzate – la legittimità del nuovo giudizio sia rispetto ai principi costituzionali, sia rispetto all'articolo 6 CEDU.

[29] Comma aggiunto in sede di conversione, accogliendo parzialmente quanto chiesto dall'ANM durante l'audizione alla Commissione parlamentare.

sione. Ne deriva un modello processuale in cui il contraddittorio è solo eventuale ed in cui, non essendoci precise regole predeterminate, molto è affidato alla discrezionalità del magistrato, con la conseguente irragionevole disparità nell'applicazione della norma.

Di più: il comma 13 stabilisce la non reclamabilità del decreto con cui il tribunale si pronuncia sul riconoscimento o meno dello status di rifugiato al ricorrente. Si elimina, cioè, il doppio grado di merito, nonostante quanto specificato dalla corte costituzionale nella citata ordinanza (n. 170 del 2009), con cui si legittimava l'uso del rito camerale nella tutela di diritti soggettivi solo a condizione che venisse garantita l'impugnazione sia per ragioni di legittimità che per motivi di merito[30]. Una scelta, quella di eliminare l'appello in una materia inerente i diritti fondamentali, che sembra ai limiti dell'irragionevolezza se si guarda all'intero ordinamento giuridico italiano, in cui è prevista la garanzia dell'appello nella quasi totalità delle controversie civili (anche di bassissimo valore).

Un' ulteriore considerazione: nella richiesta di protezione internazionale, costituendo l'accertamento del fatto il punto critico essenziale del procedimento, la Direttiva 32/2013 UE pone a carico del giudice uno specifico onere di collaborazione nella ricerca di riscontri in merito alle dichiarazioni del ricorrente. E, dato che nel procedimento in Cassazione non è ammesso un riesame del fatto, se si elimina l'appello viene rimossa ogni possibilità di correggere errori relativi all'accertamento dei fatti in cui può essere incorso il tribunale (soprattutto se si considera che la sentenza potrebbe essere stata emessa senza nessun contatto diretto con la parte e, quindi, senza riscontri in merito alla credibilità intrinseca del ricorrente).

Dal decreto in esame deriva, dunque, una disciplina unica nell'ordinamento italiano in materia di diritti soggettivi: anomalia ancor più grave se si considera che la protezione internazionale riguarda diritti costituzionali rientranti tra i principi fondamentali della repubblica (art. 10, co. 3 Cost.) e che, eliminando l'appello, si determina un'articolazione differente del diritto per i soli richiedenti asilo, vio-

[30] Non sembra sufficiente a giustificare una simile scelta, l'argomentazione su cui si insiste nella Relazione illustrativa del d.l., nella parte in cui si ferma a descrivere gli ordinamenti giuridici di altri Paesi Europei dove esiste un solo grado di merito. (Si veda, *Atto del Senato n. 2705 – disegni di legge e relazioni – documenti,* 5). A nulla rileva tale comparazione se non si parte dalla considerazione basilare che in quei Paesi il regime delle impugnazioni è radicalmente diverso dal nostro.

lando il principio d'eguaglianza di cui all'articolo 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza.

In sintesi, le disposizioni previste dal testo in esame delineano in materia di riconoscimento della protezione internazionale, un procedimento caratterizzato dall' adozione del rito camerale a contraddittorio solo eventuale in cui la formazione della prova è demandata (nella maggior parte dei casi) alla visione di una videoregistrazione, quindi ad un mero controllo formale di quanto stabilito dalle commissioni territoriali in sede amministrativa, e la cui decisione è reclamabile solo in Cassazione. Un simile modello processuale appare in evidente contrasto con i principi costituzionali in materia penale, ledendo l'articolo 24 e l'articolo 111 Cost., nonché con i principi fondamentali previsti all'articolo 3 e all'articolo 10.

Non solo: un modello procedimentale così strutturato sembra contrastare anche con il principio di pubblicità dell'udienza che, sebbene non esplicitamente previsto dalla Costituzione, deve essere comunque considerato principio di rilevanza costituzionale in quanto «connaturato ad un ordinamento democratico e previsto, fra gli altri strumenti internazionali, segnatamente dall'art. 6 CEDU»[31]. Conferma questa lettura, la giurisprudenza consolidata della Corte in base alla quale la pubblicità del giudizio risulta coessenziale ai principi di un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare «sulla quale si basa l'amministrazione della giustizia, specie quella penale che, secondo l'art. 101, primo comma, della Costituzione, è amministrata in nome del popolo»[32]. Altre sentenze delineano meglio il carattere di questo principio, specificando che quest'ultimo, pur non essendo assoluto, è derogabile, solo in presenza di particolari «ragioni giustificative», qualora siano «obiettive e razionali»[33] e che, comunque, nel caso di materie penali, queste ragioni devono essere «collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale»[34].

Considerato tutto ciò, bisogna concludere che, pur essendo vero (come viene sottolineato nella relazione che accompagna il d.l.) che le garanzie di un ricorso effettivo davanti ad un giudice si articolano dif-

[31] Così ordinanza n. 395 del 10/01/2017 della sesta sezione della Corte di Cassazione, pp. 3-4.

[32] Così Corte costituzionale, sent. n. 373 del 1992, punto 3.1 dei *Considerato in diritto*. In questo senso, fra le altre, le sentt. nn. 69 del 1991, 212 del 1986, 50 del 1989.

[33] punto 2 dei *Considerato in diritto*, sent. n. 80 del 2011 della Corte costituzionale.

[34] Così Corte costituzionale, sent. n. 12 del 1971, punto 8 del *Considerato in diritto*.

ferentemente a seconda della materia processuale e che l'udienza orale è una garanzia ineludibile per i soli processi penali mentre può essere sottoposta a restrizioni in quelli civili o amministrativi, non bisogna dimenticare che tali limitazioni devono comunque rispondere al principio della proporzionalità. E, a dire il vero, non sembra affatto rispondere a tale principio un procedimento come quello in esame che, pur essendo destinato ad incidere profondamente sulla vita di chi lo richiede (al pari di una sentenza penale), non prevede per il richiedente protezione internazionale, in nessuna fase, il diritto (e non la mera possibilità, rimessa alla discrezionalità del giudice) di comparire davanti al proprio giudice[35].

Piuttosto, la tendenza più volte richiamata ad amministrativizzare il diritto penale, anche in casi in cui sia palese il coinvolgimento di diritti fondamentali, sembra un mezzo facile attraverso il quale eludere le garanzie più stringenti previste per i procedimenti penali e a cui il legislatore sembra ricorrere spesso e da diversi anni.

2.1. (Segue) Il consolidarsi del sistema Hotspot e i nuovi CPR

Novità importanti vengono poi introdotte dal capo III del decreto-legge in esame relativamente a quelle forme di detenzione ammnistrativa dello straniero irregolare che, sebbene formalmente estranee alla materia penalistica, sostanzialmente incidono in maniera evidente sulla libertà personale.

Procedendo nell'analisi delle disposizioni ivi previste, occorre innanzitutto ed in via generale, indicare che, pur non introducendo novità particolarmente significative o che vadano ad incidere sulla struttura della disciplina, il capo in esame è un ulteriore esempio della tendenza legislativa descritta nel paragrafo precedente.

Infatti, persistendo in un'ottica repressiva del fenomeno dell'immigrazione, si continua a percorrere la strada del diritto penale simbolico e del nemico, come si percepisce già dalla rubrica del capo ("Misure per l'accelerazione delle procedure di identificazione e per la definizione giuridica dei cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione europea, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale

[35] Cfr. *Decreto legge n. 13/2017: audizione dell'ANM alle Commissioni parlamentari*, in *questionegiustizia.it*.

e del traffico dei migranti") e come viene confermato dalle disposizioni di alcuni articoli in particolare.

Ad esempio, l'articolo 17 introduce disposizioni in materia di identificazione degli stranieri rintracciati come irregolari nel corso dell'attraversamento della frontiera o soccorsi in operazioni di salvataggio in mare, attraverso il rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico nei "punti di crisi" e, al comma 3, stabilisce che il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi a tali rilievi, viene considerato rischio di fuga e, di conseguenza, comporta il trattenimento, disposto dal questore, nei centri di permanenza temporanea per una durata massima di trenta giorni.

A questo punto, appare opportuno, per poter analizzare criticamente e in maniera più completa la disposizione in esame, soffermarsi, seppur brevemente, sul c.d. sistema hotspot. Nel 2015, la Commissione Europea pubblicava la nuova "Agenda europea sulla immigrazione" in cui si avanzavano diverse proposte per uniformare le politiche migratorie degli stati membri, fra le quali anche quella di un nuovo metodo di identificazione dei migranti basato, appunto, sui c.d. "punti di crisi", centri in cui gli Stati membri maggiormente interessati dal fenomeno migratorio attuano le procedure di identificazione e registrazione dei migranti con l'aiuto di Frontex, Europol, Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, nell'ottica di velocizzare tali pratiche e di distinguere fra quanti richiedono la protezione internazionale e quanti non vogliono avvalersi di tale diritto. La Commissione, per definire le procedure attuative di quanto disposto nell'Agenda, ha poi inviato agli stati interessati una "tabella di marcia" ("Roadmap"), recepita nel nostro ordinamento non tramite una legge[36], ma con un semplice allegato alla Circolare del Ministero dell'Interno del 6 ottobre 2015, nel quale gli hotspot vengono definiti come "aree di sbarco attrezzate" dove i migranti possono o richiedere protezione internazionale (ed essere trasferiti negli SPRAR), oppure non formalizzare tale richiesta, essere considerati migranti economici e, quindi, trasferiti presso un centro

[36] Interviene sul punto anche la Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato che, nel Rapporto sui Cie del 2016, afferma che occorre «definire la natura giuridica dei centri in cui si attua l'approccio hotspot: continuano ad essere centri di prima accoglienza o diventano dei centri di identificazione ed espulsione, unica tipologia di strutture dove si è trattenuti – ma solo in seguito a convalida del giudice – e da cui non ci si può allontanare?», in *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione in Italia*, gennaio 2017, p. 21.

per il rimpatrio[37]. L'ordinamento italiano, dunque, non è intervenuto per disciplinare con legge la materia, ma l'atto con il quale si predispone il funzionamento del metodo hotspot e si individuano i centri in cui si conducono tali procedure è la Roadmap del Ministero dell'Interno.

In dottrina, da più parti[38], si denuncia la mancanza di una base legale che possa qualificare la natura giuridica di tali centri e che, quindi, vada a legittimarli, permettendo finalmente di definire questa oscura natura giuridica che oscilla fra diversi modelli alternativi. Non si comprende, infatti, se questi hotspot possano essere ricondotti ai centri di prima accoglienza e quindi venire considerati come *species* di un *genus* già esistente, oppure se, data la pluralità e la complessità delle operazioni svolte in questi punti, essi costituiscano un «*tertium genus*»[39]. Ad ogni modo, nonostante l'incertezza circa la qualificazione di tali centri, sembra comunque estendibile alla disciplina di questi ultimi quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 105 del 2001[40]: qui, in relazione al trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e assistenza, la Consulta affermava la piena applicabilità delle garanzie previste dall'articolo 13 Cost., riconducendo tale misura alle "altre restrizioni della libertà personale" menzionate nello stesso articolo e sottolineando, dunque, che «non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione»[41].

Dunque, potremmo definire il "sistema hotspot" come un «metodo amministrativo di identificazione e gestione dei flussi migratori non formalizzato in una base legale di diritto interno – ma neppure europeo –, che si sovrappone alla normativa vigente nel nostro ordinamento giuridico e che contrasta, quindi, non soltanto con la legalità ordina-

[37] Cfr. A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea fra sistema hotspot e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, parte I, pp. 86 ss.

[38] Ex plurimis, F. VASSALLO PALEOLOGO, *Diritti sotto sequestro. Dall'emergenza umanitaria allo stato di eccezione*, Aracne, Roma, 2012; S. PENASA, *L'approccio hotspot nella gestione delle migrzioni. Quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC.it.*

[39] Si sofferma approfonditamente su tale argomento, S. PENASA, *L'approccio hotspot*, cit., pp. 11-17, che, nel descrivere la disciplina italiana, definisce l'hotspot un ibrido giuridico e analizza la compatibilità di questo con il dettato costituzionale.

[40] Per un'analisi della sentenza, si veda G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, n. 3/2001, pp. 1860 ss.

[41] Così, sent. n. 105 del 2001, punto 4 dei *Considerato in diritto*.

ria (…) ma soprattutto con le garanzie costituzionali previste dall'art. 13 della Costituzione.»[42]. Si assiste, così, ad un'evidente lesione di diritti collocati fra i principi fondamentali della nostra Carta costituzionale, essendo violata la riserva di legge assoluta posta dall'articolo 10 in merito alla condizione giuridica dello straniero (secondo comma) e alla garanzia del diritto d'asilo (terzo comma), e dall'articolo 13, dal momento che restringimenti della libertà personale di questa importanza sono disposti sulla base di una procedura amministrativa, nel silenzio del legislatore.

Né sembra che l'articolo 17 del d.l. in esame vada a colmare l'assenza di una base normativa su cui costruire il sistema Hotspot: in effetti, il legislatore si limita a ribadire l'obbligatorietà dell'identificazione dei migranti e ad enunciare un irrigidimento nelle procedure per i rilievi fotodattiloscopici. Nonostante la preoccupazione sollevata da più parti in dottrina[43], si continua sulla strada della legittimazione di "punti di crisi" senza preoccuparsi di qualificarli giuridicamente: il legislatore, perseverando nella violazione delle due riserve (di legge e di giurisdizione) di cui all'art. 13, omette di qualificare la natura di questi centri, come omette di definire le modalità e i tempi entro cui può essere limitata la libertà personale dei cittadini stranieri.

A nulla vale (e sembra superfluo aggiungerlo) che tali restrizioni della libertà personale durino – relativamente – poco: com'è noto, infatti, secondo l'impostazione data nel tempo dalla Corte Costituzionale, la disciplina garantista della libertà personale di cui all'art. 13 Cost., è applicabile quando si è in presenza di misure gravi e/o quando a danno del soggetto si determina una situazione di degradazione giuridica tale da poter essere equiparata negli effetti ad una violazione del principio dell'*habeas corpus*[44].

---

[42] Così A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione*, cit., pP. 91-92.

[43] Si veda A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea*, cit.; S. PENASA, *L'approccio hotspot nella gestione delle migrazioni*, cit.

44 Come si può leggere nella sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 1964, dove, al punto 3 dei *Considerato in diritto*, la Corte sostiene la riconducibilità alla fattispecie di cui all'art. 13 Cost. anche delle misure che si sostanziano in una "degradazione giuridica" del destinatario e provocano «una menomazione o una mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*».

E non si può dubitare che gli hotspot siano quantomeno dei luoghi in cui la persona vive in una situazione di degradazione: a ribadirlo c'è anche la pronuncia con cui la Grande Camera della Corte EDU, nel dicembre scorso, in relazione all'hotspot di Lampedusa, ha condannato l'Italia (caso Khlaifia vs. Italia) per violazione dell'articolo 5 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo[45]. Nella sua pronuncia la Corte ha equiparato la struttura in questione ad un luogo di detenzione in cui gli stranieri vengono trattenuti senza una base legale: una simile restrizione della libertà personale senza un provvedimento di un giudice alla base che la giustifichi, non solo è illegittima ai sensi dell'articolo 13 della Costituzione, ma, rendendo impossibile la garanzia di un ricorso effettivo, viola anche l'articolo 13 CEDU. Nonostante le indicazioni della dottrina e della giurisprudenza della Corte EDU, il legislatore italiano, come si evince dall'analisi del d.l. in esame, continua a muoversi sulla stessa linea, non definendo su quali basi lo straniero potrà essere trattenuto in un punto di crisi prima dell'eventuale trasferimento presso un CPR, ed affidando la gestione di questi luoghi (in cui effettivamente e per un tempo considerevole viene lesa la libertà personale) all'arbitrio del potere amministrativo di polizia.

Misure egualmente rilevanti appaiono quelle previste dall'articolo 19, che novella il Testo unico sull'immigrazione di cui al d. lgs. n. 286 del 1998, e che prevede, essenzialmente, un rilancio delle strutture di trattenimento. Il primo comma dispone un semplice ma significativo mutamento nella denominazione: si passa da "centro di identificazione ed espulsione" a "centro di permanenza per i rimpatri", locuzione che, ancor più fuor di metafora, sembra strizzare l'occhio agli slogan della politica più populista nel tentativo di trasmettere sicurezza.

Più concretamente, il secondo comma, alla lettera a), prevede, modificando l'articolo 14, comma 5 del d.lgs. n. 286 del 1998, un prolungamento di 15 giorni dei termini massimi (90 giorni) di trattenimento presso un centro dello straniero che abbia già scontato il periodo di detenzione in carcere. Non solo: il terzo comma dispone, per assicurare una più efficace esecuzione dei provvedimenti di espulsione, un incremento del numero dei nuovi CPR (centri di permanenza per il rimpatrio), distribuendoli sull'intero territorio nazionale, privilegiando

[45] Cfr. A. GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in penalecontemporaneo.it.

le aree esterne ai centri urbani dove siano presenti strutture di proprietà pubblica di capienza limitata[46]. A nulla rileva il fatto che il comma 3 dell'articolo 19 preveda esplicitamente che nei nuovi centri di permanenza per il rimpatrio debba essere garantito l'assoluto rispetto della dignità della persona: una simile affermazione, che dovrebbe essere superflua in un ordinamento democratico e la cui ripetizione ha il sapore di un'ammissione di colpa, è destinata a rimanere un *flatus vocis,* dal momento che «l'approccio securitario che emerge dalla decisione politica e mediatica di riprendere il ricorso massiccio alla detenzione ammnistrativa lascia, tuttavia, dubitare della reale volontà di tutelare la dignità dei migranti rinchiusi in tali luoghi»[47].

Dunque, nonostante le voci che da più parti si alzano contro il perseverare nell'approccio repressivo alla questione migratoria, in cui la detenzione amministrativa riveste un ruolo centrale, il legislatore italiano non solo continua su questa linea, ma adotta disposizioni volte al rafforzamento di detto sistema e dalle quali emerge un quadro fatto di tanti piccoli centri di trattenimento, dalla ambigua fonte normativa, in cui viene privata la libertà tramite provvedimenti amministrativi e che, per di più, devono espressamente essere situati ai margini delle città: una ghettizzazione legale di soggetti già marginalizzati socialmente[48].

3. Riflessioni conclusive

Riprendendo le analisi svolte precedentemente, preme, infine, ribadire le importanti preoccupazioni sollevate da larga parte della dottrina (e spesso condivise dalla giurisprudenza) in merito alle scelte legislative relative all'immigrazione, in particolare, e alla pubblica sicurezza

[46] Per completezza di analisi, è opportuno segnalare una previsione importante, aggiunta al terzo comma dell'articolo in esame in sede di conversione, in base alla quale si equiparano i CPR alle carceri in merito alla possibilità di controlli "esterni", come quelli dei parlamentari o delle associazioni: un efficace strumento di garanzia.

[47] Cfr. L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del Decreto Minniti,* in ***penalecontemporaneo.it***.

[48] Un'ulteriore considerazione: è interessante notare che al comma 4 dell'articolo 19 viene autorizzata, per garantire l'esecuzione delle procedure di espulsione e allontanamento degli stranieri irregolari, una spesa pari a 19.125.000 euro, cui bisogna provvedere – e la cosa sembra abbastanza paradossale – valendosi delle risorse del programma FAMI, il Fondo Asilo Migrazione e Integrazione.

in generale, dal momento che, come accennato nell'introduzione, queste due materie sono state spesso affrontate con gli stessi strumenti normativi o, comunque, risultano caratterizzate dallo stesso metodo d'approccio. Questa tendenza trova conferma nell'emanazione dei due decreti Minniti, i quali sembrano inserirsi perfettamente in un quadro di politiche legislative caratterizzato sia da iniziative "manifesto" riguardanti fenomeni che suscitano insicurezza in alcuni segmenti della popolazione (spesso in ragione della loro visibilità più che della loro concreta pericolosità sociale), sia da misure incidenti sull'esercizio di importanti diritti fondamentali. Il tratto comune che giustifica agli occhi del legislatore poco attento la medesima risposta normativa a differenti fenomeni sociali, affonda le sue radici nell'ansia di prevenzione che sembra dominare le scelte del legislatore, il quale, applicando al diritto penale il principio del rischio e della precauzione, fonda la sua politica sulla base di quello che l'opinione pubblica percepisce emotivamente come rischio (migranti, in particolare, poveri, tossicodipendenti, marginalizzati, in generale) evidenziando il legame che si realizza tra la sensazione generale di incertezza, la prevenzione, l'emergenza ed il diritto penale simbolico.

Legame reso ancor più evidente da alcune tendenze dell'intervento penale del legislatore, tra le quali appaiono particolarmente significative quelle della c.d. "amministrativizzazione" del diritto penale e quella speculare della "penalizzazione" del diritto amministrativo, in base alle quali le nuove fattispecie penali si avvicinano sempre più, nella forma, a strumenti di amministrazione di situazioni particolari e di rischi eccezionali in risposta a determinate emergenze (anche presunte, in quanto maggiormente percepite). Il risultato è l'aumento dell'utilizzo di strumenti della pubblica amministrazione, maggiormente flessibili e rapidi e quindi considerati più efficaci, ai quali è attribuito il potere di intervenire in materie coinvolgenti anche diritti fondamentali garantiti costituzionalmente, spesso limitandoli, secondo modalità proprie del diritto penale.

Tendenze già in atto da anni, la cui incidenza è stata acuita, come già evidenziato, con il Pacchetto sicurezza, confermata dai successivi interventi normativi, e assolutamente ribadita dalle disposizioni dei decreti legge n. 13 e n. 14 del 2017: in effetti, questi ultimi, sembrano andare ad ingrossare le fila di quelle disposizioni-simbolo di un modello securitario che vede il governo indossare le vesti di un legislatore-sovrano assoluto, spostandosi sempre di più verso la declinazione

della politica criminale come politica penale. Di più: una politica penale che sembra rafforzarsi in senso maggiormente restrittivo come politica penale dell'ordine pubblico, con conseguenze ancora più incidenti sui diritti di libertà, basandosi sul presupposto dell'esistenza di gruppi sociali caratterizzati da un alto grado di criminalità. In questo modo si giustifica la disposizione di misure repressive selettive, perché rivolte quasi esclusivamente ai gruppi sociali più deboli, a quelle determinate soggettività o classi sociali considerate presuntivamente pericolose[49].

Tutto questo sembrerebbe indicare l'affermarsi di una tendenza: quella verso una società del controllo e della prevenzione[50], che si basa sull'allargamento delle competenze dell'esecutivo e su meccanismi discriminatori nell'amministrazione dei diritti fondamentali, perché a vantaggio di categorie di cittadini garantiti, e a discapito degli esclusi (migranti *in primis*, e poi disoccupati, senza casa, movimenti sociali e altre soggettività "disturbanti" o "indecorose"). Tendenza che spesso si traduce in un intervento penale del legislatore volto più a soddisfare i bisogni di protezione espressi dai cittadini-elettori che alla efficace tutela di un nucleo ben circoscritto di beni di rilevanza costituzionale.

In sintesi: l'ottica è quella della prevenzione del rischio e della presunzione di pericolosità; lo strumento, quello del diritto penale simbolico; il paradigma, quello emergenziale dello Stato della sicurezza o dello Stato di prevenzione.

In questo quadro e ritornando alle problematiche peculiari del fenomeno dell'immigrazione, possiamo dire, in via generale, che stiamo assistendo ad un processo di esautoramento delle garanzie europee e costituzionali, ricavabile: dall'approccio «amministrativo-poliziesco» nella gestione dei flussi migratori (attuata anche tramite strumenti di "*soft law*"); dallo svilimento di garanzie giuridiche vigenti nell'ordinamento europeo, finalizzato a rendere difficile l'ottenimento della protezione internazionale; dalla preferenza per la stipulazione di

49 Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *Democrazia e diritto*, 2/2000, pp. 20-25.

50 Per una critica del diritto alla sicurezza si veda, fra gli altri, A. DE GIORGI, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi, Roma, 2000 e L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberista,* Feltrinelli, 2000.

accordi internazionali in forma semplificata, senza formalità e, quindi, senza garanzie procedurali[51].

In particolare, con il decreto in esame, si continua a solcare la stessa strada già battuta con i precedenti interventi legislativi, dal momento che sembra condividere il paradigma che ne è alla base: il declinare la libertà degli stranieri irregolari come una libertà diversa, giustificando in base a questa diversità la sottrazione a fondamentali garanzie costituzionali. Molte delle disposizioni adottate, come si è visto, si pongono in contrasto con il primo comma dell'articolo 13 e ledono palesemente l'inviolabilità della libertà personale, diritto che, recependo nel nostro ordinamento il principio dell'*habeas corpus*, base della cultura giuridica europea, dovrebbe essere garantito a tutte le persone che attraversano il territorio italiano: cittadini, rifugiati, migranti economici, regolari e irregolari[52].

Si pensi, ad esempio al trattenimento amministrativo, che questo decreto legge va ad inasprire e che già è foriero di importanti problemi rispetto ai diritti fondamentali (come testimoniano le numerose denunce delle ONG nazionali ed internazionali) e alla gestione dell'ordine pubblico all'interno dei centri di permanenza. Questi centri sono spesso teatro di rivolte anche violente dal momento che i migranti sono costretti a condizioni di vita degradanti e disumane, come afferma la sentenza emanata nel dicembre 2012 dal Tribunale di Crotone, con la quale si riconobbero come una forma di legittima difesa le azioni degli autori della rivolta all'interno del centro di identificazione ed espulsione "Sant'Anna" di Isola Capo Rizzuto.

Appare, inoltre, lecito dubitare che una simile politica legislativa fungerà da freno all'immigrazione clandestina, dato che la minaccia della detenzione difficilmente potrà spaventare soggetti che fuggono da situazioni ben più drammatiche[53], concorrendo, piuttosto, ad alimentare un clima sociale già pervaso di insicurezza e ad accrescere l'isolamento e la marginalizzazione degli immigrati[54].

In questo quadro, la tendenza della giurisprudenza costituzionale in materia, pur comprendendo un'importante declaratoria di incostitu-

---

51 Cfr. A. CIERVO, *Ai confini di Schengen*, cit., p. 124 ss.

52 Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976.

53 Cfr. G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto penale e processo* 2009, p. 1330.

54 Cfr. G. BASCHERINI, *Su alcune recenti misure*, cit., p. 18.

zionalità analizzata precedentemente, non risulta chiara, dal momento che, pur condividendo, generalmente, alcune preoccupazioni sollevate dalla dottrina, appare spesso orientata ad interpretare in maniera conforme alle scelte del legislatore.

A ciò, bisogna aggiungere che la distinzione, caratterizzante fin dalle origini la giurisprudenza in materia e contestata da tempo dagli studiosi[55], fra la titolarità e l'esercizio dei diritti fondamentali dello straniero, sembra rappresentare la premessa che permette di trasformare il sindacato di costituzionalità in un problema "computazionale di misurazione dei diritti e delle loro garanzie"[56] e, soprattutto, che abitua all'idea che allo straniero spettino minori diritti e minori garanzie rispetto a quanto spetta al cittadino. Tale distinzione fra la titolarità e l'esercizio dei diritti, inoltre, ha indotto la giurisprudenza costituzionale a declinare il sindacato di costituzionalità sulla discrezionalità delle scelte legislative in materia, secondo il paradigma razionalità-ragionevolezza, non calibrando la sua analisi sul portato dei diritti costituzionalmente garantiti e rischiando, di conseguenza, che la tutela in materia si basi sulla coerenza con le variabili preferenze legislative, e non sulla coerenza con il quadro dei valori costituzionali[57].

Una simile giurisprudenza, che ammette la limitazione della libertà personale e del diritto di difesa di uno straniero per garantire l'effettività dell'espulsione, potrebbe arrivare ad ammettere, per equivalenti finalità, l'operare di simili restrizioni anche nei confronti dei cittadini: prospettiva, quest'ultima, che rivela l'importanza delle questioni inerenti la polizia degli stranieri, come polso della tenuta complessiva del sistema delle garanzie e della tavola delle libertà[58].

In sintesi, possiamo osservare come dall'analisi delle riforme caratterizzanti il diritto dell'immigrazione emerga una tendenza degli interventi normativi in materia alla criminalizzazione dell'irregolarità migratoria e alla predisposizione di misure volte ad isolare ulteriormente l'immigrato irregolare «sino al punto di negargli o ostacolargli

55 Cfr. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana,* in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, p. 217 ss.

56 Così A. PUGIOTTO, "*Purché se ne vadano",* cit.

57 Cfr. F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri,* in *Politica del diritto*, 1995, p. 458.

58 Cfr. S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici,* in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà*, Roma-Bari, 2004, p. 57.

l'esercizio di veri e propri diritti fondamentali»[59], attitudine destinata, in un ordinamento come il nostro, a porsi in forte tensione con il principio di uguaglianza e con il suo "nucleo forte", che comporta il divieto di distinzione *ratione subiecti* e l'esigenza di una normazione uniforme in materia di diritti fondamentali[60].

Bisognerebbe osservare il fenomeno delle migrazioni nel suo complesso, affrontando in maniera diversa le questioni che inevitabilmente vengono sollevate e che investono temi come il costo dei diritti, le effettive capacità di ogni ordinamento nel riconoscere e garantire libertà, le capacità di integrazione e la qualità della convivenza. In quest'ottica, la prospettiva entro la quale sembrerebbe opportuno muoversi è quella dell'apertura, della garanzia dei diritti, dell'integrazione reale, che guardi all'immigrazione non come ad un problema di ordine pubblico, ma come una questione attinente i diritti fondamentali della persona e che permetta, nell'epoca del multiculturalismo, una partecipazione attiva e non la mera "sopportazione" passiva dell'altro. Ciò che serve, allora, è ritrovare una dimensione costituzionale della cittadinanza[61], declinata nuovamente come partecipazione di soggetti ai quali è riconosciuto e garantito il diritto attivo alla costruzione della società multiculturale nell'epoca del costituzionalismo moderno.

[59] Così V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge,* il Sole 24 Ore, 19 maggio 2009, p. 1.

60 Così, A. CERRI, *L'eguaglianza,* Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 61 ss.

[61] Per un'analisi critica dell'istituto della cittadinanza, cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., pp. 105-134.

PARTE IV
RUBRICHE

L'AVVENTURA COME RIMEDIO
LE DEBOLEZZE DEL LIBERALISMO ITALIANO IN EMILIO SALGARI[*]

di *Gianluca Bascherini*

SOMMARIO: *1. Premessa e cenni biografici; 2. Pirati nazionalpopolari. Letteratura di genere, industria culturale di massa, mutamenti sociali e pedagogia politica; 3. Pirati e colonie; 4. Conclusioni.* «Oh da quando ho giocato ai pirati malesi, quanto tempo è trascorso».

1. Premessa e cenni biografici

L'opera di Salgari si colloca in quel passaggio tra Otto e Novecento che segna un tornante decisivo per la storia d'Italia e d'Europa, come testimoniano le diverse aggettivazioni che definiscono quella stagione a seconda della prospettiva da cui la si osserva. Dell'industrializzazione. Della crisi dello Stato liberale. Della *Belle Époque*. Della corsa all'Africa. Di questa transizione, nel contesto italiano, i romanzi di Salgari riflettono una serie di importanti conflitti e interrogazioni, tra delusioni tardo risorgimentali, prime espansioni coloniali e nascente industrializzazione. Al contempo – per i contenuti, le caratteristiche, i lettori cui sono destinate e gli anni in cui hanno preso forma – quelle opere restituiscono un punto di vista al contempo unico e di "genere". Perché nel panorama italiano Salgari fu, come forse nessun altro, scrittore di genere, e perché in questo scrittore come in pochi altri la persona si confonde nel personaggio, in una tirannide dell'immaginario che egli stesso ha contribuito a creare e diffondere e che ha finito per predominare sulla sua vita reale[1].

[*] Il presente lavoro costituisce una prima elaborazione di uno studio condotto nell'ambito del progetto di ricerca di Ateneo (Università degli studi di Roma "la Sapienza") *Le metamorfosi del "bellum piraticum". Figure dell'eccezione nell'epoca globale* (Responsabile scientifico, Prof. Luca Scuccimarra).

[1] Evidenzia questo aspetto della biografia salgariana E. FERRERO, *Disegnare il vento. L'ultimo viaggio del capitano Salgari*, Torino, 2011.

Emilio Carlo Giuseppe Maria Salgari nasce a Verona il 21 agosto 1862. Studente non particolarmente brillante, abbandona l'Istituto nautico Paolo Sarpi di Venezia alla fine del secondo anno. Tra il 1881 e l'82 forse s'imbarca qualche mese – non è chiaro se come membro dell'equipaggio o semplice passeggero – per il suo unico viaggio in mare sull'*Italia Una*, un mercantile che percorreva la tratta tra Venezia, Brindisi e la Dalmazia. Al rientro, intraprende l'attività di giornalista firmandosi «Ammiragliador»[2] o «il piccolo navigatore», e presentandosi a editori e direttori come «antico cadetto della marina mercantile, che ho viaggiato il mondo, assai studiato e assai provato»[3], «capitano marittimo di gran cabotaggio»[4]. Esordisce come scrittore nel 1883 con il racconto *I selvaggi della Papuasia*, pubblicato a puntate su *La Valigia*. Nello stesso anno inizia a collaborare con il quotidiano veronese *Nuova Arena* per il quale scriverà articoli di politica estera e internazionale, oltre che di critica teatrale. In appendice al quotidiano pubblicherà il romanzo *Tay-See*[5] e, poco dopo – anticipato da un'originale e suggestiva campagna pubblicitaria[6] – *La tigre della Malesia*[7], che apre uno dei suoi cicli più celebri, presto seguito da *La favorita del Mahdi*.

Inizia così una carriera da cottimista della penna, produttore frenetico di cartelle mal pagate per la nascente industria culturale di massa, che lo porterà in meno di trent'anni a scrivere un'ottantina di romanzi, per arrivare a più di duecento testi se si considerano anche racconti e

[2] È questo uno degli pseudonimi usato da Salgari per firmare gli articoli di politica estera e internazionale che pubblicò sul quotidiano veronese *Nuova Arena* tra il 1883 e il 1885. Sul Salgari giornalista alla *Nuova Arena*, Cfr. C. GALLO e G. BONOMI, *Emilio Salgari, la macchina dei sogni*, Milano, 2011, 35 ss.; E. SALGARI (Ammiragliador) *A Tripoli!! Il Mahdi, Gordon e gli italiani ad Assab nelle corrispondenze per la Nuova Arena (1883-85)*, a cura di C. Gallo, Verona, 1994; E. SALGARI, *Una tigre in redazione. Le pagine sconosciute di u giornalista d'eccezione*, a cura di S. Gonzato, Roma, 2011.

[3] Lettera al direttore de *La Valigia. Giornale illustrato di viaggi*. Questa rivista, edita dal milanese Garbini, assieme al *Giornale illustrato dei Viaggi e delle Avventure di Terra e di Mare*, pubblicato da Sonzogno, costituiranno le più diffuse pubblicazioni esotistiche di quegli anni e furono anche tra le fonti a cui Salgari più attingerà materiali e ispirazioni per la sua narrativa. Si veda a riguardo E. GIAMMATTEI, *Il sistema dell'avventura e il settimanale di viaggi*, in AA.VV., *Scrivere l'avventura: Emilio Salgari*, Atti del Convegno Nazionale: Torino, marzo, 1980, 275.

[4] Lettera al direttore dell'*Arena* del 22/23 settembre 1885, riportata in C. GALLO e G. BONOMI, *Emilio Salgari, la macchina dei sogni*, Milano, 2011, 126 ss.

[5] Ripubblicato in volume nel 1897 col titolo *La Rosa del Dong-Giang*.

[6] Cfr. C. GALLO e G. BONOMI, *Emilio Salgari*, cit., 63 ss.

[7] Riedito nel 1900 come *Le tigri di Mompracem*.

novelle, oltre che una nutrita serie di articoli di politica estera e internazionale, di critica teatrale, di "colore", di viaggio e per l'infanzia. Questa produttività non permise comunque allo scrittore e alla famiglia di condurre un'esistenza agiata, segnata piuttosto da un'ansia incessante di lavoro, da ristrettezze economiche, autodistruzione e drammi familiari; un'esistenza alla quale lo scrittore ha messo tragicamente fine il 25 aprile 1911, in una parodia di *seppuku* sulle colline torinesi, mentre poco distante, nel parco del Valentino, si ultimavano i preparativi per l'Esposizione internazionale dell'industria e del lavoro che sarebbe iniziata di lì a quattro giorni. In tasca un ultimo disperato e rancoroso messaggio agli editori, «arricchiti colla mia pelle mantenendo me e la famiglia mia in continua semi-miseria», ai quali chiede di pensare «ai suoi funerali» e che saluta «spezzando la penna»[8].

2. Pirati nazionalpopolari. Letteratura di genere, industria culturale di massa, mutamenti sociali e pedagogia politica

La mole delle pubblicazioni e il successo editoriale delle sue opere gli valsero il titolo di Cavaliere dell'Ordine della Corona d'Italia (1897), ma non gli aprirono i salotti buoni della letteratura italiana del tempo, complici le ipoteche crociane che hanno contribuito a relegare per lungo tempo lo scrittore nel recinto di una letteratura d'intrattenimento e consumo che proprio allora si veniva sviluppando in Italia e che anzi ebbe in Salgari il suo principale protagonista. In un'Italia sommariamente alfabetizzata, Salgari contribuisce decisivamente alla nascita di un modello di libro che aveva nelle illustrazioni

[8] Tra le biografie salgariane, oltre ai già richiamati lavori di Ferrero e di Gallo e Bonomi, si vedano ad es. G. PADOAN e G. TURCATO, *Salgàri, Emilio*, in *Dizionario critico della letteratura italiana*, Torino, 1973, vol. III, 286 ss. nonché G. ARPINO e R. ANTONETTO, *Vita, tempeste, sciagure di Salgari il padre degli eroi*, Milano, 1982. La mole della sua produzione, il frequente ricorso a pseudonimi, i non pochi apocrifi che comparvero dopo la sua morte, le vicende editoriali delle sue opere (non di rado pubblicate prima a puntate su giornali e riviste e solo in seguito in volume, spesso con titoli differenti e importanti rielaborazioni) rendono tuttora non agevole l'individuazione di una precisa bibliografia salgariana. Al riguardo si vedano C. GALLO e G. BONOMI, *Emilio Salgari*, cit., 457 ss., che tuttavia non comprende gli articoli apparsi su quotidiani e periodici. Parziali elenchi degli articoli attribuibili a Salgari possono trovarsi in, F. POZZO, *La bibliografia delle opere salgariane*, in AA. VV., *Scrivere l'avventura: Emilio Salgari*, Atti del Convegno Nazionale: Torino, marzo, 1980, 106 ss. e in E. SALGARI (Ammiragliador) *A Tripoli!!*, cit., 137 ss.

un elemento fondamentale[9], rivelando al contempo una "scrittura visiva", facilmente traducibile in immagini dalla nascente cinematografia[10]. Peraltro, se negli ultimi quarant'anni il cinema, la televisione e il fumetto hanno ampiamente attinto alla galleria dei personaggi salgariani, già allora vennero tratti spettacoli teatrali da alcuni suoi testi, mentre il suo *Cartagine in fiamme* (1908) costituì, assieme a *Salammbò* di G. Flaubert, lo spunto per *Cabiria* (1914), il primo *kolossal* nella storia del cinema, sceneggiato da Gabriele D'annunzio e da Giuseppe Pastrone, che ne fu anche regista.

Qui non interessa ritornare sull'inesausta questione docimologica letteratura/paraletteratura, né esprimere un giudizio sulla qualità della produzione salgariana, quanto piuttosto richiamare l'attenzione sul carattere "nazionalpopolare" della sua narrativa, nella quale ideologia e industria culturale si compenetrano attraverso contenuti e strutture orientati ad accreditare una certa immagine del mondo a un pubblico che si affacciava allora, e con specifiche richieste, sul mercato editoriale. Destinate a un consumo di massa, le opere di Salgari presentano caratteristiche (ripetitività, centralità dell'azione, dovizia di informazioni)[11] coerenti con la funzione che svolgono e appaiono programmaticamente orientate ad un pubblico nuovo, composto in prevalenza da

[9] Sui rapporti tra Salgari e gli illustratori delle sue opere si vedano ad es. A. FAETI, *Il vero volto di Yanez de Gomera*, in ID., *Guardare le figure. Gli illustratori italiani dei libri per l'infanzia* (1972), rist. Roma, 2011, 129 ss. e P. PALLOTTINO, *L'occhio della Tigre*, Palermo, 1994.

[10] È lo stesso Salgari a scrivere: «prima che nascesse il cinematografo io concepivo le mie trame come lo svolgersi di quadri che rapidamente mutavano nella mia fantasia. Chiamavo la mia fantasia una specie di lanterna magica. Ora la chiamerei una specie di produzione cinematografica». Cit. in A. PIROMALLI *Motivi di narrativa popolare, nel ciclo dei "Pirati della Malesia"*, in AA. VV., *Scrivere l'avventura*, cit., 150 s.

[11] Cfr. ad es. M. RAK, *Cronaca del possibile. Ideologia e intrattenimento del romanzo d'avventure* e R. RINALDI, *Fantasmi salgariani*, in AA.VV., *Scrivere l'avventura* cit., risp. 161 ss. e 170 ss. In questa chiave, la ripetitività, tipica della prosa salgariana, dipenderebbe, oltre che dai forsennati ritmi di lavoro dello scrittore, dal carattere popolare della sua narrativa, nella quale iterazioni, ripetizioni e ridondanze sono funzionali non solo alla memoria del lettore, data la sua origine *feuilletonesque*, ma anche a costruire una dinamica sinusoidale (tensione, scioglimento, nuova tensione, nuovo scioglimento …), che introduce nella trama crisi parziali alle quali si offrono risposte altrettanto parziali e consolatorie per il lettore. Su questo tipico andamento della letteratura popolare cfr. ad es. U. ECO, *Il superuomo di massa. Retorica e ideologia nel romanzo popolare*, Milano 2001, posizione 791 su 2813 di Kindle; e G. PETRONIO, *Dieci tesi sulla letteratura popolare in Italia*, ora in ID., *Metodo e polemica*, Palermo, 1986, 97 s. Sul ricorrere di questi caratteri nella prosa salgariana cfr. invece A. PIROMALLI, *Motivi di narrativa popolare* cit., 146 ss.

quei ceti medi urbani e rurali che venivano affermandosi nella società italiana tra Otto e Novecento e per i quali si allestiva un'apposita editoria e si articolavano i primi meccanismi nazionali d'istruzione e di educazione civica, di pedagogia politica. In un'Italia che, ancora giovane, ha visto fallire le speranze risorgimentali di rinnovamento, e in un'Europa sempre più ingaggiata in conquiste coloniali, Salgari punta a raggiungere la massa dei suoi lettori con un'epica popolare anticoloniale, con modelli eroici nei quali identificarsi e far confluire speranze frustrate e istanze di giustizia sociale.

Tali caratteristiche dell'opera salgariana e la sua riconduzione alla letteratura di genere se possono indurre a prestare attenzione ai cicli di romanzi più che al singolo testo, non rendono meno interessante una sua indagine anche per quanto attiene al rapporto tra diritto e letteratura. Dal punto di vista del giurista attento nei suoi studi anche alla letteratura, la distinzione tra una letteratura "alta" e una letteratura "di consumo" non sembra, infatti, assumere particolare rilievo. L'una e l'altra, infatti, possono fornire a quel giurista interessanti spunti di riflessione, disponendolo ad un'apertura nei confronti della varietà del reale in grado di restituire il quadro d'insieme, i contesti culturali e umani all'interno dei quali si inserisce il fenomeno giuridico di volta in volta oggetto di studio[12]. Il carattere di genere della letteratura salgariana, ammesso e non concesso che tali distinzioni abbiano mai avuto un senso, non esclude affatto la sua partecipazione a quel più ampio contesto culturale e umano nel quale si sviluppano fenomeni e dinamiche oggetto di studio da parte del giurista. Quella letteratura per le masse di cui Salgari a suo tempo fu protagonista fu, infatti, parte non minore delle risposte offerte dalla cultura italiana tra Otto e Novecento «di fronte al problema dello sviluppo della società […] nel senso volu-

[12] Sul contributo che può venire alla formazione del giurista da uno studio attento ai rapporti tra diritto e letteratura, ci si limita qui a ricordare i saggi di A. A. CERVATI, *Educazione giuridica e studio della letteratura*, di F. CERRONE, *Perché la letteratura è perturbante per il giurista?* e di F. SPANTIGATI, *L'attenzione del giurista alla letteratura*, in *Ritorno al diritto: i valori della convivenza*, 4/2006, risp. 17 ss., 37 ss. e 54 ss. Si vedano inoltre A. VESPAZIANI, *Costituzione, comparazione, narrazione. Saggi di diritto e letteratura*, Torino, 2012 nonché F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Parigi, 2004 e, più di recente, ID., *Penser par cas: la litérature comme laboratoire expérimental de la démarche juridique*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014, 99 ss. Tra i giuristi che più di recente hanno richiamato l'attenzione su importanti filoni della letteratura di genere, v. ad es. A. SANDULLI, *Ascesa e declino dell'idea di giustizia nel fumetto italiano della seconda metà del Novecento*, in questa *Rivista* 2/2016, 9 ss.

to dalle classi che controllavano insieme alla cultura, anche le leve dell'economia e della politica». Per il peculiare posto che occupa nel panorama letterario del tempo e per la riconosciuta efficacia della letteratura popolare «di influenzare il vissuto psicologico individuale e collettivo»[13], Salgari lascia trasparire meglio di altri una sensibilità diffusa, offrendo una importante testimonianza del clima etico e ideologico italiano fra l'esaurirsi della stagione risorgimentale e la riorganizzazione di valori e modi di vita nello stato post-unitario.

Le stesse carenze della sua prosa – la povertà di motivi e situazioni, la ripetitiva meccanicità, l'assenza di innovazioni, la trasandatezza stilistica – al di là delle ragioni di merito che possono averle determinate (l'incompiuta formazione culturale dell'autore, la superficialità delle sue fonti, i frenetici ritmi di lavoro, la destinazione appendicistica) riflettono al contempo le insufficienze culturali, le ambiguità e le contraddizioni di quell'universo piccolo borghese di recente formazione al quale era principalmente diretta la produzione salgariana. Al contempo, l'epica del *romance* salgariano svolge la sua funzione consolatoria anche rispetto al fallimento del Risorgimento nel costituirsi quale epica della nazione, narrazione originaria dell'identità nazionale. In questa chiave, Salgari rappresenta nei suoi eroi un'ambigua idea di nazione, che non ha sciolto le proprie contraddizioni in ordine alle dinamiche di modernizzazione, continuando a proporre un soggetto alle prese con se stesso e in conflitto con i modelli di organizzazione sociale del mondo contemporaneo. Sandokan, come anche il Corsaro Nero, si rivelano estenuati "superuomini di massa", espressioni di uno strano miscuglio di titanismo e fallimento che pone Salgari in sotterranea sintonia con le contraddizioni che segnano il passaggio di secolo e che, ai piani "nobili" della letteratura del tempo, trova espressione, ad esempio, nelle opere di D'Annunzio e di Oriani. Nell'altrove crepuscolare di Salgari e negli eroi che lo abitano rifulgono ancora valori tipici del moderatismo risorgimentale quali il coraggio, la passione e l'idealismo. Aleggia nei suoi romanzi un vagheggiamento nostalgico rispetto al quale la scelta salgariana di porsi dalla parte del colonizzato, e quella strana mescola di prometeico e di sconfitta che caratterizza gli eroi salgariani sembra a sua volta un riflesso dei miti risorgimentali più avanzati e, insieme, del loro stesso fallimento. Un eroismo, dun-

[13] G. BOLLATI, *L'italiano. Il carattere nazionale come storia e come invenzione*, rist. Torino, 2011, 102.

que, quale supplenza alla caduta di quelle virtù che lo scrittore registrava intorno a sé e al contempo quale risposta consolatoria alle elementari istanze di giustizia provenienti dalle fasce di pubblico cui era destinata quella narrativa.

In questa prospettiva, Salgari induce a riprendere le riflessioni gramsciane sull'assenza di una letteratura italiana «nazionalpopolare», derivante dalla mancanza di «una identità di concezione del mondo tra "scrittori" e "popolo"» («perché in Italia gli intellettuali sono lontani dal popolo» e «legati a una tradizione di casta», «libresca e astratta»[14]) e che spiegherebbe il successo di quel surrogato di letteratura «moderna» che è il romanzo d'appendice: forma letteraria adeguata alle «esigenze intellettuali e artistiche» ancora «elementar[i] e incondit[e]» di «alcuni strati del popolo minuto»[15] e che rifletterebbe «un fondo di aspirazioni democratiche», dal momento che «sostituisce (e favorisce nel tempo stesso) il fantasticare dell'uomo del popolo»; un fantasticare che per questo soggetto «è dipendente dal "complesso di inferiorità" (sociale) che determina lunghe fantasticherie sull'idea di vendetta, di punizione dei colpevoli dei mali sopportati, ecc.»[16]. In Italia, per Gramsci, il melodramma ha «sostituito, nella cultura popolare, quella espressione artistica che in altri paesi è data dal romanzo popolare» e «la "democrazia" artistica ha avuto una espressione musicale e non "letteraria"», e dunque in un linguaggio non nazionale ma «cosmopolitico», riconducibile appunto alla «deficienza di carattere nazionale-popolare degli intellettuali italiani»[17].

Nonostante molti personaggi salgariani presentino elementi di quel «superuomo» la cui origine è connessa alla letteratura d'appendice prima che a Nietzsche («non Zarathustra, ma il *Conte di Montecristo* di A. Dumas»[18]), Gramsci non prestò attenzione all'opera salgariana[19].

---

[14] A. GRAMSCI, *Letteratura e vita nazionale*, Roma, 1971, 135 e 137.

[15] *Ivi*, 139.

[16] *Ivi*, 141.

[17] *Ivi*, 95.

[18] *Ivi*, 157.

[19] Nei *Quaderni del carcere* Salgari compare esclusivamente a proposito de «l'episodio Salgari» (*Letteratura e vita nazionale* cit., 178 e 217), quando nel 1928 il settimanale *Il Raduno degli artisti di tutte le arti. Settimanale di battaglie dei Sindacati Autori e Scrittori, Artisti, Musicisti* strumentalizzò le vicende editoriali dello scrittore all'interno di una polemica tra autori ed editori in tema di diritti d'autore e per una riforma della S.I.A.E. Su questo «episodio» e sulla fortuna di Salgari in età fascista, si vedano L. BACCOLO, *Salgari e gli editori*, in AA. VV., *Scrivere l'avventura*, cit., 316 ss.; A. LAWSON LUCAS *La fortuna sfortuna di*

Diversi fili, invece, paiono connettere la narrativa salgariana alla trama disegnata da Gramsci che, per le sue riflessioni sul «superuomo popolaresco», avrebbe potuto essere il primo lettore "ideologico" di Salgari. Per contenuti, struttura e destinazione quelli di Salgari sono evidentemente romanzi "popolari" e come tali, che si sciolgano nella felicità o nel dolore, finiranno sempre con la vittoria del bene sul male, il bene «rimanendo definito, nei termini della moralità, dei valori, dell'ideologia corrente»[20]. Inoltre, le opere di Salgari – nel lessico, nella costruzione scenica e nei temi – risultano fortemente influenzate da quel melodramma che tanto attirò l'attenzione di Gramsci, condividendo con questo una tendenza verso una «opulenta semplificazione»[21].

L'incompiuta formazione culturale, la condizione di viaggiatore di biblioteche, l'artigianato letterario caratterizzante la prosa salgariana, la sua condizione di cottimista della scrittura, sono solo alcuni dei fattori che sembrano allontanare Salgari da quell'intellettualità «libresca». Peraltro, distante dal canone pedagogico culturale dell'Italia umbertina e sensibile piuttosto, oltre che al melodramma, alle suggestioni culturali provenienti dalla Scapigliatura[22], Salgari si misura con le inedite e imperiose istanze del gusto di massa a partire da una "con-

---

Salgari, *ivi*, 478 ss.; C. GALLO e G. BONOMI, *Emilio Salgari*, cit., 280 ss. A evidenziare la prossimità tra i maggiori personaggi salgariani e il "superuomo" gramsciano, sarà piuttosto U. ECO, *Le lacrime del Corsaro Nero*, in Id., *Il superuomo di massa*, cit., posizione 114 su 2813 di Kindle.

[20] U. ECO, *Il superuomo di massa* cit., posizione 212 su 2813 di Kindle.

[21] B. TRAVERSETTI, *Introduzione a Salgari*, Roma-Bari, 1989, 96. Sui rapporti tra la narrativa salgariana e il melodramma cfr. ad es, G. P. MARCHI, *Salgari e il melodramma*, in *«Il caso Salgari». Atti del Convegno*, introduzione di C. Di Biase, Napoli, 1997, 157 ss., nonché *amplius* S. SATRAGNI PETRUZZI, *Salgari e il melodramma. Gli echi dell'Opera nell'opera di Salgari*, Roma, 2011.

[22] Su questo movimento letterario del secondo Ottocento italiano, che con Salgari condivide una mescolanza di malinconiche nostalgie – che condussero non di rado gli scapigliati alla rielaborazione di spunti e motivi che già prima e altrove era stati sviluppati – e di denunce del tradimento dei valori risorgimentali, ci si limita qui a richiamare, anche per ulteriori indicazioni di lettura, E. PACCAGNINI, *Dal Romanticismo al Decadentismo. La Scapigliatura*, in *Storia della Letteratura italiana*, diretta da E. MALATO, Vol. III, Parte I, Milano, 2005, 263 ss. nonché G. ROSA, *La narrativa degli Scapigliati*, Roma-Bari, 1997. Sui rapporti tra Salgari e la Scapigliatura, C. GALLO e G. BONOMI, *Emilio Salgari*, cit., 339 ss. e R. FIORASO e C. GALLO, La Bohème italiana *(1909): il romanzo dell'avventura scapigliata*, in L. CURRERI e F. FONI (a cura di), *Un po' prima della fine? Ultimi romanzi di Salgari tra novità e ripetizione (1908-1915)*, Roma, 2009, 64 ss.

dizione mediana". Calato organicamente – per *status* culturale, inclinazione e per il ruolo stesso che svolge nell'industria culturale del tempo – nel flusso di emozioni e d'istanze che agita il gusto delle classi emergenti, Salgari ha trovato da subito ampio seguito presso un nuovo pubblico, portatore di bisogni e gusti distanti da quelli della tradizione letteraria patria e che vuole *romance* e non *novel*. Un pubblico la cui soddisfazione imporrà notevoli trasformazioni alla stessa editoria – nei contenuti, nelle regole espressive, e nelle stesse forme di pubblicazione. In questa prospettiva, l'opera salgariana si rivela paradigmatica del sentire diffuso, delle tensioni e delle contraddizioni che attraversano la transizione tra Otto e Novecento, anche in ragione del carattere al contempo di novità e di ritardo che la connota.

Salgari è il solo autore italiano del tempo che recupera, dopo oltre due secoli, la risalente tradizione della letteratura di avventura e di viaggio nella sua originaria valenza metaforica e pedagogica per la nascente borghesia e per il suo individualismo[23]. Unico nel panorama italiano, Salgari appare invece, coerentemente con il ritardato sviluppo di una borghesia nazionale e di un progetto coloniale italiano, un tardo seguace dell'esotismo nel panorama europeo, specie rispetto alla letteratura anglosassone e francese, dove quel genere letterario aveva ormai esaurito la sua spinta filosofica e ideologica e smarrito i forti sottintesi etico-civili che avevano animato, ad es., le opere di Defoe. Come l'Italia arriva tardi in Africa, Salgari è l'epigono di una narrativa che nei suoi luoghi d'origine ha già conosciuto i suoi sviluppi più importanti, e questo ritardo segnerà di tinte crepuscolari l'altrove narrato da Salgari, «come luogo risarcitivo in cui emigra, nell'ordine dell'immaginario, la rassegnata impotenza piccolo-borghese *fin-de-siècle*»[24].

Come *Robinson Crusoe* – capostipite del romanzo d'avventura e mito fondativo dell'ascesa borghese – la narrativa salgariana racconta un'era di transizioni e risulta costellata di viaggi e di isole[25]. Le isole di Salgari, però, sono riduzioni museali del mondo; diversamente dall'isola di Robinson non sono un «contesto proiettivo», uno spazio sociale e lavorabile, descrivibile e descritto a fini di appropriazione,

[23] Cfr. B. TRAVERSETTI, *Introduzione* cit., 90 ss.

[24] *Ivi*, 93.

[25] Per un raffronto tra Defoe e Salgari, cfr. F. MONTESPERELLI, *La giungla nel cuore*, in AA. VV., *Scrivere l'avventura*, cit., 468 ss.

un «laboratorio in cui vengono sperimentate nuove forme di fondazione e di legittimazione dell'ordine sociale». Il *common sense* borghese che muove nel profondo anche i protagonisti dei romanzi salgariani, diversamente che in Defoe, non «ne riorienta il senso e gli scopi»[26], ma sfocia in vagheggiamenti e ripiegamenti nostalgici; le ragioni che originano le avventure degli eroi salgariani non di rado perdono consistenza con l'avanzare della narrazione, e i loro viaggi non rafforzano la loro ascesa e posizione sociale, non hanno uno scopo, risolvendosi in andate e ritorni da luoghi sempre simili tra loro e teatro ogni volta delle stesse avventure. La loro fine coincide con la fine di un'illusione. Esploratore di atlanti ed enciclopedie, le avventure di Salgari si dipanano entro vastità geografiche al contempo aperte e impervie, vitali e fatali, a misura del titanismo dei suoi personaggi. Giungle, oceani, praterie, poli, foreste. Salgari ben di rado ambienta in città le imprese dei suoi eroi e quando questo avviene l'ambiente urbano viene utilizzato prevalentemente per allestire esotiche sfilate etnografiche[27], precipitando appena possibile i suoi protagonisti in ipogei nei quali proseguire le loro avventure[28]. Tuttavia, a differenza di quanto accade a Jean Valjean e ad altri eroi della letteratura romantica, per gli eroi salgariani, queste passaggi ctoni non costituiscono metafore (smarrimento, salvezza, coscienza, formazione), ma solo un surrogato di foresta dalla quale i nostri eroi riemergeranno uguali a come vi sono entrati.

Se il confronto con Defoe, e con il significato che nelle rispettive opere assumono il viaggio e lo spazio dell'isola, evidenzia il carattere epigonico della narrazione salgariana, è nel confronto con Jules Verne, al quale pure Salgari è stato di frequente accostato, che si rivela la distanza tra i due scrittori rispetto al tempo, al progresso e al positivismo allora imperante. Di quel progresso e di quel positivismo Verne fu indiscusso cantore, mentre Salgari appare estraneo al mondo del progresso scientifico e industriale che proprio in quegli anni celebra i suoi trionfi; i suoi timori nei confronti della modernità paiono riflettere la fiacchezza del processo d'industrializzazione italiana e l'assenza nel nostro paese di un forte stimolo ideologico, di una spinta culturale

[26] Così G. REPETTO, *Il diritto di Robinson Crusoe*, in *Ritorno al diritto* 4/2006, cit., 71.

[27] Si veda ad es. la descrizione della folla presso la *kasbah* di Algeri ne *Le pantere di Algeri* (1903), 116 s., in cui «tutto il mondo musulmano era rappresentato».

[28] Il sotterraneo, presente in varie avventure salgariane, domina ad es. le trame di *Il bramino dell'Assam*, *Il sotterraneo della morte*, *La rivincita di Yanez*.

all'industrializzazione[29]. Nelle narrazioni salgariane la scienza e la tecnica assumono più spesso l'aspetto di oggetti magici che di modelli costitutivi di una nuova organizzazione sociale. Il tempo nei suoi romanzi ha un soffio amaro, il progresso insidia l'avventura, e con essa l'affermazione dei valori di cui i suoi eroi sono portatori. Quando il progresso penetra nei suoi romanzi, Sandokan e Yanez iniziano a invecchiare. Finché restano a bordo dei loro *prahos* i due rimangono sempre eguali a se stessi: dal primo al quarto romanzo del ciclo malese, il pirata e il suo «fratellino» portoghese hanno sempre tra i trentatré e il trentaquattro anni, ma quando nel quinto (*Il Re del Mare*) salgono sulla nave che dà il titolo al romanzo – una ben più moderna nave a vapore proveniente dai cantieri dell'Oregon e che i nostri acquistano da uno «*yankee*» – hanno invece ormai una cinquantina d'anni, e nei romanzi successivi si moltiplicano segni e richiami di questo invecchiamento[30].

3. Pirati e colonie

La vicenda salgariana si svolge in un passaggio di tempo nel quale la storia dell'idea di Europa conosce un momento di elevata coesione concettuale[31], che passa anche attraverso la costruzione e la rappresentazione di un mondo esterno che costituisce allora oggetto di conquista coloniale, ma che rimane comunque un altrove. Uno spazio di espansione europea separato dal vecchio continente da una relazione gerarchica fondata su uno scarto incolmabile di valori e civiltà, su una dialettica spaziale tra modernità e premodernità, civiltà e civilizzazione, che investe l'Europa stessa di una "missione civilizzatrice" da svolgere in quei luoghi (il "fardello dell'uomo bianco" di Kypling). Questa dialettica tra Europa e mondo esterno si elabora e si narra anche a par-

[29] Carenza evidenziata ad es., nel confronto con i principali paesi europei, da A. GERSCHENKORN, *Il problema storico dell'arretratezza economica*, Torino, 1970, 84 ss.

[30] Ad esempio in *Sandokan alla riscossa*, quando Yanez fa notare a Sandokan che «[s]iamo invecchiati fra le urla di guerra dei malesi e dei dayaki ed il fumo delle artiglierie, e rimpiango sempre Mòmpracem» (cap. III), o nelle conclusioni dell'ultimo romanzo del ciclo, *La rivincita di Yanez*, dove un Sandokan quasi sessantenne osserva rassegnato che «[o]rmai a Mompracem non si combatte più e i miei tigrotti ingrassano enormemente» (cap. XX).

[31] V. ad es. F. CHABOD, *Storia dell'idea d'Europa*, ult. ed. Roma-Bari, 2007, spec. 137 ss. e C. CURCIO, *Europa. Storia di un'idea*, Torino, 1978, 465 ss.

tire dall'acquisizione di una conoscenza geografica pressoché esaustiva di quel mondo, del suo aspetto fisico e dei suoi spazi. Quei quadranti, fino ad allora mai descritti con tanta precisione, vengono fissati e organizzati per la prima volta nella compiuta essenzialità dell'atlante. La geografia entra nel dibattito pubblico – si pensi al fiorire delle società geografiche – e nelle attenzioni di un pubblico per il quale, come accennato, si sviluppa allora una nuova editoria, fatta di riviste, *feuilletons* e romanzi alla quale lo stesso Salgari concorrerà e al contempo attingerà per la stesura delle sue opere letterarie[32]. Queste descrizioni europee del non europeo risultano dunque funzionali al «progetto coloniale» e le rappresentazioni di quel mondo, specialmente quelle più "popolari", appaiono orientate nel complesso alla costruzione di consenso attorno a quel progetto[33].

Salgari scrive negli anni del colonialismo liberale italiano: pubblica i suoi primi articoli e romanzi nel 1883, un anno dopo il passaggio di Assab all'Italia, e "spezza la penna" pochi mesi prima della conquista giolittiana della Libia. Il Salgari giornalista si occupò diffusamente di colonialismo europeo e italiano; inoltre i veri centri dell'immaginario letterario salgariano sono quelle indie e quel mondo musulmano sui quali si concentrava la colonizzazione europea e, specialmente nelle opere del primo periodo, il narratore attingerà ad ambientazioni e vicende di cui si era occupato il giornalista, romanzando in tempo reale vicende di attualità sulla scena internazionale[34]. I romanzi salgariani,

[32] Le scienze geografiche conobbero in quegli anni un importante mutamento di statuto e un rinnovato rapporto con le scienze sociali. Si pensi agli sviluppi della geopolitica, alla geografia "sovversiva" di Elisée Reclus, ma anche, per l'Italia, all'interesse per la geografia di un costituzionalista come Attilio Brunialti. Si veda al riguardo, G. CAZZETTA, *Predestinazione geografica e colonie degli europei. Il contributo di Attilio Brunialti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33/34 (2004/2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, pp. 115 ss. Sui nessi tra colonizzazione liberale e «l'ondata di cultura geografica» che accompagna gli ultimi decenni di Ottocento cfr. inoltre J.L. MIEGE, *L'imperialismo coloniale italiano*, Milano, 1976, 28 ss. e G. MONINA, *Il consenso coloniale. Le Società geografiche e l'Istituto coloniale italiano (1896-1914)*, Roma, 2002.

[33] Per tutti E. SAID, *Cultura e imperialismo. Letteratura e consenso nel progetto coloniale dell'Occidente*, Roma, 1998.

[34] Ad esempio per *La favorita del Mahdi* (la rivolta mahdista in Sudan del 1884) e per *Tay-See* (la guerra nell'allora Tonkino tra Annamiti e francesi), ma si pensi anche ai richiami ne *Le due Tigri* al cd. *Indian Mutiny* del 1857. Peraltro, al di là degli intrecci verità/finzione che caratterizzano le prime opere dello scrittore, paradigmatica di questa implicazione della storia nel *romance* salgariano appare la scelta, quale antagonista di Sandokan, di un personaggio storico: il «rajah bianco» James Brooke.

tuttavia, e in particolare i cicli malesi, non sembrano celebrare quel colonialismo, anzi la maggior fama del romanziere è legata a storie e personaggi "anticoloniali" (Sandokan e i suoi tigrotti, Tremal Naik) che si ribellano allo strapotere di un colonizzatore (Lord Brooke) o che lottano contro retrive espressioni del fanatismo e della superstizione locale (*thugs* e *dayaki*). Tuttavia, al di là della coloritura anticoloniale, la rappresentazione salgariana dell'altrove si rivela ad uno sguardo più da presso non monolitica e compatta, ma attraversata da conflitti e da contraddizioni che restituiscono un interessante punto di vista sul contesto culturale e sociale nel quale prese avvio il progetto coloniale italiano.

Innanzitutto, all'anticolonialismo del romanziere fa da contrappunto il colonialismo del giovane giornalista. Dal 1883, in linea con la politica crispina seguita dalla *Nuova Arena*, Ammiragliador sosterrà con forza la necessità italiana di colonie[35]; accuserà la Francia di voler fare del Mediterraneo «un lago puramente francese» e l'Inghilterra di voler diventare «padrona assoluta dello stretto di Suez»[36]; manifesterà un interventismo a più riprese irridente e polemico verso la prudente politica coloniale di P.S. Mancini[37]; saluterà con favore l'occupazione di Massaua come segno di un mutato atteggiamento[38], sollecitando il governo italiano a nuove imprese coloniali e invitandolo a prendere la Tripolitania prima che lo faccia la Francia[39]; assieme ad autori come Matilde Serao, Giovanni Pascoli ed Edmondo De Amicis, si distinguerà nelle iniziative a sostegno dei caduti di Dogali (1887)[40].

Se il colonialismo di Ammiragliador appare rispondente alla linea crispina del giornale, antifrancese e pronta all'avventura coloniale[41], sembra agire nel giornalista come nello scrittore un sincero quanto

---

[35] *Le misere condizioni della nostra marina da guerra* (3/3/1884), ora in E. SALGARI (Ammiragliador) *A Tripoli!!* cit., 107 ss.

[36] *Gelosie anglo-francesi in Egitto* (16/1/1884), *ivi*, 14 ss.

[37] «[P]ell'illustre signor Mancini, non è ancora venuto il momento propizio per spingere l'italiani in Africa. Ella aspetta che non vi sia alcun palmo di terra disponibile per muoversi? Non è vero illustre ministro?» – *Ci si schiaffeggia!* (2/12/1884), ma si veda anche *L'Africa a ruba* (29/12/1884), *ivi* risp. 114 ss. 117 s.

[38] *L'Italia a Massauah* (2/2/1885), *ivi*, 124 ss.

[39] *A Tripoli* (3/3/1885), *ivi*, 129 ss.

[40] Cfr. C. GALLO e G. BONOMI, *Emilio Salgari* cit., 166 s. Sulle reazioni degli intellettuali italiani ai fatti di Dogali v. A. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale. I. Dall'Unità alla marcia su Roma*, Milano, 2001, 249 ss.

[41] Cfr. C. GALLO e G. BONOMI, *Emilio Salgari* cit., 45.

forse ingenuo convincimento circa la bontà della colonizzazione: per i colonizzatori, in virtù dell'argomento demografico-migratorio, e per i colonizzati, che sarebbero stati finalmente civilizzati. Questo convincimento, peraltro, traspare con maggior evidenza proprio nei cicli malesi, nei quali il suo anticolonialismo, per quanto scelga come nemici esponenti di vecchie potenze coloniali (Inghilterra, Spagna, Olanda) sembra avere piuttosto di mira la torsione imperialistica della colonizzazione: l'iniquità di certe sue manifestazioni, il nullo eroismo delle sue motivazioni e le connotazioni al contempo aggressive e mercantili che l'industrializzazione imprimeva all'espansione coloniale[42].

In questa chiave, risalta l'apparente assenza dell'Italia coloniale nei suoi romanzi, e anche nelle opere più accostabili alla colonizzazione italiana, come *Cartagine in fiamme*, di soli tre anni precedente la campagna di Libia, Salgari tende a rifiutare quei miti della romanità

[42] Si vedano le aspre critiche che Salgari in *Le due Tigri* (1904) muove alla ferocia con cui l'Inghilterra represse la rivolta dei Sepoy del 1857 (cap. XXIX *L'insurrezione indiana*): «Sì, erano gli inglesi che, tramutati in ladri e assassini, facevano irruzione nella città, saccheggiando e massacrando la popolazione che fuggiva, e davano un ben triste saggio della civiltà europea […] Povera Dehli! Quanto sangue! Qui l'esercito inglese lascerà il suo onore». Inoltre, emblematico in tal senso è un celebre brano de *La capitana dello Yucatan* (1899), ambientato in presa diretta nella guerra ispano-americana per il dominio su Cuba e che conclude (preceduto da *Le stragi delle Filippine* e *Il Fiore delle perle*) quel "ciclo di guerriglia" nel quale più forte è l'intonazione anticoloniale:

> «– Andiamo, donna Dolores: credete voi che gli *yankee* abbiano intrapreso la guerra per spirito umanitario, per concedere la libertà agli insorti, come hanno strombazzato per tanto tempo? … L'autonomia dei cubani! … Cosa importa a quegli egoisti mercanti?
> – Qual è dunque il motivo che li ha decisi a proclamare la guerra?
> – L'attività insaziabile degli speculatori.
> – Si tratta dunque di un semplice affare?
> – Sì, donna Dolores. Un sindacato di speculatori ha prestato delle somme enormi agli insorti, in cambio di concessioni di vasti terreni e di piantagioni che dovrebbero ricevere dal governo cubano subito dopo l'indipendenza dell'isola. Visto che correvano il pericolo di veder sfumare le concessioni, hanno spinto il loro governo alla guerra. Il denaro è tutto negli Stati Uniti ed anche questa volta ha trionfato.
> – Ed il governo americano si è prestato a tale giuoco?
> – Aspettate, se vi riuscirà, che Cuba sia libera e vedrete quegli egoisti proclamare l'indipendenza dell'isola a loro beneficio, aggiungendo un'altra stella alla loro bandiera» (cap. III).

Su questo ciclo salgariano si veda ad es., M. TROPEA, *L'esotismo coloniale nel mondo di Emilio Salgari: il "ciclo di guerriglia"*, in AA. VV., *Scrivere l'avventura* cit., 358 ss.

ricorrenti sin dalle origini nella pubblicistica coloniale e ben presenti invece in *Cabiria*[43]. Questo silenzio sulla colonizzazione italiana, tuttavia, più che alludere ad un anticolonialismo del romanziere sembrerebbe invece confermare quella convinzione salgariana riguardo alla bontà della colonizzazione e la sua adesione alle retoriche civilizzatrici e demografico-migratorie ampiamente circolanti quali fattori di legittimazione del colonialismo liberale italiano[44].

Lo testimonierebbero, ad esempio, le immagini di connazionali che Salgari nelle sue avventure spedisce in giro per il mondo e che nella sostanza incarnano il mito del "buon italiano"[45]. A parte il Corsaro Nero, la sua famiglia e qualche nobile, questi concittadini sono missionari, medici, marinai e soprattutto lavoratori di umili origini, agricoltori in prevalenza. Non militari. Questi italiani non portano la guerra, non *conquistano*, ma piuttosto *civilizzano* i nativi e mettono a valore con il loro lavoro quelle nuove terre[46]. Analogamente, è significativa la nutrita serie di "coppie miste" presente nei suoi romanzi, (Sandokan e Marianna, Tremal Naik e Ada Corishant, Yanez e Surama), così come lo scegliere quali antagonisti dei suoi eroi non solo la brama dei colonizzatori stranieri ma anche il fanatismo religioso e settario e la superstizione popolare su cui poggia il potere di *thugs* e *dayaki*, che nella visione dell'autore contribuiscono a mantenere le società native in una condizione di arretratezza. Inoltre, è indicativo che il Salgari giornalista, secondo l'uso del tempo, parli di colonie tanto in senso

[43] Evidenzia questo scarto tra il romanzo salgariano e il film L. BRACCESI, *Cartagine in fiamme: ideologia e romanità in Emilio Salgari*, in AA. VV., *Scrivere l'avventura*, cit., 236 ss.

[44] Sul punto sia permesso il rinvio, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a G. BASCHERINI, *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, 2012, 71 ss. e 134 ss.

[45] Italiani sono il Corsaro Nero, Cavaliere Emilio di Roccaburna, signore di Valpenta e di Ventimiglia, e i suoi familiari, tutti belli, audaci, valorosi, e capaci di ridurre all'obbedienza quel manipolo di «pendagli da forca» che erano i filibustieri della Tortue. Italiana è Marianna, la perla di Labuan, «nata […] sulle rive dello splendido golfo di Napoli» capace di placare la furia del pirata amato e di addolcirne il cuore «quando ella cantava le dolci canzoni del lontano paese natìo» (*Le tigri di Mompracem*, cap. VII). Per una più ampia rassegna dei personaggi italiani presenti nella narrativa salgariana, cfr. ad es. C. D'ANGELO, *L'Italia e gli italiani nelle opere di Emilio Salgari*, in *Quaderni d'altri tempi* 31/2011.

[46] Cfr. ad es. *I Robinson italiani* (1896), nel quale i tre protagonisti, arrivati su un'isola deserta, danno vita a una colonia prospera e felice, e *La sovrana del campo d'oro* (1905), in cui un ingegnere americano nota che in California «la vite ha vinto ormai l'oro, dopo che sono giunti gli italiani, quegli ammirabili agricoltori che hanno coperta la valle del Sacramento di vigneti, che tutti gli Stati Uniti c'invidiano» (cap. VI).

proprio quanto in senso lato, impiegando il termine per indicare anche le zone di maggior presenza di emigrati italiani[47], e che tenda a giustificare gli stessi interventi militari italiani come volti a favorire non solo l'Italia, ma anche le popolazioni locali[48].

Al di la dell'ascrizione dell'autore al campo della letteratura anticoloniale o tra i cantori del colonialismo[49], qui interessa piuttosto ribadire il contraddittorio coacervo d'istanze e immagini del mondo coloniale che Salgari rovescia nei suoi romanzi e nei loro protagonisti, e che lascia trasparire una rappresentazione allora socialmente diffusa del colonialismo, sia nella sua dimensione globale sia nelle sue connotazioni nazionali. Una rappresentazione che riflette, proprio nelle sue contraddittorietà e nei suoi limiti, i conflitti che il colonialismo apre, e con essi le ambiguità e le ipocrisie delle retoriche di legittimazione di quell'impresa, sia civilizzatrici che demografiche.

Tra gli scrittori italiani dell'epoca, Salgari è il più riconducibile a quella letteratura cd. esotistica, funzionale alla costruzione di consenso attorno alla colonizzazione e che a tal fine allestisce una rappresentazione che per un verso incastra i suoi eroi negli stereotipi dell'esotico e per altro verso gli attribuisce modelli etico-comportamentali fin troppo occidentali, quasi permeati di un *ethos* borghese. Questa ambiguità della narrativa salgariana riflette il doppio piano su cui si muove la strategia di "addomesticamento" caratterizzante il progetto coloniale: negare storicità a spazi e soggetti coloniali, disconoscerne le diversità, puntare a una loro inclusione differenziale e al contempo preservare quell'altrove quale spazio estraneo per rielaborarvi un proprio spazio interiore, fissare un *oriente* nel quale

[47] La duplice accezione del lemma caratterizza anche il linguaggio dei giuristi del tempo, come dimostra ad es. la voce di I. SANTANGELO SPOTO, *Colonia*, in *Digesto italiano*, VI, Torino, 1897-1902, 573 ss.

[48] Cfr. risp. *Ci si schiaffeggia*, e *L'Italia a Tripoli* (5/1/1885), in E. SALGARI (Ammiragliador) *A Tripoli!!* cit., 119 ss.

[49] Prevalente la visione di un Salgari anticoloniale. Ad es., per A. LAWSON LUCAS, *La ricerca* cit., 158 Salgari sarebbe uno «scrittore postcoloniale *ante litteram*», ma si vedano anche, tra gli altri, G. BARBERI SQUAROTTI, *Scrivere l'avventura: Emilio Salgari*, A. PIROMALLI, *Motivi di narrativa popolare* cit., entrambi in AA.VV., *Scrivere l'avventura*, cit., 1 ss. e 146 ss. Invece, per G. ZACCARIA, *Il romanzo d'appendice*, Torino, 1977, 41, lo specifico salgariano consisterebbe proprio nell'affidare a personaggi di origine indigena come Sandokan il compito di veicolare miti riconducibili all'imperialismo del tempo. Insiste invece su una compresenza di colonialismo e anticolonialismo nella prosa salgariana, A. MARILUNGO, *Impressioni d'Africa*, in E. BESEGHI (a cura di), *La valle della Luna. Avventura, esotismo, orientalismo nell'opera di Emilio Salgari*, Firenze, 1992, spec. 82 ss.

l'occidente del tempo potesse rispecchiarsi anche nei loro aspetti più perturbanti.

L'esotismo di Salgari è innanzitutto paesaggistico e caratterizzato da smisuratezza degli elementi e ipertrofie zoologiche e botaniche, e i protagonisti dei suoi romanzi rivelano, nel corso delle loro avventure, curiosi atteggiamenti turistici nel loro fermarsi a osservare ed elencare l'ambiente che li circonda, quale che sia la situazione in cui si trovano e i pericoli che incombono su di loro. Le descrizioni di questi mondi lontani, doviziose e insieme frammentarie, frutto di riduttive catalogazioni, rassomigliano alle Esposizioni Universali del tempo, ad empori in cui si ammassano piante, cose, uomini e animali dai nomi sconosciuti e che per questo, e per la loro costante smisuratezza ed eccessività, evocano meraviglia. Flora, fauna, personaggi e opere dell'uomo dai nomi più fantasiosi risultano descrivibili in modo certo, una volta per tutte e sempre iperbolicamente, così da sostituire a un universo ignoto un mondo limitato e maneggevole, riassumibile in stereotipi e inventari esotici. Un mondo di *prahos*, *kriss*, *banian*, *ramsinga*, *paletuvieri*, *nagatampo*, *manek-punty* sempre «enormi», «succulenti», «letali», «infidi»[50]: figure che agiscono per tipi etnico-categoriali condannati a fare sempre la stessa cosa, privi di una personalità e portatori piuttosto di specifiche abilità[51].

Peraltro, passando dalle scenografie ai protagonisti, gli eroi salgariani si caratterizzano – "selvaggiamente" – per onnipotenza, invulnerabilità, vigore, purezza, immediatezza onirica. Sandokan è portatore di passioni elementari, capace di reazioni ferine, facile preda di un delirio individuale che tuttavia non si fa mai scatto collettivo[52] e che sembra testimoniare piuttosto una resa individuale, una malinconica

[50] Su queste componenti tipiche della lingua salgariana cfr. ad es. M. MANCINI, *Viaggiare con le parole: l'esotismo linguistico in Salgari*, in *«Il caso Salgari»*, cit., 67 ss. e P. CITATI, *Il profumo dei nagatampo*, introduzione a E. Salgari, *Il primo ciclo della jungla*, ed. integrale annotata, Vol. I, Milano, 1969, VI ss.

[51] Si vedano, tra i molti possibili esempi, la descrizione dei «fakiri» nel cap. XI della seconda parte de *I misteri della jungla nera*, quelle di Kammamuri (del quale Salgari per dire il suo valore, ricorda sempre che è un maharatto), o dei *thugs* e dei *dayaki*, sempre «seminudi», «spalmati di olio di cocco», dalle «membra coperte di anelli di ottone», e sempre feroci fanatici religiosi costantemente intenti a darsi il cambio, lungo il corso del ciclo, nel doversi vendicare di qualcosa.

[52] R. RINALDI, *Fantasmi salgariani*, cit., 180 s. rimarca come nei romanzi salgariani le folle non risultino collettività, ma assembramenti; attraversate da correnti di follia, ma incapaci di esprimere comportamenti organizzati.

scoperta di non-potere. Non a caso Salgari affianca a Sandokan il transfuga portoghese, il «fratellino» Yanez, che nell'economia delle trame opera, al pari di Marianna, quale «regolatore», come lo stesso Yanez si definisce [53]: fattore di civilizzazione e di riconduzione/riduzione a ragione del pirata bornese. Al contempo, colpisce la marcata occidentalizzazione dei gusti della Tigre di Mompracem, dagli arredi all'abbigliamento, pienamente consoni ai gusti italiani dell'epoca[54], ma quel che più rileva è che i pur provvisori equilibri e pacificazioni che concludono le avventure degli eroi salgariani riflettono «filosofie e forme morali ispirate alla mai rinnegata superiorità della vecchia Europa». Nel mondo di Salgari anche la vittoria di un indigeno non comporta mai l'affermazione di un modello etico diverso da quello europeo; i suoi eroi «aspirano tutti, di solito, al raggiungimento di una catarsi borghese» e di quella riflettono il decadente universo morale[55]. Il ribellismo dei suoi protagonisti nativi risulta non di rado mosso da motivazioni esclusivamente individuali[56], da istanze

[53] «- La tua prudenza ed il tuo sangue freddo valgono mille volte più della mia impetuosità, gli disse Sandokan. - Io per esempio li avrei assaliti ed accoppati a colpi di sbarra e vi avrei forse perduti invece di salvarvi.

- Sono il tuo regolatore, rispose il portoghese, ridendo», *Le due Tigri*, cap. XXXI.

[54] Basti a tal proposito ricordare l'*incipit* de *Le tigri di Mompracem* «La notte del 20 dicembre 1849 un uragano violentissimo imperversava sopra Mompracem, isola selvaggia, di fama sinistra, covo di formidabili pirati, situata nel mare della Malesia, a poche centinaia di miglia dalle coste occidentali del Borneo». In mezzo a quell'uragano una sola stanza è illuminata e le sue «pareti sono coperte di pesanti tessuti rossi, di velluti e di broccati di gran pregio, ma qua e là sgualciti, strappati e macchiati, e il pavimento scompare sotto un alto strato di tappeti di Persia, sfolgoranti d'oro, ma anche questi lacerati e imbrattati. Nel mezzo sta un tavolo d'ebano, intarsiato di madreperla e adorno di fregi d'argento, carico di bottiglie e di bicchieri del più raro cristallo; negli angoli si rizzano grandi scaffali in parte rovinati, zeppi di vasi riboccanti di braccialetti d'oro, di orecchini, di anelli, di medaglioni, di preziosi arredi sacri, contorti o schiacciati, di perle provenienti senza dubbio dalle famose peschiere di Ceylan, di smeraldi, di rubini e di diamanti che scintillano come tanti soli, sotto i riflessi di una lampada dorata sospesa al soffitto. In un canto sta un divano turco colle frange qua e là strappate; in un altro un armonium di ebano colla tastiera sfregiata e all'ingiro, in una confusione indescrivibile, stanno sparsi tappeti arrotolati, splendide vesti, quadri dovuti forse a celebri pennelli, lampade rovesciate, bottiglie ritte o capovolte, bicchieri interi o infranti e poi carabine indiane rabescate, tromboni di Spagna, sciabole, scimitarre, accette, pugnali, pistole».

[55] Così B. TRAVERSETTI, *Introduzione* cit., 51, ma cfr. anche, M. NOSEDA FRATNIK, *"L'apprivoisement" dell'esotico nel "ciclo dei pirati" di E. Salgari*, in AA.VV., *Scrivere l'avventura* cit., 49 ss.

[56] La società della Tortuga, protagonista del ciclo dei corsari, riflette un'utopia passatista, malinconica e scapigliata. A metà strada tra colonizzatori e colonizzati, la loro lotta non è mossa da indignazione anticoloniale quanto da avidità e prospettive di arricchimen-

di normalizzazione e, come già accennato, nello scorrere del ciclo, i suoi pirati invecchiando finiscono per "imborghesirsi" e arrendersi all'impossibilità della rivolta, tornando a un ordine che il viaggio e l'avventura hanno temporaneamente rimosso, ma non cancellato e nemmeno modificato.

L'occidentalizzazione di questi eroi indigeni non si esaurisce tuttavia in questa loro componente "borghese". Trapelano infatti dalla narrativa salgariana aneliti di giustizia e libertà e i protagonisti delle sue opere appaiono portatori di virtù e valori che li pongono in aperta solidarietà con gli oppressi, echi di una tradizione che aveva già segnato certo melodramma verdiano. Peraltro, sono evidenti e ampiamente richiamate le somiglianze tra Sandokan e Garibaldi – nell'aspetto fisico, nel suo patriottismo e nelle affinità tra Marianna e Anita[57]. Al di là delle loro coloriture orientaliste, gli stessi furori romantici di Sandokan, anch'essi riconducibili a quel melodramma[58], sembrano restituire piuttosto una più generale condizione del soggetto occidentale e della giovane nazione italiana in particolare: sospesi sull'epocale passaggio tra Otto e Novecento e alle prese con un processo di ridefinizione della propria identità culturale a fronte di dinamiche di modernizzazione che investono i diversi piani dell'esistenza[59]. La narrazione delle lotte degli eroi salgariani è costantemente segnata dalla consapevolezza dello squilibrio delle forze in campo, della strapotenza della «affamata Inghilterra»[60], e dal sentimento fatale della sconfitta. Pirati e corsari appaiono più vinti che vincitori, e non tanto perché, nonostante la loro autoproclamata invincibilità, raccolgono nel corso delle loro avventure più sconfitte che vittorie, quanto piuttosto perché sovente scelgono la rinuncia, e se alla fine vince il bene è anche vero che il sogno è quasi

---

to individuale. V. ad es. S. JACOMUZZI, *Il furfante riabilitato: filibustieri senza macchia e senza paura*, in AA. VV., *Scrivere l'avventura* cit., 38 ss.

[57] Cfr. ad es. O. CALABRESE, *Garibaldi: tra Ivanohe e Sandokan*, Milano, 1982; F. POZZO, *Le rispettabili bugie e le leggende postume di Emilio Salgari*, in *«Il caso Salgari»* cit., 137 e A. LAWSON LUCAS, *La ricerca dell'ignoto. I romanzi d'avventura di Emilio Salgari*, Firenze, 2000, 59 e 66.

[58] Le stesse esplosioni di delirio del pirata salgariano possono ricondursi al Verdi «delirante» (A. ARBASINO, *La maleducazione teatrale*, Milano, 1967, 91), al contempo «eroico» e «marionettistico» (A. SAVINIO, *La Traviata*, in ID., *Scatola sonora*, Torino, 1977, 153).

[59] S. BRANCATO, *L'ambigua epica della giovane Italia*, in *Quaderni d'altri tempi* 31/2011, 2.

[60] *Le tigri di Mompracem*, cap. I.

sempre sconfitto[61]. I superuomini salgariani rispondono così (gramscianamente) al bisogno di modelli in cui i lettori possano rappresentarsi e proiettare speranze frustrate, senza mettere in discussione e anzi riaffermando i rapporti sociali di dominio e subalternità, in tal modo restituendo l'intricato groviglio di contraddizioni culturali e sociali all'interno del quale quei romanzi prendono forma. Il mondo della pirateria salgariana è il luogo di valori ormai in ombra, quando non mitici, per la borghesia italiana tra i due secoli. Un mondo che, assieme alle possibilità di avventura che esso offre, appare minacciato da un progresso e da un imperialismo ai quali Salgari guarda con perplessità e preoccupazione, col timore che segneranno la fine dei suoi eroi e con loro della sua idea, romantica e ingenua al contempo, di un colonialismo civilizzatore[62].

4. Conclusioni. «Oh da quando ho giocato ai pirati malesi, quanto tempo è trascorso»[63]

Strutture e contenuti della narrativa salgariana riflettono i ritardi e le contraddizioni della giovane nazione italiana, e con essi i conflitti aperti dagli accelerati processi di modernizzazione che venivano trasformando la società italiana e che tentarono di trasferire su un colonialismo raffazzonato e di rimbalzo le questioni sociali del neo Stato e le carenze del processo di unificazione, restituendo le difficoltà «di parlare nella modernità vivendo nell'arretratezza» e «di definire un'identità nazionale plausibile *in relazione* a paesi che a partire dalla metà del Settecento avevano via via accelerato il loro processo di sviluppo»[64]. Coerentemente con il canone nazionalpopolare gramsciano, il tono avventuroso e lo stile dei suoi romanzi offrono un'alternativa risarcitoria alla crisi postrisorgimentale attraverso un recupero di ele-

[61] Si vedano i finali dei romanzi che aprono il ciclo dei pirati e quello dei corsari. Ne *Le tigri di Mompracem* Sandokan cessa di essere pirata per amore di Marianna («[q]uell'uomo, che non aveva mai pianto in vita sua, scoppiò in singhiozzi mormorando: la Tigre è morta e per sempre!», cap. XXXII); analogamente il Corsaro Nero, nell'omonimo romanzo, abbandona ai flutti l'amata, nonché figlia del suo acerrimo nemico, per adempiere la sua vendetta («Guarda lassù [dice Carmaux a Wan Stiller]: il Corsaro Nero piange!», cap. XXVI).

[62] Cfr. M. TROPEA, *L'esotismo coloniale* cit., 371.

[63] C. PAVESE, *I mari del Sud* (1931).

[64] Così G. BOLLATI, *L'italiano*, cit., XXXV.

menti popolari di stampo garibaldino: gli eroi suppliscono alla mancanza di virtù civili, la rutilante successione delle loro imprese surroga le attese di libertà e giustizia dei lettori e la società piratica protagonista del ciclo malese – guidata dall'egemonia delle classi al potere, ma caratterizzata al contempo dal coinvolgimento convinto e attivo delle classi subalterne – esprime, in questa chiave, una malinconica utopia sociale che riflette la fine dei miti e delle prospettive risorgimentali, l'emergere di nuovi strati sociali e di un modello sociale borghese-consociativo.

La politica coloniale può costituire «[u]no strumento misuratore sensibilissimo della ambivalenza involutiva del "carattere italiano"», e la visione salgariana del colonialismo rispecchia quest'ambivalenza: questa mescolanza di utilità e moralità, missione civilizzatrice e spirito di conquista, razzismo e fratellanza dei popoli; polarità che appaiono «difficilmente districabili (talvolta nella stessa persona)»[65] nelle motivazioni addotte a sostegno della colonizzazione patria. In questa chiave, le molteplici sfaccettature che caratterizzano i romanzi dei cicli piratici possono, come già accennato, offrire ai giuristi l'occasione per tornare a riflettere sulla vicenda coloniale italiana[66]. Diversamente da quanto accade in altri Paesi ex colonizzatori, in Italia i giuristi continuano a non nutrire particolare interesse verso le pagine ultramarine di storia patria, nonostante il ruolo che il diritto giocò nella legittimazione e realizzazione del progetto coloniale, nonostante l'intrecciarsi di quella vicenda con tornanti decisivi della storia costituzionale e, ancora, nonostante la colonizzazione si riveli una sorta di «sé complementare e sotterraneo»[67] della cultura giuridica e politica anche italiana: un importante eppure rimosso fattore d'interlocuzione delle stesse costruzioni concettuali che il diritto e la politica elaborarono all'interno di quelle transizioni. Peraltro, lungi dal ridursi all'acquisizione di una miglior conoscenza di vicende oramai passate, è la stessa necessità di una più adeguata comprensione del presente che dovrebbe sollecitare gli studiosi di diritto a una riflessione critica orientata a interrogarsi sulla storicità degli istituti, dei concetti e della cultura giuridica[68], e le

[65] G. Bollati, *L'italiano* cit., 120.

[66] Cfr. G. Bascherini, *La colonizzazione e il diritto costituzionale*, cit.

[67] E. Said, *Orientalismo*, Milano, 1995, 13.

[68] Cfr. ad es. A. A. Cervati, *A proposito del diritto costituzionale in una prospettiva storica e comparativa*, in Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, 1 ss.

avventure salgariane, lette in questa prospettiva, possono offrire importanti sollecitazioni al giurista orientato a una prospettiva di studio storico del diritto e che guardi alla colonizzazione muovendo da una lettura più consapevole della complessità delle relazioni metropoli/colonie e delle retroazioni che l'una esperienza ha avuto sull'altra sul piano culturale prima ancora che su quello dei dispositivi e delle pratiche[69], evidenziando l'impatto della colonizzazione sulla costruzione statual-nazionale e i conflitti e le contraddizioni che quella vicenda aprì all'interno di tale costruzione.

Dall'avventuroso esotismo del ciclo dei pirati traspare la visione salgariana del colonialismo quale grande fenomeno del suo tempo: la consapevolezza del rilievo epocale della vicenda coloniale, ma anche tutte le ambiguità e le contraddizioni caratterizzanti la retorica della Grande Proletaria e della colonizzazione liberale italiana[70]. Convergono nei romanzi di Salgari un anticolonialismo forse di matrice mazziniana[71] e un colonialismo cadetto e frustrato, recriminante nei confronti dei grandi imperi coloniali e che rispecchia «le tendenze, le velleità e le frustrazioni dell'Italia umbertina, grande esportatrice di uomini e di ingegni, ma arrivata per ultima sulla scena politica internazionale ed esclusa dal giro "grande" delle conquiste coloniali»[72]; un colonialismo rivendicativo non solo politicamente, ma anche cultu-

[69] Insiste su questo aspetto P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 33/34 (2004/2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*, 169 ss.

[70] Tra i giuristi, sarà Santi Romano, pochi anni dopo la scomparsa di Salgari, a rimarcare meglio di altri la funzione puramente ideologica delle retoriche civilizzatrici, riconoscendo che «bisogna francamente affermare che la colonizzazione è un fenomeno di espansione politica che ha sovratutto per scopo il vantaggio della metropoli», e che «[c]olonizzazione [...] vuol dire [...] dominazione, assoggettamento di popolazioni con civiltà inferiori da parte di popolazioni più evolute. Non si può ammettere che il paese colonizzatore sia un Don Chisciotte avventuroso che vada a difendere gli interessi dei più deboli trascurando i propri [...] Fin tanto che la metropoli spende la sua attività ed i suoi capitali nella colonia [...] deve riconoscersi legittima la pretesa dello Stato colonizzatore di ritrarre benefici pari alle energie impiegate». S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, Roma, 1918, risp. 12 e 107. Sulla riflessione giuscoloniale di Romano sia permesso il rinvio a G. BASCHERINI, *Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione. Prime note sul "Corso di diritto coloniale" di Santi Romano*, in *Giornale di storia costituzionale*, I/2013 (n. 25), 117 ss.

[71] Su una matrice mazziniana che unirebbe Salgari ad un Arcangelo Ghisleri, insiste F. POZZO, *Il piccolo ammiraglio della "Nuova Arena"*, in E. SALGARI (Ammiragliador) *A Tripoli!!* cit., XVII.

[72] Evidenzia quest'aspetto E. FRANZINA, *La grande emigrazione*, Venezia, 1976, 278.

ralmente, e che per questo mescola alla denuncia "anticoloniale" delle torsioni imperialiste dei progetti coloniali "vincenti", la legittimazione di un colonialismo patrio in nome delle retoriche civilizzatrici e demografico-migratorie allora ampiamente circolanti nel dibattito italiano.

Con le debite proporzioni, si attaglia anche a Salgari quello che Said scrisse a proposito di Conrad: «allo stesso tempo sia antimperialista che imperialista, progressista quando si trattava di descrivere […] la corruzione della dominazione oltreoceano […] e profondamente reazionario quando si trattava di ammettere che l'Africa o il Sud America non avrebbero mai potuto avere una storia o una cultura indipendenti e autonome»[73]. Ma Salgari non è Conrad, e non è neppure Kypling: non è cantore della colonializzazione, non ne esplora il cuore di tenebra e non sembra potersi annoverare tra gli antesignani della letteratura anticoloniale. Salgari pare piuttosto una efficace epitome di un liberalismo riduttivo e prudente, quale fu quello italiano, e del suo progetto coloniale. Capitano di nome, ma non di fatto; singolare intreccio di conservatorismo e democrazia risorgimentale; sostenitore dell'avventura coloniale italiana e critico delle degenerazioni imperialistiche dei maggiori imperi coloniali.

Salgari peraltro pare condividere con i suoi lettori una mancanza di esperienza che lo rende interprete quasi paradossale della transizione che descrive, risultando al contempo artefice e prodotto di un immaginario per le masse orientato attraverso l'intrattenimento a costruire consenso attorno all'impresa coloniale. Questo immaginario Salgari lo costruisce (e forse lo subisce) a partire da un «patto di semplificazione»[74] che stipula con i suoi lettori e che gli permette, nel suo «piccolo grande stile», di offrire loro una visione unitaria e coerente di quell'esotico altrove, e di un'epica – di un senso di unità e totalità – sia pure ingenua ed elementare[75]. In questa prospettiva, Salgari è e rimane scrittore di "genere" non tanto perché obbedisce ai canoni e utilizza gli strumenti del *genre*, quanto piuttosto perché la sua narrazione è puro intrattenimento: non diviene metafora, non rimanda a un progetto di trasformazione, ma si limita a riproporre e rilegittimare il mo-

[73] E. SAID, *Cultura e imperialismo* cit., 15.

[74] B. TRAVERSETTI, *Introduzione* cit., 37 s.

[75] Così C. MAGRIS, *Salgari: il piccolo grande stile*, in AA. VV., *Scrivere l'avventura* cit., 141 ss.

dello culturale che le classi dirigenti italiane a cavallo tra Otto e Novecento affidano alla nascente industria culturale di massa. La tensione eroica dei suoi romanzi non si sviluppa, come nel *Bildungsroman*, in una prospettiva di ricerca e di iniziazione, e anche il viaggio, come già accennato, è semplice spostamento da un luogo a un altro, non processo di apertura.

Se il ciclo piratico offre al giurista un interessante punto di vista sulle contraddizioni e le aporie del progetto coloniale italiano, è la narrativa salgariana nel suo complesso a riflettere – nelle sue oscillazioni tra malinconie passatiste e timore per il futuro – i limiti, le ambiguità e i ritardi dell'identità civica italiana, di quella nuova borghesia nazionale – scarsa, tardiva e in seguito rafforzatasi solo numericamente – cui quella letteratura era destinata e del "blocco storico" del liberalismo italiano: di quell'intreccio d'interessi che nella vicenda italiana sostituì la borghesia, ma che non condusse a una diversa coscienza di classe e a una diversa composizione egemonica degli interessi in grado di orientare gli eventi in altra direzione. Carenze e contraddizioni che rispecchiavano conflitti fra interessi e blocchi di potere e che ebbero a loro volta importanti riflessi istituzionali nella storia costituzionale italiana[76]. In questa prospettiva, l'opera salgariana, anche in ragione dei suoi limiti e della sua dimensione di genere, offre un importante rispecchiamento dell'inconsistenza delle classi dirigenti e dei principi del liberalismo italiano[77]: una occasione per riflettere su mali antichi e nondimeno perduranti, a partire dalla «retorica e cultura del moderatismo», la quale a sua volta porta con sé quel trasformismo che getta discredito sul parlamentarismo italiano fin dalle origini del neo Stato unitario e che non si presenta nella vicenda italiana come una patologia, bensì come una «modalità di governo a fronte di una condizione di ritardo», periodicamente ripresentandosi «ogni qualvolta la modernizzazione obbliga, in relazione al ritardo, a produrre "una manipolazione politica onnipotente"»[78] cercando compenso a «una congenita fragilità strutturale […] in continui espedienti compromissori,

[76] Rilevati già allora ad es. da M. MINGHETTI, *I partiti politici e la pubblica amministrazione* (1881), Bologna, 1969, spec. pp. 19 ss. e successivamente indagati da Antonio Gramsci a partire dalla questione meridionale.

[77] Di una inconsistenza «nel campo dei principi» della Sinistra storica scrive E. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, in *Storia d'Italia Einaudi*, IV, *Dall'Unità a oggi*, t. III, Torino, 1976, p. 1740.

[78] D. BIDUSSA, *Ricordando*, in G. BOLLATI, *L'italiano* cit., risp. p. IX e pp. XII s.

in una tendenza cronica a soluzioni organico-corporative, in ricorrenti tentazioni autoritarie»[79].

La lettura dei romanzi di Salgari non si limita ad offrire un prisma attraverso il quale tornare a riflettere sulle delusioni risorgimentali, le debolezze dell'identità nazionale e del liberalismo italiano. La sua narrativa sembra infatti offrire una più felice inattualità, se considerata nella prospettiva, ancora una volta di genere, della letteratura per ragazzi.

Come Cesare Pavese nella poesia richiamata nel titolo di questo paragrafo, un anno dopo anche Gramsci, che pure non tiene conto di Salgari nelle sue riflessioni sul «superuomo popolaresco», conferma l'importanza delle giovanili letture salgariane in una lettera alla madre del 12 settembre 1932: «Ricordo benissimo il cortile, dove giocavo con Luciano e la vasca dove facevo manovrare le mie grandi flotte di carta, di canna, di ferula e di sughero, distruggendole poi a colpi di schizzaloru. Ricordi quanta fosse la mia abilità nel riprodurre dalle illustrazioni i grandi vascelli a vela e come conoscessi tutto il linguaggio marinaresco? Parlavo sempre di brigantini, sciabecchi, tre alberi, *schooners*, di bastingaggi e di vele di pappafico, conoscevo tutte le fasi delle battaglie navali del Corsaro Rosso e dei Tigrotti di Mompracem, ecc. Mi dispiaceva solo che Luciano possedesse una semplice robusta barchetta di latta pesante che in quattro movimenti affondava e speronava i miei più elaborati galeoni con tutta la complicata attrezzatura di ponti e di vele. Tuttavia ero molto orgoglioso della mia capacità costruttiva, e quando il tolaio che aveva la bottega nell'angolo dove incominciavano le case basse verso la chiesa, mi pregò di fargli

[79] G. BOLLATI, *L'italiano* cit., p. XXVII. Giuristi, storici e politologi hanno variamente richiamato l'attenzione sui limiti e le carenze dell'identità civica, del liberalismo e delle dirigenze nazionali. Oltre ai lavori *supra* cit., ci si limita qui a ricordare, tra i molti: G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, Firenze, 1967, pp. 129 ss.; G. GALLI, *I partiti politici*, Torino, 1994, pp. 17 ss.; G. CAROCCI, *Storia d'Italia dall'Unità ad oggi*, Milano, 1989, pp. 31 ss.; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna, 1989, *passim* e più di recente ID., *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014, cap. I; R. ROMANELLI, *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna, 1988, pp. 207 ss.; A. SCHIAVONE, *Italiani senza Italia. Storia e identità*, Torino, 1998, pp. 11 ss. Su questi «antichi mali» ha di recente richiamato l'attenzione F. CERRONE, *Fantasmi della dogmatica. Sul decreto legge e sulla legge di conversione*, in Liber Amicorum *in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, 2017, pp. 186 s.

un modello di grande veliero da riprodurre in latta in serie, fui proprio orgoglioso di collaborare come ingegnere a tanta industria»[80].

Assieme a De Amicis e Collodi, Salgari, che pure non si percepiva come uno scrittore per ragazzi e che esprime una pedagogia per molti versi antitetica a quella dei loro ravveduti enrichi e pinocchi, gioca una parte di rilievo nella costruzione del canone della letteratura per ragazzi dell'Italia unita. Oggi, bambini e adolescenti leggono Salgari assai meno di ieri, ma continuano a incontrare i suoi pirati e corsari in film, fumetti, serie tv e cartoni animati. Come scrittore per ragazzi, le storie di Salgari continuano ad avere il grande pregio di raccontare, a chi si accosta alla lettura, lo scatenamento puro, soltanto in apparenza antipedagogico, dell'immaginazione, offrendo un'evasione meno razzista e filistea di molti suoi contemporanei e portando i bambini a sognare lontano: a giocare a pirati di una ciurma comandata da un non europeo e da un europeo e composta da tigrotti di tante origini e colori, ma tutti eroici e coraggiosi nel combattere contro prepotenti e fanatici. Una ciurma simile alle classi della nostra scuola dell'obbligo, sempre più abitate da una molteplicità di provenienze. Salgari continua a educare i giovani lettori all'incontro col diverso. Nessuno all'epoca lo aveva fatto e anche dopo lo faranno in pochi.

[80] A. GRAMSCI, *Lettere dal carcere*, Torino, 1974, 241.

PER
STEFANO RODOTÀ

di *Gaetano Azzariti*

Stefano Rodotà era un maestro del diritto. Per me – e per tanti di noi – anche un maestro di vita.

Insegnava diritto civile, ma la sua sensibilità democratica e la sua attenzione ai diritti lo aveva portato naturalmente, sin dagli esordi accademici, a cimentarsi con tutte le più delicate questioni del diritto costituzionale. Spesso sorrideva quando veniva qualificato come "costituzionalista", lui rigoroso civilista, orgoglioso della propria disciplina. Ciononostante non v'è dubbio che fosse anche un costituzionalista raffinato, avendo egli fornito un contributo decisivo alla difesa delle ragioni del costituzionalismo; avendo egli, più di tanti altri, concorso alla diffusione della cultura costituzionale nel nostro Paese.

Forse, però, è più corretto dire che Rodotà ha fatto parte di una *élite* di giuristi e intellettuali, alla quale appartenevano figure del calibro di Massimo Severo Giannini o Riccardo Orestano, i quali tutti teorizzavano e operavano in base ad una solida convinzione: quella secondo la quale la scienza giuridica non può essere spezzettata, non può ridursi – come ahimè oggi spesso avviene – ai mille specialismi che fanno perdere il senso stesso del proprio agire.

L'unità della scienza giuridica come valore, dunque. Ma anche come necessità. L'attenzione ai diritti concreti delle persone, la percezione forte della legittimazione esclusivamente sociale del diritto, la battaglia contro il formalismo vuoto dei giuristi di ieri e di oggi, l'impegno civile che deve sorreggere la vocazione del giurista, lo stesso "moralismo" di cui ha fatto l'elogio, hanno indotto Rodotà a concepire il suo ruolo come protagonista attivo della eterna lotta del diritto per dare dignità alle persone concrete, per migliorare le istituzioni democratiche. Un giurista della società civile, più che un giurista di diritto civile.

Questo ha portato Rodotà ad essere naturalmente un costituzionalista. Nel suo impegno sociale, nella affermazione della prevalenza dei diritti delle persone sulle logiche dei poteri, si radica la convinzione che non si può avere società senza costituzione, e – parallelamente – che non si può avere costituzione se la garanzia dei diritti non sia assicurata, né la divisione dei poteri fissata (per ripetere per lui le parole scritte nel testo che si pone alla base del costituzionalismo moderno: la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789).

Questa sua irrequietezza costituzionale – legata, non ad un costituzionalismo generico, ma al costituzionalismo democratico e pluralista che è proprio della tradizione giuridica italiana più illuminata – ha pervaso e condizionato la sua produzione scientifica, il suo modo di essere giurista. È questa «la vocazione civica del giurista» Rodotà, come recita il titolo del libro che contiene saggi a lui dedicati dai colleghi.

Un'irrequietezza che ha caratterizzato i suoi tanti studi di diritto civile. Se c'è un autore che ha posto al centro della riflessione civilistica la Costituzione questi è Stefano Rodotà, sin dai tempi ormai lontani degli anni '60, ove il formalismo e la chiusura entro le diverse discipline era dominante.

Stefano Rodotà, però, non ha solo aperto il diritto civile alla legge suprema, innovando magari il proprio ambito di studi, ma pur sempre restando chiuso nel suo specifico settore scientifico-disciplinare. È andato più in là.

Rodotà i confini li ha sempre varcati. E tra le frontiere che ha decisamente oltrepassato c'è quella tra diritto pubblico e diritto privato. Scriveva già nel 1971: «diviene ogni giorno più arduo ritrovare nella realtà di oggi le ragioni e le occasioni intorno alle quali venne edificandosi la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato». Così, poi, furono i suoi interessi, il suo costante impegno civile a portarlo ad occuparsi di temi classici del costituzionalismo, da ultimo con sempre maggiore intensità.

A volte rimanendo sul confine tra le due discipline: un luogo magico d'incontro. Solo da lì – dal confine – si possono trovare le regole

che danno fondamento alla vita, solo lì si può riuscire a dare voce ai diritti anche delle sfere più intime. È da una linea di frontiera che Rodotà è riuscito ad indagare il «diritto d'amore» (Laterza, 2014). Credo che nessuno con altrettanta delicatezza abbia saputo affrontare un tema così scivoloso per un giurista, ricordando a noi tutti che prima della legge, delle sentenze, della dottrina c'è qualcosa di ben più importante, un vero diritto inviolabile: quello ad amare. Prima delle regole c'è la vita, come aveva spiegato in un altro libro del 2006.

La centralità della persona, il rispetto della sua dignità sono stati i fari con cui ha illuminato territori sino ad allora sconosciuti. Solo un'attenzione alle concrete modalità di svolgimento della vita poteva portare Rodotà a sostenere con radicalità e rigore le ragioni del biotestamento. Un testamento che riassegna all'umano la scelta sulla propria esistenza e non si limita a regolare i beni, la proprietà, la morte delle persone.

Occuparsi della vita delle persone vuol dire preoccuparsi del loro "pieno sviluppo", come recita l'articolo 3 della nostra Costituzione. Così, in particolare dopo la sua esperienza di Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, è entro questa prospettiva che Rodotà ha indagato i fenomeni della rete, straordinario strumento per poter conseguire l'obiettivo del pieno sviluppo. Qui la sua attenzione alla dimensione costituzionale dei diritti lo ha portato a proporre la soluzione più lineare e incisiva per un giurista. Introdurre in Costituzione il diritto di accesso ad *Internet*, tramite una modifica puntuale di un comma dell'articolo 21.

Una revisione costituzionale nel segno dell'allargamento dei diritti e nel solco della democrazia costituzionale. Permettetemi di commentare che si tratta di una lezione di stile e di equilibrio nel maneggiare il testo costituzionale, nel proporne la sua manutenzione, nell'assicurarne la sua evoluzione. Una lezione tanto più utile in un Paese che sembra aver perduto ogni bussola in materia di revisione del testo della Costituzione. Certo è che per comprendere lo stile costituzionale di Rodotà, la sua reale forza innovativa, bisognerebbe essere disposti al dialogo, alla comprensione reciproca. In diverse occasioni, invece, lo

affermo con tristezza in questo momento, nei confronti del maestro del diritto s'è preferito utilizzare l'insulto, che ha finito per offendere solo chi l'ha pronunciato.

È sempre al confine (tra diritto pubblico e privato) che si possono scorgere i nuovi orizzonti d'indagine. Quello dei beni comuni. Nel 2008 sarà la "commissione Rodotà", incaricata di riformare la disciplina codicistica dei beni pubblici, ad elaborare la categoria. Con una precisione che poi andrà perduta. Se quella Commissione – e poi Rodotà in tutte le sue riflessioni successive sul tema – avevano ben presente i limiti e la natura costituzionale della categoria (beni funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona, si leggeva nella relazione[1]), mi sembra che successivamente ci si sia allontanati troppo dall'àncora costituzionale e che oggi sia elevato il rischio di un uso improprio, perché troppo generico, della formulazione "bene comune", *bonne à tout faire*. Anche in questo caso sarebbe opportuno tornare a studiare i beni comuni con il rigore di Rodotà.

Rodotà non è stato solo uno studioso raffinato: il suo impegno civile lo ha portato dentro la mischia politica, in difesa coerente della sua visione di democrazia. Ha ricoperto cariche istituzionali importanti, ma ha anche dialogato con generosità e rispetto con i movimenti sociali (dal Teatro Valle ai giovani del cinema America), ha avuto rapporti intensi con le formazioni sociali (dal sindacato – aveva un debole per la Fiom – alle tante associazioni politiche e culturali – è stato a lungo Presidente delle Fondazione Basso). Rodotà è stato anche un protagonista del dibattito pubblico, ha svolto un'opera preziosa di pedagogia giuridica: scrivendo sui giornali, organizzando il festival del diritto, interloquendo con le altre scienze. Sapeva parlare con tutti, parlava di tutto con competenza.

[1] I beni comuni sono quei beni a consumo non rivale, ma esauribile, come i fiumi, i laghi, l'aria, i lidi, i parchi naturali, le foreste, i beni ambientali, la fauna selvatica, i beni culturali, *etc*. (compresi i diritti di immagine sui medesimi beni) i quali, a prescindere dalla loro appartenenza pubblica o privata, esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo delle persone e dei quali, perciò, la legge deve garantire in ogni caso la fruizione collettiva, diretta e da parte di tutti, anche in favore delle generazioni future.

Non spetta a me ricordare questa parte della sua vita. Non posso però concludere questo mio ricordo del giurista Rodotà senza un riferimento a quella che è stato il suo impegno istituzionale più rilevante per la storia del costituzionalismo, questa volta non solo italiano, ma europeo.

L'ultima "Carta" di valore costituzionale che è stata scritta porta la sua firma: la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, elaborata dalla Convenzione che lo ha visto protagonista. Essa rappresenta il catalogo più ampio mai scritto dei diritti e il più impegnato tentativo di far mutare rotta all'Europa.

Subito dopo la sua approvazione, a Nizza nel 2000, Rodotà ha ingaggiato una lunga lotta per far conquistare alla Carta un valore giuridico e non solo politico. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito alla Carta dei diritti «lo stesso valore giuridico dei Trattati», qualcuno ha potuto ritenere che la battaglia fosse stata vinta.

Non Rodotà. Il quale, invece, scrive che l'Europa «ha voltato le spalle alla Carta». Una lezione di realismo che ci invita a riflettere sui limiti della formalizzazione giuridica e sulla necessità di guardare sempre alla realtà dei diritti: non basta che siano proclamati, ma richiedono sempre che essi siano sostenuti dalla politica, che li ha invece abbandonati. Ed è proprio questa latitanza della politica che richiede un *surplus* di impegno diretto, che ci chiama all'impegno civile. «La salvezza dei diritti – ha di recente scritto – è nel suo farsi convintamente politica dei diritti, di tutti i diritti». Un compito che non può essere delegato ad altri, ma che spetta a ciascuno di noi. Il diritto ad avere diritti non è solo un bel titolo di un suo straordinario libro, è l'indicazione di una rotta, che lui con coerenza e forza ha perseguito.

Grazie Stefano, grazie per tutto quel che ci hai donato. Che la terra ti sia lieve.

Roma, 26 giugno 2017

Finito di comporre nel mese di luglio 2017
da *Costituzionalismo.it* – Roma
I contributi contenuti in questo fascicolo sono stati pubblicati
tra il 17 marzo e il 27 luglio 2017
www.costituzionalismo.it – *info@costituzionalismo.it*

Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Dian **SCHEFOLD**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca **BASCHERINI**, Marco **BETZU**, Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**, Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**, Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Laura **RONCHETTI**, Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**, Caterina **AMOROSI**, Alessandra **CERRUTI**, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)