

LIBER AMICORUM PER PASQUALE COSTANZO

Diritto costituzionale in trasformazione

V

LA DEMOCRAZIA ITALIANA IN EQUILIBRIO

2020



Liber Amicorum per Pasquale Costanzo

Diritto costituzionale in trasformazione

V

La democrazia italiana in equilibrio

COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

7

Liber Amicorum per Pasquale Costanzo

Vol. V – La democrazia italiana in equilibrio

Collana di studi di Consulta OnLine (E256917), 7

ISBN: 978-88-945618-5-2



2020 by Consulta OnLine Associazione giuridica scientifico-culturale C.F. 90078670107

info@giurcost.it

Comitato scientifico

Paolo Caretti (Emerito Univ. di Firenze)

Riccardo Guastini (Emerito Univ. di Genova)

Annamaria Poggi (Univ. di Torino)

Roberto Romboli (Univ. di Pisa)

Antonio Ruggeri (Emerito Univ. di Messina)

Carmela Salazar (Univ. di Reggio Calabria)

Federico Sorrentino (Emerito Univ. di Roma "La Sapienza")

Comitato promotore

Allieve e Allievi dei Dottorati di ricerca

di cui il prof. Pasquale Costanzo è stato Coordinatore

nelle Università di Camerino e di Genova



Indice del Volume V

La democrazia italiana in equilibrio

<i>Premessa</i>	V
- I -	
DALLO STATUTO ALL'OGGI E OLTRE	
CLAUDIO DE FIORES, <i>La genesi dello Statuto Albertino e le sue implicazioni sugli sviluppi della forma di governo</i>	3
MARIO FIORILLO, <i>"Oltre lo Stato": Santi Romano e la prolusione fiorentina del 1917</i>	21
GAETANO SILVESTRI, <i>Weimar cent'anni dopo. Quali insegnamenti per l'oggi?</i>	33
ANTONIO SAITTA, <i>Giorgio La Pira e la rifondazione costituzionale</i>	39
ANTONIO D'ANDREA, <i>La svolta costituzionale dell'Italia: dall'approdo democratico alle difficoltà del presente</i>	47
- II -	
LA COSTITUZIONE	
RICCARDO GUASTINI, <i>La costituzione senza identità</i>	61
LUIGI VENTURA, <i>Il senso della configurazione della Costituzione come utopia</i>	69
VINCENZO BALDINI, <i>Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"</i>	77
ROBERTO BIN, <i>Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale</i>	93
EUGENIO DE MARCO, <i>Qualche considerazione in tema di referendum costituzionale (usi impropri di un istituto posto a garanzia del sistema?)</i>	107
- III -	
LA DEMOCRAZIA, I PARTITI E I GRUPPI DI PRESSIONE	
GLADIO GEMMA, <i>La democrazia non è un fine, ma un mezzo per superiori fini etico-politici</i>	119
PIER LUIGI PETRILLO, <i>Democrazia e gruppi di pressione. Un quadro comparato</i>	129
NICOLA PIGNATELLI, <i>La natura delle funzioni dei partiti politici e delle situazioni giuridiche soggettive degli iscritti</i>	145
ROBERTO DI MARIA, <i>Brevi considerazioni su democrazia parlamentare, pluralismo e lobbying</i>	157
- IV -	
IL GOVERNO PARLAMENTARE	
LAURA BUFFONI, <i>La rappresentazione e il valore di legge. Contro i dispositivi</i>	171
GAETANO AZZARITI, <i>La modifica del sistema elettorale secondo la proposta di legge dell'attuale maggioranza</i>	197
ANDREA GRATTERI, <i>«Una modifica di carattere lessicale»: la sottile differenza fra non inferiore e maggiore all'origine del referendum elettorale del 1993</i>	207
ELENA VIVALDI, <i>Prime considerazioni sulla legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari</i>	217
STEFANIA MABELLINI, <i>La "controversa questione" dei vitalizi e del loro giudice: le dimensioni parallele dello Stato e delle Regioni</i>	229
MARINA PIETRANGELO, <i>Alcune note sugli usi linguistici del legislatore statale nella produzione normativa recente</i>	245
FULVIO PASTORE, <i>Dal programma al contratto di governo</i>	257
ANDREA PERTICI, <i>Il pantouflage tra politica e amministrazione</i>	265
IDA ANGELA NICOTRA, <i>Il conflitto di interessi come declinazione del principio costituzionale d'imparzialità.</i>	285
ISABELLA SALZA, <i>La semplificazione come policy organica</i>	313
ANDREA DEFFENU, <i>Sul potere di grazia del Presidente della Repubblica nella prassi più recente</i>	333
- V -	
LA MAGISTRATURA	
PIETRO PINNA, <i>La legislazione e la giurisdizione</i>	343
ROBERTO MICCÙ, <i>Ancora su magistratura e politica nell'epoca della disintermediazione: un riequilibrio necessario tra i poteri</i>	351
GIUSEPPE CAMPANELLI, <i>Il magistrato parlamentare: la rilevanza disciplinare dei suoi comportamenti alla luce del d.lgs. 109/2006 tra scelte legislative e problemi aperti</i>	361
FRANCESCO DAL CANTO, <i>Il Consiglio superiore della magistratura tra crisi e prospettive di rilancio</i>	377
ENRICO GROSSO, <i>Brevi note sulle possibili linee di una riforma della legge elettorale del CSM</i>	391

L'ORDINAMENTO REGIONALE

FULVIA ABBONDANTE - SALVATORE PRISCO, <i>I nodi problematici nel processo di attuazione dell'autonomia regionale differenziata, tra questioni giuridiche e obiettivi politico-economici</i>	405
CAMILLA BUZZACCHI, <i>Il sistema di finanziamento delle Regioni ad autonomia differenziata nel quadro dell'art. 119 Cost.: il federalismo asimmetrico come variabile di quello simmetrico</i>	417
LUISA AZZENA, <i>Regioni: la differenziazione possibile. La materia infrastrutture nella prospettiva del regionalismo differenziato</i>	425
BARBARA GUASTAFERRO, <i>Principio di unità, referendum consultivi regionali e sovranità frammentata</i>	437
ANGELO MATTIONI, <i>"Novità" intorno alla legge regionale dopo le revisioni costituzionali. Qualche 'astratta' considerazione.</i>	453
PATRIZIA VIPIANA, <i>La motivazione delle leggi regionali, con specifico riguardo alla regione Toscana</i>	463
QUIRINO CAMERLENGO, <i>Riflessioni controcorrente sul divieto di mandato imperativo negli ordinamenti regionali</i>	477
FEDERICO FURLAN, <i>Le dimissioni "volontarie" del Presidente della Regione nella forma di governo regionale neoparlamentare</i>	485
ROBERTO LOUVIN, <i>Una prorogatio infinita: permanenza, reviviscenza e confusione dei poteri regionali in situazioni di emergenza istituzionale</i>	493
GIOVANNI TARLI BARBIERI, <i>La crisi politico-istituzionale valdostana nella crisi del regionalismo italiano</i>	505
LARA TRUCCO, <i>Dal mar Ligure allo Ionio: norme elettorali "last minute" e rappresentanza di genere di "mezza estate"</i>	531

Premessa

Il presente è il quinto di sei Tomi di cui si compone il Liber Amicorum dedicato al prof. Pasquale Costanzo.*

Il fil rouge che percorre idealmente i contributi è dato dal “Diritto costituzionale in trasformazione”: avendo colto, di esso, i numerosi Colleghi ed Amici che hanno partecipato agli Scritti in oggetto, l’importanza e centralità nel pensiero dell’Omaggiato, sempre attento all’innovazione sul versante sociale, come su quello normativo e più ampiamente istituzionale.

Gli scritti contenuti nel Tomo V attengono soprattutto ai principi ed ai profili organizzativi del diritto costituzionale italiano, andando a comporre, almeno per questa parte, una sorta di manuale nella medesima materia. Non di un manuale istituzionale, ovviamente, si tratta, in quanto gli studi gravitano in una dimensione specialistica e affrontano problematiche di grande spessore scientifico.

I temi toccati riflettono quasi sempre anche gli interessi di studio coltivati dal prof. Costanzo. Si pensi, in via d’esempio e senza parlare dei contributi minori, alla co-curatela della Collana di Diritto costituzionale regionale e ai due volumi, che ne fanno parte (Liguria e Valle d’Aosta), direttamente compilati; o, per i temi istituzionali, ai due tomi sullo scioglimento parlamentare o, ancora, alla ricerca sulla pubblicità parlamentare.

Ma un manuale si diceva: per cui la varietà e la ricchezza dei contributi hanno consentito una partizione in sei capitoli (I. Dallo Statuto all’oggi e oltre; II. La Costituzione; III. Democrazia, partiti e gruppi di pressione; IV. Il Governo parlamentare; V. La Magistratura e VI. L’ordinamento regionale). Non è possibile in queste righe citare le quattro decine e passa di Autrici e Autori che hanno concorso a questo Tomo del Liber, anche perché già l’indice restituisce perfettamente l’immagine delle rispettive ricerche.

A chi scrive non resta che ringraziare, sapendo quanta commozione ha provocato nell’Interessato il grande affetto e la stima che hanno accompagnato tutti gli scritti (di questo, come degli altri cinque Tomi) che sono andati a comporre il Liber Amicorum; nonché di augurare una buona e proficua lettura.

Lara Trucco

Gli altri precedenti Tomi vertono, rispettivamente, su:

- I: Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale
- II: Il diritto pubblico della pandemia
- III: Nuovi scenari per la giustizia costituzionale e sovranazionale
- IV: I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista
- VI: Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale

- | -

DALLO STATUTO ALL'OGGI ED OLTRE

CLAUDIO DE FIORES
**La genesi dello Statuto Albertino
e le sue implicazioni sugli sviluppi della forma di governo**

SOMMARIO: 1. La concessione dello Statuto quale argine al costituzionalismo democratico. - 2. Lo Statuto albertino e il costituzionalismo europeo. - 3. Gli instabili equilibri della forma di governo e le sue ripercussioni sull'assetto bicamerale del Parlamento. - 4. Lo scioglimento della Camera dei deputati quale sensore di rilevazione degli assetti della forma di governo. - 5. Un re «per grazia di Dio e volontà della Nazione» e gli incerti sviluppi del sistema parlamentare.

1. *La concessione dello Statuto quale argine al costituzionalismo democratico*

All'indomani del '48 le attese di gran parte della cultura risorgimentale italiana si concentrarono sulla monarchia sabauda. E le ragioni sono facilmente comprensibili: di fronte allo sfaldamento delle speranze risorgimentali registratosi nel resto d'Italia (la sconfitta della Repubblica romana, l'arroccamento reazionario di Pio IX, le posizioni defilate assunte dal Regno di Napoli) solo Casa Savoia aveva concretamente deciso di impegnarsi, anche sul terreno bellico, per l'indipendenza italiana. Ma fu soprattutto un evento a rivelarsi assolutamente determinante in quella direzione: la concessione, da parte di Carlo Alberto, dello Statuto nel marzo del 1848¹.

Vi è però un luogo comune da sfatare che pervade le principali ricostruzioni di impianto storico-costituzionale. Un'opinione, ancora oggi alquanto diffusa, che vede in Carlo Alberto un "principe liberale" e nella concessione dello Statuto l'esito politico e normativo dei moti del '48². Si tratta di ricostruzioni e opinioni che non convincono. Per una ragione innanzitutto: la monarchia sabauda, fino al 1848, si era mostrata in più occasioni avversa alle istanze rivoluzionarie, aveva costantemente "tramato" per aggirare la "questione costituzionale" e lo stesso Carlo Alberto si era *vincolato*, con un solenne giuramento, a non concedere mai la Costituzione³.

Non è un caso che le decisioni "fondamentali" assunte, negli anni precedenti, dalla monarchia

¹ Lo Statuto, preannunziato con il proclama dell'8 febbraio 1848, fu concesso da Carlo Alberto con regio decreto del 4 marzo 1848, pubblicato sulla *Gazzetta Piemontese* n. 56 del 5 marzo 1848 ed inserito nella *Raccolta degli atti di governo di sua Maestà il Re di Sardegna* (volume XVI, 53 ss.) con il n. 674. Il testo venne, inoltre, pubblicato in francese nel *Recueil des actes du gouvernement de S.M. le Roi de Sardaigne* (n. 456). Sulla redazione dello Statuto si veda, fra gli altri, A. MANNO, *La concessione dello Statuto - Notizie di fatto documentate*, Pisa, 1885 che riporta, in particolare, gli appunti di Federico Sclopis relativi alla seduta del 7 febbraio 1848; A. COLOMBO, *Dalle riforme allo Statuto di Carlo Alberto. Documenti editi ed inediti*, Casale, 1924; G. MARANINI, *Le origini dello Statuto Albertino*, Firenze, 1926; E. CROSA, *La concessione dello Statuto - Carlo Alberto e il Ministro Borelli "redattore dello Statuto" (con lettere inedite di Carlo Alberto)*, Torino, 1936; P. COLOMBO, *Con lealtà di Re e con affetto di padre*, Bologna, 2003.

² In questo senso, fra i tanti, E. CROSA, *Corso di diritto costituzionale. Parte I: Teoria generale dello Stato moderno*, Torino, 1950, 15-16; F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1988, 147; C. GHISALBERTI, *Costituzione (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 139; S. MERLINI, *Autorità e democrazia nello sviluppo della forma di governo italiana*, Torino, 1997, 11, che vede nello Statuto l'approdo di «una sorta di rivoluzione liberale» capace di imporsi «anche senza Assemblea Costituente» e destinata a reggersi su un «patto politico esplicitamente stretto fra la Corona e il movimento liberale»; A. MASTROPAOLO, *L'enigma presidenziale. Rappresentanza politica e capo dello Stato dalla monarchia alla repubblica*, Torino, 2017, 20.

³ Il re sabauda si era dimostrato negli anni precedenti alla concessione dello Statuto rigidamente vincolato al giuramento reso nel 1823 davanti a Carlo Felice, con il quale si era solennemente obbligato a non concedere «né ora, né mai» la costituzione. Sul punto I. RINIERI, *Lo Statuto e il giuramento di Re Carlo Alberto*, Roma, 1899, 93 ss. Sull'inconsistenza della «leggenda» che descrive Carlo Alberto come monarca illuminato e sul presunto atteggiamento 'liberale', sin dai moti del '21, si vedano le persuasive riflessioni di U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, 1989, 365 ss.

sabauda erano tutte rigidamente ispirate al rispetto del principio assolutistico e tutte disvelavano un atavico e strisciante disprezzo verso ogni ipotesi di trasformazione, in senso costituzionale, dell'ordinamento. La concessione della costituzione rappresentava, insomma, per Carlo Alberto una soluzione grave e inaccettabile che gli rimase «fino all'ultimo ingrata»⁴. Così come ingrata gli risultò fino alla fine «l'idea di doverla concedere per forza, obbedendo a sedizioni non decorose e non rispettose»⁵. Alla vigilia del '48, «l'idea costituzionale, insomma, avanza, ma Carlo Alberto non sembra per nulla disposto a seguirla»⁶. Tale "arroccamento" inizierà a sfaldarsi solo a partire dal febbraio 1848 quando, al cospetto del diffondersi dei moti insurrezionali in tutta Europa e nell'intento di prevenire nuove e più insidiose agitazioni di piazza, Carlo Alberto decise (dopo aver convocato un Consiglio di conferenza straordinario) di emanare un *proclama* contenente i principi fondamentali della futura costituzione.

La decisione improvvisa di Carlo Alberto di concedere lo Statuto si rivelò tuttavia, sin dal primo momento, gravemente "ipotecata" in senso conservatore. L'indiscusso valore propulsivo, sotteso alla stesura di una Costituzione, risultò ben presto pregiudicato dal repentino delinarsi di un asse politico conservatore tra Corona e moderati (su cui si fonderà, di fatto, la redazione dello Statuto)⁷. La Corona sabauda guardava con simpatia ai moderati per un articolato complesso di ragioni: i moderati «chiedevano tardi e poco il cambiamento del regime; lo chiedevano al Sovrano, non gli lo imponevano, né meno che mai rivendicavano una costituzione formata da un Parlamento; infine non ne elaborarono se non marginalmente il contenuto»⁸. Ma allo stesso tempo più che comprensibili sono anche le motivazioni che indussero i moderati liberali a concludere un così impegnativo accordo con il Re. Il patto con la monarchia se da una parte consegnava il processo di unificazione nazionale alla "retriva" guida della Corona, dall'altra, isolava definitivamente le dilaganti rivendicazioni democratiche, impedendo ad esse di condizionare, anche in minima parte, la redazione della carta costituzionale. La sconfitta delle ragioni del costituzionalismo democratico (la repubblica, il suffragio universale, la convocazione di un'assemblea costituente) e il contestuale imporsi dei principi del costituzionalismo moderato (la monarchia, il voto censitario, la costituzione ottriata) imprimeranno all'ordinamento sabauda un carattere conservatore. Insomma – come scriverà Engels - con la concessione dello Statuto «la reazione e la restaurazione è completa»⁹.

In Piemonte il costituzionalismo, smentendo le sue origini rivoluzionarie, si era inopinatamente trasformato nel «mezzo più sicuro» (come si legge nel *Preambolo* dello Statuto) per assicurare, seppure in forme assolutamente "moderne", la centralità del potere regio e la costruzione di un sistema dal quale avrebbe tratto linfa solo la conservazione. Nel nuovo ordinamento per la «*nation des citoyens*»¹⁰ non c'era più posto¹¹. La sua stessa definizione era, anzi, ritenuta eversiva, in quanto

⁴ G. MARANINI, *Storia del potere in Italia. 1848-1967*, Firenze, 1967, 94.

⁵ G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, cit., 94.

⁶ P. COLOMBO, *Con lealtà di Re e con affetto di padre*, cit., 67.

⁷ Sui caratteri retrivi di questo inedito asse si rinvia a P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Statuto albertino*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 994 ss.

⁸ U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 364. Lo Statuto, nonostante l'autorevole apporto offerto da eminenti esponenti del costituzionalismo moderato (Cesare Alfieri di Sostegno, Stefano Gallina, Federico Sclopis ed altri ancora), venne di fatto redatto direttamente dal Re. Agli estensori della costituzione Carlo Alberto dettò quelli che avrebbero dovuto essere i principi basilari: il carattere confessionale cattolico della costituzione e la necessità di salvaguardare «il più possibile il potere regio» (così P. MATTER, *Cavour et l'unité italienne*, Paris, 1922, I, 351).

⁹ F. ENGELS, *La lotta di liberazione in Italia e la causa del suo attuale insuccesso* (12 agosto 1848), in K. MARX – F. ENGELS, *Opere*, VII, Roma, 1972, 398.

¹⁰ Sulle origini e gli sviluppi costituzionali di questa formula mi sia consentito rinviare a C. DE FIORES, *Nazione e costituzione*, Torino, 2005, 93 ss.

¹¹ P. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Roma-Bari, 2001, 15 che sottolinea come intenzionalmente «il Consiglio di conferenza non prende in considerazione ad esempio le costituzioni rivoluzionarie, né

ideologicamente affine alla nozione «*terribile*» di potere costituente¹².

La rottura con la storia del costituzionalismo non avrebbe potuto essere più evidente. Esauritasi la spinta rivoluzionaria, a seguito del dissolvimento dell'esperienza storica delle repubbliche giacobine, anche in Italia la *nazione* da soggetto del potere costituente inizierà regressivamente a trasformarsi in recettore passivo della volontà regia. E questo voleva dire che la costituzione non era più il frutto della volontà *della* nazione *per* la nazione, ma era divenuta l'espressione originale dalla volontà di un monarca che «con la lealtà di Re e affetto di padre» concedeva il *suo* Statuto a una Nazione remissiva e «devota» che già, in passato, «tante prove ... ha dato di fede di obbedienza e di amore» (*Preambolo* dello Statuto).

Siamo di fronte a una vera e propria eterogenesi dei fini: «un'idea legata alle concezioni volontaristiche che avevano alimentato il pensiero rivoluzionario venne riutilizzata in un contesto reazionario (seppure non così estremo come quello che negava che si potesse addirittura parlare di una costituzione scritta) per ribadire la pienezza del restaurato potere monarchico ... un potere di nuovo tanto forte da poter prendere il posto dell'odiato "potere costituente" della nazione»¹³.

Non è un caso che delle mobilitazioni risorgimentali, dell'insurrezione di Genova del gennaio 1848, delle agitazioni democratiche dilagate in tante parti d'Italia nel *Preambolo* dello Statuto troviamo solo un fugace e influente accenno (laddove si parla degli «eventi straordinari che circondavano il paese» e si fa riferimento alla «gravità delle circostanze»). Eppure, si trattava di eventi ampiamente conosciuti che il Consiglio di Conferenza del 7 febbraio 1848 aveva approfonditamente esaminato e discusso. Il dibattito svoltosi in quella sede era venutosi dipanandosi attorno a due diverse e contrapposte soluzioni. Da una parte si puntava a reprimere violentemente le insurrezioni in corso, dall'altra veniva invece palesata la «necessità» di giocare d'anticipo sugli eventi privilegiando, per esigenze puramente tattiche («in vista del grande movimento che smuove l'Italia»¹⁴), una soluzione diversa: la stesura di una vera e propria costituzione (se «il rimedio della repressione è pericoloso ... il mezzo della concessione è urgente»¹⁵).

Si arrivò così alla concessione dello Statuto. Una scelta ostentata, da «un preambolo sentimentale e romantico»¹⁶, alla stregua di un atto di cortesia, generoso e disinteressato, del Re («Noi veniamo oggi a compiere quanto avevamo annunciato ai nostri amatissimi sudditi»). Nei fatti, essa altro non era invece che un ulteriore deterrente abilmente esperito dalla Corona per porre un freno alle temute «farneticazioni» dei popoli, al '48, al potere costituente della nazione. Insomma se «la costituzione è un male ... in certi tumultuosi frangenti (come nei primi mesi del 1848) è il minore dei mali e serve ad evitarne peggiori»¹⁷.

quelle napoleoniche per quanto le prime fossero conosciutissime e le seconde fossero addirittura applicate fino a pochi decenni prima in territorio italiano».

¹² Cfr. P. POMBENI, *Note storiche sul caso italiano 1848-1948*, in Id. (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, 1992, 84; C. GHISALBERTI, *Nazione e costituzione*, in ID., *Stato Nazione e Costituzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1997, 321 ss.

¹³ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 224.

¹⁴ Nei confronti dei cittadini genovesi, protagonisti dell'insurrezione del gennaio 1848, il Consiglio di Conferenza aveva minacciato di ricorrere alle maniere «forti», intimando «la popolazione di Genova ... a desistere dalle sue pretese, informandola in ultimo luogo delle disposizioni del Governo e della intenzione di questo di reprimere severamente il minimo tentativo di resistenza e di spingere fino in fondo la difesa dei propri diritti e delle sue prerogative» (*Processo verbale della seduta del 7 gennaio 1848 del Consiglio di Conferenza*, in L. CIAURRO (a cura di), *Lo Statuto Albertino illustrato dai lavori preparatori*, Roma, 1996, 93).

¹⁵ *Processo verbale*, cit., 130.

¹⁶ G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani*, cit., 23.

¹⁷ G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani*, Torino, 2009, I, 23.

2. Lo Statuto albertino e il costituzionalismo europeo

Come si è detto lo Statuto era nato sotto la tutela dell'asse monarchico-moderato. E di questo asse politico il neonato ordinamento ne rifletteva appieno le finalità (antidemocratiche) e l'impianto (debole e retrogrado). Di qui il delinearsi di un processo politico e sociale destinato a permeare non solo la costruzione del regime costituzionale sabaudo, ma (negli anni a venire) anche lo sviluppo e i caratteri stessi della nazione italiana.

Obiettivo dei «destri del Risorgimento» – scriveva Antonio Gramsci – era proprio quello di impiegare «la massima e più spregevole demagogia» per fare del «popolo-nazione uno strumento, un oggetto, degradandolo»¹⁸ ed escludendolo *sine die* dalla costruzione dello Stato italiano. Era stato così a metà dell'Ottocento, quando Carlo Alberto, escogitando la soluzione statutaria, riuscì a realizzare abilmente il suo disegno di «confiscare a beneficio della sua miseranda persona» le mobilitazioni democratiche e «tutto il movimento popolare dell'anno 1848»¹⁹. E così sarà anche negli anni a venire.

Diversamente da quanto sostenuto in letteratura lo Statuto albertino non fu pertanto la copia «quasi letterale»²⁰ della Costituzione francese del 14 agosto 1830²¹, né tantomeno di quella belga del 7 febbraio 1831²². Costituzioni che, diversamente dallo Statuto albertino, erano state il frutto di processi costituenti popolari o quanto meno di riusciti esperimenti di accordo, «convenzione o patto tra il principe ed il popolo»²³. Ecco perché, rilevava argutamente Santi Romano,

¹⁸ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Q.19, §.28, III (1932-1935), Torino, 2007, 2054.

¹⁹ F. ENGELS, *La lotta di liberazione in Italia e la causa del suo attuale insuccesso* cit., 398 che scrive «tra i principi nazionali, il nemico principale della libertà italiana è stato ed è Carlo Alberto», nonostante questi «si faceva osannare come *la spada d'Italia*, come l'eroe il cui il brando avrebbe rappresentato la più sicura garanzia della libertà e dell'indipendenza d'Italia» (397-398).

²⁰ S. TRENTIN, *Dallo Statuto Albertino al regime fascista* [1929], Venezia, 1983, 12 per il quale il contenuto dello Statuto «non presenta alcuna originalità... [in quanto] esso fu redatto sull'imitazione, quasi letterale, delle costituzioni francese del 1830, belga del 1831 e spagnola del 1845». Su posizioni analoghe G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, cit., 95. Altri autori, contestando la tesi della *riproduzione letterale*, ritengono invece che le citate costituzioni europee abbiano costituito, nella fase di redazione dello Statuto, solo una fonte di ispirazione, un modello non da *adottare*, ma da *adattare* alla realtà politica piemontese. In questo senso, fra i tanti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, I, 84-85; E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padova, 1990, 230; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1849-1994*, Roma-Bari, 2006, 30; O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Milano, 1947, 159-160; S. FURLANI, *L'influenza della Costituzione e dell'ordinamento costituzionale belga del 1831 sulla stesura dello Statuto e di altri testi fondamentali del Regno di Sardegna nel 1848*, in *Boll. informaz. cost. e parlam.*, 1986, 111 ss.; I. SOFFIETTI, *Lo Statuto Albertino*, Torino, 1999, 5 ss.

²¹ La costituzione francese del 1830 (promulgata dopo l'ascesa al trono di Luigi Filippo) venne redatta sulla base di un comune accordo tra il nuovo re e l'assemblea parlamentare che l'aveva di fatto elaborata. E fu proprio tale singolare configurazione del «patto costituzionale» a garantire alla carta francese una connotazione (relativamente) più «avanzata» degli assetti statuali: soppressione del potere di ordinanza, riconoscimento (nella prima parte della costituzione) dei diritti di libertà, estensione del suffragio, carattere non confessionale dello Stato, previsione del rapporto di fiducia fra Parlamento e Governo.

²² E sulla stessa scia si pone anche la costituzione belga del 1831, che emanata da una Assemblea costituente (insediatasi all'indomani dello scoppio della «rivoluzione nazionale») giungerà a formulare in modo chiaro e conciso il primato del Parlamento all'interno del nuovo ordinamento costituzionale, prevedendo a tale riguardo anche l'elettività della Camera Alta. Sul punto M. CHRISTOPHE – D. BRECHT, *La Costituzione belga del 1831: storia, ideologie, sovranità*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2018, 7 ss.

²³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970, I, 113. Sul punto si vedano altresì le note pagine di G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato* (1914), Milano, 1949 dedicate al rapporto tra costituzionalismo europeo (del XIX secolo) e cultura democratica. Circa l'esperienza costituzionale francese e belga il noto giurista europeo rileva, che la costituzione francese «non è stata concessa unilateralmente dal Re, ma è un accordo tra Re e Parlamento. Il principio monarchico - è vero- non è espressamente abbandonato; ma Luigi Filippo non si designa più come Re per grazia di Dio e si chiama re dei francesi» (109). Ancora più incisiva su questo terreno è, secondo Jellinek, la costituzione

«prive, ad ogni modo, di fondamento sono sempre state, anzi tutto l'opinione che nello Statuto vedeva un accordo, un "contratto" fra la Corona e il popolo, mentre esso fu emanato per "regia autorità" e con la "forza di legge" (vedi preambolo) e inoltre l'opinione che la sua efficacia dipendesse dalla volontà popolare manifestata dai plebisciti nel periodo dell'unificazione del Regno»²⁴.

In Europa siamo pertanto in presenza di processi costituenti alquanto variegati la cui genesi è destinata coerentemente a riflettersi anche sui contenuti sottesi ai diversi testi costituzionali. In Francia troveremo, ad esempio, garantiti (nella prima parte della costituzione) i diritti di libertà (artt. 1-11), il diritto di voto (art. 34), il carattere laico dello Stato (art. 5). Non diversamente da quanto accadrà in Belgio dove accanto alla garanzia dei diritti (artt. 4-24) e al primato del Parlamento (artt. 32-46), troveremo riconosciuta anche la sovranità della nazione (art. 25). Una ipoteca retrograda e conservatrice è destinata, invece, a permeare lo Statuto albertino: carta ottriata, carattere confessionale dello Stato (art. 1), marginalizzazione dei diritti di libertà collocati in numero esiguo dopo le norme concernenti la Corona (artt. 24-32) e così via. Della tradizione del costituzionalismo rivoluzionario europeo lo Statuto aveva insomma rinunciato a quasi tutto. *Nomen* compreso: alla monarchia sabauda

«il termine *costituzione* non piaceva, perché sapeva troppo di rivoluzione. Si preferì quindi il termine meno evocativo di Statuto, più legato alla tradizione italiana delle autonomie comunali»²⁵.

Parafrasando Marx potremmo, pertanto, concludere che se nella Francia del 1830 «il re è per grazia della costituzione (monarchia concessa)»²⁶, nel Piemonte del 1848 è la costituzione ad essere tale per "grazia" del Re Carlo Alberto (costituzione concessa).

È da qui che bisogna partire per comprendere l'anomalia del «costituzionalismo monarchico»²⁷ di matrice sabauda, il suo fondamento ideologico, il suo impianto «bastardo»²⁸, refrattario a misurarsi sia con la tradizione antirivoluzionaria di ascendenza tedesca sia con la tradizione rivoluzionaria francese e con l'idea democratica di nazione²⁹. Con la redazione dello Statuto, l'asse monarchico-moderato piemontese aveva, infatti, deciso di imboccare una direzione «autoctona», dotandosi di un assetto «compromissorio»: né con Sieyès, né con Savigny. Ma rinunciando a

belga che «si basa espressamente sul principio democratico, giacché fa derivare tutto il potere dalla Nazione; e al re quindi non compete che solo quanto gliene è espressamente delegato per esercizio» (111).

²⁴ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano* (1914), Milano, 1988, 234 ss. Le notevoli discrasie "genetiche" esistenti tra l'esperienza costituzionale sabauda, da una parte, e quella francese e belga, dall'altra, sono state efficacemente evidenziate da A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1995, 28 (nota 57) che rileva come «nel primo caso il potere costituente era stato esercitato dal Re, nel secondo caso dal popolo, nel terzo da entrambi».

²⁵ G. REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, Bologna, 2003, 46.

²⁶ La frase di K. MARX, *Nota sulla concezione hegeliana dello Stato* (1843), in *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, Roma, 1983, 159 esattamente reca: «Sotto Luigi XVIII la costituzione è per grazia del re (carta costituzionale concessa dal re), sotto Luigi Filippo il re è per grazia della costituzione (monarchia concessa). Possiamo notare in generale che la trasformazione del soggetto in predicato e del predicato in soggetto, lo scambio fra il determinante e il determinato, è sempre la rivoluzione prossima. E ciò non solo dal lato rivoluzionario. Il re fa la legge (vecchia monarchia), la legge fa il re (nuova monarchia)».

²⁷ La formula è di M. KIRCH, *La trasformazione politica del monarca europeo nel XIX secolo*, in *Scienza & Politica*, 2006, 21

²⁸ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, cit., 2053.

²⁹ Sul punto, in particolare, G. ARCOLEO, *Trattato di diritto costituzionale* [1890], Milano, 1935, 164 ss.; E. CROSA, *La concessione dello Statuto*, Torino, 1936, 68.

«inserire il popolo nel quadro statale» aveva anche rinunciato a porre le condizioni per «la creazione dello Stato moderno in Italia»³⁰, come lucidamente evidenziato da Antonio Gramsci nei *Quaderni*:

«quegli uomini effettivamente non seppero guidare il popolo, non seppero destarne l'entusiasmo e la passione ... Raggiunsero essi almeno il fine che si proponevano? Essi dicevano di proporsi la creazione dello Stato moderno in Italia e produssero qualcosa di bastardo, si proponevano di suscitare una classe dirigente diffusa ed energica e non ci riuscirono, di inserire il popolo nel quadro statale e non ci riuscirono. La meschina vita politica dal 70 al 900, il ribellismo elementare ed endemico delle classi popolari, l'esistenza gretta e stentata di un ceto dirigente scettico e poltrone sono la conseguenza di quella deficienza»³¹.

3. Gli instabili equilibri della forma di governo e le sue ripercussioni sull'assetto bicamerale del Parlamento

Ma all'interno di un sistema di governo di tipo "compromissorio" a chi spetta rappresentare la *nazione*? Al re (legittimato dal titolo dinastico) o alla Camera dei deputati legittimata dal voto dei cittadini (o per meglio di quei pochi cittadini che disponevano del diritto di voto a fronte di un sistema elettorale di tipo censitario)?

È questo il nodo che sarà alla base della riflessione avviata, alla vigilia della stesura dello Statuto, da Giacomo Durando. Una questione alquanto complessa e destinata a investire la natura delle costituzioni, gli istituti della rappresentanza elettiva, i rapporti con le monarchie.

Per Durando «le libertà e le istituzioni rappresentative» non solo erano parte integrante del concetto di Costituzione, ma costituivano le «condizioni *sine qua non* dell'esistenza» dei moderni ordinamenti³² dalle quali sarebbe dipeso la costruzione e lo sviluppo della nazione italiana:

«Le istituzioni rappresentative odierne sono le sole capaci di confondere in una nazionalità comune le sub-nazionalità disseminate, reluttanti e anche nemiche. Nelle camere parlamentarie di Parigi si disciolsero compitamente i pochi resti de' provincialismi loreni, provenzali e le istesse sub-nazionalità franco germaniche della riva sinistra del Reno. Nelle Cortes di Madrid vanno, da dieci anni in qua, ... affluendo e disperdendosi le antiche rivalità fra' Castigliani, Navarri, Aragonesi, Catalani, Andalusi, non meno eterogenei tra loro, che il siano fra noi Lombardi, Toscani, Napolitani, Siciliani e Piemontesi»³³.

Ma la costruzione della nazione per Durando è, innanzitutto, costruzione della sua unità, obiettivo che solo il «principio monarchico» è in grado di perseguire:

«il principio monarchico è per se stesso un principio di forza, di concentramento materiale, morale, sociale, spinto di propria natura ad assorbire, comprimere e confondere gli elementi tra sé più disparati»³⁴.

³⁰ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, cit., 2053.

³¹ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, cit., 2053-2054.

³² G. DURANDO, *Della nazionalità italiana. Saggio politico-militare*, Losanna, 1846, 195, per il quale, se è indubbio che il fondamento di una nazione «consiste nella sua coesione morale», è allo stesso modo altrettanto vero che «questa coesione morale non può però sperarsi che dalle *libertà politiche* fuori dalle quali tutto sarà incertezza, confusione, continui terrori; quindi non coesione, non forza, non *indipendenza nazionale*» (180).

³³ G. DURANDO, *Della nazionalità italiana*, cit., 176-177.

³⁴ G. DURANDO, *Della nazionalità italiana*, cit., 158.

«Sommo interprete» della volontà della Nazione era pertanto ritenuto il Re: il «capo supremo dello Stato»³⁵. E in quanto tale

«moderatore supremo dello Stato e custode degli interessi generale della nazione, del suo patrimonio storico e morale, origine di ogni potere regolatore, di tutto; un solo potere ereditario, epperò immutabile»³⁶.

Di qui l'esigenza di compenetrare le ragioni della rappresentanza parlamentare con quelle della rappresentanza monocratica ed ereditaria, procedendo, per questa via a

«un riordinamento politico da cui ne risultassero sapientemente contemperati gl'interessi della monarchia e delle credenze religiose con quelli della nazione e della civiltà»³⁷.

L'impianto teorico delineato nel 1846 dal Durando nella sua opera *Della nazionalità italiana* troverà ampi e significativi riscontri nella lettera dello Statuto che all'art. 2 espressamente sanciva il carattere «monarchico rappresentativo» dello Stato³⁸. La quadratura del cerchio tra monarchia e rappresentanza elettiva della nazione pareva essere stata finalmente raggiunta anche sul terreno costituzionale. E nel 1849 verrà raffigurata da Pietro Peverelli con le seguenti parole:

«Su questa via si doveva giungere e determinare una forma di governo che riunisse possibilmente i vantaggi ed evitasse i vizii di ambedue le forme estreme ... mentre la monarchia pura escludeva la nazione da ogni ingerenza nella direzione e nella trattazione dei proprii affari ... la seconda non offriva quel grado e di sicurezza e di forza che forma base e sostegno indispensabile di un regolare civile consorzio. Il problema quindi della forma di governo si risolveva nel combinare una giusta e regolare compartecipazione della nazione alla trattazione dei proprii affari colla conservazione del prestigio e dell'autorità inerente alla forma monarchica»³⁹.

³⁵ La definizione contenuta nell'art.5 dello Statuto tendente ad individuare nel Re il «Capo Supremo dello Stato» parrebbe destinata ad assumere, all'interno del regime costituzionale, «un contenuto concreto e non ... solo formale» (G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, cit., 116). Allo stesso tempo altri Autori han posto in evidenza come Carlo Alberto «concedendo lo Statuto aveva voluto dar vita a una sorta di monarchia limitata, nella quale la Corona non fosse soltanto un elemento formale, ma, investita della titolarità dell'esecutivo, partecipasse pure in modo determinante all'attività del potere legislativo e di quello giudiziario, andando con la sua azione ben oltre i limiti che le erano attribuiti secondo la visione costantiniana del *pouvoir neutre*» (C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia*, cit., 35-36). Scettico rispetto a tale lettura è, fra i tanti, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Statuto albertino*, cit., 985 per il quale «sarebbe davvero erroneo dare un soverchio peso alla sua lettera scritta».

³⁶ I.S. SPOTO, *Parlamento*, in *Digesto italiano*, Torino, 1906-1910, XVIII,152.

³⁷ G. DURANDO, *Della nazionalità italiana*, 176.

³⁸ Si tratta di una formula di indubbia pregnanza costituzionale a tal punto da ritenere possibile ritracciare in tale disposizione l'unico limite implicito ed assoluto al potere di revisione costituzionale. L'eventuale revisione dell'art. 2 St., comportando un radicale stravolgimento della forma di Stato, avrebbe inevitabilmente provocato il definitivo superamento del regime costituzionale fondato nel 1848. In questa norma è possibile, pertanto, rintracciare i caratteri genetici e i principi fondanti dell'ordinamento statutario, grazie ai quali se ne può ricostruire il contenuto essenziale. È quanto sosteneva nel XIX secolo L. A. MELEGARI, *Sunti delle lezioni di diritto costituzionale del sig. professore L.A.M. nell'Università di Torino per l'anno scolastico 1856-57, compilate da alcuni studenti per l'uso dei loro condiscipoli*, Torino, 1857, 160 secondo il quale un'eventuale riforma di questi principi di regime avrebbe fatalmente «scosso... le basi giuridiche fondamentali della nostra libertà». Per una più estesa e articolata ricostruzione della questione si rinvia a C. DE FIORES, *Revisione costituzionale e forma di governo. Il caso dello Statuto Albertino*, in *Dem. dir.*, 1995, 219 ss.

³⁹ P. PEVERELLI, *Comenti intorno allo Statuto del Regno*, Torino, 1849, 5.

Pietra angolare della rappresentanza nazionale all'interno dello Statuto albertino era l'art. 41 che testualmente recitava: «i deputati rappresentano la Nazione in generale». Si tratta di un principio direttamente mutuato dal diritto rivoluzionario e, in breve tempo, destinato a divenire il fondamento di «una nuova dogmatica politica»⁴⁰ (come ampiamente confermato dal suo progressivo recepimento nelle costituzioni europee nel corso del XIX secolo).

Sulle implicazioni di ordine costituzionale sottese a tale disposizione la dottrina ottocentesca si è più volte soffermata traendone alcune concordi conclusioni: a) tra legge, rappresentanza e nazione vi è un nesso inestricabile: «una disposizione o una legge, che restringe o modifica il libero arbitrio individuale, o impone sacrificio, non può aver forza se non quando è liberamente assentita dalla nazione, e per essa da un consenso che in forza di una libera elezione la rappresenti»⁴¹; b) «il diritto generale di sovranità appartiene a ciascun cittadino, e non si può delegare che per voto della maggioranza, ed in nome della nazione intera, ad una rappresentanza eletta»⁴²; c) «chi indirizza la politica dello Stato effettivamente è la sovranità nazionale»⁴³.

Si tratta di interpretazioni avanzate e, per molti aspetti, innovative sul terreno costituzionale, ma non in linea con l'opinione dominante che in quegli anni si era fatta assertrice di una diversa idea: lo Statuto era nato con un'impronta conservatrice e tale doveva rimanere.

A sostenerlo era anche un ampio orientamento dottrinale, in quegli anni, tenacemente impegnato a difendere una diversa concezione del diritto costituzionale e dello Statuto. Una concezione imperniata sull'antitesi tra principio di rappresentanza e principio elettivo, tra legittimazione politica e legittimazione democratica. E questo perché – anche per un raffinato giurista come Pietro Castiglioni – la nazione, per esistere e per potersi *integralmente* esprimere, doveva fondare la propria legittimazione non su una frammentaria e «litigiosa» compagine di eletti, ma sul «potere monarchico di rappresentanza sovrana»⁴⁴: il solo ed esclusivo fulcro della «rappresentanza individuata e sensibile della sovranità nazionale»⁴⁵. E se depositaria della sovranità della nazione era ritenuta la Camera, tanto più doveva esserlo allora il Senato⁴⁶, perché anche «la seconda Camera non può ormai più rappresentare una classe, un interesse particolare; ma sibbene come la prima e in concorrenza con essa rappresenta la Nazione»⁴⁷.

L'esito a cui approda la dottrina di epoca statutaria è, a questo punto, evidente: così come la Camera dei deputati non rappresenta né il corpo elettorale nel suo complesso, né i singoli collegi,

⁴⁰ C.A. BIGGINI, *Diritto costituzionale*, in ID., *Un secolo di progresso scientifico (1839-1939)*, Roma, 1939, 390.

⁴¹ P. PEVERELLI, *Comenti intorno allo Statuto del Regno*, cit., 18.

⁴² P. CASTIGLIONI, *Della Monarchia parlamentare*, Milano, 1859, I, 65.

⁴³ P. CASTIGLIONI, *Della Monarchia parlamentare*, Milano, 1860, II, 108.

⁴⁴ P. CASTIGLIONI, *Della Monarchia parlamentare*, cit., II, 107.

⁴⁵ P. CASTIGLIONI, *Della Monarchia parlamentare*, II, cit., 33.

⁴⁶ All'interno dell'organizzazione costituzionale, delineata dallo Statuto Albertino, particolare rilevanza occupava il Senato. La Camera Alta, come espressamente previsto dall'art. 33 St., era composta da «membri nominati a vita dal Re in numero non limitato aventi l'età di quarant'anni» e scelti tra definite categorie di cittadini: l'alto clero, l'esercito, la burocrazia, i cittadini investiti delle più elevate cariche all'interno dello Stato, i membri della Regia Accademia delle Scienze «coloro che con servizi o meriti eminenti avranno illustrato la patria» e quanti pagavano «tre mila lire d'imposizione diretta in ragione de' loro beni o della loro industria». Membri di diritto erano, invece, i principi della famiglia reale. Al Re spettava altresì la nomina del presidente e dei vicepresidenti del Senato (art. 35 St.). Di qui l'innestarsi di una spirale che imprimendo alla Camera Alta una caratterizzazione ideologica spiccatamente conservatrice tenderà a trasformare questo ramo del Parlamento in uno straordinario avamposto politico, surrettiziamente utilizzato dalla Corona (soprattutto in una prima fase) per modellare gli assetti politico-istituzionali della nazione, in modo conforme agli interessi dei ceti sociali dell'*Ancien Régime* e dei privilegi dinastici.

⁴⁷ L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, Firenze, 1869, II, 155 per il quale l'unico discrimine esistente tra Camera e Senato sarebbe dipeso dal diverso modo di «incarnare» la rappresentanza nazionale: «alla seconda Camera si chiede prudenza, circospezione, temperanza; mentre dalla prima si vuole l'energia, il progresso; ma nell'interesse della Nazione tutte queste qualità debbono applicarsi allo stesso subbietto».

ma la nazione, allo stesso modo anche «il Senato non rappresenta né il Monarca né una casta, ma la nazione» sebbene nelle sue espressioni più retrive e «nella sua parte moderata e conservatrice»⁴⁸.

Come la Camera, anche il Senato veniva quindi raffigurato dalla dottrina ottocentesca come parte integrante della rappresentanza nazionale: «organo del sapere, del volere e del potere della nazione»⁴⁹. Eppure, il Senato non era espressione diretta del voto della nazione, dal momento che i suoi membri venivano scelti dal Re fra determinate categorie di cittadini.

La situazione, venutasi configurando sul piano dei rapporti tra i poteri dello Stato, era pertanto alquanto anomala. E veniva surrettiziamente giustificata dalla prevalente dottrina a partire dall'esigenza di non lasciare «il monarca ... isolato a fronte di un'assemblea nominata direttamente dalla nazione»⁵⁰. Ciò non poteva essere ammesso. Né tanto meno poteva essere consentita la concentrazione del monopolio della volontà della nazione in un solo organo e per di più elettivo:

«il dare insomma un solo organo alla formazione ed espressione della volontà nazionale, si è rendere codesta formazione ed espressione troppo subitanea, precipitosa e inconsiderata»⁵¹.

Era questo il ruolo costituzionale che la Camera Alta si era ritagliato: essere un argine nei confronti delle smanie e delle inquietudini della Camera bassa. Non è un caso che soprattutto nei primi anni di vita dello Statuto, il Senato, assunta l'originale configurazione di *consilium principis*, tenderà a porsi e ad agire quale luogo di presidio e salvaguardia della conservazione del sistema⁵².

4. Lo scioglimento della Camera dei deputati quale sensore di rilevazione degli assetti della forma di governo

La dottrina sulla rappresentanza nazionale "divisa" tra Senato e Camera dei deputati poneva più problemi di quanti in realtà non ne risolvesse, soprattutto in ragione degli stridenti interrogativi che tale raffigurazione inevitabilmente sollevava. Camera e Senato rappresentavano la stessa nazione? O piuttosto due nazioni differenti connotate da istanze diverse, interessi diversi, valori diversi e in molti casi addirittura conflittuali? E cosa sarebbe accaduto a fronte di una volontà discordante tra Senato e Camera? Quale di queste volontà sarebbe prevalsa? Quella manifestata dal ramo nominato dalla Corona o quella espressa dal ramo elettivo? E con quali strumenti costituzionali sarebbe stato possibile sancire la prevalenza di una Camera sull'altra?

La risposta formulata in dottrina, nel corso dell'età statutaria, è netta e mal si presta ad equivoci di sorta: in caso di contrasto fra le due Camere bisogna «sciogliere il Parlamento (cioè la Camera elettiva o dei deputati) per interrogare e consultare il paese chiamandolo a nuove elezioni dei deputati»⁵³.

Solo attraverso «il voto della Camera nuova»⁵⁴ sarebbe stato pertanto possibile offrire rinnovata legittimazione politica alla rappresentanza nazionale. Così come solo attraverso l'appello alla

⁴⁸ P. CASTIGLIONI, *Della Monarchia parlamentare*, cit., II, 50.

⁴⁹ L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, Firenze, 1884, II, 412.

⁵⁰ L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 328.

⁵¹ L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 318.

⁵² Soprattutto nella prima fase, la Corona tenderà ad esercitare in modo pressoché assoluto ed incondizionato tale prerogativa, promuovendo - attraverso la nomina oculata di esponenti di spicco della grande proprietà terriera, della burocrazia e del potere militare - la formazione di un indirizzo marcatamente reazionario all'interno del Senato. Sul punto, in particolare, N. ANTONETTI, *Gli invalidi della Costituzione. Il Senato del Regno 1848-1924*, Roma-Bari, 1993, 23 ss.

⁵³ L. FIORENTINI, *Guida alla politica del popolo italiano*, Napoli, 1867, 65.

⁵⁴ G. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, 1913, 281.

nazione si sarebbe potuto impedire che il protrarsi dei conflitti e della «*lotta delle due Camere*» potesse degenerare a tal punto da venire «*sacrificato il bene della nazione*»⁵⁵.

Soluzioni di altro tipo non sarebbero state esperibili. Per prassi, di fronte all'estenuante protrarsi del *conflitto tra i due rami del Parlamento* (uno "vitalizio", l'altro sottoposto a periodiche elezioni), il Re aveva a sua disposizione una sola scelta, per molti versi obbligata⁵⁶: lo scioglimento della Camera dei deputati⁵⁷.

Ed è proprio a partire da questa cognizione che va letto l'art. 9 St. e la sua congenita pretesa di coniugare, sul terreno costituzionale e politico, volontà regia e volontà della nazione, principio ereditario e principio elettivo. La *ratio* sottesa alla disposizione statutaria era pertanto duplice: da una parte superare le «crisi politiche» affidandone la soluzione al Re nella sua veste di «supremo compositore dei dissidi ed ultimo arbitro»⁵⁸, dall'altra ricostituire «l'accordo fra gli organi costituzionali dello Stato»⁵⁹. Non è un caso che il pronunciamento del corpo elettorale era, da più parti, ritenuto in grado di *conformare* politicamente non solo le decisioni della neoeletta Camera dei deputati, ma indirettamente anche l'indirizzo politico del Senato che – si era soliti sostenere – mai avrebbe potuto «*attraversare ostinatamente ed invincibilmente il voto della nazione e soggiogare una savia libertà a una meticolosa e retriva prudenza*»⁶⁰. Di qui la convinzione, alquanto diffusa soprattutto nella dottrina di fine Ottocento, che la

⁵⁵ P. CASTIGLIONI, *Della Monarchia parlamentare*, cit., II, 49.

⁵⁶ Non lo sarà più quando, al fine di garantire una maggiore omogeneità politica fra i due rami del Parlamento, si inizierà massicciamente a ricorrere allo strumento delle *informate*, funzionalmente proteso a scongiurare nuovi e irridimibili contrasti fra le Camere. Il punto è efficacemente colto da S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., 135-136 che rileva come «il Re può influire sulla Camera dei deputati, sciogliendola e indicando le elezioni generali, così, in riguardo al Senato, che non può sciogliere né con atto generale, né con la revoca dei singoli senatori che sono nominati a vita, egli può determinare una modificazione dell'assemblea, immettendovi altre persone». È quanto avvenne già nel corso del decennio cavouriano quando il potere di nomina dei componenti della Camera Alta risultò essere ampiamente condizionato dall'esecutivo, al fine di assicurare una maggiore e più proficua stabilità degli equilibri politici di governo. Nel corso dei governi Cavour furono nominati ben 158 senatori, tutti tendenzialmente favorevoli alla politica governativa. Ciò non deve tuttavia indurre a ritenere che il ruolo della Corona nelle informate del periodo cavouriano sia stato marginale o del tutto passivo. La politica regia anche in quella fase è stata caratterizzata da un perdurante interventismo e dal determinante appoggio della Corona al disegno politico dei moderati. Ciò indurrà la monarchia ad assicurare una significativa presenza della borghesia industriale nella Camera Alta (per valorizzarne ulteriormente il peso politico soprattutto a fronte delle prime mobilitazioni del movimento operaio) e a monitorare attentamente le proposte espresse dal Gabinetto, scegliendo direttamente quelle personalità di indirizzo cavouriano più vicine alla Corona. A questo proposito va altresì rammentato che il re disponeva anche del potere di nomina del Presidente e dei Vicepresidenti del Senato (art. 35 St.), due figure che restavano in carica per lunghi periodi intrattenendo un rapporto privilegiato non solo con la Corona, ma anche con il Gabinetto. Nel corso dell'età cavouriana non si assisterà, pertanto, ad alcun risolutivo passaggio dal regime monarchico costituzionale puro ad una forma di governo parlamentare in senso compiuto. La progressiva dilatazione *contra constitutionem* dei poteri del *premier* – per quanto significativa – si rivelerà, anche in quell'occasione, precaria, instabile, reversibile in ragione del protrarsi della strisciante ed estenuante divisione del governo fra Corona e Gabinetto. Sulle origini di questa prassi e sul modello inglese delle *informate* cfr. A.S. TURBERVILLE, *The House of Lords in the XVIIIth century*, Westport, 1970, 137 ss.; E.C.S. WADE - G. PHILLIPS, *Constitutional Law*, 1970, 100 ss.; D. MACK SMITH, *Vittorio Emanuele*, Bari, 1965, 32 ss.; N. ANTONETTI, *Gli invalidi della Costituzione*, cit., 93 ss.

⁵⁷ È quanto avvenne, in particolare, in occasione del quarto scioglimento (20 novembre 1853), conseguente all'imporsi di un insanabile contrasto fra le Camere, sorto a seguito della mancata approvazione in Senato della legge che affidava alla Banca nazionale il servizio della tesoreria generale dello Stato. La bocciatura di tale riforma, esprimendo in modo inequivocabile l'ennesimo tentativo di "boicottaggio" sortito dell'estrema destra (particolarmente forte nella Camera Alta) verso la politica del "connubio", testimoniava in modo del tutto coerente la natura e la radicalità dello scontro politico maturato nei primi anni cinquanta ai vertici dello Stato fra un Governo sostenuto dalla Camera elettiva e il Re appoggiato dal Senato. Sul punto si veda C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d' Italia 1849-1994*, cit., 76-77.

⁵⁸ F. RACIOPPI - I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, I, 464.

⁵⁹ E. CROSA, *La Monarchia nel diritto pubblico*, Torino, 1922, 140.

⁶⁰ P. CASTIGLIONI, *Della Monarchia parlamentare*, cit., II, 49. Secondo quest'opinione, alquanto diffusa in dottrina, a seguito di elezioni non solo la Camera dei deputati, ma anche il Senato - per sintonizzarsi con la volontà della nazione -

«dissoluzione lungi dall'essere una negazione dei diritti della nazione ne è anzi la conferma, perocché vuol dire un appello alla stessa, affinché vegga di comporsi meglio a unità di voleri, perché chiarisca la vera opinione e illumini la Corona sui veri sentimenti del paese »⁶¹.

E alle stesse conclusioni approda anche parte della dottrina del periodo repubblicano che confuta duramente quell'interpretazione che vede nello scioglimento regio un «istituto antidemocratico»⁶², trattandosi di un potere funzionalmente diretto «a far prevalere sulla volontà del corpo degli eletti la volontà del corpo degli elettori»⁶³ e a conformare a questa volontà anche l'azione del Gabinetto, del Senato regio e della stessa Corona.

Ed è indubbio che così fu in molti momenti della storia costituzionale italiana. Ma non sempre. Vi è un aspetto nell'atteggiamento costituzionale assunto dalla Corona nei confronti dello Statuto con il quale dobbiamo fare i conti. Un dato genetico destinato a rimanere immutato nel corso della sua storia: la monarchia sabauda non ha mai riconosciuto il principio democratico, «non accetta la sovranità parlamentare e, neppure senza riserve, la sovranità del corpo elettorale. Giudica il comportamento della Camera e quello degli elettori»⁶⁴.

In assenza di tale premessa non comprenderemmo per quale ragione, soprattutto in talune cruciali fasi della storia costituzionale italiana, il potere di «dissoluzione della Camera dei deputati» sia stato surrettiziamente utilizzato dalla Corona per blindare in senso antidemocratico le dinamiche politiche e istituzionali, sgombrando la nazione da compagini scomode e da assemblee politicamente avverse agli interessi dinastici.

Di qui l'esigenza di fare i conti con la matrice costituzionale dello scioglimento all'interno dello Statuto albertino che non era certamente quella di assicurare una corretta fisiologia della rappresentanza democratica, quanto piuttosto quella di arginare nella maniera più energica possibile le insidie sottese al principio elettivo. Insomma, una vera e propria sanzione «indispensabile per contenere l'onnipotenza delle Camere e quindi le loro follie»⁶⁵.

Non è un caso che il potere di scioglimento sia stato, in più occasioni, adoprato dalla Corona come «un'arma di vecchio assolutismo»⁶⁶: una sorta di *actio finium regundorum* attraverso la quale il Re non esiterà a imporre, in alcuni momenti cruciali della storia nazionale, la volontà della monarchia

avrebbe dovuto necessariamente conformarsi al responso delle urne. Ecco perché «l'indipendenza dallo scioglimento, che sembra un vantaggio per il Senato, è proprio ciò che lo rende debole: perciocché non può il medesimo mai parlare alto in rappresentanza del popolo» (F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., 514). Il punto è efficacemente colto da S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., 135-136 che rileva come «il Re può influire sulla Camera dei deputati, sciogliendola e indicando le elezioni generali, così, in riguardo al Senato, che non può sciogliere né con atto generale, né con la revoca dei singoli senatori che sono nominati a vita, egli può determinare una modificazione dell'assemblea, immettendovi altre persone».

⁶¹ L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 384-385.

⁶² M.L. MAZZONI HONORATI, *Aspetti giuridici e prassi costituzionale dello scioglimento delle Camere nell'ordinamento repubblicano italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, 1308.

⁶³ M.L. MAZZONI HONORATI, *Aspetti giuridici e prassi costituzionale dello scioglimento delle Camere*, cit., 1309.

⁶⁴ G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, cit., 168.

⁶⁵ L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 384.

⁶⁶ G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale. Storia e dottrina*, Napoli, 1903, 362. Aderendo a un'interpretazione letterale della carta costituzionale del 1848 il Monarca si trovava - formalmente e sostanzialmente - nelle condizioni di poter esercitare in modo del tutto discrezionale il potere di scioglimento, senza che ciò potesse essere ritenuto un uso arbitrario o abusivo di tale prerogativa. Anche perché - come si era soliti sottolineare in dottrina - in tutte le «monarchie sinceramente costituzionali ... questo diritto è assoluto. E a gran ragione, anzi è uno dei più essenziali, forse il più essenziale della Corona» (L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 383). Sul potere di scioglimento inteso come «attività essenzialmente libera» si veda anche E. CROSA, *La Monarchia nel diritto pubblico*, cit., 117.

sulla volontà popolare, assumendo quale pretesto esclusivo che «l'opinione della maggioranza della Camera non fosse in armonia con quella del paese»⁶⁷.

Certo, trovandosi ad operare all'interno di un contesto di tipo costituzionale il re non avrebbe potuto disinvoltamente agire, come i suoi predecessori, *legibus solutus*. I suoi poteri e le sue funzioni erano giuridicamente delimitate. E delimitato era anche il potere di scioglimento⁶⁸. Delimitazioni che non incideranno però – se non in minima parte - sull'esercizio sostanziale di questo potere, consentendo al Re di disporre *materialmente* del suo impiego e di minacciarne ripetutamente l'utilizzo. Rivendicando l'esercizio sostantivo dei poteri conferitogli dall'art. 9 St., la monarchia intendeva così riaffermare la propria funzione di medium politico degli interessi della nazione e di «interprete suprema dell'opinione pubblica dominante nel paese»⁶⁹. Una sorta di «potere sovrano» che avrebbe consentito alla Corona di «dissolvere» la Camera bassa ogni qual volta «essa dubiti ragionevolmente che la maggioranza parlamentare e il Gabinetto insieme più non corrispondano al sentimento della nazione»⁷⁰.

Di qui il progressivo stabilizzarsi dello scioglimento quale «mezzo di pressione politica»⁷¹ in grado di intercettare la volontà della nazione, ma anche di correggere i suoi sbandamenti. Perché «è verissimo che la Camera rappresenta la nazione, ma nemmeno la nazione è infallibile, e può errare nelle sue elezioni»⁷².

Di qui il rinvio, più volte operato in letteratura, alla dibattuta questione del *doppio scioglimento* della Camera. La dottrina assumendo quale ricorrente parametro di discernimento storico lo «scioglimento di Moncalieri» (novembre 1849)⁷³ lo ha in più occasioni definito «anticostituzionale»

⁶⁷ M. MANCINI - U. GALEOTTI, *Norme ed usi del parlamento italiano. Trattato pratico di diritto e procedura parlamentare*, cit., 664-665.

⁶⁸ Lo Statuto investiva il Monarca di precisi obblighi, primo fra tutti quello di convocare la Camera neo-eletta «nel termine di quattro mesi» (art. 9 Stat.). Obiettivo di questa disposizione era quello di assicurare il rapido ripristino delle dinamiche parlamentari. Un ulteriore vincolo che il Re era chiamato a rispettare nell'esercizio di tale potere concerneva l'obbligo di emanare simultaneamente al decreto di scioglimento anche il decreto di proroga o di chiusura di sessione, secondo quanto espressamente enunciato dall'art. 48 dello Statuto («Le sessioni del Senato e della Camera dei deputati cominciano e finiscono nello stesso tempo»). La ragione di tale disposizione, com'è stato avvedutamente evidenziato in dottrina, dev'esser fatta risalire al principio bicamerale «al quale ripugna, sia per la natura idealmente e funzionalmente unitaria del Parlamento, sia per l'esigenza di mantenere il bilanciamento tra le sue due componenti, che una d'esse possa operare mentre l'altra... risulta paralizzata» (P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari. I. Teoria e pratica dello scioglimento dalle origini al parlamentarismo razionalizzato*, Milano, 1984, 45-46).

⁶⁹ D. FERRACCIU, *Contributo allo studio della funzione regia nel governo di gabinetto*, Milano, 1902, 41.

⁷⁰ D. FERRACCIU, *Contributo allo studio della funzione regia nel governo di gabinetto*, cit., 41. Su posizioni non dissimili L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, cit., 93 per il quale nel caso in cui l'indirizzo politico risultasse coartato «dall'opera ed intrigo della violenza di un partito e ...i deputati eletti non rappresentino più l'opinione del Paese... il Re conserva ancora la facoltà di fare un appello alla Nazione, onde conoscere se l'opposizione sia concentrata alla Camera, ovvero abbia le sue radici nel pubblico voto».

⁷¹ P. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, cit., 51.

⁷² L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 383-384.

⁷³ Vittorio Emanuele II, succeduto al padre Carlo Alberto, all'indomani della sconfitta militare subita con la prima guerra d'indipendenza, decise indire nuove elezioni per avere dal popolo quel consenso alla ratifica del trattato di pace che la Camera dei deputati gli aveva negato. Ricorrendo allo scioglimento la monarchia puntava a ribaltare l'orientamento politico prevalente fra i deputati che, in aperto contrasto con la politica militare regia, si era dimostrato fino a quel momento favorevole ad una ripresa delle operazioni militari. Il risultato elettorale, smentendo clamorosamente le previsioni del re, segnò un ulteriore rafforzamento della componente filo-interventista. Di qui la decisione di Vittorio Emanuele II di procedere nel novembre 1849 (dopo nemmeno quattro mesi di funzionamento della Camera neo-eletta) ad un nuovo scioglimento. Le elezioni furono però questa volta precedute dall'emanazione del discusso "proclama di Moncalieri" (20 novembre 1849), con il quale la Corona (nel tentativo di condizionare la volontà dell'elettorato) rivolse un pressante appello al popolo, affinché, sostenendo le componenti politiche contrarie ad una ripresa del conflitto bellico, scongiurasse l'altrimenti inevitabile crollo del regime costituzionale: «Giammai sinqui la Casa Savoia non ricorse invano alla fede, al senno, all'amore de' suoi popoli. Ho dunque il diritto di confidare in loro

e «nettamente antiggiuridico»⁷⁴. In realtà, lo scioglimento del 1849, lungi dal rivestire un carattere eversivo e «antigiuridico», risulta essere – a parer nostro – costituzionalmente conforme e politicamente funzionale (sia in relazione alle forme adottate, sia in considerazione dei soggetti istituzionali coinvolti) alle dinamiche proprie di un regime monarchico-costituzionale puro⁷⁵.

Un regime nel quale cioè il «corpo elettorale non è sovrano: esso interviene quante volte il re ritenga necessario; il suo responso non ha valore definitivo; il monarca può sciogliere a suo piacimento e ripetutamente fino a che una nuova maggioranza agisca in modo conforme ai suoi desideri»⁷⁶.

Altra questione (seppur a quest'ultima parzialmente connessa) è infine quella concernente la legittimità del doppio scioglimento *preventivo*, configurabile nell'ipotesi in cui la Camera dei deputati appena eletta venisse dal Re sciolta. E quindi prima ancora di insediarsi o di iniziare ad operare. Diversamente dal caso precedente, uno scioglimento della Camera dei deputati che intervenisse ancor prima dell'avvio della legislatura è stato, a ragione, ritenuto in dottrina costituzionalmente illegittimo (anche a fronte di una forma di governo monarchico-costituzionale pura)⁷⁷, oltre che foriero di non pochi rischi per la stessa sopravvivenza dello Statuto.

Tale soluzione, implicando l'annullamento della volontà del popolo, avrebbe fatalmente favorito l'innestarsi di un conflitto permanente tra popolo e monarchia destinato provocare un'insanabile rottura costituzionale⁷⁸, se non addirittura «la distruzione del sistema stesso»⁷⁹.

nell'occasione presente, e di tener fermo che uniti potremo salvar lo Statuto e il Paese dai pericoli che lo minacciano» (il proclama di Moncalieri, è integralmente pubblicato in Camera dei deputati (a cura della), *Il Parlamento italiano*, I, Roma, 1988, 256). E questo voleva dire che semmai dalle elezioni fosse (ancora una volta) emerso un orientamento contrario alla politica regia «non ci sarebbe stata altra soluzione che l'abdicazione del Re ovvero l'abrogazione dello Statuto» (D. MACK SMITH, *Vittorio Emanuele II*, cit., 19). La «minaccia» insita nel *Proclama di Moncalieri*, pur rappresentando un evidente tentativo di condizionamento della libertà dell'elettore, non appare tuttavia configurabile come un «un colpo di stato... un attentato... al regime parlamentare». (G. PERTICONE, *Il Regime Parlamentare nella storia dello Statuto Albertino*, Roma, 1960, 20-21). E ciò per l'ovvia ragione che nessun tipo di regime parlamentare si era venuto configurando in quella fase storica in Piemonte.

⁷⁴ E. CROSA, *La Monarchia nel diritto pubblico*, cit., 117 e 141. Sul punto si veda, altresì, F. RACIOPPI - I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., 459; ; M. MANCINI - U. GALEOTTI, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, cit., 665; G. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, cit., 562; A. MORELLI, *Il Re*, Bologna, 1899, 617 e D. FERRACCIU, *Contributo allo studio della funzione regia nel governo di gabinetto*, cit., 39 che ritiene legittima tale soluzione nell'ipotesi in cui la Nazione venga tratta «in inganno nel giudicare i suoi veri interessi, appunto perché si lascia guidare troppo facilmente dall'impulso del sentimento e dalla forza delle passioni partigiane; e quel che è peggio in taluni casi, quei giudizi possono essere del tutto contrari, agli interessi fondamentali ed alle supreme esigenze dello Stato... La Corona ... deve continuamente vigilare, in forza della sua posizione, a che le imperiose necessità della vita nazionale non vengano compromesse od impedito... da faziosi travestimenti della politica di partito».

⁷⁵ In questo senso P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., 232. E da ultimo P. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, cit., 50.

⁷⁶ G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, 1948, 30-31.

⁷⁷ Sul punto, persuasivamente, E. CROSA, *La Monarchia nel diritto pubblico*, cit., 141 che scriveva: «La camera è un organo vincolato agli elettori da rapporti di rappresentanza esclusivamente politica, i rapporti giuridici dell'organo elettorale colla camera si esauriscono totalmente coll'elezione. Desumere la volontà della camera, non da una manifestazione sua concreta, ma dal voto degli elettori, è elevare legalmente la fiducia e la scelta che guidano questi al valore di mandato imperativo escluso dalla costituzione e dall'ordinamento dello stato moderno».

⁷⁸ Sul punto, persuasivamente, E. CROSA, *La Monarchia nel diritto pubblico*, cit., 141 che scriveva: «La camera è un organo vincolato agli elettori da rapporti di rappresentanza esclusivamente politica, i rapporti giuridici dell'organo elettorale colla camera si esauriscono totalmente coll'elezione. Desumere la volontà della camera, non da una manifestazione sua concreta, ma dal voto degli elettori, è elevare legalmente la fiducia e la scelta che guidano questi al valore di mandato imperativo escluso dalla costituzione e dall'ordinamento dello stato moderno».

⁷⁹ P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., 153.

5. Un re «per grazia di Dio e volontà della Nazione» e gli incerti sviluppi del sistema parlamentare.

Una volta venuta meno l'epoca dei "governi della Corona" (1848-1952), anche il Re comincerà progressivamente a confrontarsi con le dinamiche e gli istituti tipici delle monarchie costituzionali. Di qui il fiorire di una dottrina sconfinata, ma quanto mai divisa al suo interno tra chi vedeva nel re "semplicemente" un «potere moderatore»⁸⁰, un organo «neutro»⁸¹, una sorta di «arbitro» della vita della nazione⁸² e chi invece era solito raffigurare la Corona come il vertice politico delle istituzioni, se non addirittura «la personificazione della volontà dello Stato»⁸³; «l'*organo sovrano*» per antonomasia che «pone e mantiene in movimento lo Stato»⁸⁴; l'istituzione posta, in posizione gerarchica, al di sopra di tutti gli altri organi costituzionali, poiché «occupa il primo e il più splendido luogo fra i grandi poteri fra i quali ... va divisa la sovranità di fatto»⁸⁵; il potere legittimato a intervenire, soprattutto nelle fasi di crisi del sistema, per esercitare la «*plenitudo potestatis* caratteristica della monarchia assoluta»⁸⁶.

Due orientamenti contrapposti, ognuno dei quali sorretto da elementi di verità. Perché ciò che caratterizzerà la condotta della monarchia in quegli anni fu proprio il suo atteggiamento equivoco sul terreno costituzionale. Un atteggiamento ambivalente destinato a fare del re una sorta di Giano del sistema: da una parte *pouvoir neutre* e in quanto tale prevalentemente proteso ad assolvere compiti di "mediazione istituzionale"; dall'altro *pouvoir politique* consapevole della sua forza e pronto a contrapporsi agli organi rappresentativi in nome e per conto degli interessi della nazione (soprattutto nelle fasi di crisi del sistema)⁸⁷. Ciò che è certo è che semmai dovessimo considerare

⁸⁰ L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, cit., 33.

⁸¹ A. PIERANTONI, *Trattato di diritto costituzionale*, Napoli, 1873, 260.

⁸² F. RACIOPPI - I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., 464

⁸³ A. MORELLI, *Il Re*, cit., 1.

⁸⁴ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, I, 202.

⁸⁵ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 202.

⁸⁶ E. CROSA, *La Monarchia nel diritto pubblico*, cit., 5.

⁸⁷ Dopo una prima fase storica contrassegnata dai "governi del re" (1848-1852), le compagini ministeriali iniziarono a reggersi su un "duplice rapporto di fiducia" (verso il Re e verso il Parlamento). Contrariamente a quanto viene generalmente sostenuto in dottrina, tale passaggio, pur provocando il definitivo superamento del governo monarchico-costituzionale non significherà tuttavia l'avvento del regime parlamentare. La forma di governo nell'Italia monarchica fino all'avvento del fascismo sarà infatti caratterizzata *anche* - ma non *esclusivamente* (come avviene nei regimi parlamentari) - dall'esistenza di un rapporto di fiducia fra Gabinetto e Camera elettiva. E questo perché la Corona continuerà ad esserne parte attiva (forma di governo *duale*). Prova ne sia che, in non pochi casi, il Re ha mantenuto in carica governi privi del sostegno della Camera (si pensi, ad esempio, al primo Governo Rattazzi, ai Governi Menabrea o al quarto Ministero Crispi), così come ha indotto alle dimissioni dei ministeri che, seppur sorretti dalla fiducia della Camera, avevano però avviato un'azione di governo ritenuta contrastante con l'indirizzo politico e gli interessi della Corona (primo governo Di Rudini; secondo governo Facta). Inoltre, Casa Savoia ha sempre conservato un ruolo decisivo nella determinazione della politica estera e nella scelta dei capi dei dicasteri militari. Circa l'origine del sistema parlamentare in Italia le posizioni appaiono pertanto alquanto variegate in dottrina. Secondo un primo orientamento il regime albertino avrebbe operato, sin dalla sua instaurazione, secondo le dinamiche tipiche di un regime parlamentare (così S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1946, 355 ss.; V. MICELI, *Carattere giuridico del governo costituzionale con speciale riguardo al diritto positivo italiano. Studio II. Il Gabinetto*, Perugia, 1894, 36 ss.; O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Milano, 1947, 163 ss.). Secondo altri bisognerà invece attendere il decennio cauvouriano (così L. RAGGI, *Sul fondamento giuridico del Governo parlamentare in Italia*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, 466 ss.; M. LA TORRE, *Cento anni di vita politica amministrativa italiana. 1848-1948*, I, Firenze, 1952, 16 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1987, 326), se non addirittura gli ultimi anni del regno di Vittorio Emanuele II (così P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1967, 12-13). In realtà, come è stato efficacemente evidenziato in dottrina, «la presunta instaurazione di un regime parlamentare per giunta "a primo ministro" è un falso storico» (G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani*, cit., 88). La forma di governo dell'Italia monarchica continuerà permanentemente a reggersi attorno a questi «due principi»: principio elettivo e principio monarchico (A. MASTROPAOLO, *L'enigma presidenziale. Rappresentanza politica e capo dello Stato dalla monarchia alla repubblica*, cit., 24). L'unico tentativo di dare al sistema

valida la tradizionale e incerta alternativa tra «i Re che regnano e quelli che governano (anche), si può senz'altro collocare il Monarca statutario nella seconda categoria»⁸⁸.

È da qui che bisogna partire per comprendere le origini e gli sviluppi del «costituzionalismo debole»⁸⁹ che hanno plasmato le modalità di funzionamento dei sistemi di governo nell'Italia monarchica. Ma anche il disagio della dottrina alle prese con una forma di governo evanescente e camaleontica, a tal punto da indurre finanche i giuristi del Novecento a escogitare classificazioni quanto mai estroverse e inafferrabili: «regime pseudo-parlamentare»⁹⁰, «sistema parlamentare imperfetto»⁹¹, «regime parlamentare improprio»⁹²...

Sebbene molteplici e particolarmente complesse siano state le ragioni che hanno impedito il compiuto realizzarsi del regime parlamentare in Italia nel corso del XIX secolo, v'è una causa che, a nostro modo di vedere, è destinata ad assumere una valenza preponderante su tutte le altre. Ci si riferisce alla debolezza della borghesia italiana dell'Ottocento. Una classe «costretta a patteggiare le condizioni del proprio sviluppo con i ceti precostituzionali», ma che «dall'altra non ha capacità integrativa nei confronti dei ceti emergenti e si riduce essa stessa a uno strato sottile insufficiente a sorreggere le "sue" istituzioni»⁹³.

Di qui la congenita incapacità della borghesia di ergersi a classe *generale* della nazione, di produrre egemonia politica, di plasmare l'organizzazione dello Stato. Né vi è da stupirsi: la borghesia progredita e innovatrice vagheggiata da Carlo Cattaneo dopo il '48 si era fatalmente dissolta. I timori di una "involuzione" democratica del sistema l'avevano indotta a porsi sotto la protezione della monarchia e a perseguire, sotto la sua guida, politiche marcatamente conservatrici⁹⁴. Ed è da questi timori che scaturirà anche l'improvvisa decisione della borghesia di rescindere, una volta per tutte, ogni vincolo ideologico e ogni rapporto politico con la cultura rivoluzionaria. Una tendenza mirabilmente declinata dalla stessa dottrina costituzionalistica che proprio in quegli anni non tarderà a individuare nella Corona, l'unico e reale punto di sintesi del nuovo assetto costituzionale, il solo in grado di coniugare nazione e costituzione.

Nel suo celebre *Corso di diritto costituzionale*, Luigi Palma a tale riguardo scriveva:

«Cheché ne sia di una tal questione in genere, è certo che l'Italia, quando ha voluto ricostituirsi a Nazione, coi suoi plebisciti ha deciso di assicurar meglio la sua unità, indipendenza e libertà, ponendo a capo dello Stato un monarca ereditario anziché un presidente eletto volta per volta. Come fu detto da un patriota di parte politica estrema, in Italia la repubblica ci divide la monarchia ci unisce. La nazione ha inteso che a voler fare il capo elettivo era tener sempre aperte le porte alle forze dissolvitrici delle gelosie regionali, delle fazioni politiche o religiose, attentar continuamente alla pace e all'unità nazionale; la monarchia ereditaria creava un centro, una forza inestimabile di

una forma parlamentare compiuta venne perseguito da Giovanni Giolitti che pose la questione della riforma dello Statuto e provò a tracciare le condizioni politiche per instaurare «un più stretto rapporto tra Governo e Parlamento, esaltando le prerogative di quest'ultimo e limitando quelle della Corona ... Ma i fatti gli diedero torto. Il parlamento non comprese il piano giolittiano di un rilancio istituzionale, la Corona non accettò il ridimensionamento delle sue attribuzioni» (C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1849-1994*, cit., 338).

⁸⁸ G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani*, cit., 26.

⁸⁹ G. REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, cit., 13.

⁹⁰ G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, cit., 139 ss.

⁹¹ U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 431.

⁹² E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, cit., 230.

⁹³ G. AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2006, 48.

⁹⁴ Cfr. L. SALVATORELLI, *Pensiero e azione del Risorgimento* [1943], Torino, 2011, 136 che così sintetizza questa (apparente) contraddizione: «La bandiera rossa levatasi nel Quarantotto a simbolo del proletariato, della repubblica sociale, fu lo spavento e il ribrezzo della borghesia, di quella liberale non meno che della conservatrice».

unità e di ordine, e quindi di più salda e vera libertà. Perciò si é adottato lo statuto del Re Carlo Alberto. Noi dunque non abbiamo che a precisarne il senso e il valore giuridico»⁹⁵.

Né avrebbe potuto essere diversamente. La monarchia si era conquistata la propria legittimazione politica e costituzionale sul campo. Era stata casa Savoia ad avere concesso la Costituzione. E solo ad essa spettava ora il compito di edificare la nazione.

La formula impiegata dal Saredo, secondo la quale l'Italia è stata «fatta *nazione* dalla monarchia costituzionale»⁹⁶, esprimeva compiutamente questo tipo di narrazione politica e giuridica che poneva, ancora una volta, la monarchia a fondamento del binomio nazione-costituzione. Un paradigma destinato a trascinarsi fino al XX secolo, epoca nella quale il re continuerà ad essere, da più parti additato, come il supremo «custode della sovrana volontà nazionale che in lui si concreta»⁹⁷; «l'io della nazione, della cui maestà egli appunto è il custode»⁹⁸; il più alto momento di «espressione della coscienza nazionale»⁹⁹.

La direzione monarchico-moderata del processo risorgimentale aveva fatto sì che il soggetto cardine della nazione non fossero i ceti sociali emergenti della borghesia produttiva descritti da Sieyès, ma la Corona:

«la sacra tutrice delle patriottiche tradizioni del popolo italiano, il palladio delle idealità del progresso nazionale, il centro di conversione di tutte le forze vive e le operose energie dei cittadini, il fulcro luminoso d'ogni sorta di virtù pubbliche e private, il modello invidiabile dei buoni costumi e della più squisita educazione nazionale, la fonte inesauribile dei dolci conforti nei momenti di dolore profondo della nazione ...»¹⁰⁰.

È in ciò che risiedeva la cd. «vocazione nazionale» di Casa Savoia destinata a pervadere ogni aspetto politico e ogni dimensione costituzionale della funzione regia. Compresa la *lex salica* sulla trasmissione del titolo dinastico, anch'essa ostentata quale suprema ed autentica espressione dei «bisogni di una Nazione»¹⁰¹.

Tutto ciò contribuirà a fare della Corona il perno politico dell'unità nazionale, il punto di congiunzione tra passato e futuro, tra conservazione e innovazione, tra vecchio e nuovo. Un nesso ambivalente, ma allo stesso tempo inestricabile destinato a materializzarsi - sotto forma di sintesi - per mezzo della celebre formula introdotta dalla L. 21 aprile 1861, n. 1 (*Legge sulla intitolazione degli atti*) che definiva il Re tale per «grazia di Dio e volontà della Nazione»:

«un'espressione questa quanto mai manipolativa e mistificante, anche oltre ogni limite dell'immaginazione, ma non più revocabile»¹⁰².

Obiettivo, sotteso a questa singolare formula, era proprio quello di coniugare ciò che coniugabile non era: la tradizione legitimista con i principi dello Stato moderno, l'*ancien régime* con le ragioni del costituzionalismo, la grazia divina con la volontà del popolo. Una discrepanza concettuale

⁹⁵ L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 361.

⁹⁶ G. SAREDO, *Sul diritto costituzionale*, Torino, 1893, LXXXVIII.

⁹⁷ A. FERRACCIU, *Contributo allo studio della funzione regia*, cit., 25.

⁹⁸ A. FERRACCIU, *Contributo allo studio della funzione regia*, cit., 25.

⁹⁹ A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, 1900, II, 3.

¹⁰⁰ A. FERRACCIU, *Contributo allo studio della funzione regia*, cit., 134.

¹⁰¹ L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, cit., 33 che scrive: «L'eredità della corona risponde a due principali bisogni di una Nazione: 1) al bisogno di ordine e di pubblica tranquillità; 2) al bisogno di unità e di seguito nell'esecuzione della legge».

¹⁰² G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 14.

stridente e pervasiva, la cui chiave di volta – secondo la dottrina del tempo – avrebbe dovuto essere ricercata nell'art. 4 St. che definiva «la persona del Re sacra e inviolabile».

Ma anche sul significato di questa disposizione normativa le prese di posizione emerse in letteratura non furono assolutamente concordi. E se per Vincenzo Miceli la disposizione si limitava a mutuare una formula del «vecchio diritto monarchico, ispirato a quell'ordine di idee e di sentimenti, che faceva vedere nel monarca una persona diversa dalle altre, superiore alla comune natura umana, quasi circonfusa da un'aureola divina e legata da un certo vincolo vago con la divinità»¹⁰³, per altri la formula costituzionale andava invece recepita per quello che era il suo significato letterale¹⁰⁴. È il caso, fra i tanti, del Morelli che nella sua celebre monografia dedicata a *Il Re* non esiterà a rilevare che sebbene sia stato

«detto da molti che col carattere tutto terreno della istituzione regia ai nostri giorni, essi [i Re] non hanno più né ragione né senso. A noi pare che si esageri con questo disdegno, per tutto ciò che l'antichità ci ha lasciato ... Forse che il sentimento di rispetto, di devozione, di venerazione, che le masse conservano, per quella solenne estrinsecazione dell'autorità, ch'è il re, non ha una genesi ed una ragione naturale e giusta? ... Non lo crediamo. La maestà della patria si personifica in lui: la patria è sacra e sacra è la persona del Re»¹⁰⁵.

Secondo questa dottrina, quella del Re era pertanto una sacralità riflessa. Essa non discendeva più direttamente da Dio, ma dalla patria. O per meglio dire dalla nazione come perspicuamente precisato da Luigi Palma nel suo *Corso*:

«essendo il Re la personificazione della maestà nazionale, la sua persona dev'essere sacra come la maestà della nazione»¹⁰⁶.

Il rapporto trascendentale e diretto tra Dio e monarchia era così venuto meno. Nell'Italia dell'Ottocento il re non era più tale per esclusiva volontà di Dio, ma della nazione. Le forme espressive attraverso le quali la nazione manifestava la sua volontà non avevano più nulla di metafisico. Esse si fondavano sulla *materialità* dei rapporti, sul diritto costituzionale, sui plebisciti.

Insomma, a fronte di una legittimazione divina oramai recessiva e in conflitto con lo spirito dei tempi, la scienza giuridica non troverà soluzione migliore che fondare l'autorità monarchica sulla volontà della nazione, anch'essa «sacra». E tutto ciò anche al fine di circoscrivere nella maniera più incisiva possibile la sfera giuridica del potere regio. Sostenere, infatti, che il Re derivava i suoi poteri dalla «volontà della Nazione»¹⁰⁷ voleva dire che questi (come anche il Parlamento) mutuava «la sua posizione unicamente dall'ordinamento giuridico dello Stato»¹⁰⁸. Di qui lo sforzo, perseguito da questa stessa dottrina, di

¹⁰³ V. MICELI, *Principii di diritto costituzionale*, Milano, 1913, 526 che però aggiunge: è tuttavia «necessario notare che tali concetti sono completamente spariti dal nostro moderno diritto pubblico: ma ciò non significa che quella espressione abbia perduto ogni valore giuridico». Su posizioni affini V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1905, 197 che scrive «la qualifica di *sacra* si può dire che pel diritto pubblico moderno non abbia più ragione né senso: essa contiene un elemento religioso che può connettersi a vecchi principii bisantini e teocratici, ma che non ha più ragion d'essere nello Stato moderno»; G. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, cit., 422 che definisce questa formula un «detrito storico senza valore giuridico».

¹⁰⁴ Così, fra gli altri, anche S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., 207.

¹⁰⁵ A. MORELLI, *Il Re*, cit., 471-472.

¹⁰⁶ L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 376.

¹⁰⁷ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., 116.

¹⁰⁸ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., 116.

«sostituire l'antica politica *dinastica* alla vera politica *nazionale*, determinata sotto l'impulso dell'azione parlamentare entro i limiti della Costituzione giuridica dello Stato, al cui rispetto deve appunto mirare e vegliare il capo di esso»¹⁰⁹.

Nella formula del 1861 possiamo pertanto scorgere una sorta di tentativo catartico abilmente istruito dalla nuova classe dirigente e proteso a dare alla monarchia un'autentica legittimazione nazionale. Una manovra politica e ideologica, per molti versi inedita, finalizzata a ridefinire integralmente i rapporti con il nuovo mondo, il liberalismo, la «volontà della nazione». Senza per questo – annoterà Benedetto Croce nella sua *Storia d'Europa* - scordare la «grazia di Dio»:

«Con le costituzioni liberali, tutto quello che meritava di esser conservato sarebbe stato conservato e, insieme, tutto rinnovato: la figura del re, cancellate le ultime tracce del sacerdote e del pastore di greggi, sarebbe diventata non propriamente, come s'era detto nel settecento, quella del "primo servitore dello stato", ma l'altra del custode dei diritti della nazione e poetico simbolo della sua storia vivente. La "volontà della nazione", che li rifaceva re, non discordava dalla "grazia di Dio", che li aveva prima eletti e sorretti; a quel modo che l'accettazione del passato non contrasta col presente e con l'andare innanzi verso l'avvenire»¹¹⁰.

¹⁰⁹ A. FERRACCIU, *Contributo allo studio della funzione regia*, cit., 19.

¹¹⁰ B. CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono* [1932], Milano, 1999, 43.

MARIO FIORILLO

“Oltre lo Stato”: Santi Romano e la prolusione fiorentina del 1917*

SOMMARIO: 1. Lo Stato tardo liberale come “centro di gravitazione” della riflessione giuspubblicistica --2. Vittorio Emanuele Orlando e la scuola del diritto pubblico italiano -3. Santi Romano e “l’eclisse” dello Stato: la prolusione pisana del 1909 e “L’ordinamento giuridico” - 4. Santi Romano “oltre lo Stato”: la prolusione fiorentina del 1917 - 5. “Oltre lo Stato”: contro l’imperialismo, un modello sovranazionale cooperativo e pacifista - 6. “Oltre lo Stato”: l’unità politica come presidio dell’interesse generale della nazione - 7. L’epilogo. Oltre il 1917: “il mistero” del disegno di natura e i “vinti che scrivono la storia”

1. Lo Stato tardo liberale come “centro di gravitazione” della riflessione giuspubblicistica

A cavallo fra il XIX e il XX secolo lo Stato, nella riflessione giuspubblicistica europea, era ormai divenuto quello che è stato definito il “centro di gravitazione” degli enunciati disciplinari. Nell’ultimo ventennio dell’Ottocento si assiste ad una rapida affermazione di un modello politico monistico di tipo statocentrico: il giusnaturalismo e contrattualismo russoviano è sostituito dal positivismo, nel mentre l’organicismo tedesco del primo Ottocento si associa con l’organicismo sociologico, che compenetra la “società organica” nello Stato, superando le posizioni del formalismo giuridico di ispirazione universal-razionalista.

Nella scuola positivista del diritto pubblico l’operato della classe politica non risulta svincolata da qualunque limite nella propria azione. Questi limiti però non sono rappresentati da elementi metagiuridici esterni, come postulava il giusnaturalismo, ma da diritti individuali retrocessi ad “effetti riflessi” del diritto sovrano dello Stato, secondo la dottrina introdotta in Germania, in evidente chiave antigiusnaturalistica, da Carl Friedrich von Gerber. E, più avanti, da “autolimiti” provenienti innanzitutto dalla natura stessa dello Stato, che intanto si dovrà esprimere solo attraverso il diritto - trasmutando la forza pura in potere esercitato secondo forme legali, e dunque “giuridiche” - e poi dalla volontà statutale, della cui sola potestà i diritti sono manifestazione: una potestà sottratta a qualunque condizionamento pregiudiziale di tipo valoriale. Di questa potestà, incardinata sul paradigma dello Stato persona giuridica, i “diritti pubblici soggettivi”, prodotti attraverso la teorizzazione di Georg Jellinek, rappresentano il massimo conseguibile, l’espressione più avanzata del tentativo di armonizzazione del dogma della sovranità statale con la priorità dei diritti individuali, di matrice rivoluzionaria.

Negli stessi anni del successo della scuola tedesca del diritto positivo, si afferma nella riflessione giuridica una diversa idea della vita sociale, orientata in modo organicistico, di derivazione gierkiana, attraverso gli studi sul modello corporativo della vita germanica medievale. Tale dottrina pone in un rapporto di stretta consequenzialità il diritto, espressione della “vita comune degli uomini” e la storia, il cui incessante fluire impedisce di cristallizzare la realtà sociale nelle astrazioni logico-formali del “nudo positivismo” di origine labandiana. Anche questo importante orientamento di pensiero peraltro non manca di concedere un ruolo decisivo allo Stato “persona corporativa”: un’entità reale, originaria, dotata di una unità spirituale che è immersa nella storia, la quale finisce col rappresentare termine di misura e anche limite, nei suoi differenti stadi di civiltà, della dimensione dei diritti individuali.

Le analogie fra funzioni organiche e funzioni sociali, il primato del tutto sulle parti che ne deriva, si traduce, anche all’interno della scuola organicista, nel riconoscimento di una primazia strutturale dell’istituzione statutale, in cui il “dogma” della personalità dello Stato si innesta perfettamente nella particolare visione “reale”, in senso antisavignyano, che Gierke manifesta in relazione alla nozione

generale di “personalità giuridica”. Formalisti ed organicisti, insomma, pur partendo da posizioni assai differenti, vedono nell’esercizio del potere sovrano un elemento decisivo di qualifica del rapporto fra autorità e libertà.

Nelle ultime decadi dell’800 il paradigma dello Stato si impone dunque con alcune caratteristiche di fondo. Innanzitutto, non è la volontarietà l’attributo che lo caratterizza ma la sua necessità: lo Stato è e non può “non essere”. Inoltre, lo Stato non solo è, ma anche “deve essere”, in quanto eticamente raccomandabile, per reprimere quelle pulsioni individuali che negano la realizzazione di interessi comunitari generali. E ciò sino al punto di pretendere anche il sacrificio di sé, nel nome di ragioni collettive che ne reclamino la rinuncia: in tal senso, non solo doveroso, ma anche è “bene” e “giusto” sacrificarsi per lo Stato.

Ne deriva una visione antinaturalistica e anticontrattualistica che, sul presupposto della negazione del modello politico individualistico di estrazione illuministica, ridimensiona in toto la consistenza giuridica della nozione di sovranità popolare, così come del modello della rappresentanza politica, chiamata dallo Stato di diritto a costituire il *trait d’union* fra società e Stato. E questo a vantaggio di una visione totalizzante dell’istituzione statuale, che a cavallo del secolo XIX fatalmente finiva con l’agganciarsi, e dunque a rivelarsi funzionale, a precise pulsioni autoritarie emergenti nel tessuto sociale di vecchi e nuovi “stati nazione”.

2. Vittorio Emanuele Orlando e la scuola del diritto pubblico italiano

In questo quadro si afferma in Italia, attraverso Vittorio Emanuele Orlando, l’opzione per la lezione della dogmatica giuridica, sullo sfondo dello straordinario prestigio culturale che aveva nel frattempo assunto, nell’area politica continentale, la modellistica tedesca. Lo studioso siciliano fa confluire nella statualità la titolarità dell’esercizio di poteri sovrani, rigetta il principio della separazione dei poteri e risolve, nel dogma dello Stato persona, la straordinaria fioritura di enti intermedi che andavano emergendo a cavallo del secolo. Un’idea evidentemente “forte” dello Stato liberale, che indirizzava l’operato dell’Orlando-studioso come dell’Orlando-politico, però con delle evidenti peculiarità rispetto alle dottrine prevalenti d’Oltralpe, a partire dalla consapevolezza che una tale visione dell’autorità statuale non comportava affatto un’emarginazione del ruolo dell’istituzione parlamentare, alla maniera germanica.

In effetti, nella “scuola” del diritto pubblico italiano, e nel suo fondatore in particolare, sembrano convivere più anime. Vi è senz’altro in Orlando un *habitus* mentale aduso al rigore “del metodo”, che è facile associare alla sua giovanile formazione scientifica, cui può farsi risalire anche l’insistito richiamo alla autonomia concettuale della scienza giuridica; come pure, questa volta di derivazione organicista, l’affermazione del dogma dello “Stato persona” che esclude valenza giuridica alla sovranità popolare. Ma, insieme a tutto ciò, emerge nettissima in Orlando, sin dai primi studi giovanili, una sensibilità particolare per lo storicismo giuridico, quella dottrina dello “spirito del popolo”, di diretta derivazione dai postulati della “Scuola storica”, fondata in Germania da F. C. von Savigny, intorno al modello di *Volksgeist*.

Questa attenzione verso lo storicismo si proietta nell’analisi orlandiana della centralità della “tradizione”, una «forza storica onnipotente», che costituisce una manifestazione primaria della società la quale, nel momento in cui si afferma storicamente nella coscienza collettiva di un popolo, diventa *naturaliter* pietra d’inciampo alle arbitrarie astrazioni della legge. È così consegnato al legislatore essenzialmente il compito di rivestire di “forma”, di “dichiarare”, regole e principi già emerse nel corpo vivo della tradizione nazionale, essendo il diritto in quanto tale, come espressione

dello “spirito popolare”, limite invalicabile agli abusi della legge, oltre che indicatore di traiettorie per una comunità politica organicamente in cammino.

Si diceva della poliedricità della teorizzazione orlandiana. Significativa in tale direzione, perché indirizzata in senso apparentemente contrario rispetto all’approccio più noto della sua formazione giovanile, sembra anche la costante fascinazione esercitata da un modello costituzionale come quello britannico, che in taluni studi sembra svelare l’ossatura, quasi l’anima più profonda, della teorica orlandiana. Da qui l’insistito riconoscimento sulla centralità del ruolo parlamentare, attraverso un sistema fondato non sulla divisione ma sull’equilibrio dei poteri: modello che poneva, è vero, il sovrano nella posizione di baricentro del sistema, ma con una particolare attenzione al ruolo e al senso della legge come atto formale tipico di azione dell’istituzione parlamentare, dunque quale strumento principale di tutela dei diritti individuali, le “guarentigie delle libertà”.

Rigore metodologico, riconoscimento della personalità giuridica statuale, ma anche l’attenzione ai postulati della scuola storica del diritto si ritroveranno in Santi Romano, che in più trasferirà nei suoi studi le inquietudini di un giurista insolito per quel tempo, tanto attento alle “zona d’ombra” del diritto, quanto sensibile ai mutamenti della società nonché, come vedremo, ai fatti della storia, «che così fissamente ci incatena».

3. Santi Romano e “l’eclisse” dello Stato: la prolusione pisana del 1909 e “L’ordinamento giuridico”

Nell’Italia di inizio Novecento, vi è un universo di bisogni economici e sociali - inimmaginabile appena qualche decade prima, nella fase di preindustrializzazione nazionale - che premono ora per trovare una loro legittimazione. Oltre la dimensione del diritto pubblico e privato, a cavallo del secolo emerge infatti nel nostro Paese tutta una sfera di interessi collettivi, che appaiono privi di riconoscimento, nei modelli tradizionali della rappresentanza politica come nella composizione delle assemblee parlamentari. Si tratta di manifestazioni di nuove realtà sociali, “fatti grezzi” dirà Paolo Grossi, tutt’altro che privi di un rilievo politico, e tuttavia sino a quel momento praticamente ignorati dall’ordine costituito.

Lo Stato liberale non riesce a governare - e probabilmente nemmeno a comprendere - le trasformazioni sociali in corso, cristallizzato com’è su una piattaforma politica oligarchica di tipo censitario, che anzi interpreta le garanzie, offerte da leggi, codici e Statuto alla proprietà e ai contratti, come lo strumento principe per assicurare la propria autoperpetuazione cetuale. Ne deriverà un contesto storico segnato da una quantità di tensioni politiche e sociali, e da qui la necessità della classe dirigente del tempo di contenere un dissenso collettivo crescente. Un dissenso che trova progressivamente collocazione non solo nel movimento socialista ma anche nel socialismo rivoluzionario e nell’anarchismo insurrezionale.

Qui entra in gioco Santi Romano. Cresciuto alla scuola di Vittorio Emanuele Orlando, anzi il suo principale allievo, ne mutua tutto il rigore nell’approccio metodologico alle questioni giuridiche, ma con in più una particolare e progressiva fascinazione per le ragioni primarie del diritto, l’analisi giuridica delle trasformazioni sociali del presente, le situazioni normative più estreme, insomma i “più alti culmini” e gli “estremi confini” del diritto costituzionale, come dirà in un importante studio che pubblicherà, giovanissimo, ad inizio secolo.

È così che, nella celebre prolusione pisana del 1909, Romano addita tutti sintomi di crisi di uno Stato il quale, pur da “luminosa concezione”, mostra evidenti i segnali di un incipiente tramonto. Un’eclissi dovuta alla convergenza di due fattori: il progressivo organizzarsi sulla base di «particolari

interessi» della società, che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e «la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali» per fare rispecchiare e valere i suoi interessi in seno allo Stato.

Poi, nel 1917-18, dopo un lungo travaglio, che coincide in buona parte con i terribili eventi bellici dell'ultimo quinquennio, la rivoluzione copernicana de "L'ordinamento giuridico": premesso che «non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella», il fenomeno giuridico non si esaurisce con la norma perché, prima di essere norma, il diritto è «organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge». E, poiché il diritto è istituzione, avremo tanti ordinamenti giuridici quante sono le istituzioni, con un'escursione di relazioni – dalla stretta derivazione sino al contrasto assoluto (la presa di posizione rispetto all'organicismo gierkiano è qui netta) – assai estreme fra di loro.

Viene, in tal modo, fragorosamente meno la sovrapposizione fra ordinamento giuridico e Stato, anzi ribaltandosi in toto il tradizionale rapporto di *genus* e *species* fra le due figure: tesi che l'allievo di Vittorio Emanuele Orlando rifiuta, perché «in aperto contrasto con la storia e con la vita giuridica odierna, quale si svolge nella realtà». Ne consegue che «ogni forza», beninteso purché a radice plurisoggettiva e stabilmente organizzata intorno a *regulae juris* condivise, «si trasforma per ciò stesso in diritto». E va infine da sé che viene spazzato via ogni residuo naturalistico del diritto, inteso come strumento di realizzazione di un «principio trascendente ed assoluto, della giustizia astratta ed eterna», con tutti i suoi derivati in termini di «eticità» dello Stato. Si comprende perché il volume di Santi Romano dovette apparire alla scienza giuridica del tempo una novità assoluta, quasi una rivelazione che permetteva un librarsi senza rete in universi sino ad allora insondati.

Tuttavia, i risultati de "L'ordinamento giuridico", pur assolutamente straordinari da un punto di vista teorico generale, non nascono dal nulla. Dietro vi sono gli interessi di Romano per il diritto canonico, coloniale, internazionale, che da un certo momento in poi divennero suoi veri e propri corsi di insegnamento; gli studi sulla natura giuridica dei regolamenti parlamentari, le prime carte costituzionali italiane, l'ordine giuridico nato dallo stato di necessità. Dietro vi è soprattutto l'attenzione estrema alla trasformazione del fatto in ordine giuridico (che, poco più avanti la dottrina tedesca avrebbe tradotto – ma su diversi presupposti teorici - come "forza normativa del fattuale"). A lui premeva – sottolineerà acutamente Vezio Crisafulli - «non tanto la normatività, quanto la "fattualità" del diritto».

Santi Romano non esitava infatti ad affermare che diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e di «imporsi come diritto positivo», e solo «Stato legittimo è lo Stato esistente e vitale»: ciò sin dalle sue indagini scientifiche più risalenti nel tempo, su quello che definiva il «momento supremo in cui un diritto positivo assimila ed assorbe con la sua potenza di attrazione ciò che gli è estraneo o anche ostile». Così rinunciando, con tali presupposti e contrariamente all'opinione dominante in quel periodo, a ricercare i fondamenti della legittimazione di uno Stato nascente oltre il procedimento e i fatti attraverso i quali esso stesso è sorto.

Dietro "L'ordinamento giuridico" del 1917, si trova poi l'"eclissi dello Stato", già segnalata, come detto, nella prolusione di Pisa di quasi un decennio prima. Ma nel 1909 a Pisa Santi Romano parlava ancora dello Stato come una «stupenda creazione del diritto», mentre ora «è da negarsi, nel modo più reciso, che il sistema statuale sia divenuto l'unico sistema del mondo giuridico: anzi è da negarsi che siffatta concentrazione sia materialmente possibile». Insomma, Romano determina un capovolgimento di prospettiva che pone fine a quello che abbiamo chiamato lo "statocentrismo" tardo liberale, siglando con la Scuola di diritto pubblico, e il pensiero del suo maestro, una frattura che appare evidente, ed è anche sottolineata nello stesso volume). Al punto che, dopo "L'ordinamento giuridico", l'istituzione statuale a molti appare - peraltro ben *ultra* quanto *petita*

dello stesso suo autore, come vedremo - una sorta di relitto storico destinato fatalmente a naufragare nel fluire delle vicende umane.

Di fatto, negli anni 1917-18, Santi Romano giunge, attraverso una attentissima analisi delle trasformazioni sociali in corso, a focalizzare l'attenzione sulla intrinseca "fattualità" del diritto, di questo consegnando alla scienza un disegno completamente riformato. Ma quella che è stata definita la «più straordinaria avventura intellettuale che un giurista italiano del 900 abbia mai vissuto», va inquadrata anche nell'orizzonte dell'immediato presente, perché sarebbe difficile immaginare l'Ordinamento di Romano in un contesto normativo meno rarefatto, oltre che del tutto transitorio dal punto di vista delle relazioni sovranazionali, come quello scatenato dalla guerra del 1915-18: un evento colossale, che del passato sembrava voler spazzare via ogni parametro di riferimento politico e sociale.

Non si trattava infatti solo di andare alla radice della proliferazione di fonti e diritto di guerra, pure cresciuti in modo esponenziale all'interno di tutti i Paesi coinvolti nel conflitto (a conferma di una nozione del diritto che andava ben aldilà del paradigma formale dell'"insieme o complesso di norme", criticato dal Romano), ma anche di dare ragione delle imponenti trasformazioni in corso del quadro sovranazionale, con lo sviluppo di un'interdipendenza sempre più forte fra stati sovrani. Quegli stati che dopo avere voluto una guerra di quelle dimensioni per la difesa di interessi spiccatamente nazionali, ora si ritrovavano nell'impossibilità di gestire gli eventi con gli strumenti tradizionali dello "Stato potenza", di ottocentesca memoria.

4. Santi Romano "oltre lo Stato": la prolusione fiorentina del 1917

Nello stesso torno di tempo della pubblicazione della sua opera maggiore, Santi Romano il 18 novembre 1917 pronuncia, al regio Istituto di scienze sociali "Cesare Alfieri" di Firenze, la prolusione 1917-18, intitolata "Oltre lo Stato".

L'attacco è analogo alla prolusione del 1909: «Noi siamo da tempo abituati a vedere nello Stato il massimo ed ultimo termine di riferimento di tutto ciò che concerne lo sviluppo dell'umanità: una specie di colonna d'Ercole, che moltiplicata in tanti esemplari, circonda il mare in cui fluttua la storia». E le vicende in corso al tempo della pronuncia della prolusione «in un momento storico come l'attuale, in cui sembra che ogni manifestazione della vita umana culmini e si concentri nello Stato e per lo Stato», sembrerebbero, a prima vista, confermarlo. Ma Romano non è certo studioso da accontentarsi di luoghi comuni o verità di comodo nell'analisi della realtà: ausculta, scruta, indaga, da studioso inquieto, aduso ad osservare non solo dentro, ma anche oltre, lo stato delle cose. Quello che sembra essere divenuto l'"unico attore nella scena del mondo", ad uno sguardo proiettato «nella effettiva vita politica», mostra le tracce di una crisi che non è soltanto l'effetto - ben noto evidentemente al Romano - di "forze disgregatrici" presenti al suo interno, ma anche di fenomeni emergenti dall'analisi delle "relazioni interstatuali". Fenomeni che non escludono la possibilità «che gli stati o anche solo taluni di essi, che si trovino in determinate condizioni, non debbono col tempo, più che svolgersi, rimanere, in un certo senso, compresi e forse assorbiti in maggiori organizzazioni non propriamente statuali».

Qui si sviluppano subito riflessioni di straordinario interesse che, un po' enfaticamente, hanno fatto parlare dottrine autorevoli di «doti quasi divinatorie» e «intuito veramente profetico» di Santi Romano. In realtà già nell'Ordinamento giuridico, Romano aveva parlato di una comunità internazionale costituita - come lo Stato - da un'«istituzione di istituzioni», cioè di un ordinamento (il cui diritto, conseguentemente alle sue premesse teoriche, nasce al sorgere stesso di tale

comunità) che presuppone gli ordinamenti dei singoli stati, beninteso garantendo la loro indipendenza. Vero è che la prolusione fiorentina, che qui si esamina, va oltre: partendo dall'idea di universalismo kantiano, una chiave di lettura che pare indispensabile alla comprensione dello scritto - per quanto nella prima parte della prolusione utilizzata soprattutto in negativo, per evidenziare le criticità della configurazione kantiana di uno "Stato di nazioni" - lo studioso palermitano afferma che l'ordinamento vagheggiato da Kant dovrebbe costringere gli Stati a porsi in una situazione che costituirebbe «non uno Stato cosmopolitico sotto un solo sovrano, ma una condizione giuridica di federazione sui generis», che trascende il comune diritto internazionale; non dunque una "Repubblica universale" ma «il surrogato negativo di una lega, fondata sull'idea di un diritto cosmopolitico». Ordinamenti sui generis, perché né sovrapponibili in toto al diritto interno, né al diritto internazionale: non quindi un'unione internazionale di Stati, bensì un nuovo paradigma sovranazionale, una diversa Civitas dove, limitando, ma senza assorbire del tutto, la sovranità degli Stati membri, unità e pluralismo, cioè unità nella diversità, coesistono in quella che appare una prospettiva di straordinaria modernità. Infatti, senza scomodare oracoli e miti, i parallelismi con la realtà istituzionale odierna dell'Unione europea – si pensi solo all'attuale art. 167 del TFUE, sullo sviluppo delle culture nel rispetto delle diversità degli stati membri - restano impressionanti.

Definiti questi presupposti di pensiero, lo studioso palermitano passa in rassegna quell'ampio processo storico per cui alcuni stati sono divenuti come «i centri propulsori», nonché i «nuclei fondamentali», di sistemi politici molto più vasti. Fa l'esempio degli Stati Uniti del Nord rispetto al continente americano; della Gran Bretagna («un'istituzione politica che sorpassa oramai lo Stato che ne è il centro») rispetto alle proprie colonie; della Russia, prima della rivoluzione, rispetto alle minori comunità politiche cui «si atteggiava a protettrice»; del Giappone rispetto ai territori asiatici. Infine, l'analisi si trasferisce d'emblée sulla politica internazionale della Germania, il vero "convitato di pietra" di tutta la prolusione romaniana.

Qui la riflessione assume un tratto sorprendentemente politico, davvero inconsueto per questo studioso. Naturalmente Romano è conoscitore troppo avveduto del pensiero tedesco per ignorare gli antecedenti culturali che muovono da un secolo l'evoluzione politica germanica: il cosmopolitismo di Kant e il federalismo di Schelling, l'idea di garantire mediante una federazione universale (un "foedus pacificum", dice Romano) la pace e la libertà delle nazioni, col destino di realizzare, nella prospettiva di una giuridificazione delle relazioni fra stati, «la pura idea del diritto». Ma questo, allo studioso siciliano, serve solo a misurare la distanza abissale fra la filosofia politica kantiana «generosa, se pure utopistica», fondata sulla convivenza pacifica e il diritto cosmopolitico e il pensiero germanico dominante del momento: «una filosofia imbevuta di eccessivo naturalismo e di materialismo storico!». Sembra emergere nettamente, in questi passi, il Romano antiindividualista e antimaterialista, il compagno d'accademia di Giovanni Gentile e teorizzatore della supremazia di valori ideali (non è un caso che il «sano idealismo» de Lo Stato moderno del 1909, trasmuti esplicitamente, in Oltre lo Stato, nel «malsano materialismo» dei suoi tempi), che esclude la riconducibilità dei bisogni sociali a sole esigenze di tipo economico. Il fautore, insomma, di un modello comunitario organico, evolutivo ma integrazionista, ove non vi è spazio per una visione conflittuale delle relazioni fra individui e classi.

La questione però, ribadiamo, per Romano – a questo punto del discorso inaugurale fiorentino - è politica, non filosofica. La Germania, giunta tardi all'unificazione nazionale, dalla fine del secolo precedente sostiene un'area di integrazione economica, sotto forme di unione doganale ("Mitteleuropa") con al centro l'Impero germanico e gli altri stati europei continentali a fare da corolla, nel rispetto della loro formale indipendenza. Romano non lo richiama *expressis verbis*, ma il quadro che qui rappresenta sembra coincidere quasi perfettamente con il pensiero di Friedrich

Naumann, compresa la teorizzazione di una rapida e schiacciante azione militare tedesca, tale da permettere di conseguire con le armi il programma egemonico da altri Paesi perseguito attraverso un'evoluzione secolare.

Senonché, giunti a tal punto, a Romano non può non nascere «un dubbio, che è anche un sospetto»: è proprio vero che la “Mitteleuropa” avrebbe solo il fine di garantire spazi all'economia tedesca o piuttosto non si tratta che di un espediente per occultare ben altri obiettivi, peraltro in molti scritti sia dottrinali che politici apertamente affermati? La risposta dello studioso siciliano è secca: «Abbiamo infatti gli argomenti, dai quali si potrebbe dedurre che lo scopo ultimo, cui la Germania tende, è quello di diventare il centro di una colossale potenza politica, instaurando la propria egemonia su un gran numero di Stati europei» (corsivi miei). La penetrazione economica tedesca, nota Romano, «potrà avere ed ha senza dubbio un valore per se stessa» ma è comunque destinata – come insegna la stessa evoluzione dello *Zollverein* rispetto alla costituzione del II Reich tedesco del 1871 - a servire «come mezzo potentissimo per effettuare un vasto piano imperialistico».

In ultimo, Romano non nega che a livello globale possa esistere «una certa tendenza» alla creazione di «ampie strutture superstatuali», ad un livello «sia pure vago ed embrionale» di realizzazione. Nega però che questo indirizzo rappresenti una tendenza generale, risponda ad una sorta di necessità storica, e tanto più quando si intende procedere a questi esiti con la forza bruta, la sopraffazione materiale, con ciò sostituendo, a processi storici secolari, «una fulminea azione conquistatrice», che rappresenti lo «sterminio di una serie di organismi che pure hanno vita autonoma e sembrano destinati a contribuire da sé allo sviluppo della civiltà umana». Bisogna infatti fare i conti con forze ideali come il principio di nazionalità, l'osservazione della storia che dimostra la frequente vita effimera di questi «giganti dal piede di pietra», la coesistenza sinora acclarata di stati grandi, colossali e minuscoli, purché pure questi ultimi mostrino «una propria parte da rappresentare, una propria missione da adempiere e quindi una vera ragion d'essere». L'esito è reciso: che tutto l'orizzonte geopolitico possa ridursi a «tre o quattro colossali sistemi politici», potrà essere il sogno di chi simpatizza con sfrenate idee imperialistiche, ma non la visione di un prudente osservatore della storia».

5. “Oltre lo Stato”: contro l'imperialismo, un modello sovranazionale cooperativo e pacifista

La crisi dello Stato, che nella prolusione pisana del 1909 si attestava ancora sul piano interno del rapporto fra società e istituzioni, e che nell' “Ordinamento giuridico” veniva risolta in termini di integrazione sociale, dunque entro l'ambito, sia pure problematico, della rappresentanza politica, in “Oltre lo Stato” si traduce in una dimensione nuova dell'esercizio del potere sovrano sul piano sovranazionale, così rimodulando, attraverso una rivisitazione del paradigma dell'indipendenza dello Stato, un attributo della sua stessa identità. Contrariamente peraltro a un'opinione abbastanza diffusa in dottrina, in “Oltre lo Stato” Romano non sembra affatto voler indulgere - come si è visto sopra - nell'indicazione dell'«espansione egemonica» come unica prospettiva possibile delle relazioni internazionali del tempo (o addirittura voler decretare anzitempo la fine della stagione istituzionalistica appena nata). Semmai ne paventa – e a tutto tondo, come si è visto sopra – i grandi rischi che deriverebbero dalla rottura dell'equilibrio interstatale nel nome dell'«interesse economico o, peggio, della coatta soggezione al più forte».

Ciò detto, egli guarda comunque dentro lo Stato e oltre lo Stato, ma non contro lo Stato. Con tutti i suoi limiti, l'esercizio statale del potere sovrano garantisce, sul piano dell'impersonalità,

l'uguaglianza e i diritti dei singoli, assicurati allo stesso modo davanti alla legge, che «pareggia innanzi al diritto» - aveva scritto nella prolusione del 1909 - «i deboli e i forti, gli umili e i potenti». D'altra parte, appena qualche mese prima del discorso all'Alfieri, ne l'Ordinamento giuridico aveva scritto che lo Stato, specificazione del genere diritto, istituzione come tutte le altre, ne era però la species «più importante», anzi parlando più avanti della forma «più evoluta, della società umana». E non escludendo che, fra due ordinamenti, l'uno possa trovarsi in uno stato di subordinazione e di inferiorità rispetto all'altro, ad esso superiore, che ne determina le condizioni di esistenza e di validità, esattamente, specificherà, «come fa lo Stato che domina così estesamente gli enti pubblici e privati che da esso dipendono».

In altri termini, Romano rifiuta ovviamente le concezioni naturalistiche, che individuano nello Stato «il signore e l'arbitro non soltanto del suo diritto, ma di tutto il diritto», l'espressione di «un principio trascendente ed assoluto, della giustizia astratta ed eterna», l'unico produttore dello jus in quanto «ente etico per eccellenza». E tuttavia configura lo Stato, alla stregua peraltro della comunità internazionale, su di un piano diverso dalle istituzioni c.d. semplici, bensì come «istituzione di istituzioni», o «istituzioni complesse». Un modello, quest'ultimo, per la verità non particolarmente approfondito - nonostante il suo evidente rilievo per la teorica istituzionalista - dallo studioso siciliano, il quale però fa in tempo a sottolineare che si tratta, generalmente, di «un'istituzione maggiore, verso la quale sono subordinati una o più istituzioni minori in essa comprese», e avendo poi cura di sottolineare che tale subordinazione può aprire ad una varietà di differenti variazioni.

Sul piano teorico questa conformazione dello Stato va coniugata con la sua idea di un graduale processo di integrazione della società intorno ai valori fondativi della civiltà borghese, immaginando un adeguamento spontaneo e graduale verso di essi da parte delle masse popolari: *Corpora lente augeantur, cito deperiantur*, aveva scritto Romano, citando Tacito, ne «Le prime carte costituzionali». Era questa un'altra delle sue tante prolusioni di inizio secolo, in cui richiamava l'evoluzione costituzionale inglese a modello - e qui riecheggia ancora il pensiero del suo maestro V. E. Orlando - per la «meravigliosa pieghevolezza e la stupenda flessibilità», vi invidiava quasi la buona ventura di un popolo che «ha l'inapprezzabile fortuna di trarre tali norme dalla sua storia e dalle sue tradizioni». E con ciò ironizzando su quei «politici dottrinari» che nelle prime carte costituzionali italiane risolvevano la questione del nuovo ordine politico in termini di «un «puro affare di invenzione», per esprimerci con le parole dello Stuart Mill, un problema da trattarsi come «un qualunque altro negozio»». Allo stesso modo, in «Oltre lo Stato», individua la causale del successo di quei paesi divenuti «centri propulsori» di sistemi politici molto più vasti, in «una serie di circostanze reali, che si sono venute accumulando con un processo lento, spontaneo e quasi naturale». E ancor prima Santi Romano aveva scritto che la storia è, sì, un processo ma, per la sua visione del divenire, «un lungo e involontario processo naturale». Non era, evidentemente, un rivoluzionario.

Tuttavia, non bisogna nemmeno pensare ad una concezione statica, quasi astorica, delle vicende umane. L'idea dominante pare quella di una società organicamente in cammino, che riconosce al suo interno una molteplicità di corpi sociali (*rectius*, se si preferisce il Romano teorico del diritto, una varietà di «ordinamenti giuridici interni» o «semplici», rispetto ad un ente a «struttura complessa» come lo Stato), consegnati ad una sorta di «gradualismo evolutivo». E tale lettura, organica ed evoluzionista sul piano interno, in «Oltre lo Stato», si proietta nell'affermazione di un sistema di interdipendenza dei mercati, a livello sovratatuale, - quello che già a proposito della virtuale Mitteleuropa è stato definito obbligo di «stretta dipendenza dell'economia mondiale» - fondato, però, su una sorta di internazionalismo umanitario e pacifista. Il punto, nella chiusa della prolusione fiorentina, pare inequivoco: «Certo è che, senza sognare utopistici o semplicemente

ambiziosi imperialismi, senza attentare all'altrui indipendenza e custodendo gelosamente la propria, ogni Stato che non voglia da sé condannarsi, deve mostrare, aldilà dei suoi termini materiali, che esso ha da compiere una missione storica, non solo per i suoi particolari interessi, ma anche per quelli dell'intera umanità». È pertanto necessario che ogni Stato «faccia sentire la sua forza di penetrazione, si intende pacifica, la sua vitalità entro la compagine di altri stati suoi pari nel grado di sviluppo» (corsivi di chi scrive).

Con il richiamo all'umanitarismo pacifista, Romano addita una prospettiva sovranazionale assai avanzata, però da risolvere sul suo peculiare programma finalistico della necessità storica, della "legge di natura". Il richiamo al finalismo storico è presente sin dai primissimi passi della prolusione: «Nessuno, certamente, si trova adesso in grado di risolvere il formidabile problema del vero e profondo significato di questa guerra, combattuta con forza così esasperata da un così grande numero di stati»; mentre quel che «agli spiriti più indagatori interesserebbe sapere» è come gli attuali avvenimenti si riannodano a ciò che, «in una concezione finalistica della storia, si potrebbe dire il suo filo conduttore, cioè il disegno della natura cui ubbidisce». E con lo stesso quesito - che sembra non escludere nemmeno la suggestione mazziniana del tema delle identità nazionali legate al progresso pacifico dell'umanità - Romano chiude il discorso inaugurale all'Istituto Alfieri: «Forse con ciò la natura tende ad una maggiore cospirazione e cooperazione dei vari stati nei comuni intenti di civiltà e quindi a rendere più saldo e meno fragile di quanto adesso purtroppo non sia il loro consorzio».

In "Oltre lo Stato" è dunque trasparente il richiamo a quel "disegno di natura", che è punto nodale della filosofia kantiana: un'idea che considera tutta la storia del genere umano come il compimento di un "progetto nascosto" che gli uomini ignorano, pur perseguendolo (e che tocca invece alla filosofia della storia scoprire). Una prospettiva filosofica, al cui attuale smarrimento in Germania Romano imputa l'affermazione di un imperialismo politico strumentalmente fondato su fattori economici. Ma anche un indirizzo di pensiero in cui le guerre - e qui la suggestione di interpretare in termini finalistici i tragici fatti nazionali del momento, su cui torneremo, deve essere stata per Romano fortissima - possono divenire fattore evolutivo, se preludono alla instaurazione di nuove relazioni fra gli stati (Kant parlava di "unioni pacifiche", Romano, più tecnicamente, come si è visto sopra di, "federazioni *sui generis*"). Dunque non una concezione deterministica della storia degli uomini, ma una visione evolutiva, graduale e progrediente del divenire umano, in direzione pacifista e internazionalistica.

Tutto questo sta ad indicare il rifiuto del conflitto armato come strumento di realizzazione degli interessi nazionali, quasi un anticipo dell'antibellismo inscritto nelle costituzioni delle moderne democrazie costituzionali? Va da sé che non si può chiedere alla prolusione fiorentina più di quanto essa possa offrire: Santi Romano resta - almeno sino a questa fase del suo percorso esistenziale - un figlio del suo tempo, un liberale post-risorgimentale cresciuto con l'affermazione dello "Stato nazione" ottocentesco. E come tale, all'avvenuta acquisizione dell'unità e libertà della patria, associava ora l'idea tardo liberale - mutuata peraltro dalla politica estera giolittiana nei suoi ultimi anni di governo - degli "alti destini del Paese", della "missione di civiltà", cui l'Italia, «per fatalità storica», era ora chiamata nel mondo. Allora anche per Romano, in "Oltre lo Stato", la via della conquista coloniale, con la quale uno Stato avvince ed assoggetta «popolazioni di civiltà inferiori», può essere «utile e necessaria», perché la storia dimostra essere «legge generale» che ogni Stato «deve espandere la propria vita anche oltre se stesso». Come si è visto, è inoltre frequente nella prolusione il richiamo ad una "missione di civiltà" e ad una "missione da adempiere", che sembra riecheggiare il controverso pensiero hegeliano della "missione universale" del popolo, chiamato ad incarnare lo "spirito universale" o "spirito del mondo" (*Weltgeist*).

Un percorso complesso, dunque, quello del pensiero di Santi Romano la cui interpretazione non può essere disgiunta da un generale itinerario storico compiuto dalla borghesia liberale italiana del tempo, e che comunque, almeno sino a questo momento, pare difficile risolvere, in termini strettamente alternativi, intorno al paradigma interpretativo classico di progressismo/reazione. Con queste precisazioni, si ritiene comunque possa affermarsi che la prolusione fiorentina del 1917 rappresenti il momento di approdo più avanzato, in senso liberal-democratico, del pensiero politico di Santi Romano.

6. *“Oltre lo Stato”: l’unità politica come presidio dell’interesse generale della nazione*

Tutta la prolusione di Firenze del ’17 mostra una partecipazione emotiva inconsueta per questo studioso, la cui narrazione si caratterizza generalmente per un rigoroso controllo dello stile narrativo. Romano esordisce, a margine del suo principale tema di indagine, con un quesito sul «formidabile problema del vero e profondo significato di questa guerra», su «tanta storia che si svolge sotto i nostri occhi sgomenti», per rapidamente concludere che «ce ne manca soprattutto l’animo, al quale si domanderebbe invano, e anche inopportunamente, la serenità e l’obiettività che pur sarebbero necessarie». In realtà, vedremo più avanti che non potrà fare a meno di ritornarvi nelle ultimissime righe della prolusione.

Come si spiega questo pathos? Intanto l’anno 1917 non era stato facile per Santi Romano. Per quanto possa apparire oggi incredibile, egli aveva ricevuto nei primi mesi di quell’annata ben quattro rifiuti alla pubblicazione del suo “Ordinamento giuridico”, e con motivazioni (come il rincaro del prezzo della carta, la penuria della mano d’opera etc.), che non si sa sino a che punto definire sincere, pur all’interno delle ovvie restrizioni di un’economia come quella italiana, oramai al terzo anno di guerra. E alla fine Romano si rassegnò a pubblicare la sua opera sugli Annali delle Università toscane, in due parti separate, la seconda delle quali, “La pluralità degli ordinamenti giuridici”, vedrà la luce solo nel 1918.

Poi sono questi soprattutto i giorni bui di Caporetto, cioè per l’Italia il momento più difficile dell’intera Prima guerra mondiale, e forse della sua storia. Gli austro-tedeschi avevano infatti sfondato le linee a Plezzo e Tolmino, catturato 300.000 soldati e, giunti sul Piave, minacciavano di arrivare in poche ore a Venezia e Milano, mettendo così a rischio cinquanta anni di unificazione nazionale. L’angoscia di quei momenti, lo sgomento per una crisi militare che venne accreditata immediatamente, dagli stessi alti comandi italiani, come il prodotto di una disfatta morale collettiva (il mito dello “sciopero militare”), si riflette sul tono narrativo della prolusione, caratterizzando il discorso inaugurale dei corsi dell’Istituto Alfieri in senso insolitamente emotivo, per questo studioso. Non si saprebbe infatti come diversamente interpretare, insieme all’ angoscioso tono dei passi iniziali con la riflessione «su tanta storia che si svolge sotto i nostri occhi sgomenti», il richiamo alla generale necessità di ogni Stato di custodire «gelosamente» la propria indipendenza, coniugato all’accurato appello finale per il ripristino di «quell’energia morale, di cui non mai come adesso sentiamo tutti l’altissimo valore».

“Oltre lo Stato” non è dunque solo uno scritto sull’evoluzione in senso nazionale dello Stato: come l’“Ordinamento giuridico”, da cui pure lo dividono distanze considerevoli di toni e contenuti, è uno scritto dentro la guerra in corso e anzi, in un certo suo modo, uno scritto di guerra. Per Romano non era qui più in discussione la questione teorica della relazione dello Stato “ordinamento esclusivo” nel rapporto con gli altri ordinamenti, la sua personalità giuridica o la natura di “istituzione di istituzioni” ma il proprio Stato, il proprio Paese, la propria patria. Quell’unità

necessaria, che tanto aveva investigato nella prolusione pisana del 1909, sul piano sociale, ora si trasforma in indispensabile unità da tutelare, anzi da salvaguardare nella sua integrità, sul piano politico. Dinanzi alla rotta di Caporetto, che in prima battuta le élites militari imputano al tracollo dell'unità morale dell'esercito, uno sbigottito Santi Romano (e con lui, c'è da credere, l'intera classe dirigente liberale italiana), l'allievo di Vittorio Emanuele Orlando e artefice, con il suo maestro, della nascita della Scuola italiana del diritto pubblico ritrova tutto il senso, politico e personale insieme, di uno Stato unitario.

Uno Stato ormai da tempo sicuramente in crisi, e magari nell'ottica dello studioso dell'"Ordinamento giuridico" frutto di accidentate circostanze storiche, ma che comunque rimaneva l'unico garante possibile dell'ordine sociale (nonché, nella visione di Romano, di un pur graduale progresso civile), nella misura in cui fosse riuscito a mantenere in piedi al suo interno quell'unità politica che – associata plausibilmente a future relazioni infrastatali in senso cooperativo e pacifista – restava presidio imprescindibile per la realizzazione dell'interesse generale della nazione.

7. L'epilogo. Oltre il 1917: "il mistero" del disegno di natura e i "vinti che scrivono la storia"

Questo nel 1917. Sappiamo tutti come poi andrà a finire. L'Italia supera la crisi terribile di Caporetto ma lo Stato liberale non reggerà alle convulsioni del dopoguerra, e i meccanismi di sicurezza internazionale individuati a Versailles si infrangono innanzi a quei regimi autoritari che non solo rifiutano i meccanismi di sicurezza della Società delle nazioni come strumento di composizione delle relazioni internazionali, ma al contrario innalzeranno il bellicismo a primario fattore di sviluppo umano e sociale. Hegel insomma aveva vinto su Kant; "la missione di civiltà" aveva prevalso sulla cooperazione pacifica fondata sui "comuni intenti di civiltà".

"Oltre lo Stato" appartiene alla prima fase della vita di Santi Romano: le avventure della vita gliene riserveranno ancora due, un'altra da protagonista e un'ultima, infine, da sopravvissuto. Come noto, lo studioso siciliano nel dopoguerra ripiegherà su posizioni – sulla cui difficile conciliabilità con la visione pluralista degli ordinamenti, arditamente teorizzata qualche anno prima, ancora oggi si discute – di favore al consolidato regime autoritario, da cui riceverà anche prestigiosi riscontri personali a livello istituzionale. Un regime che, per Romano, creando «un nuovo ordinamento giuridico (...) interamente e schiettamente italiano» aveva rafforzato un potere esecutivo «finalmente restituito a quella posizione preminente che la salvezza dello Stato urgentemente reclamava»; uno Stato non più «agnostico», che avendo «una propria funzione e missione», era riuscito a dominare «tutte le forze esistenti nel Paese», e in un processo di continuità, a suo stesso dire, con la scuola italiana del diritto pubblico, per la quale «la sovranità non è del popolo ma dello Stato». Almeno sino al concludersi della crisi del regime, Romano «era stato indubbiamente fascista», anche se non aderirà poi alla Repubblica nazifascista di Salò, rifiutandosi di seguire il Consiglio di Stato "repubblicano" nel Nord Italia.

La transizione alla democrazia dello Stato italiano coincide con la "terza fase" della vita di Santi Romano: quella più amara. Il 7 luglio 1944 è deferito all'Alta corte di giustizia per le sanzioni contro il fascismo; nell'ottobre 1944 abbandona gli insegnamenti alla Sapienza e si dimette dalla Presidenza del Consiglio di Stato; il 22 marzo 1945 è dichiarato, decaduto dalla carica di Senatore; il 4 gennaio 1946 è radiato anche dall'Accademia dei Lincei. Vive dunque il tempo della transizione del tutto ai margini degli straordinari processi costituzionali in corso, e sotto lo stigma personale dell'epurazione, che deve aver reso non poco dolorosi (per non dire del tutto penosi) i suoi ultimi anni di esistenza. Morirà infine il 3 novembre 1947.

Nella voce “Rivoluzione e diritto” dei “Frammenti di un dizionario giuridico”, frutto di quello che fu probabilmente l’ultimo intervento pubblico di Romano, tenuto nel settembre 1944 al Palazzo della Cancelleria, ritroviamo seppur in un accenno, sin dalle primissime righe, i toni accorati di 27 anni prima, di “Oltre lo Stato”. Quel “disegno di natura”, quelle “correnti vorticose” in cui l’umanità misteriosamente si imbatte, «e da cui viene spinta nel suo fatale andare», si è ora rivelato nella «storia così tragica di questi ultimi anni». Come del resto appare - aggiungerà con parole che sembrano definitive – «tutta la storia dell’umanità».

Allo stesso modo di Carl Schmitt - l’altro gigante del ’900, che di lì a poco avrebbe percorso la sua personale quaresima di espiazione «nelle desolate vastità di un’angusta cella» berlinese - così anche Santi Romano abbandonava la vita pubblica per l’esilio in una sua privata “San Casciano”, di meditazione e di studi. Entrava così nell’ombra degli sconfitti dai casi della vita e insieme, però, anche nel novero di quei «vinti che scrivono la storia».

Weimar cent'anni dopo. Quali insegnamenti per l'oggi?

SOMMARIO: 1. L'autoritarismo del *Kaiserreich* "tara occulta" della Costituzione di Weimar. 2. Una Costituzione con pochi amici. 3. Un Presidente plebiscitario. 4. Decisionismo e cesarismo. 5. Populismo e democrazia diretta. 6. Il "custode" della Costituzione non esiste.

1. L'autoritarismo del *Kaiserreich* "tara occulta" della Costituzione di Weimar.

Nel 1844 Carlo Marx – nella *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico* – scrisse, riferendosi alla Germania di quegli anni, che l'*ancien régime* era la "tara occulta" dello Stato moderno.

La considerazione può essere utilizzata anche per transizioni costituzionali posteriori, in special modo per la Costituzione di Weimar. Ha osservato infatti Mortati, riferendosi alla Repubblica di Weimar:

«La nuova repubblica non trovò veri sostegni in nessuna forza sociale ed in nessuna istituzione: non nella burocrazia fedele nei suoi dirigenti al vecchio *Reich*; non nella magistratura, la quale nei numerosi processi politici si dimostrò severa per gli eccessi dei partiti rossi ed indulgente per i tentativi di sovversione ispirati da finalità nazionaliste, e neppure nello stesso tribunale costituzionale di Lipsia, cui si rimproverò l'eccessiva larghezza nell'interpretazione data nel 1922 della legge di amnistia relativa al colpo di Stato Kapp-Lüttwitz; non nelle forze armate, i cui dirigenti, sotto il pretesto della neutralità politica della *Reichswehr*, celavano la loro resistenza ai tentativi fatti per la loro adesione alle nuove istituzioni; non nella scuola, nella quale si mantennero i vecchi libri di testo, esaltatori delle glorie dell'impero e si diffusero sentimenti di rivincita; non infine nelle chiese protestanti, che, pur separate dallo Stato, non cessarono di essere strumenti di lotta politica [...]»¹.

Si può aggiungere che neppure le donne tedesche mostrarono di apprezzare particolarmente la grande conquista democratica ed egualitaria del voto femminile².

Conclude Mortati:

«I fattori presi in considerazione, così vari nel loro contenuto e nella loro origine, dovevano confluire nel risultato di conferire al nuovo assetto statale un'unità del tutto fittizia, la quale, sotto veste di democrazia, lasciò sussistere nel fondo tutti gli interessi ad essa ostili»³.

2. Una Costituzione con pochi amici

Da queste prime osservazioni, si può trarre una prima importante lezione, valida anche per l'oggi: una costituzione "senza amici" (o con pochi amici) è destinata a perire. Stupisce l'acre sarcasmo con cui alcuni intellettuali commentano la definizione ingenua di "Costituzione più bella del mondo", riferita alla Costituzione italiana. Perché tanto astio? Non credo che l'ostentazione di scetticismo *chic* porti nulla di buono, serve soltanto ad erodere la legittimazione della Carta fondamentale, senza proporre valide alternative. Sono brutti tempi quando un popolo non ama la propria costituzione e non è capace di farne un'altra.

¹ C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Sansoni, Firenze 1946, 79

² Cfr. E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar* (1954), tr. it Einaudi, Torino 1966, 73.

³ C. MORTATI, *op. et loc. cit.*

Al di là della retorica ufficiale, si può dire che la cultura autoritaria è rimasta molto forte in Italia. La Costituzione del 1947 nei primi anni ebbe poca fortuna. Negli anni '50 fu "congelata" (definita addirittura una "trappola" da un importante uomo politico) nelle sue più significative innovazioni. Dopo la stagione del "disgelo" (concreta istituzione della Corte costituzionale, del Consiglio superiore della magistratura, delle regioni) e quella delle riforme civili e sociali (divorzio, aborto, Servizio sanitario nazionale, Statuto dei lavoratori) riemerge la cultura autoritaria, contenuta, ma non cancellata.

Dagli anni '80 in poi è tutto un susseguirsi di tentativi, più o meno maldestri, di cambiare radicalmente la Costituzione: Commissioni Bozzi (1983, IX leg.), De Mita-Iotti (1992, XI leg.), D'Alema (1997, XIII leg.), Lorenzago (2003, XIV leg.), Renzi-Boschi (2014, XVII leg.). Eppure sotto la famigerata "Prima Repubblica" (espressione giuridicamente insensata) l'Italia, da un cumulo di macerie, materiali e morali, lasciate dal fascismo e dalla guerra, era diventata una delle massime potenze industriali del mondo!

I tentativi furono variegati e variopinti, ma appaiono oggi legati dal filo rosso del mito della decisione. Non della decisione frutto del compromesso in senso kelseniano, ma della decisione unilaterale del "vincitore". Di qui le fortune di progetti maggioritari più o meno farraginosi o fantasiosi. Di qui la rivalutazione di Carl Schmitt e della contrapposizione amico-nemico.

Per fortuna i nemici della Costituzione italiana furono meno micidiali di quelli della Costituzione di Weimar (dalla tragedia alla farsa: quanti *Napoléon le petit* in Italia!). L'assenza di distacco storico delle finalità sottese ai progetti ha provocato l'affondamento degli stessi per motivi politici contingenti, che nulla avevano a che fare con il contenuto delle riforme proposte. Strumentali le iniziative, strumentali le bocciature!

In quegli anni Weimar fu ripetutamente evocata, come "fantasma", "spauracchio", ma anche come modello (il c.d. semipresidenzialismo).

3. Un Presidente plebiscitario.

Lasciamo stare i fantasmi. Sono tornate periodicamente in superficie proposte presidenzialistiche o semi-presidenzialistiche ispirate alla necessità della decisione, alla lotta alla degenerazione del parlamentarismo e alla critica della "partitocrazia".

Una figura "forte" di Presidente si era vista nella Costituzione di Weimar, che prevedeva un Capo dello Stato con maggiori poteri del *Kaiser* della Costituzione guglielmina⁴. In quel contesto rappresentava l'elemento plebiscitario, che si poneva come contrappeso alla forza del Parlamento. Ma l'art. 48 RV andava oltre il contrappeso, per affidare al Presidente poteri di decisione ultima sotto il pretesto dell'emergenza. L'esperienza ha dimostrato che, se un simile potere è previsto, prima o poi verrà usato ed anche abusato. Saggiamente esso non è contemplato nelle Costituzioni italiana e tedesca del secondo dopoguerra.

Di ciò era ben consapevole la migliore dottrina costituzionalistica italiana. È stato giustamente osservato che sia Paolo Barile, che riconosce al Presidente una funzione di "indirizzo politico costituzionale", sia Carlo Esposito, che attribuisce al Capo dello Stato il compito di "reggitore dello Stato" nei momenti di crisi del regime parlamentare, non si sono ispirati all'art. 48 RV, in quanto, nella loro concezione, «l'indubbia valorizzazione del ruolo costituzionale del Presidente si collocava ancora all'interno del sistema di equilibri (e di garanzie) propri della tradizione parlamentare»⁵.

⁴ Cfr. F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Giuffrè, Milano 1985, 221.

⁵ P. RIDOLA, *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano negli anni cinquanta e sessanta*, ora in *Esperienza, Costituzioni, Storia. Pagine di storia costituzionale*, Jovene, Napoli 2019, 465.

D'altra parte, la meccanica del contrappeso previsto dalla Costituzione di Weimar è più ispirata alla logica del duello che a quella dell'equilibrio. Non poteva che essere così, giacché il Presidente era stato concepito come un *Ersatzkaiser*⁶, un ircocervo monarchico-repubblicano, destinato presto a degenerare in un senso o in quello opposto.

Questo accade nella prassi costituzionale francese, dove il Presidente oscilla tra la debolezza della "coabitazione" alla potenza della concomitanza con una maggioranza parlamentare omogenea. La dottrina più avvertita ha sottolineato questa contraddizione, sottolineando come solo nei momenti di crisi si può parlare di semi-presidenzialismo, mentre nei momenti di funzionamento "normale" sarebbe più corretto parlare di "super-presidenzialismo"⁷ o addirittura di "iper presidenzialismo debole"⁸.

4. Decisionismo e cesarismo.

Le norme costituzionali di Weimar collegavano strettamente l'elemento autoritativo-decisionista a quello plebiscitario. Ciò emerge da più di una disposizione:

art. 43: il Presidente poteva essere deposto mediante votazione popolare, su proposta di due terzi del *Reichstag*, ma in caso di rigetto della proposta, era previsto il doppio effetto automatico della rielezione del Presidente e dello scioglimento del *Reichstag*.

art. 73: una legge votata dal *Reichstag* poteva essere sottoposta a votazione popolare, se lo chiedeva il Presidente.

Il popolo, come si vede, non solo possedeva poteri decisori – com'è normale in una democrazia – ma era pure destinato a svolgere una funzione arbitrale, in caso di contrasto tra Presidente e Parlamento. Furono dimentichi, i Costituenti di Weimar, dell'ammonimento dei Padri fondatori americani a non far ricorso al popolo «come risorsa ordinaria atta a mantenere i vari organi costituzionali entro i loro limiti»⁹.

Il punto estremo di tale tendenza si raggiunse nell'art. 74 RV, che dava facoltà (non imponeva) al Presidente di promuovere una decisione popolare in caso di conflitto irrisolto tra *Reichstag* e *Reichsrat*. La Costituzione di Bonn, per fortuna, si è ben guardata dal ripercorrere la stessa strada.

La Repubblica di Weimar scontò in modo tragico l'opposizione distruttiva tra principio plebiscitario – connesso alla figura "forte" del Presidente – e democrazia pluralista, che invece rifugge da qualunque figura forte.

L'ossessione per l'unità non come frutto di equilibrio, ma come effetto di decisione sembra destinata a degenerare in qualche forma di autoritarismo. Per evitare suggestioni "cesaristiche", non bisognerebbe mai dimenticare che nelle democrazie pluraliste l'equilibrio tra interessi sociali e parti politiche è sempre provvisorio. La forza di una democrazia pluralista sta nella capacità della sua Costituzione di avere una struttura elastica e una funzione dinamica, in modo da ricostituire un nuovo e diverso equilibrio ogni qual volta si rompe quello vecchio. In questo quadro il Presidente svolge un ruolo essenziale di moderazione ed equilibrio, non certo quello di prendere "decisioni ultime". L'ordinamento costituzionale dovrebbe essere congegnato in modo tale da costringere i nemici della democrazia parlamentare (che esistono sempre!) a venire allo scoperto, manifestando in modo clamoroso i loro propositi anticostituzionali. Si pensi, a titolo di esempio, allo "sbrego"

⁶ O. DANN, *Nation und Nationalismus in Deutschland 1770-1990*, Beck, München 1994, 245.

⁷ M. TROPER, *Quel potere alla francese*, in *la Repubblica*, 25.2.1996.

⁸ A. DEFFENU – F. LAFFAILLE, *L'iperpresidenzialismo debole. Una rilettura della V Repubblica francese tra stratificazioni interpretative e violazioni costituzionali*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 6.2.2019.

⁹ *Il Federalista* n. 49 (Madison), in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista* (1788) ed it a cura di M. D'Addio e G. Negri, il Mulino, Bologna 1997, 449.

auspicato, molti anni addietro, da Gianfranco Miglio e, in tempi più recenti (*si licet parva componere magnis!*), alla rivendicazione di “pieni poteri” da parte di Matteo Salvini.

In altre parole, l’attacco alla Costituzione non deve poter trovare fondamento formale, ancorché apparente, in qualche sua disposizione! La Costituzione italiana vigente non offre questi appigli. Lo stesso può dirsi di quella tedesca e di quella spagnola. Anche per questo la cultura autoritaria, aperta o celata, non ama queste Carte costituzionali.

5. *Populismo e democrazia diretta.*

Il “populismo” nasce come effetto di crisi economiche e sociali che non trovano adeguati sbocchi politici e istituzionali. In tempi di crisi, gli istituti di democrazia diretta diventano veicolo privilegiato di ogni sorta di demagogia, come dimostra, nel periodo di Weimar, il *referendum* popolare contro il piano Young, che riduceva le riparazioni di guerra del 20% e distribuiva il debito di guerra in 58 rate. Questo *referendum*, proposto contro un successo internazionale, ancorché parziale, del Governo del *Reich*, servì peraltro a rinsaldare l’alleanza tra la destra tradizionale tedesca ed i nazionalsocialisti. La crisi del 1929 rafforzò i radicalismi e gli estremismi, che fecero ancor più proseliti a seguito delle politiche di *austerità* del Cancelliere Brüning, come è stato accuratamente dimostrato da uno studio recente sui risultati elettorali tra il 1928 e il 1933¹⁰.

Solo da poco tempo in Europa si comincia a capire che rigide politiche di *austerità* rischiano di innescare processi involutivi con grande appoggio popolare. Le istituzioni democratiche vengono associate, nell’immaginario collettivo, a sacrifici imposti ai cittadini da *élite* politiche e culturali privilegiate. Riemergono luoghi comuni di triste memoria: in parlamento si perde tempo a discutere a spese del popolo, è necessario un capo che “metta le cose a posto”. Si potrebbe dire: *de te fabula narratur*. La polemica “sovranista” contro l’Europa ripropone gli stessi *leit-motiv*. Dobbiamo aspettare di vedere i gagliardetti e gli stivaloni per comprendere il pericolo che oggi corre la democrazia?

6. *Il “custode” della Costituzione non esiste.*

Diffido di elaborate ricette di riforme costituzionali, che profilano meccanismi tanto complicati da rompersi con il loro stesso movimento, come avvertiva Condorcet già due secoli addietro. Anche ragionevoli proposte di razionalizzazione, come l’introduzione della mozione di sfiducia costruttiva, non sono una soluzione all’instabilità delle maggioranze e dei governi. Se ad un Presidente del Consiglio viene impedito di governare, per la frana della sua stessa maggioranza, chi gli potrà impedire di dimettersi?

La risposta sembra invece da ricercarsi nella rivitalizzazione delle istituzioni esistenti, con un duplice intervento: a) culturale, rimediando alla pluridecennale opera – dovuta anche a tanti intellettuali troppo desiderosi di visibilità - di delegittimazione e discredito della Costituzione e del sistema dei partiti; 2) economico, mediante una politica espansiva che dia risposte concrete ai problemi sociali, il lavoro in primo luogo, superando il pensiero neo-liberista dominante. Risolvere i problemi cambiando la forma di governo è una tragica illusione per alcuni in buona fede, un comodo paravento ideologico per chi non ha mai digerito le istituzioni democratiche.

¹⁰ Cfr. G. GALOFRÉ- VILÀ, CH. M. MEISSNER, M. MCKEE, D. STUCKLER, *Austerity and the Rise of Nazi Party*, in *National Bureau of Economic Research*, 2017.

Sul piano della teoria del diritto costituzionale, alcuni insegnamenti derivanti dall'esperienza e dal dibattito culturale sul periodo weimariano, li possiamo senz'altro trarre:

- Il "custode" della Costituzione non esiste: può esistere talvolta (e purtroppo è esistito) un soggetto istituzionale in grado di assommare molti poteri e aprire la strada ad un regime autoritario apparentemente "autorizzato" dalla stessa Costituzione.

- La Costituzione si custodisce da sé sin quando organi politici e organi di garanzia si equilibrano sulla base del mutuo riconoscimento e sinché i valori che stanno alla base dell'edificio costituzionale sono mediamente condivisi.

Ogni volta che si irride alla rappresentanza politica, al ruolo democratico dei partiti, alla natura neutrale del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale, al controllo di legalità dei giudici, pensando di essere moderni, avanzati, disincantati, ogni volta che i difensori della Costituzione sono etichettati come "conservatori" e si fanno strada "originali" modelli, degni del dottor Frankenstein, si assestano formidabili colpi alla democrazia pluralista conquistata con dure lotte e purtroppo mai del tutto assimilata nella cultura diffusa degli italiani.

Ci è stato tramandato un patrimonio di civiltà giuridica costituzionale, che non è solo frutto di riflessione teorica astratta, ma elaborazione, in termini istituzionali, dell'esperienza storica, anche, direi soprattutto, di quella che ha visto cocenti sconfitte della democrazia e della libertà. La Costituzione di Weimar, pur tra contraddizioni e debolezze di contesto, ha aperto la strada del costituzionalismo contemporaneo, ma ha mantenuto dentro di sé la tara, pur se occulta, dell'autoritarismo. Oggi quest'ultimo, basato su ideologie populiste, mostra nuovamente il suo volto minaccioso. Non illudiamoci di poterlo contrastare e vincere con opere di ingegneria costituzionale. Anche sotto questo profilo, Weimar ci ha lasciato un monito.

ANTONIO SAITTA

Giorgio La Pira e la rifondazione costituzionale

SOMMARIO: 1. L'influenza del pensiero di Giorgio La Pira per la nascita della Repubblica. – 2. Il principio personalista e la genesi dell'art. 2 della Costituzione in Giorgio La Pira. – 3. La (il)legittimità della guerra e lo scoppio del secondo conflitto mondiale. – 4. Il principio personalista e la centralità del lavoro per l'edificazione della nuova società politica. – 5. La contaminazione tra la dottrina cattolico-sociale, il liberalismo e il socialismo in La Pira. – 6. Il pensiero di Giorgio La Pira e la koinè politica della Democrazia Cristiana.

1. L'influenza del pensiero di Giorgio La Pira per la nascita della Repubblica

Sotto la guida sicura di Ugo De Siervo, è stato pubblicato il terzo volume degli scritti di Giorgio La Pira relativi in gran parte agli anni dal 1937 al 1949, significativamente raccolti sotto il titolo *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*¹.

L'occasione è preziosa per riflettere sul contributo dato dal giurista e politico alla scrittura del testo costituzionale e, ancor prima, alla collocazione dei cattolici impegnati in politica nel nostro Paese nella fase finale del regime fascista, negli anni decisivi della vicenda costituente e, infine, dell'avvio della vita repubblicana.

Dall'analisi di questi saggi appaiono subito evidenti le difficoltà cui sono andati incontro i curatori nell'opera di riordino e di catalogazione tematica degli scritti per la caratteristica stessa del pensiero lapiriano, non a caso definito "circolare"². In ogni intervento, infatti, si nota l'intreccio inestricabile di considerazioni squisitamente economiche, geopolitiche, spirituali e giuridiche, dalle quali nasceva una visione sistematica della società e delle relazioni umane che ne stanno alla base. Tutto ciò precipitava immediatamente, in un uomo in cui il momento della riflessione teorica non era mai disgiunta dall'azione, in una conseguente indicazione politica.

Sulla base della lettura di alcuni tra questi testi, proverò a dimostrare tre tesi: 1) il pensiero di Giorgio La Pira fu determinante nella scrittura della Costituzione repubblicana, soprattutto avuto riguardo ai principi fondamentali; 2) egli diede un contributo notevole perché le tre culture politiche contrapposte in Costituente, e poi nel Parlamento repubblicano, comprendessero le reciproche ragioni, si legittimassero l'un l'altra ed al tempo stesso si trasformassero, ciascuna facendo propri alcuni valori ed alcune visioni degli antagonisti storici; 3) infine, contribuì significativamente, pur non prendendo particolarmente parte attiva nella vita del partito, alla maturazione della collocazione politica della Democrazia Cristiana.

2. Il principio personalista e la genesi dell'art. 2 della Costituzione in Giorgio La Pira

Il primo significativo saggio preso in considerazione – in un ordine che, seppur cronologico, non può che essere a campione – è *Natura dell'uomo e ordine giuridico* del 1937³. Proprio mentre Mussolini, ebbro dei successi ottenuti in Spagna e in Etiopia, provava ad imprimere all'Italia la svolta

¹ *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*, a cura di U. De Siervo, Firenze University Press, Firenze, 2019.

² V. la *Presentazione dell'edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira*, in *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*, cit., XVII.

³ In *Il frontespizio*, IX, luglio 1937, 487 ss. e ora in *Principi contro i totalitarismi*, cit., 5 ss.

totalitaria tanto vagheggiata nella stessa autodefinizione del regime⁴ e, addirittura, sognava di costruire un nuovo modello di società e di uomo fascista⁵, La Pira elaborava un'idea antitetica, anticipatrice del modello personalista che approderà – sostanzialmente negli identici termini pensati dal nostro Autore con un decennio (e che decennio!) di anticipo – negli articoli 2 e 3 della Costituzione. Sulle ali dei classici (gli autori più frequentemente citati sono Aristotele, Cicerone e San Tommaso), partendo dalla constatazione della ineliminabile natura sociale dell'uomo, La Pira affermava la necessità di costruire l'edificio giuridico dello Stato intorno alle originarie inclinazioni umane. Nel suo pensiero tutte queste sembrano ricondurre a quella principale, innata in ogni uomo in quanto proteso al «libero sviluppo della propria personalità» intesa, questa, come «capacità naturale di affetto, di volontà, di intelligenza che cercano di svilupparsi: questo sviluppo, però, non può avvenire in virtù delle sole forze intrinseche che l'uomo possiede, è necessario, perché avvenga, l'intervento integratore di altre forze apprestate dagli altri uomini (Arist. pol. I 1, 8; I, 1, 12; S. Tamm. *de reg.* I, 1) e dalle cose»⁶.

Certamente La Pira non poteva declinare questa concezione contro il regime, ma era libero soltanto di attaccare il modello totalitario sovietico al quale rivoltava «le critiche decisive che già nel 300 a.C. muoveva Aristotile contro le costruzioni comuniste della repubblica ideale di Platone»⁷. Insomma, provava a parlar a nuora perché suocera intendesse...

L'idea secondo cui la funzione delle istituzioni pubbliche è favorire il pieno sviluppo della personalità umana nella duplice dimensione individuale e sociale dell'uomo veniva ulteriormente sviluppata, tra gli altri, nel saggio dal titolo *Architettura dell'uomo e ordine giuridico*⁸, pubblicato l'anno seguente alla vigilia della promulgazione delle leggi razziali. La Pira articolava in quell'occasione il proprio ragionamento prendendo le mosse dalla convinzione, così distonica rispetto al clima di quei giorni di odio e di invasata follia collettiva, secondo cui «la legge fondamentale che presiede il disegno architettonico di tutta la società umana e che ne definisce esattamente la struttura è quella della solidarietà organica e gerarchica di tutto il genere umano». Da questa premessa, fondendo la propria tensione spirituale con la capacità di analisi sociale, ribadiva che tutte le leggi sociali «hanno la loro radice in una legge fondamentale della vita umana: quella dello sviluppo della personalità di ciascun uomo».

Qui La Pira rimarcava l'elemento fondamentale destinato ad approdare nella formulazione dell'art. 2 della Costituzione. Si tratta della consapevolezza circa l'ineliminabile dimensione sociale dell'uomo e nella conseguente idea secondo cui la personalità di questo non può svilupparsi nella sola prospettiva individuale perché c'è sempre bisogno, per la natura stessa dell'uomo, di una dimensione sociale grazie alla quale soltanto è possibile espandere appieno le potenzialità di cui ciascuno è portatore: «ma questo intrinseco disegno di vita di ciascuno è armonicamente collegato col disegno di vita di tutti. L'uomo non è un isolato: è, per definizione, un membro del corpo sociale;

⁴ «Giacché per il fascista, tutto è nello stato, e nulla di umano o spirituale esiste, e tanto meno ha valore, fuori dello stato. In tal senso il fascismo è totalitario, e lo stato fascista, sintesi e unità di ogni valore, interpreta, sviluppa e potenzia tutta la vita del popolo», così la voce a firma B. MUSSOLINI, *Fascismo* in *Enciclopedia italiana*, Vol. XIV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1932, 847 s. In argomento, v. A. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Brace & World Inc., New York, III ed 1966, tr. it. *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1996, 357 s., L. PALADIN, voce *Fascismo*, in *E.d.D.*, Vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1967, 887 ss. anche in Id. *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Il Mulino, Bologna, 2008, 35 ss., R. DE FELICE, *Mussolini il duce. II. Lo Stato totalitario 1936-1940*, Einaudi, Torino, 1981, 8 ss., S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Il Mulino, Bologna, 2010, spec. 79 ss.

⁵ R. DE FELICE, *Mussolini il duce*, cit., spec. 286 ss.

⁶ *Ibidem*, Pag. 8.

⁷ *Ibidem*, Pag. 9. In merito alle difficoltà con il regime incontrate da La Pira per le sue pubblicazioni di questo periodo, e più in generale per una attenta lettura critica dei saggi in questione, U. DE SIERVO, *Il doveroso impegno sociale*, in *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*, cit., XXVII ss.

⁸ In *Frontespizio*, X, luglio 1938, 424 ss., ora in *Principi contro i totalitarismi*, cit., 23 ss.

da ciò una conseguenza: la sua personalità non può svilupparsi che nel corpo sociale – pel tramite del quale egli accoglie l'azione integrante di tutti – e in conformità alla funzione che nel corpo sodale è per lui preconstituata; adempiendola egli lo perfeziona e ne viene, di rimando, a sua volta perfezionato»⁹.

3. La (il)legittimità della guerra e lo scoppio del secondo conflitto mondiale

Altro tema sviluppato in quei terribili mesi, e destinato a tornare prepotentemente nel futuro dibattito costituzionale, è quello della guerra, della possibilità di distinguere tra «guerra giusta» e «guerra ingiusta», «guerra offensiva e difensiva». Il primo saggio da prendere in esame fu scritto nella tragica estate del 1939, proprio nei giorni in cui i carrarmati hitleriani scaldavano i motori per invadere la Polonia. Si tratta dell'articolo intitolato *Principi sopra la guerra*¹⁰ in cui distingueva – verrebbe da dire, in modo apertamente polemico con la retorica e la politica dell'Asse – tra «guerra giusta e ingiusta». Quelle difensive «quelle, cioè, che si è costretti a fare per difendere la patria dall'aggressore – sono sempre giuste: la difesa della patria contro l'aggressione nemica è cosa doverosa e sacra: vige in questo caso il grande principio romano: *vi vim repellere licet*»¹¹, mentre «una guerra offensiva è ingiusta quando il motivo vero (che è nascosto dal motivo giusto apparente) è costituito dalla cupidità di nuocere, dalla brama di vendetta, dalla crudeltà di un animo implacato ed implacabile, dalla selvaggia bramosia della ribellione, dalla libidine del dominio, e da altri motivi della medesima natura; in una parola, quando c'è nello Stato che inizia la guerra il proposito di fare ad ogni costo la guerra»¹².

La posizione si fa sempre più netta man mano che i contorni del conflitto ormai deflagrato si chiarivano definitivamente. In *Liceità della guerra giusta*¹³ La Pira denunciava senza perifrasi quanto stava accadendo in Europa: vedeva il rischio tragico dell'arrivo di «nuovi turchi» che vogliono mettere a rischio la «preziosa costruzione che la civiltà umana ha edificato con fatica sotto il segno di Cristo»¹⁴. Ancora più coraggiosamente, descriveva le ragioni che stavano portando il mondo intero a precipitare nella guerra più distruttiva della storia dell'umanità e invitava esplicitamente alla resistenza attiva: «fermiamoci qui: supponiamo che uno Stato, per qualsivoglia ragione, a) crei uno stato d'animo guerriero nel suo popolo al fine di prepararlo alla rottura di uno stato di pace esistente; b) aggredisca uno Stato che fa parte della comune società degli Stati; c) sopprima la libertà politica della nazione aggredita; d) distrugga dichiaratamente il valore del principio che impone il rispetto della parola data; e) si faccia portatore, nei popoli che così violentemente opprime, di dottrine sociali e religiose antitetiche a quelle fiorite dalla civiltà cristiana.

Si domanda: la legge di solidarietà è stata o no violata gravemente?

Questa violazione grave legittima una guerra mirante alla ricostituzione dell'ordine infranto?

La risposta è, purtroppo, molto chiara: valgono qui le parole di S. Agostino e di De Victoria: la guerra, in questi casi, è una triste necessità; perché è cosa peggiore della guerra il fatto che i tiranni opprimano violentemente i giusti (S. Agostino); senza la guerra (in questo caso) il mondo non potrebbe più trovare la pace.

⁹ 26 ss.

¹⁰ In *Principi*, suppl. 8-9 a *Vita cristiana*, agosto-settembre 1939, 160 ss., ora in *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*, cit., 130.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, 131.

¹³ In *Principi*, suppl. 8-9 a *Vita cristiana*, novembre-dicembre 1939, 213 ss., ora in *Principi contro i totalitarismi*, cit., 147 ss.

¹⁴ *Ibidem*, 152.

Perché sarebbe cosa peggiore della guerra lasciare che i tiranni, i ladroni, i predoni, commettano impunemente le loro rapine e le loro oppressioni (De Victoria)»¹⁵.

Penso sia stata necessaria questa ampia citazione testuale non solo per ammirare il coraggio di La Pira nell'esprimere il proprio pensiero in un contesto certamente ostile verso qualsiasi forma di dissenso, anche quando espresso da personalità di grande prestigio ed assai vicine alle gerarchie ecclesiastiche¹⁶, quanto per notare come egli coltivasse non un'idea astratta di pacifismo imbelles, ma la piena consapevolezza che, talora, l'uso della forza sia un male necessario per preservare i valori di civiltà costruiti nei secoli.

L'art. 11 della nostra Costituzione si farà carico di trasformare queste concezioni in una potentissima formulazione normativa posta sostanzialmente a chiusura dei principi fondamentali della Carta: il ripudio della guerra quale strumento di offesa alla libertà dei popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali, la conseguente possibilità di utilizzare le forze armate in chiave difensiva non solo dei confini nazionali, ma anche del patrimonio di diritti e valori intorno ai quali è sorta la Repubblica, tanto da ammettere anche rinunzie alla sovranità nazionale a favore di organizzazioni internazionali che, com'è fin troppo noto, abbiano tra i propri fini quello di assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni.

4. Il principio personalista e la centralità del lavoro per l'edificazione della nuova società politica

Nel 1941 la guerra era in pieno svolgimento, ma La Pira pensava già alla ricostruzione morale che sarebbe stata necessaria dopo la conclusione del conflitto. Ne *La persona umana*¹⁷ il tema istituzionale era legato nuovamente all'approccio personalista, nel senso della strumentalità delle istituzioni per l'affermazione del principio del pieno svolgimento della personalità umana. Nel 1943, in *L'ordine del lavoro*¹⁸ guardava, appunto, al lavoro ed alla proprietà in chiave universalista e non certo classista, quale fondamento del nuovo ordine sociale: «sul frontone del futuro ordine economico – nella sperata comunità di fratelli – sarà scritta questa sentenza: *qui tutti lavorano e qui c'è per tutti i lavoratori un ordinato e proporzionato accesso alla proprietà*»¹⁹. Ancora una volta concetti che si troveranno trasfusi negli articoli 1, 4 e 42 della Costituzione repubblicana.

Nel breve e drammatico volgere di pochi anni si era già in pieno dibattito costituente. È del 1945, quindi, l'intervento, ben più ampio dei precedenti, *Esame di coscienza di fronte alla costituente*²⁰ in cui La Pira affrontava il tema del ruolo da riservare alla cristianità nella Costituzione. Dopo una ricca panoramica sull'evoluzione del costituzionalismo moderno, affermava la necessità di riconoscere nel testo della futura Costituzione la religione cristiana quale religione dello Stato, ma questa, in realtà, sembrava più un'affermazione rituale che una radicata convinzione sulla quale spendersi fino in fondo: «questa affermazione ci vuole: ma l'ispirazione cristiana della costituzione non dipende essenzialmente da essa»²¹.

La Pira era un sostanzialista, non credeva alle declamazioni retoriche perché cercava la testimonianza dei valori cristiani nell'ordito concreto dei principi costituzionali: «da qui un ordinamento economico, politico, familiare, culturale, religioso e così via conformi alla natura ed

¹⁵ *Ibidem*, 151.

¹⁶ Sui rapporti tra La Pira e la censura fascista U. DE SIERVO, *Il doveroso impegno sociale*, cit., XXXV e ss.

¹⁷ In *Azione fucina*, 31, 10 settembre 1941, 1 ss., ora in *Principi contro i totalitarismi*, cit., 237 ss.

¹⁸ *S. Marco: Bollettino di San Marco*, 5, 5 agosto 1943, Firenze, 2, ora in *Principi contro i totalitarismi*, cit., 367 ss.

¹⁹ *Ibidem*, 370 (enfasi testuali).

²⁰ *Costituzione e Costituente*, Atti della XIX Settimana Sociale dei Cattolici d'Italia, Firenze, 22-28 ottobre 1945, ICAS, Roma 1946, 279-312, ora in *Principi contro i totalitarismi*, cit., 635 ss.

²¹ *Ibidem*, 657.

alla dignità della persona umana. Solo di una costituzione così fatta si può dire davvero che è cristianamente ispirata: perché l'ispirazione cristiana è incorporata nei suoi istituti, ravviva e finalizza le sue norme, circola nelle sue strutture: in questo caso soltanto l'esplicito riconoscimento della fonte di questa ispirazione verrebbe a costituire il degno coronamento e come la naturale volta dell'edificio costituzionale dello Stato»²².

Ribadiva, dunque, la centralità dell'uomo nel sistema di valori costituzionali, peraltro declinati con grande equilibrio politico in modo tale da poter acquisire oltre al consenso dei cattolici, anche quello dei liberali e dei marxisti con i quali ci si sarebbe dovuti necessariamente confrontare in Costituente. Al tempo stesso affacciava il concetto di «dignità dell'uomo», ponendolo al centro di una concezione dello Stato nella quale – dopo aver dichiaratamente respinto concezioni vetero-liberali e individualiste della società, così come quelle organiciste e statolatriche – avrebbe consentito a tutte le culture politiche di trovare una sintesi felice negli artt. 3, 32 e 36 della Costituzione.

Sono principi che costituiranno l'ossatura della relazione che La Pira svolgerà in Assemblea costituente, a nome del Gruppo della D.C., sulla prima parte della Costituzione e sui principi fondamentali e che già erano presenti nei vari interventi tenuti sia nella Commissione dei settantacinque che nella prima sottocommissione della quale aveva fatto parte²³.

In tutti i lavori della Costituente saranno fermi in La Pira la polemica antihegeliana circa il rapporto di anteriorità tra Stato e uomo, il continuo apprezzamento verso i principi dell'89, la convinzione in merito alla necessità di andare oltre la dicotomia tra diritti individuali e sociali e, quindi, la necessità di introiettare questi ultimi nella Costituzione per orientare verso la loro realizzazione le funzioni dello Stato così da superare i limiti del liberalismo ottocentesco che, alla lunga, avevano determinato la caduta di quel regime e l'avvento del fascismo²⁴.

5. La contaminazione tra la dottrina cattolico-sociale, il liberalismo e il socialismo in La Pira

Non è certo questa l'occasione per analizzare i rapporti profondissimi e complessi di La Pira con il cattolicesimo. Qui interessa rimarcare la posizione che il futuro sindaco di Firenze maturò in quegli anni quanto alla necessità di un dialogo profondo tra la dottrina sociale cattolica e le altre ideologie presenti in Costituente. Egli era consapevole che le principali riflessioni in merito alle nuove questioni sociali erano maturate in ambienti ideologici ben diversi da quello cattolico e segnatamente nel moderno liberalismo e nel socialismo democratico. Era necessario, quindi, secondo la sua sensibilità, che la chiesa si contaminasse con le nuove visioni: «l'incontro è

²² *Ibidem*.

²³ Tuttavia, P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico. 1945-1996*, Il Mulino, Bologna, 1997, 209 s., ridimensiona il contributo dei c.d. "professorini" (Dossetti, Fanfani, La Pira, Moro) in Assemblea costituente, in quanto «elemento di raccordo delle scelte tecniche con le grandi scelte ideali, più ancora che politiche, portatori di una progettualità che si richiamava alla cultura della crisi, specie francese degli anni trenta. Per questo divennero punto avanzato di confronto e di incontro con le analoghe esigenze che esprimeva, sul fronte opposto, la cultura marxista: è noto il rapporto di stima e collaborazione con Togliatti, che Dossetti stesso ha voluto richiamare e sottolineare», mentre le grandi scelte politiche «quelle che dettarono le condizioni del compromesso, o dei compromessi costituzionali, sono piuttosto opera nella Dc, degli uomini della prima generazione: Attilio Piccioni e Umberto Tupini».

²⁴ Il breve saggio *Architettura di uno Stato democratico*, Roma, Ed. Servire, 1948, ora in *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*, cit., 833 ss. si basa sull'intervento svolto da La Pira in Assemblea costituente nella seduta dell'11 marzo 1947, in occasione della discussione generale sul progetto della Costituzione (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei Deputati, Vol. I, Roma, rist. 1971, 313 ss.).

ineluttabile: è esigito da ambo le parti! Cultura, economia, strutture sociali, politica, diritto cercano una misura ed un ordine che solo il cristianesimo possiede: ed il cristianesimo cerca una cultura nuova, una nuova economia, un nuovo ordine sociale, una politica nuova ed un diritto nuovo: e questa “novità” di tutto l’ordine temporale gli viene offerta dal mondo moderno»²⁵. È una conferma importante del contributo lapiriano a quanto si segnalava in apertura circa l’evoluzione subita dalle diverse culture politiche a seguito del confronto che si ebbe sul testo costituzionale e che portò alla reciproca legittimazione e accettazione dei partiti politici presenti, dapprima nel C.L.N. e poi, per l’appunto, in Assemblea costituente.

Con ciò non si vuole, ovviamente, riscrivere la storia del confronto ideologico che segnò la Repubblica perlomeno fino al 1989, né si vuol edulcorare lo scontro tra i modelli sociali e politici di riferimento dei vari “blocchi” ideologici e parlamentari che si contrapposero nell’agone politico italiano, in misura e forme notevolmente diverse durante gli anni di vigenza del sistema elettorale proporzionale, anche come riflesso di quanto parallelamente avveniva nello scacchiere geopolitico internazionale. Qui si vuol solo rimarcare il contributo dato da La Pira ad un processo progressivamente maturato negli anni e impossibile da negare, consistente nel fatto che intorno al dibattito costituente si consolidò, nonostante le nette contrapposizioni ideologiche e i condizionamenti interazionali, una legittimazione reciproca tra le forze politiche che trovò sintesi proprio nella tavola dei valori costituzionalizzati. Tale condivisione di principi fu frutto della contaminazione tra le dottrine politiche e risultò essere uno degli elementi di tenuta del sistema e di sviluppo dell’intero Paese, perlomeno sino alla scomparsa dei partiti “storici” negli anni ‘90 del secolo scorso: l’espressione “partiti dell’arco costituzionale” non fu coniata a caso e segnò non poco un perimetro politico-istituzionale all’interno del quale si giocarono la gran parte delle battaglie politiche e parlamentari di tutti quegli anni.

La Pira contribuì incisivamente a far maturare sul proprio fronte la consapevolezza della necessità di aprire le porte della dottrina sociale cattolica alle interpretazioni dei nuovi problemi sociali e alle ricette per affrontare gli stessi provenienti da diversi, anche assai lontani, orizzonti politici e culturali.

Sotto questa luce penso sia legittimo leggere anche gli interventi immediatamente successivi all’approvazione del testo costituzionale ed a commento del risultato dei lavori costituenti. Sia in *Un lavoro compiuto*²⁶ che nell’intervista pubblicata sotto il titolo *Architettura della Costituzione*²⁷ La Pira evidenziava, infatti, la centralità dell’art. 2, definito «motivo architettonico» del sistema costituzionale: «sì, questa idea ispiratrice c’è: essa è costituita dal principio che la persona umana possiede una serie di diritti originari – individuali e collettivi – che lo Stato deve tutelare: questa idea ispiratrice, chiave di volta dell’edificio costituzionale, è espressa dall’art. 2 che è l’articolo base sul quale quell’edificio si eleva»²⁸. In un altro saggio di pochi giorni successivo²⁹ l’analisi era più approfondita: l’art. 2 si fonda su una duplice premessa, «metafisica» e «sociologica». La prima fa riferimento alla «anteriorità e alla finalità» dell’uomo rispetto allo Stato; la seconda implica lo svolgimento della «personalità umana attraverso l’appartenenza organica a successive comunità

²⁵ *Cristianesimo e mondo moderno*, in *Lineamenti di cultura e d’azione*, Federazione universitaria cattolica italiana, Tipografia Priamar, Savona 1947, 19-27, ora in *Principi contro i totalitarismi*, cit., 708.

²⁶ In *Il Popolo*, 300, 23 dicembre 1947, 1, ora in *Principi contro i totalitarismi*, cit., 855 ss.

²⁷ Intervista con Giorgio La Pira in *L’Avvenire d’Italia*, 3, 4 gennaio 1948, ora in *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*, cit., 859 ss.

²⁸ *Architettura della Costituzione*, cit., 860.

²⁹ *Il valore della Costituzione italiana*, in *Cronache Sociali*, II (2), 31 gennaio 1948, 1-3, ora in *Principi contro i totalitarismi*, cit., 861 ss.

sociali nelle quali essa è inclusa ed attraverso le quali essa ordinatamente si sviluppa e si perfeziona»³⁰.

6. Il pensiero di Giorgio La Pira e la koinè politica della Democrazia Cristiana

Credo che da questo parzialissimo e sin troppo sintetico *excursus* di saggi elaborati e pubblicati negli anni decisivi del passaggio dallo stato fascista a quello costituzionale si abbia conferma dell'influenza che Giorgio La Pira ebbe nell'edificazione della Repubblica. Ciò si percepisce non soltanto nella scrittura del testo costituzionale, nel quale diede un contributo relevantissimo così come testimoniano i tanti saggi di quegli anni e gli interventi in Assemblea, ma soprattutto per la formazione di uno dei tratti identitari fondamentali della Democrazia Cristiana e, con quella, dell'intera Repubblica.

Come avrebbero dimostrato soprattutto le vicende dei primi anni di vita del rinnovato Stato, erano fortissime le spinte interne alla D.C., ed anche ai più alti livelli delle gerarchie ecclesiastiche, perché il partito di maggioranza relativa, anziché consolidare una politica centrista al tempo stesso, però, sensibile verso le nuove istanze sociali tradizionalmente patrocinate dalle sinistre, si ponesse come asse di un blocco conservatore su base, appunto filoclericale. Com'è noto, fu principalmente Alcide De Gasperi a contrastare vittoriosamente questo disegno³¹ e a consolidare l'identità del partito in modo che la sua forza elettorale fosse utilizzata per attuare un programma di moderato riformismo.

Fu, questa, una caratteristica che la Democrazia Cristiana conservò lungo tutta la sua storia, pur con incertezze e gli inevitabili mutamenti di accenti e declinazioni determinati dalle dinamiche interne e dal mutare dei tempi. A me pare che questa cifra identitaria debba molto all'insegnamento e all'opera di un uomo come Giorgio La Pira che proprio nel suo percorso umano, culturale e spirituale, prima ancora che politico, dimostrò di anticipare la sintesi dei valori su cui sarebbe stata costruita la nuova Italia.

³⁰ *Op. ult. cit.*, 862.

³¹ In argomento P. CRAVERI, *De Gasperi*, Il Mulino, Bologna, 2006, 533 ss. e P.L. BALLINI, *Alcide De Gasperi. Vol. III. Dalla costruzione della democrazia alla «nostra patria Europa» (1948-1954)*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 487 ss.

ANTONIO D'ANDREA
La svolta costituzionale dell'Italia:
dall'approdo democratico alle difficoltà del presente.

SOMMARIO: 1. Lo “stare insieme” di una comunità organizzata (e a maggior ragione dello Stato). – 2. Quel che si lascia alle spalle e verso quale approdo tende la “grande norma” che regge la Repubblica italiana. – 3. Il paradigma democratico e le scelte di fondo della Costituzione italiana. – 4. La perniciosa svalutazione dell'attuale organizzazione costituzionale e la rivalutazione per via popolare delle opzioni di fondo della democrazia italiana.

1. Lo “stare insieme” di una comunità organizzata (e a maggior ragione dello Stato).

Qualsiasi comunità umana stanziale, indipendentemente dalla collocazione geografica e dal numero dei componenti, per poter progettare di stare o continuare a stare insieme, privilegiando la sua identità (che si fonda su vari e complessi fattori: l'etnia, la lingua, la religione, le tradizioni, ecc.), inevitabilmente trascendente la specifica vicenda personale di ciascuno dei suoi appartenenti, ha bisogno di darsi un “governo”.

Se guardiamo in chiave storica perciò all'organizzazione di Comunità complesse, quali continuano ad essere ancora oggi gli Stati nazionali, a partire dal XVI Secolo, è di grande e fondamentale importanza seguire l'evoluzione del modo di stabilire le “regole” al fine di assicurarne il “governo”; in altri termini, l'intendimento è quello di affermare prima e preservare poi una convivenza, almeno tendenzialmente, ordinata e pacifica. È del resto evidente che, in assenza di quelle “regole” calate “dall'alto” e “imposte” da una qualche Autorità governante, sarebbe impossibile pensare di impedire all'interno di un gruppo sociale pur sempre composito relazioni tra soggetti, che si trovano inevitabilmente a interagire tra loro, improntate, sino a quando è possibile, sulla “convenienza reciproca” ma, in ultima analisi, sulla capacità di fare prevalere l'interesse di taluni ai danni degli altri magari grazie all'uso (o anche solo alla minaccia) della forza privata: il diritto è per sua definizione uno strumento o, se si vuole, una scienza sociale alternativa al ricorso alla “ragion propria”, dunque alla estemporanea, disordinata, illimitata conflittualità tra soggetti che vengono a “contatto” tra loro, pur dovendosi considerare esso stesso una “tecnica” oppressiva messa in atto da chi è posto in condizione di comando – l'Autorità – affinché i consociati siano chiamati a rispettare regole – norme – che ne limitano la libertà assoluta di agire per realizzare il proprio esclusivo tornaconto¹. Ciò non esclude, anche solo guardando quello che tuttora accade all'interno delle singole realtà statuali, non necessariamente lontane dalla nostra, che una Comunità, che pure rivendica una sua precisa identità e che vorrebbe dotarsi di una sua autonoma organizzazione, non sia nelle “condizioni ambientali” di autodeterminarsi – di fare valere la sua pretesa sovranità –, trovandosi di fatto assoggettata a un'altra Autorità che glielo impedisce e che è in grado di imporsi

¹ Come è noto, nel corso del XX Secolo, il contributo della dottrina italiana che si considera il più significativo alla teoria del diritto nella sua dimensione giuspubblicistica è quello offerto da S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, Spoerri, 1918 (poi riedito nel 1946 a Firenze da Sansoni), secondo il quale laddove si materializza una comunità deve necessariamente formarsi diritto (si parla di teoria istituzionistica), e ciò partendo da una visione composita della realtà sociale, sebbene, sembrerebbe, almeno oggi, scontato sottolineare, alla luce di alcuni parametri peraltro giuridici, quali sono quelli costituzionali allora del tutto sottostimati dall'importante autore. C'era prima e c'è adesso “diritto e diritto”, come pure esisteva e esiste tuttora “governo e governo”, sia l'uno sia l'altro possono dunque riflettere una certa concezione ideale dello ius che sostiene la *societas* (ed è così che si può distinguere, per restare al nostro Paese, un ordinamento liberale da un ordinamento autoritario e quest'ultimo da uno, viceversa, democratico, il che non impedì a Romano di sostenere pienamente il “mutamento” istituzionale promosso dal fascismo).

proprio in base all'uso del potere di comando di cui dispone e che viene perciò "usato" all'interno del suo dominio territoriale con notevole discrezionalità nel perseguimento dei propri "affari interni". Si tratta, come è noto, di fenomeni di colonizzazione e di "repressione interna di minoranze" che, pur essendosi ridotti e, in linea di principio, ormai vietati dalle regole poste dal diritto internazionale (sulle complicate modalità di fare rispettare tali principi si dovrebbe aprire un discorso a parte quantunque non si debba sottovalutare lo sforzo intrapreso con l'Organizzazione delle Nazioni Unite, subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, nella direzione di dotare la Comunità internazionale di norme volte a disciplinare i rapporti tra gli Stati e i rispettivi popoli senza dover ricorrere all'uso indiscriminato della forza bellica), rappresentano pur sempre una grave contraddizione rispetto al basilare anelito alla libera emancipazione di una Comunità-popolo da un "governo" avvertito come oppressivo e comunque "ostile" ed "estraneo".

Resta inteso che all'interno di una qualsiasi Comunità, a cominciare dunque dallo Stato, che abbia bisogno di "regole" per poter funzionare, occorre in primo luogo che venga risolto il nodo dell'assegnazione del potere di stabilire quelle regole, essendo impraticabile l'idea di un diretto ed eguale coinvolgimento di tutti gli appartenenti al "gruppo", secondo una sorta di permanente autogestione che, al massimo, potrebbe essere sperimentata per piccolissimi gruppi refrattari a forme di "complicata" convivenza "organizzata" e perciò in tal caso "ordinata" pur sempre da "qualcuno" nel nome di "qualcosa". Ad ogni modo, per riallacciarsi a quanto già detto a proposito del diritto come inevitabile strumento coercitivo, alle regole poste alla base della convivenza comunitaria si deve attribuire una forza vincolante e deterrente, che ne assicura, in altri termini, una valenza giuridica (non già o non solo di altro tipo, ad esempio morale) di tipo sanzionatorio, nei confronti di quanti disattendono la norma proveniente dall'Autorità che si trova o, se si preferisce, viene messa (come accade nel contesto democratico occidentale) nelle condizioni di governare la Comunità². Se sussiste un'Autorità riconosciuta che regge lo Stato ed è pertanto in grado di imporre norme giuridiche, a tali regole non è possibile sottrarsi legittimamente se non con il rischio di incorrere in una sanzione, che potrà avere natura diversa a seconda della violazione commessa, senza la quale evaporerebbe qualsiasi capacità di tenuta comunitaria oltre che di credibilità, interna ed esterna, dell'Autorità statuale. Ciò implica, in linea di principio, che l'effettività delle norme vigenti sia un indicatore significativo della "forza" oggettiva da riconoscersi all'apparato statuale alla quale non corrisponde necessariamente una positiva valutazione di merito – oggi si potrebbe dire che essa vada ricercata alla luce dei precetti con i quali si qualificano in chiave democratica gli Stati, su cui tornerò più avanti – e neppure, a voler ben vedere, una dimostrata consonanza tra il "sentire" della società, nella sua maggioranza, e le scelte di volta in volta imputabili ai suoi pur legittimi governanti.

2. Quel che si lascia alle spalle e verso quale approdo tende la "grande norma" che regge la Repubblica italiana.

Se dunque guardiamo oggi alla Legge Fondamentale sulla quale si fonda l'organizzazione della nostra comunità statuale – quella che individuiamo come Costituzione repubblicana – è tuttavia indispensabile, prima ancora che soffermarsi sulle modalità con cui le norme definiscono il rapporto tra ciò che ciascuno dei consociati può "liberamente" fare e ciò che, viceversa, non deve fare ciascuno di noi (cioè prima ancora di verificare diritti e doveri individuali e le correlate sanzioni previste nell'ordinamento), ragionare sull'Autorità che ha imposto e impone le regole costituzionali,

² «Se non si collega alcuna pena alla disobbedienza, allora i deliberati o i comandi che pretendono di essere legge non sono, in effetti, niente di più che consigli o raccomandazioni»: A. HAMILTON, *Il Federalista*, n. 15.

sul presupposto che oramai non è più indifferente interrogarsi sulla natura del potere giuridico che storicamente è in grado di affermarsi e “segnare” le sorti della Comunità di riferimento non necessariamente da considerare “sottostante”. L’evoluzione degli ordinamenti giuridici occidentali che vengono comunemente definiti come democratici non resta in effetti indifferente riguardo alla tipologia di Autorità cui si assegna il compito di deliberare (approvare) la Costituzione. Tale Autorità, assumendo un ruolo costituente, una volta esaurito il compito assegnatole, è destinata a “dissolversi” e a consentire il formarsi di altra organizzazione “costituita”, individuando nuove e diverse Autorità politiche che avranno, a loro volta, il compito di *governare* da quel momento in avanti i consociati. Tutto ciò rende peculiare lo stesso contenuto delle norme di rango costituzionale, provenienti dall’esercizio *una tantum* del “potere costituente”, tenute a definire relazioni istituzionali di un certo tipo che costituiranno la base su cui poggeranno i rapporti giuridici anche intersoggettivi nell’ordinamento, distinguendosi *formalmente* e *contenutisticamente* dalle altre, *successive* norme giuridiche che costituiranno piuttosto il contenuto delle leggi comuni (si parla non a caso di leggi ordinarie). È tuttavia impensabile comprendere la natura precettiva della vigente Costituzione italiana e fornirne una interpretazione adeguata e persino logica delle disposizioni ivi contenute – a partire dalla configurazione dei diritti della persona – se non si affronta in chiave storica il modo attraverso il quale è stato esercitato il “potere costituente” nel nostro Paese, una volta eletta il 2 giugno 1946 l’Assemblea Costituente, il cui compito era proprio quello di superare il precedente assetto dello Stato monarchico retto, come è noto, formalmente dallo Statuto albertino e sostanzialmente da una congerie di norme approvate a seguito dell’avvento, agli inizi degli anni venti, del regime fascista cessato drammaticamente nel corso del secondo conflitto mondiale, nel quale il nostro Paese era entrato a fianco della Germania nazista che, dopo l’armistizio dell’8 settembre 1943 con gli anglo-americani, era divenuto il nemico occupante il centro-nord della nostra Penisola.

Vale la pena domandarsi da quale tradizione giuridica – anche sotto il profilo della semplice elaborazione di una teoria politica – proveniva il nostro Paese che aveva finito per approdare al “modello autoritario”³ e chiedersi a distanza di settant’anni: verso quale contraria direzione è stato indirizzato l’ordinamento statuale, affidando l’esercizio del “potere costituente” all’Assemblea Costituente eletta – ed era la prima volta che accadeva – a suffragio universale?

Ritengo sia giusto rispondere in senso affermativo alla domanda che potrebbe sembrare frustra innanzitutto perché “gli sbandamenti” sul terreno costituzionalistico possono essere sempre possibili e poi perché nel nostro Paese questi si sono già verificati venendo, in qualche modo, contenuti nella loro devianza istituzionale proprio grazie a quella ispirazione ideale portata a compimento dalle regole costituzionali allora approvate e tuttora vigenti.

Credo fermamente sia ancora giusto per i costituzionalisti, che pure guardano all’universalismo dei diritti (e alle modalità più congrue per garantirlo) e che sono perciò attenti alla nuova

³ Scrive L. PALADIN, *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Bologna, Il Mulino, 2008, 37 e 38 «Per comune riconoscimento, la quasi totalità degli atti costituzionalmente rilevanti, che fanno seguito alla nomina di Mussolini quale Presidente del Consiglio dei Ministri (31 ottobre 1922), rispetta in pieno l’esigenza formale della legalità. Ma la stessa conclusione vale, contro le apparenze, anche per le fasi precedenti la conquista del potere da parte del fascismo. La marcia su Roma e la circostanza che siano mancate le consultazioni regolari ad opera del Re (per non dire del conferimento telegrafico dell’incarico all’on. Mussolini) alterano certamente l’ordinario quadro delle crisi di governo: ma non rappresentano ancora motivi sufficienti per dedurre – come pure è stato fatto – che fino al 28 ottobre di quell’anno abbia termine la forma cosiddetta parlamentare di governo. La marcia su Roma – oramai demistificata dagli storici – si può considerare come l’ennesimo illecito di ordine penale, fra quanti ne commettono in quel tempo le squadre fasciste di azione; la fase delle consultazioni si svolge anormalmente ma in modo febbrile ed intenso, in seguito alle dimissioni del Governo Facta (decise fin dal giorno 26 ottobre 1922), né viene viziata da una effettiva violenza; ed ogni irregolarità rimane comunque coperta e sanata dal massiccio appoggio che volontariamente le Camere esprimono, in sede di voto di fiducia e di delega legislativa, a favore del nuovo Governo Mussolini».

dimensione sovranazionale del diritto, non abbandonare i “percorsi” che hanno contrassegnato l'evoluzione dei singoli ordinamenti giuridici a cominciare dal nostro; oltretutto, sul piano metodologico, la pur legittima compressione della sovranità nazionale (nel nostro Paese, come è noto, assicurata dal combinato disposto degli artt.10 e 11 della vigente Costituzione) non fa venire meno l'invincibile esigenza degli Stati che, in effetti, continuano ad esistere – e almeno sino a quando esisteranno – di stabilire in che modo e a chi assegnare il “potere politico” al loro interno anche allo scopo di “usarlo” su scala sovranazionale. L'allocazione del potere politico e, dunque, le modalità che consentono l'affermazione degli indirizzi politici – in altri termini la questione della forma di governo – costituiscono ancora oggi nel loro intreccio un pilastro portante di ciascun ordinamento statale, la cui “tenuta” deve essere attentamente verificata, poiché da esso derivano “scelte” che toccano le condizioni esistenziali di ciascuno di noi e che la sola garanzia giurisdizionale dei diritti, ancorché proiettata da norme costituzionali su scala sovranazionale, non è in grado di “proteggere”, in Italia e nel resto dei Paesi, europei – eventualmente appartenenti all'Unione Europea – e non.

La costruzione dell'identità politica e giuridica del nostro Paese merita dunque di essere storicamente delineata, sia pure in modo molto schematico.

La caduta dell'Impero romano (almeno nella parte occidentale), a opera di popolazioni poco aduse o per nulla inclini a un controllo centrale, contiene in sé il germe del declino dell'epopea del diritto romano grazie alla quale abbiamo alle spalle una antica, riconosciuta e pregevole impostazione giusprivatistica delle relazioni tra individui con al centro della regolamentazione normativa i beni e gli interessi economici di cui erano (e sono ancora) portatori gli “abbienti” capaci di agire e di curare il loro patrimonio, in un contesto geo-politico nel quale Roma è stata nei fatti *caput mundi*. Il tentativo di rilanciare la tradizione imperiale attraverso il *Corpus iuris civilis* di Giustiniano si rivela, da quel punto di vista, evanescente e sollecita un'altra e differente (poiché interessata alla prospettiva spirituale della condizione umana oltre la stessa vita terrena) Autorità – il papato – a giocare viceversa egualmente e direttamente un ruolo politico di grande importanza in grado di condizionare gli assetti politici e giuridici dell'Italia sin dal periodo medioevale e rinascimentale⁴. Proprio nel Rinascimento si afferma una sorta di autonomismo cittadino (diventato Signoria), in grado di contrastare il predominio imperiale, ma strutturalmente impossibilitato o, se si vuole, incapace di diventare monarchia nazionale e semmai portatore di un'idea di municipalismo che sarà da allora in avanti un fattore frenante e di complicazione rispetto a qualsiasi ipotesi unitaria.

La progressiva affermazione in Europa delle istituzioni monarchiche (Spagna, Francia e Inghilterra, sia pure in forme e in tempi diversi) riduce la penisola italiana a terra contesa fra Spagna e Francia (si tratta dell'Italia settentrionale che la Francia intendeva controllare per sfuggire all'accerchiamento degli Asburgo). Alla preponderanza spagnola si sostituirà quella austriaca che, con la breve ma giuridicamente significativa parentesi napoleonica, culminerà nel Congresso di Vienna (1814-15), al quale guardano rispettivamente con indifferenza e senza alcuna preoccupazione la Gran Bretagna e con diplomatica attenzione la stessa Francia. Inglesi e francesi che agli inizi dell'Ottocento già vantano momenti politico-istituzionali (rispettivamente la Gloriosa Rivoluzione del 1689 e la Rivoluzione del 1789) improntati a un preciso e giuridicamente solido superamento dell'assolutismo monarchico, mentre la penisola italiana sembra condannata alla restaurazione monarchica imposta e sostenuta militarmente dalla “Santa Alleanza”⁵.

⁴ Emblematica, a questo riguardo, è la vicenda che vede coinvolti Attila e il papa Leone I come pure il passaggio della parte centrosettentrionale della Penisola nell'orbita dell'Impero carolingio sancito nella notte di Natale dell'800 con l'incoronazione di Carlomagno da parte del papa Leone III.

⁵ La presenza del papato a Roma condiziona la cultura e le istituzioni della Penisola. La riforma protestante (che esalta il protagonismo del soggetto non più “fedele” ma artefice in prima persona della sua salvezza) e l'illuminismo (che inverte il rapporto tra ragione e religione) toccano solo marginalmente l'Italia proprio per il controllo della Santa

La concessione dello Statuto al Piemonte da parte di Carlo Alberto, nonostante la sconfitta nella Prima guerra d'Indipendenza italiana (1848), e l'Unità d'Italia, con la seconda guerra d'indipendenza del 1859 (capolavoro politico-diplomatico di Cavour che riesce dapprima a ottenere l'appoggio militare di Napoleone III e successivamente il decisivo apporto di Garibaldi), iscrivono il nostro Paese nel novero delle monarchie liberali⁶.

Va detto peraltro che i moti rivoluzionari del 1848 furono anche accompagnati da una ventata di repubblicanesimo che attraversò l'Europa e che talora riuscì a raggiungere, sia pure temporaneamente, un approdo costituzionale. Il fenomeno aveva toccato anche la Penisola, in particolare con la significativa esperienza della Repubblica romana e della relativa Costituzione del 1849, la cui brevissima durata non toglie nulla alla portata innovativa di alcuni dei principi ivi affermati, principi talora capaci di presagire in qualche misura le soluzioni che saranno molto più tardi adottate nella Costituzione italiana⁷. Ma, naturalmente, il fatto storico più importante è rappresentato in quel frangente proprio dall'insuccesso di quella esperienza repubblicana così come

Sede. La rivoluzione napoletana del 1799, che guarda all'esperienza francese, fallisce anche per l'azione del contado pesantemente influenzato dal reazionarismo cattolico. Il "liberalismo" di Pio IX è di così breve durata da indurre gli ambienti favorevoli al pensiero di Vincenzo Gioberti ad abbandonare presto l'ipotesi di una federazione di Stati presieduta dal Papa che però non intende minimamente "offendere" la cattolica Austria. Il sostanziale "non riconoscimento" dello Stato unitario italiano e del suo liberalismo caratterizza l'atteggiamento papale nei riguardi del mantenimento di una precisa distinzione tra Chiesa e Stato. La scarsa simpatia, soprattutto da parte delle alte gerarchie ecclesiastiche, per il Partito popolare di don Sturzo e l'appoggio al fascismo, diventato quasi incondizionato dopo i Patti Lateranensi del 1929, sono elementi dai quali facilmente desumere una decisa ostilità nei confronti non solo del socialismo, ma anche delle istituzioni e dell'evolversi dell'ordinamento in senso liberal-democratico. Il secondo conflitto mondiale induce progressivamente, come è noto, lo Stato pontificio a un diverso atteggiamento culturale e politico-istituzionale: il "cattolicesimo democratico", presente e operante nell'Assemblea Costituente italiana del 1946, appare come la manifestazione più evidente del superamento dell'inconciliabilità tra religione cattolica e democrazia.

⁶ G. PAPINI, in un suo frizzante articolo dal titolo *Risorgimento (già pubblicato in La Voce anno I, 1 luglio 1909, 1 e 2, ora ripubblicato in un volume-strenna, L'unità d'Italia nei tre cinquantenni commemorazioni e interpretazioni*, a cura di G. Gangemi con una nota di G. Giuffré, Milano, Giuffré, dicembre 2010, 113 e 114) scriveva in modo straordinariamente efficace che «Gli italiani della prima metà del secolo XIX avevano bisogno di tre cose: riunire i loro stati in uno solo – scacciare gli stranieri – e ottenere una costituzione liberale. Per quanto questi tre fini siano stati confusi e malamente identificati durante il periodo rivoluzionario, pure si trattava di tre cose abbastanza distinte. Se l'unità e l'indipendenza andavano abbastanza d'accordo, la libertà sarebbe stata possibile anche con i vecchi governi, tant'è vero che la prima costituzione liberale fu concessa dai Borboni di Napoli e che leggi più liberali d'Italia eran quelle concesse dai Lorenesi in Toscana molto prima di Napoleone. Questa duplicità di fini dette origine a non pochi compromessi e non poche confusioni...Si vide Garibaldi, già condannato dai tribunali piemontesi, fatto generale dell'esercito sardo; si vide Vittorio Emanuele congiurare con Mazzini d'insaputa dei suoi ministri; si vide Cavour costretto a invader gli stati della Chiesa per ristabilire il prestigio dell'esercito regolare dopo le vittorie dei Mille, e Mazzini dimenticar la repubblica, e Garibaldi invocare la dittatura. Tutti questi compromessi – anche se ebbero qualche buon effetto – sul momento abituarono un po' troppo gli uomini alla possibilità delle trasformazioni, alla debolezza, alla volubilità, alla castratura, sia pure momentanea dei loro principi...L'incostanza e l'inconsistenza che oggi notiamo nella nostra vita pubblica non son dovute solo alla viltà del presente, ma risalgono al Risorgimento».

⁷ Basti pensare, tra le varie assonanze, al nesso tra scelta repubblicana e scelta democratica sancito dal primo paragrafo della Costituzione del 1849, il quale, per avervi insistito il Saliceti, precisa esplicitamente il carattere democratico della Repubblica («La sovranità è per diritto eterno nel Popolo. Il Popolo dello Stato romano è costituito in repubblica democratica»); oppure alla precoce intuizione, evidente nel tenore del terzo paragrafo, che il solo principio di eguaglianza formale, già affermato nel secondo paragrafo, sia da solo insufficiente ad assicurare la giustizia sociale (sicché «La Repubblica colle leggi e colle istituzioni promuove il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini»); oppure, ancora, a una certa sensibilità per le "autonomie" municipali (paragrafo V), nonché all'idea mazziniana della fraternità non solo tra gli uomini ma anche tra i popoli (paragrafo IV), che in fondo anticipa idealmente l'apertura internazionale della nostra Costituzione. Rinvio per il resto, tra i molti contributi in materia, a S. LARICCIA, *A 170 anni dalla costituzione della repubblica romana del 3 luglio 1949*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 5/2019, 1 ss.; M. FERRI, *Costituente e costituzione della Repubblica romana del 1849*, in *Diritto e Società*, 1/1989, 1 ss.; P. C.(OSTANZO), *3 luglio 1849 - 3 luglio 2019, "una sola luminosa eccezione" (la Costituzione della Repubblica romana del 1849)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, *Memorie Costituzionali*.

di ogni aspirazione autenticamente democratica, a vantaggio di una riunificazione avvenuta, come si diceva, sotto il segno di una monarchia costituzionale (formalmente) pura – quella statutaria appunto – che nella prassi riuscirà ad evolversi rapidamente in monarchia parlamentare ma mai in autentico governo parlamentare.

Lo Statuto, i cui tratti salienti appaiono “blandamente” liberali, supera la Prima Guerra Mondiale, ma mostra tutti i suoi limiti con l'emergere dei partiti di massa (PSI e PPI) in un sistema elettorale divenuto tra il 1912 e il 1919 a suffragio universale maschile e di tipo proporzionale. L'affermazione del fascismo, resa peraltro possibile anche dall'appoggio del Re, indisponibile a usare la forza pubblica per bloccare la marcia su Roma, relega lo Statuto ad un ruolo di inutile orpello di una legislazione, quella fascista, che ha guardato progressivamente all'organizzazione statuale come servente non certo i diritti individuali – a partire da quelli politici “classici” da far finalmente valere nei confronti del “monoclasse” potere statale –, quanto piuttosto quale mezzo per consentire l'affermazione della decisione assunta dal “capo del governo e duce del fascismo” e cioè dell'unica autorità in grado di incarnare la volontà della Patria ad esso sottoposta. Il regime autoritario, incentrato sui poteri giuridici trasferiti o direttamente assegnati al “capo” (e osteggiato apertamente solo da un numero tutto sommato non cospicuo di oppositori perseguitati all'interno del territorio nazionale e perciò o silenti e di fatto accondiscendenti ovvero costretti all'esilio)⁸, è stato peraltro superato solo con il decisivo supporto “esterno” politico-militare del fronte anglo-americano senza tuttavia risparmiare alle nostre genti un conflitto interno alimentato dalla spinta, non solo militare, della Resistenza armata nonché dalla stessa creazione di uno Stato-fantoccio, quale è stata la Repubblica di Salò. Se guardiamo alla tradizione giuridica italiana e alla poco approfondita riflessione teorica che ha accompagnato l'individuazione (e, in linea di massima, il sostegno) dell'Autorità chiamata a “imporre” regole alla comunità politica, siamo stati dunque, sostanzialmente almeno sino all'avvento della Costituzione Repubblicana, un Paese poco attento a ricercare il fondamento ideale giustificativo da porre alla base della ineliminabile supremazia del potere pubblico sui consociati quasi che l'autorità politica capace di imporsi (quasi sempre per un accomodamento anche forzato degli interessi esterni concretamente in gioco)⁹ alla fine si dovesse

⁸ Tra gli intellettuali liberali con sensibilità giuridica, oppositori “da destra”, almeno dopo il “delitto Matteotti”, del regime fascista che stava instaurandosi in profondità nelle istituzioni, merita di essere ricordato Gaetano Mosca, professore di diritto costituzionale e di storia delle dottrine politiche, il quale pure, come altri, aveva sostenuto nella sua qualità di senatore del Regno il Governo Mussolini; egli, restando pur sempre all'interno di una critica fondata essenzialmente sul ripudio della violenza come metodo per il mantenimento del potere di governo, tuttavia non rinunciava a richiedere alle élites il compito di determinare le scelte di politica nazionale. Lo stesso Mosca fu (insieme a Piero Calamandrei, Vincenzo Arangio Ruiz, Giuseppe Chiovenda, Gaetano Salvemini, Francesco Ruffini oltre che a Eugenio Montale, Luigi Einaudi, Gaetano De Santis e altri) tra i firmatari del “Manifesto degli intellettuali antifascisti” promosso, come è noto, su sollecitazione di Giorgio Amendola, da Benedetto Croce e pubblicato il 1 maggio 1925 su *Il Mondo*, in contrapposizione al “Manifesto” elaborato da Giovanni Gentile, il cui obiettivo era in effetti quello di «ravvivare e (a) fare intendere in modo più profondo e concreto al nostro popolo il pregio degli ordinamenti e dei metodi liberali e di farli amare con più consapevole affetto», reclamando semplicemente (corsivo mio) «il possesso di una tradizione, divenuta disposizione del sentimento, conformazione mentale o morale». Quanta flebile e senza alcuna capacità deterrente sia stata questa modalità oppositiva alle pratiche autoritarie del regime è dimostrato dall'inasprimento delle misure legislative a danno di coloro che non si adeguavano al nuovo corso istituzionale avviatosi con la guida politica assunta da Mussolini (a cominciare, in virtù della legge 24 dicembre 1925 n. 2263, dall'abolizione della fiducia parlamentare per arrivare, prima di tutto il resto, alla decadenza dal mandato parlamentare dei deputati “aventini” sino alla stessa previsione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato).

⁹ Sempre G. PAPINI, *op. cit.*, 114 e 115, ricorda senza indulgere alla retorica come «La resurrezione italiana è dovuta più che per metà a degli stranieri: è stata, in certo modo, un prodotto di importazione. Abbiamo preso le costituzioni dalla Spagna e dalla Francia – i denari dall'Inghilterra e dalla Francia – i volontari dalla Polonia, dall'Ungheria o da tutti gli altri paesi d'Europa, i liberali del 1830 e i repubblicani del '48 aspettavano l'aiuto della Francia – la guerra del 1859 fu possibile soltanto con i soldati di Napoleone III e la neutralità dell'Inghilterra – la spedizione di Sicilia fu fatta colla protezione degli inglesi – Venezia fu ottenuta colla vittoria dei Prussiani a Sadowa, e Roma colla vittoria dei Prussiani a

giustificare di per sé e che tanto bastasse per assicurare una non disprezzabile convivenza ordinata. Siamo stati perciò una Comunità politica priva di una radicata “coscienza democratica” nazionale nella realtà autentica espressione, almeno sino al 1861, di differenti domini stranieri e, da un certo punto in avanti, allorché agli inizi del Novecento avrebbe potuto affermarsi una nuova coscienza politica “di massa”, sottomessa, per causa propria, al governo di un “capo” lasciato libero di assumere le note scellerate determinazioni senza che fosse esercitato alcun effettivo potere di controllo e ciò per l’ignavia dell’apparato istituzionale (a partire dal Sovrano) e anche per la sottovalutazione del modo con il quale le istituzioni di governo sono chiamate (ieri come oggi) ad affrontare il disagio sociale che emerge “dal basso”, spesso per errori del passato o condizionamenti esterni (ieri come oggi)¹⁰.

Una realtà ordinamentale, a voler ben vedere, divisa e fratturata al suo interno per un insieme di ragioni che permangono ancora oggi irrisolte (la principale delle quali è il perdurare delle disuguaglianze all’interno della società e non solo tra le diverse aree del Paese). Uno Stato, se si guarda a fondo, neppure “pacificato” con riguardo alle stesse modalità prescelte “insieme” per definire, una volta conclusa la tragica guerra e sconfitto sul campo di battaglia il nazi-fascismo, gli inevitabili nodi istituzionali da sciogliere per lasciarsi definitivamente alle spalle l’assetto autoritario del “vecchio” regime (penso alle vicende che hanno accompagnato la preliminare “questione istituzionale”, vale a dire il mantenimento piuttosto che il superamento della forma monarchica dello Stato italiano poi definita con il contestuale, rispetto all’elezione dell’Assemblea Costituente, referendum popolare nonché alle dirompenti polemiche seguite, da parte monarchica, all’esito di quel voto). Si può perciò affermare che il nostro Paese, anche una volta ottenuta l’unità politica della penisola con la formazione del Regno d’Italia, sia rimasto in massima parte estraneo al progressivo emergere del c.d. “paradigma democratico” occidentale. Naturalmente ricordare e richiamare l’esistenza di un “paradigma” *standard* (e ciò in virtù del consolidarsi in alcuni Paesi, pur tra alti e bassi, dei principi del costituzionalismo collegato alle note rivoluzioni della fine del Settecento, “nutrite” dalla riflessione teorica dei grandi pensatori liberali e ancor prima dalla peculiare, “controllata” monarchica anglosassone) nella stessa area geopolitica nella quale è sempre stato collocato il nostro Paese, non significa, come già sopra chiarito, ignorare le peculiari vicende

Sedan. Senza Napoleone III, senza Bismarck, senza Palmerston, senza Gladstone l’Italia non si sarebbe fatta: noi dobbiamo la riconquista della nostra nazionalità agli stranieri e l’abbiamo pagata con pezzi di territorio, con sconfitte e umiliazioni. La dignità nazionale non s’è certo vantaggiata da questa specie di elemosina politica che gli stranieri ci hanno fatta per tanti anni ed anche oggi l’Italia è incapace di pensare che possa far da sé, spontaneamente, di un suo capo, con le sole sue forze, senza gli aiuti, i suggerimenti e le alleanze delle altre nazioni». Naturalmente il brillante e controverso intellettuale, partendo da quella condivisibile lettura degli accadimenti, auspicava una “svolta interna” che in effetti sciaguratamente intervenne, come è stato ricordato, aprendo la strada a quella terribile evoluzione tutta italiana rappresentata dal regime autoritario fascista – della quale egli fu certo un fautore sebbene non sempre “ortodosso” – incentrata sul “capo” cui affidare le sorti dello Stato.

¹⁰ Si pensi alla stessa “benevola aspettativa” nei confronti del fascismo e alla investitura parlamentare del Governo Mussolini espressa egualmente da Vittorio Emanuele Orlando, il più autorevole giuspubblicista italiano dell’epoca liberale nonché esponente politico di sicuro livello (già Presidente del Consiglio dal 30 ottobre 1917 al 23 giugno 1919 e poi anche Presidente della Camera dei deputati, oltre che maestro del ricordato Santi Romano), naturalmente prima di prendere le distanze, in verità pur sempre con modalità circospette, da quel regime (è noto come Orlando, richiesto nel 1931, come tutti i professori universitari, di prestare giuramento di fedeltà al fascismo preferì piuttosto dimettersi dal ruolo accademico): S. FEDELE, *Vittorio Emanuele Orlando tra fascismo e postfascismo*, in *Mediterranea ricerche storiche* n. 35, 2015, 185 ss. Lo stesso Orlando, eletto all’Assemblea Costituente, insieme ad altri autorevoli intellettuali (tra i quali Croce, Nitti) esponenti del vecchio “mondo prefascista” soffocato dall’involutione autoritaria, in rappresentanza di un piccolo partito di ispirazione liberale – Unione democratica nazionale – non contribuì in modo sostanziale a nessuna delle scelte caratterizzanti la nuova Costituzione democratica e il suo intervento più significativo può considerarsi quello tenuto il 25 giugno 1946, in occasione dell’apertura dei lavori dell’Assemblea che egli presiedette in qualità di deputato anziano prima dell’elezione del Presidente Giuseppe Saragat.

storiche che riguardano ciascuno Stato e i percorsi che hanno contrassegnato l'evoluzione dei singoli ordinamenti giuridici.

Ed è quel che si è ritenuto di dover fare guardando a come si è giunti in Italia ad attivare le leve del "potere costituente" con l'obiettivo di lasciarsi definitivamente alle spalle una tradizione politica e giuridica di tutt'altro segno, agganciando, sia pure in netto ritardo, le basi strutturali della democrazia costituzionale che parte proprio dalla legittimazione dal basso dell'Autorità chiamata ad imporre la legge alla Comunità, in nome e per conto del "popolo sovrano".

3. Il paradigma democratico e le scelte di fondo della Costituzione italiana.

Nella sua progressione storica a partire, con straordinario anticipo di qualche secolo, dalla Gran Bretagna ma poi, dalla fine del XVIII Secolo, anche negli Stati Uniti e in Francia, laddove cioè si è contrastata l'idea del potere di governo assoluto esercitato da un'unica Autorità al di fuori da qualsiasi limitazione giuridica individuata *ex ante*, si è così tendenzialmente affermato, pur non mancando evidenti e note contraddizioni (si pensi alla svolta imperiale impressa in Francia dal "bonapartismo" prima della stessa Restaurazione e dei successivi ondivaghi eventi che hanno provocato nel secondo Dopoguerra il ricorso alla "numerazione" delle "Repubbliche" o anche alla lunga e sanguinosa guerra civile nordamericana nella seconda metà dell'Ottocento), il "paradigma democratico" in forza del quale il "governo del popolo" – e comunque "dei più" – finisce per assumere ben altro valore rispetto a quello totalmente negativo impostosi nell'antichità a partire dalle riflessioni di Platone.

Esso consta di quattro elementi di partenza affinché si possa parlare *tecnicamente* di Costituzione in senso democratico-occidentale:

1) il "governare" deve considerarsi *attività organizzativa* della Comunità statale da affidare a più organi distinti chiamati ad assolvere autonome e peculiari funzioni, ciascuna espressione del *potere pubblico*, dovendosi preoccupare di garantire i diritti fondamentali dei singoli (la vita, la libertà personale, di pensiero, di opinione politica, l'eguaglianza tra le persone, ecc.) che si suppone strettamente connessi alla natura umana e non liberamente comprimibili dalle autorità pubbliche;

2) il potere di governo, quale che sia la sua *forma effettiva*, deve essere legittimato dal basso e temporalmente limitato (il che si realizzerà compiutamente con la progressiva estensione del voto politico e l'affermarsi del suffragio universale);

3) la Costituzione viene posta al di sopra delle leggi comuni – si tratta perciò di una legge superiore, frutto del "potere costituente" che rende ad essa subordinata le regole ordinarie – essendo chiamata a definire principi – da seguire e da attuare – come pure a stabilisce regole procedurali – da osservare – affinché le norme che il legislatore indirizza alla Comunità siano legittime (questo elemento apre la strada al c.d. controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie da parte di organi giurisdizionali che, nel corso del tempo, si è realizzata secondo modelli differenti);

4) le Autorità chiamate ad imprimere l'indirizzo politico dello Stato devono poter essere frenate (oltre che dalla individuazione delle reciproche sfere di competenza dalle quali non possono esorbitare) da autonomi organi di *controllo* – si parla, a tal proposito, di organi di garanzia a cominciare da giudici posti in condizione di indipendenza dalle interferenze politiche – allorché vogliano imporre alla Comunità programmi e regole non conformi ai principi costituzionali o adottino atti contrari alla stessa legge.

Da questo punto di vista la Costituzione repubblicana, come è noto, votata da un fronte assai variegato di forze politiche di diversissima ispirazione ideologica sebbene *politicamente* già divise al loro interno dopo aver rotto la "collaborazione" nella gestione della c.d. fase transitoria, apertasi con i Governi del C.L.N. dopo la Liberazione di Roma e la "tregua istituzionale" con la Monarchia

sabauda, rappresenta una inedita e decisiva svolta unitaria che traghetta l'ordinamento italiano finalmente sulla sponda del costituzionalismo democratico occidentale, dotandolo di una Costituzione rigida e "garantita" in forza della previsione di efficaci garanzie "interne" tra le quali spicca un organo *ad hoc* quale la Corte costituzionale, abilitata non solo a verificare il rispetto dei principi costituzionali da parte del *contingente* legislatore politico ma a risolvere i potenziali conflitti tra gli organi di vertice dello Stato come pure tra il livello di governo statale e quello riconosciuto – e si è trattato di una significativa promozione e accentuazione di pluralismo territoriale – alle Regioni (si è parlato e si parla a ragione di modello di *Stato regionale*).

Non è dunque improprio richiamare quali opzioni di fondo, caratterizzanti la Legge Fondamentale della Repubblica italiana, a partire dal 1 gennaio 1948, l'antifascismo – in questo caso da considerare quale emblema della sconfessione della visione istituzionale che aveva dagli inizi degli anni venti sino al 24/25 luglio 1943 rivendicato e ottenuto la massima concentrazione del potere politico nelle mani del capo – e certamente il ripudio di qualsiasi totalitarismo all'interno di una concezione globale della democrazia che si spinge sino a rinunciare, in linea di principio, alla rivendicazione della sovranità dello Stato in favore di altre organizzazioni internazionali che promuovano "pace e giustizia" tra le Nazioni (del resto è quello il tempo della sconfitta politico-militare del nazifascismo e dell'apertura di una nuova stagione, sebbene assai impegnativa e non scevra da rischi per come era facile prevedere e si sarebbe in effetti dimostrato, protesa a favorire dialoghi e opportunità di incontro tra popoli portatori di culture e tradizioni differenti affinché potessero essere scongiurati altri drammatici e tragici conflitti tra gli Stati, il che è in realtà accaduto solo in parte).

È possibile, ed è stato fatto in modo magistrale da Costantino Mortati più di ogni altro¹¹, arrivare ad indicare sinteticamente la direzione di marcia *obbligata* per la nostra Comunità politica e cioè alcuni *principi fondamentali* immediatamente ricavabili dal testo della Costituzione che hanno nell'arco di questi settant'anni soccorso l'interprete, in primo luogo il giudice costituzionale, orientando il legislatore (il quale tuttavia può esprimere ed esprime sensibilità politiche non sempre coerenti con tali precetti), contribuendo a far lievitare nel nostro Paese una coscienza democratica che di certo non apparteneva in profondità prima ancora che alla classe politica, al corpo sociale cui tutti apparteniamo.

Ed è così che la centralità della persona e le sue libertà civili e politiche (il *principio personalista*), la salvaguardia del confronto dialettico tra differenti programmi di cui si fanno interpreti all'interno e all'esterno delle istituzioni rappresentative le forze politiche e la stessa salvaguardia di autonome e peculiari esigenze/vocazioni territoriali (il *principio pluralista* tanto nella sua versione orizzontale quanto in quella verticale), la promozione del lavoro come mezzo per l'emancipazione dal bisogno e strumento per un pieno coinvolgimento dei consociati nella crescita non solo materiale ma spirituale della società (il *principio lavorista* in stretta connessione con l'obiettivo del raggiungimento dell'*eguaglianza sostanziale*), l'aver aperto una "finestra sul mondo" e scelto di essere protagonisti nell'edificazione di relazioni internazionali preoccupate di "tenere insieme" nel nome della pacifica convivenza i destini di popoli e uomini portatori di storie e tradizioni differenti (il *principio internazionalistico*), in sintesi aver così magistralmente declinato il *principio democratico* in chiave giuridico-costituzionale rappresenta l'impegnativo ma nobilissimo lascito affidato alle generazioni future dai Padri costituenti che hanno riscattato la flebile e incerta sensibilità costituzionale dalla quale ha preso le mosse l'organizzazione dello Stato italiano, una volta emancipatosi dal preponderante dominio straniero.

¹¹ Basti qui ricordare l'ineguagliabile livello di un'opera manualistica come C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª edizione, Padova, Cedam, 1976.

4. La perniciosa svalutazione dell'attuale organizzazione costituzionale e la rivalutazione per via popolare delle opzioni di fondo della democrazia italiana.

La riprova della difficile metabolizzazione dell'avanzato disegno costituzionale e della sua sostanziale lontananza dal "comune sentire" della società italiana è dimostrato dalla oggettiva constatazione che, come è noto, per molti anni dall'entrata in vigore della legge Fondamentale si è registrato nell'ordinamento il ritardo nel rendere operativi taluni decisivi organi costituzionali (la Corte costituzionale, il Consiglio Superiore della magistratura) e, in generale, lo slittamento molto in avanti nel tempo di innovativi assetti organizzativi (si pensi all'ordinamento regionale) e di leggi attuative in grado di consentire l'operatività di nuovi strumenti di partecipazione popolare (i referendum) e di favorire una più organica e razionale strutturazione dell'organo esecutivo (si pensi alla legge sulla Presidenza del Consiglio). Altri esempi si potrebbero fare per dare conto dei ritardi attuativi e della stessa lenta penetrazione nella cultura istituzionale, anche quella giuridica, del nostro Paese dei principi costituzionali e del loro subitaneo operare nell'ordinamento con effetti diretti sulla legislazione ordinaria (non solo quella che ne aveva preceduto l'entrata in vigore) che, a prescindere da ogni ipotizzato sviluppo *programmatico* dei precetti costituzionali di là da venire, diventava *da subito* incompatibile rispetto ad essi e perciò illegittima.

Tuttavia, la portata svalutativa delle critiche rivolta al testo costituzionale è diventata pressante a partire dagli anni Ottanta investendo sistematicamente l'assetto organizzativo – la sua Seconda Parte – relativa in particolare alla forma di governo considerata penalizzante, nei suoi meccanismi, rispetto all'obiettivo di consentire la realizzazione dell'indirizzo politico della maggioranza governativa. Tale polemica, a mio avviso del tutto strumentale rispetto alla finalità di giungere ad una semplificazione forzata del sistema politico attraverso riforme di livello costituzionale, ha sempre accompagnato propositi, ora di questa ora di quell'altra maggioranza, circa l'abbandono del tradizionale sistema elettorale proporzionale: il che, in effetti, è avvenuto introducendo sin dal 1994 nuovi meccanismi di inclinazione maggioritaria, alcuni dei quali di discutibile legittimità come poi ha stabilito la stessa Corte costituzionale a partire dal 2014. Si è così giunti anche all'approvazione di leggi costituzionali derogatorie rispetto al procedimento stabilito dall'art.138 Cost. istituendo *ad hoc* Commissioni parlamentari (o anche dando vita a Comitati di esperti) proprio al fine di favorire il superamento delle soluzioni costituzionali vigenti senza peraltro riuscire nell'intento – una costante dell'andamento del sistema istituzionale italiano – e laddove si è raggiunta in ben due circostanze a distanza di dieci anni la necessaria maggioranza in entrambe le Camere (tuttavia non tale da impedire il referendum confermativo) per riformare in profondità l'intera Seconda Parte del testo vigente (con soluzioni che in entrambi i casi non incidevano solo sulla relazione fiduciaria tra le Camere e l'Esecutivo ma che superavano il sistema bicamerale attuale, il rapporto Stato-Regioni, il ruolo degli organi di garanzia) si è dovuto prendere atto della valutazione popolare fortemente negativa delle riforme varate nel 2006, dal centrodestra "berlusconiano" e nel 2016, dal centrosinistra "renziano".

Le polemiche pretestuose che sembrano voler ignorare e comunque sottostimare il carattere genetico del complicato e perennemente "mosso" sistema politico italiano, almeno da quando sono evaporati, per l'incalzare della storia e le degenerazioni della prassi, i partiti storici (in connessione con l'introduzione di altra tipologia di sistema elettorale rispetto al classico "proporzionale puro"), hanno pertanto finito per "scaricare" sul sistema costituzionale problematiche che, in realtà, sono state sino ad ora affrontate e in certo qual modo risolte solo in virtù della duttilità del sistema parlamentare vigente. In realtà, e si tratta a mio modo di vedere della conseguenza più perniciosa indotta dal confuso e petulante chiacchiericcio sulla inadeguatezza costituzionale delle soluzioni vigenti a proposito del nostro sistema di governo (che ovviamente potrebbe essere reso davvero più funzionale solo che si abbandonino "scenari" di palingenesi evocati con toni esasperati da chi

guarda – si capisce benissimo – con fastidio alla oggettiva complicazione che da sempre accompagna la problematica vicenda democratica italiana e che si vorrebbe risolvere assegnando il compito di governare senza troppi “impicci” a chi arriva “primo” in occasione del voto politico), il gran parlare di riforme strutturali non realizzate ha prodotto di volta in volta uno scontro politico frontale sul terreno costituzionale (*esclusivamente* sul merito delle riforme altrui), oscurando ingiustificatamente e pericolosamente la forza unificante delle regole di fondo della convivenza collettiva sin da quando si è giunti nel 2001 alla modifica del Titolo V della Seconda Parte della Costituzione, in tema di ampliamento dell'autonomia regionale, con una “forzatura maggioritaria” dello schieramento di centrosinistra allora al Governo. D'altro canto non è neppure giusto minimizzare la sostanziale rilegittimazione per via popolare della Costituzione vigente avvenuta nelle due recenti consultazioni referendarie rievocate nelle quali la prospettiva riformatrice, sempre giocata dalla maggioranza politica del momento e dai rispettivi leader in chiave di modernismo democratico e di efficientismo governista, non è stata condivisa e può indurre a sperare che il “paradigma democratico” che certo collega Prima e Seconda Parte della Costituzione del 1948 sia stato somatizzato dal corpo sociale certamente più di quanto abbiano ritenuto i detentori del *momentaneo* e *transitorio* potere politico che, in effetti, non sembra più essere in quelle mani¹².

Naturalmente queste ottimistiche considerazioni non consentono di sottovalutare poco rassicuranti scenari interni e internazionali (europei in particolare) che finiscono per ripercuotersi, ancora una volta, sull'organizzazione costituzionale così come è attualmente definita.

Sul piano interno, nel mentre continuano da diversi pulpiti a reclamarsi più poteri da destinare al Governo – sempre più spesso identificato con uno o più leader a sé stanti rispetto al resto della compagine ministeriale – si vorrebbero potenziare le forme di democrazia diretta per ridurre gli spazi di autonomia decisionale degli organi rappresentativi rispetto ai quali si è operato, nel corso della XVIII Legislatura in corso, un taglio numerico di deputati (scesi a 400) e senatori (scesi a 200) in attesa dello svolgimento di un nuovo referendum confermativo delle deliberazioni parlamentari sostenute con veemenza dalla attuale forza di maggioranza relativa, il M5S. Egualmente si persegue con determinazione da parte di alcune significative Regioni del nord del Paese (Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna), con maggior reddito *pro capite*, il rafforzamento degli ambiti della propria autonomia certo anche finanziaria (peraltro in linea con quanto consentito dal testo costituzionale così come riformato, previo favorevole esito del referendum costituzionale, nel 2001: art.116, terzo comma) dando tuttavia l'impressione di sottostimare le esigenze di perequazione economica e sociale – che ovviamente permangono – del resto del territorio nazionale e senza troppo preoccuparsi degli spazi di autonomia da riconoscere agli enti territoriali intermedi a partire dalle Province che, dopo il tramonto della loro perseguita abolizione, ancora oggi non possono esprimere un governo autonomo (ma solo di secondo grado), il che certamente ne attenua la capacità di incidenza di per sé non di scarso rilievo in particolare dove l'estensione territoriale regionale è ampia (proprio come quella delle tre Regioni che reclamano forme di autonomia differenziata).

Sul versante sovranazionale nel mentre si guarda con favore alla maggiore tutela apprestata dai giudici europei (la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo con riguardo ai diritti che si ritengono disattesi sul piano interno) e, restando su di un piano ancor più ampio, pure al perseguimento di comportamenti illegali perpetrati dalle autorità governanti nei confronti dei diritti fondamentali spettanti a qualsiasi essere umano; nel mentre – per tornare all'Unione Europea – si considerano, in generale, come positivi gli effetti della libera circolazione delle persone e degli scambi commerciali che sono certamente favoriti dalla stessa unione monetaria nella quale è entrato il

¹² Ho già trattato di questa consapevole e salvifica opposizione popolare agli eccessi del riformismo costituzionale in A. D'ANDREA, *La Costituzione che abbiamo. Il rigetto popolare della «grande riforma» deliberata dalle Camere nella XVII Legislatura*, Bari, Cacucci, 2017.

nostro Paese, da qualche tempo, al contrario, si valutano con sospetto e malcelato fastidio i vincoli europei che, in realtà, al di là di tutto, consentono proprio i vantaggi richiamati e apprezzati. In realtà il nostro interesse nazionale, quel che talvolta viene fatto coincidere con il *sovranismo*, non sembra più valutabile senza tener conto che esso è oramai indissolubilmente legato – e dipendente – dalla ben più ampia visione europea espressa anche, ma non soltanto, attraverso i Trattati sottoscritti (e che, come dimostrato dall'esperienza britannica, della quale non è possibile dire molto al momento, possono eventualmente e non senza fatica, essere sempre superati da altri differenti accordi). La regolamentazione europea e la “doppia” giurisdizione europea – il che vale sia che si stia dentro sia che si stia fuori dall'Unione Europea – danno entrambe, a mio modo di vedere, ampiamente conto di una oramai avvenuta irretrattabile reciproca contaminazione degli Stati nazionali europei, almeno quelli che hanno guardato e guardano al modello democratico occidentale, e che si fonda sul rigetto di disegni autoritari destinati, ove emergano, ad essere contrastati proprio in chiave di cultura giuridica “europea” (e di questa contaminazione dovrà necessariamente tenere conto la stessa Gran Bretagna, la cui solidità democratica non è in discussione e di certo non si è affievolita in questo tempo di diretto “coinvolgimento europeo”). Sarà poco ma è comunque rassicurante così come lo è la “durezza normativa” della nostra Costituzione democratica, cui si è giunti attraverso un percorso lungo e per nulla agevole, che la rende non già testo lastricato di sole buone intenzioni da offrire ai “governati” e neppure manifesto politico chiamato a nutrire la speranza al di là da venire di una rassegnata Comunità ma Legge superiore da rispettare nella “contingenza” politica, quale che sia la maggioranza governante.

Ed in effetti si ha proprio l'impressione che la Costituzione italiana sia stata e sia ancora un argine che tiene agli sconfinamenti, disordinati e imprevedibili, del potere politico contingente e mutevole, la cui esondazione è sempre bene che sia monitorata e ricondotta entro i legittimi confini.

Un'ultima considerazione: il riconoscimento della libertà personale e la salvaguardia dei classici diritti politici e civili non danno più da soli il segno compiuto della effettiva tensione democratica di un ordinamento; perché il solco democratico sia profondo e duraturo sono indispensabili virtuose connessioni sociali (l'obiettivo cui tendere da parte delle autorità pubbliche non può che essere quello di approssimarsi verso il possibile, miglior equilibrio sociale tra i consociati) e relazioni “sane” tra la base sociale e le istituzioni politiche rappresentative della volontà popolare senza invertire ruoli e responsabilità; sul piano europeo mi sembrerebbe decisivo guardare senza fughe in avanti e retromarcie complicate e rischiose alla Comunità degli Stati “unionisti” come ad una organizzazione nella quale ciascun Paese è disposto a farsi carico, almeno in parte, dei problemi dell'altro che divengono, entro certa misura, anche suoi problemi. Da qui l'esigenza di avere Governi nazionali affidabili in quanto *europeisti*: l'affidabilità, dunque, come elemento per riuscire a portare la “voce nazionale” all'interno delle istituzioni europee con speranza che sia udita, ascoltata ed eventualmente sostenuta.

- II -

LA COSTITUZIONE

RICCARDO GUASTINI
La costituzione senza identità

1. *Caccia all'identità*

Secondo Carl Schmitt, «i limiti del potere di revisione [costituzionale] risultano dal concetto [...] di revisione» (SCHMITT 1928, 145): non, si noti, dalla disciplina positiva della revisione, ma dal concetto stesso di revisione.

Secondo questo modo di vedere, abbiamo dunque una norma giuridica (“È proibita la revisione così-e-così”) che discende non da un testo normativo, ma da un concetto, tecnicamente da una definizione. Inutile dire che una definizione o un qualunque altro enunciato può implicare una norma se, e solo se, è esso stesso normativo, cioè se include, esplicitamente o nascostamente, espressioni normative o valutative (nel *definiens*, se si tratta di una definizione).

La definizione di revisione, indirettamente formulata da Schmitt, è questa: costituisce genuina revisione un mutamento del testo costituzionale in cui «l'identità e la continuità della costituzione nella sua interezza rimangano garantite». Una sedicente revisione che non presentasse questa proprietà sarebbe, per definizione, non mera o genuina revisione, ma fonte di «una nuova costituzione», la precedente essendo ormai annullata (SCHMITT 1928, 145).

Questo modo di vedere – una concezione sostanzialistica della revisione, che suppone a sua volta una concezione egualmente sostanzialistica della costituzione – pare essere la fonte di ispirazione di tutti quei giuristi e giudici costituzionali che oggidi instancabilmente si interrogano sulla identità della costituzione (al solo scopo di circoscrivere il potere di revisione): quando un cambiamento *nella* costituzione si risolve in un cambiamento *della* costituzione?

Si suppone che il potere di revisione sia «implicitamente limitato per natura» (ROZNAI 2017, 156)¹: limitato sotto il profilo sostanziale, s'intende². Si assume che la revisione costituzionale non possa spingersi fino ad alterare l'identità della costituzione, ciò che equivarrebbe a sostituire la costituzione vigente con una costituzione nuova.

Il concetto di identità costituzionale è usato per costruire ben due norme costituzionali (o, forse, meta-costituzionali) inespresse, che si pretendono implicite in costituzione. La prima proibisce ogni legge di revisione che, sia pure nel rispetto del procedimento di revisione, pretenda di alterare l'identità della costituzione.

La seconda autorizza il giudice costituzionale a dichiarare incostituzionali le leggi di revisione in questione. Sottolineo che si tratta di due norme distinte: l'una circoscrive il potere di revisione; l'altra attribuisce una competenza al giudice costituzionale. Questa seconda norma non è in alcun modo implicata dalla prima (ben potrebbe il divieto di revisione non essere assistito da alcuna garanzia giurisdizionale).

Trattasi dunque di quella (cattiva) giurisprudenza dei concetti, che pretende di ricavare norme (inespresse) non dai testi normativi, ma per l'appunto dai concetti elaborati in sede dogmatica.

È insomma uno di quei casi in cui la dottrina non si accontenta di fare scienza giuridica: preferisce fare politica del diritto senza darlo a vedere. In contrasto con la raccomandazione di Kelsen, secondo cui «la scienza giuridica non può né deve – né direttamente, né indirettamente – creare diritto; deve limitarsi a conoscere il diritto creato dai legislatori [in senso materiale], dagli amministratori, e dai giudici. Questa rinuncia, incontestabilmente dolorosa per il giurista [...] è un postulato essenziale del

¹ La questione è discussa da PFERSMANN 2012.

² I limiti procedurali non sono in discussione. L'argomento secondo cui il potere di revisione è intrinsecamente limitato perché è un potere delegato (cioè costituito) (ROZNAI, cap. VII) giustifica i limiti formali, non quelli materiali.

positivismo giuridico, che, opponendosi consapevolmente ad ogni dottrina del diritto naturale, esplicita o inconfessata, respinge risolutamente il dogma che la dottrina sia una fonte del diritto» (KELSEN 1928, VII)³.

Dal punto di vista di un bene inteso positivismo giuridico, l'idea stessa di un limite "concettuale" alla revisione della costituzione – e, del resto, a qualunque altro atto giuridico – è priva di senso. La revisione costituzionale non può essere giuridicamente soggetta che a limiti giuridici, non concettuali. Ma d'altra parte un limite giuridico può solo derivare da una norma di diritto positivo che lo statuisca.

Nondimeno, il problema della identità della costituzione⁴ può essere trattato come un problema strettamente teorico, ossia meramente concettuale. Il primo passo in tal senso è prendere atto che l'identità della costituzione può essere ricostruita in non meno di quattro modi diversi.

2. Identità testuale

In primo luogo, ogni costituzione ha una identità testuale ("formale", potremmo dire).

Una costituzione, dopo tutto, non è che un testo normativo. Un testo normativo a sua volta è un insieme di enunciati (disposizioni) formulati in un linguaggio naturale. Ora, un insieme qualsivoglia può essere modificato in tre modi diversi (BULYGIN 1984, 332 ss.):

- (a) aggiungendo un elemento (nella specie, una disposizione),
- (b) sopprimendo un elemento,
- (c) sostituendo un elemento.

S'intende che la sostituzione è una combinazione di addizione e sottrazione. D'altra parte, l'addizione, la sottrazione, o la sostituzione di una o più parole in una disposizione vale come sostituzione della disposizione stessa.

Orbene, gli insiemi si definiscono estensionalmente, ossia per enumerazione degli elementi componenti⁵. Sicché ogni modificazione di un insieme dà luogo ad un insieme diverso: ecco che l'insieme originario ha perduto diacronicamente la sua identità (BULYGIN 1981, 79).

Identificare una costituzione secondo la sua identità testuale (sincronica) è operazione assiologicamente neutra: non richiede giudizi di valore di alcun tipo. E non consente di inferire alcunché circa i limiti della revisione costituzionale. Per quanto possa sembrare paradossale, ogni revisione costituzionale, anche minima, anche marginale, dà luogo diacronicamente ad una "nuova" costituzione: nuova perché testualmente diversa dalla precedente⁶.

Da questo punto, di vista, se mai si volessero stabilire dei limiti alla revisione costituzionale – la revisione non può stravolgere l'identità della costituzione – si dovrebbe senz'altro proibire la revisione in quanto tale. E, d'altra parte, sarebbe strano considerare instaurazione di una nuova costituzione qualsivoglia, anche minima, anche marginale, revisione.

³ La dottrina è (deve essere, secondo Kelsen) un'impresa puramente conoscitiva, e le norme non possono scaturire logicamente dalla conoscenza: non esistono norme senza atti umani di creazione normativa ("Kein Imperativ ohne Imperator": KELSEN 1965).

⁴ Variazioni sul tema, prevalentemente in chiave di filosofia politica, si leggono in ROSENFELD 1994.

⁵ È invece intensionale una definizione che determina le condizioni necessarie e sufficienti di appartenenza di un elemento ad un insieme. Non è impossibile una definizione intensionale di un insieme, ma, nondimeno, la sua identità sempre dipenderà dalla sua estensione.

⁶ A ben vedere, l'identità testuale di una costituzione, essendo cosa intrinsecamente sincronica, neppure consente di distinguere diacronicamente tra mera revisione della costituzione esistente e instaurazione di una nuova costituzione.

3. Identità politica

In secondo luogo, le costituzioni hanno un'identità "politica" nel senso seguente.

Ogni costituzione, per definizione, non può non contenere un complesso di norme, diciamo, sulla "forma dello stato" (*Staatsform, frame of government*)⁷, intesa come l'organizzazione – orizzontale e verticale – dei pubblici poteri e, in particolare, sulla produzione normativa (la legislazione in senso "materiale"). Di una sedicente "costituzione" che non contenesse nome siffatte, non diremmo che si tratti di una genuina costituzione⁸.

Si tratta delle norme che istituiscono organi, specialmente i supremi organi dello stato (l'organo legislativo, l'organo esecutivo eventualmente l'organo di giustizia costituzionale, etc.), ne stabiliscono (almeno sommariamente) le modalità di formazione, attribuiscono ad essi competenze, ne disciplinano i reciproci rapporti.

Da questo punto di vista, tuttavia, l'identità della costituzione è alquanto sfuggente: la forma dello stato, intesa nel modo che si è detto, è cosa indefinita, giacché i confini tra un tipo di organizzazione politica e un altro sono labili.

È facile mostrarlo con qualche semplice esempio. Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il controllo di costituzionalità sulle leggi altera o no l'identità politica della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il rapporto fiduciario tra governo e parlamento altera o no l'identità politica della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il suffragio universale nella designazione del capo dello stato altera o no l'identità politica della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, la temporaneità del mandato del capo dello stato altera o no l'identità politica della costituzione?

È abbastanza evidente che qualunque risposta a domande di questo tipo suppone una valutazione politica. Ne segue che la difesa dell'identità della costituzione – eventualmente affidata

⁷ E non necessariamente una dichiarazione dei diritti.

⁸ Quanto al concetto di forma dello stato, ripeto qui quanto ho scritto altrove: nella letteratura italiana, che usa distinguere tra forme di stato e forme di governo, il concetto di forma di stato risulta opaco sotto almeno quattro profili. (i) In primo luogo, il concetto è comunemente definito con un linguaggio oscuro e privo di qualunque rigore, mediante espressioni del tipo: l'"assetto strutturale" dello stato, il "modo di essere dell'intero assetto della 'corporazione' statale", "il complesso degli elementi che caratterizzano globalmente un ordinamento", etc. (ii) In secondo luogo, non è chiaro perché si stia parlando di "forma" dello stato, dal momento che, almeno nel tracciare alcune distinzioni, si fa riferimento ad aspetti dell'ordinamento costituzionale (o dell'ordinamento giuridico in genere) che nulla hanno di "formale" in alcun senso plausibile di questa parola, ma palesemente attengono piuttosto al contenuto normativo dell'ordinamento. Ad esempio, alcuni distinguono tra forme di stato a seconda che l'ordinamento includa, o no, il principio di eguaglianza e/o certe libertà individuali dei cittadini e/o il principio di legalità dell'amministrazione. Si può convenire che si tratti di caratteristiche strutturali e assiologicamente caratterizzanti di un ordinamento, ma con ogni evidenza attengono al suo contenuto normativo. (iii) In terzo luogo, si usa talora come criterio di distinzione la relazione che si instaura tra governanti e governati (concetto peraltro quanto mai evanescente), talaltra la relazione – del tutto diversa – tra governo e territorio, altre volte ancora il sistema sociale e/o (nuovamente) il contenuto dell'ordinamento normativo e/o l'ideologia politica dominante. Ad esempio: per un verso, conformemente ad una risalente tradizione, si distingue tra monarchia e repubblica; per un altro verso, si distingue tra stato patrimoniale, stato di polizia, e stato di diritto, e poi ancora tra stato liberale, stato democratico, stato sociale, e stato totalitario; per un altro verso ancora si distingue tra stato unitario e stato federale. È ovvio che queste distinzioni poggiano su criteri diversi ed eterogenei – non sempre chiari, peraltro – sicché non possono essere accostate sotto l'unico denominatore della "forma di stato". (iv) In quarto luogo, la classificazione delle forme di stato risulta anche insoddisfacente perché: da un lato, si prendono in considerazione aspetti dell'organizzazione costituzionale, che parrebbero rilevanti piuttosto per la distinzione delle cosiddette "forme di governo" (tipico esempio: la divisione dei poteri); dall'altro, si omette invece di prendere in considerazione certi aspetti dell'organizzazione costituzionale, la cui rilevanza per la forma di stato – in un senso accettabile di questa espressione – a me pare indiscutibile: ad esempio, il controllo giurisdizionale sulla legittimità costituzionale delle leggi.

al giudice costituzionale – costituisce di per sé un'impresa non assiologicamente neutra, ma al contrario eminentemente politica.

E resta comunque da domandarsi se sia (politicalmente) sensato limitare il potere di revisione fino al punto di inibire ad esso la modificazione dell'organizzazione politica, il che equivarrebbe, quasi, ad azzerarlo.

4. Identità giuridica

In terzo luogo, secondo una nota dottrina, alcune costituzioni hanno altresì una identità che chiamerò "giuridica".

La costituzione è la fonte suprema dell'ordinamento (nella gerarchia materiale delle fonti). Tuttavia, la norma che stabilisce il procedimento di revisione costituzionale, poiché si riferisce proprio al testo costituzionale, è ad un livello *logicamente* più alto della costituzione stessa: dunque, essa è la norma logicamente suprema dell'ordinamento. Ebbene, l'identità giuridica della costituzione – si può argomentare – giace precisamente in questa norma.

Così è, poiché la norma in questione (si suppone) non si applica a sé medesima, sicché non vi è alcun procedimento legale per mutarla: il procedimento di revisione costituzionale può essere cambiato solo "extra ordinem", ossia mediante un atto illegale, o comunque non-legale, con la conseguente alterazione dell'identità giuridica della costituzione (Ross 1958, 78 ss.; Ross 1969, 205 ss.)⁹.

Questa tesi, tuttavia, poggia su fragili basi. Tralasciando la (dubbia) tesi logica secondo cui una norma non può sensatamente riferirsi a sé stessa (la norma sulla revisione non può prevedere la revisione di sé medesima)¹⁰, il punto è il seguente: la nuova norma sulla revisione, sostitutiva di quella originaria, contraddice la norma (quella originaria, appunto) da cui trae il proprio fondamento dinamico di validità, il che non sarebbe ammissibile.

Senonché la contraddizione tra le due norme, a ben vedere, non sussiste se non in senso diacronico, e ciò non ha nulla di scandaloso. Prendiamo il caso di una costituzione flessibile. La costituzione contiene, in ipotesi, una norma, NC, sul procedimento legislativo, la quale dispone "Il procedimento di approvazione della legge è x". Ma, poiché la costituzione è flessibile, la norma NC può essere legittimamente sostituita da una norma di legge NL – purché approvata appunto secondo il procedimento x – la quale disponga: "Il procedimento di approvazione della legge è (d'ora in avanti) y". E ciò malgrado il fatto che NL tragga validità proprio da NC.

Si vuol dire, insomma, che, la contraddizione tra due norme è inammissibile solo quando una delle due sia "rigida" – ossia materialmente sovraordinata – rispetto all'altra¹¹. Ma la costituzione, ivi inclusa la norma sulla revisione, non è sovraordinata alle leggi di revisione costituzionale (se non dal punto di vista solo formale): diversamente, queste non potrebbero modificarla. In assenza di relazioni di gerarchia materiale, una norma che ne contraddica un'altra abroga quest'ultima, o ne è abrogata, secondo il principio "lex posterior", che regola la successione nel tempo di norme

⁹ Si osservi che stiamo parlando di *alcune* costituzioni, non tutte, giacché non tutte le costituzioni includono necessariamente una disposizione sulla revisione costituzionale. Non la includono le costituzioni flessibili, e non saprei dire in che mai possa consistere l'identità giuridica (in questo senso) delle costituzioni flessibili.

¹⁰ Sul punto vi è molta letteratura. Vedi la bibliografia menzionata in GUASTINI 2011, 370 ss.

¹¹ In tema di gerarchie normative, sto usando qui i concetti elaborati in GUASTINI 2010, 241 ss.: (a) gerarchia formale è quella che intercorre tra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte conformemente ad esse; (b) gerarchia materiale è quella che intercorre tra due norme una delle quali non può validamente contraddire l'altra; (c) gerarchia assiologica è quella che intercorre tra due norme a una delle quali l'interprete attribuisca un valore superiore rispetto all'altra.

materialmente pari-ordinate nel sistema delle fonti. Per conseguenza, le norme NC e NL non sono vigenti nello stesso momento. NC è norma vigente prima della revisione. NL è norma vigente a revisione avvenuta. Nello stesso momento in cui NL entra in vigore, NC perde vigore, essendo tacitamente abrogata (da NL)¹².

C'è poi un problema ulteriore, di cui non si vede la soluzione. Supponiamo che, come accade nella costituzione italiana vigente¹³, la norma sulla revisione (art. 138) sia affiancata da una norma che espressamente inibisce un certo tipo di revisione (art.139: la forma repubblicana dello stato non può essere oggetto di revisione). Quale delle due definisce l'identità giuridica della costituzione? La norma che disciplina la revisione, se si ritiene che essa sia applicabile alla costituzione intera (ivi inclusa dunque la norma che limita la revisione)? O la norma che circoscrive il potere di revisione, se si ritiene che essa sia a sua volta sottratta ad ogni possibile revisione¹⁴?

5. Identità assiologica

In quarto luogo, quasi tutte le costituzioni oggi vigenti – specialmente le costituzioni europee dell'ultimo dopoguerra – hanno altresì una identità materiale o “assiologica”, molto cara ai teorici del “moral reading” (DWORKIN 1996; CELANO 2002) e della “interpretazione per valori” (BALDASSARRE 1991, 2001; MODUGNO 2008). Qualcuno la chiama: la dimensione “etico-sostanziale” della costituzione (LUQUE 2014). Ed è questa che, a quanto pare, ossessiona oggi la dottrina costituzionalistica così come la giurisprudenza costituzionale¹⁵ (ROZNAI 2017).

Orbene, l'identità assiologica di una costituzione è costituita dall'insieme di principi e/o valori di giustizia da essa proclamati (ZAGREBELSKY, 1992, 2008), o più precisamente dai suoi principi fondamentali, essenziali, costitutivi, caratterizzanti, supremi. La costituzione non è un mero testo normativo, un insieme di disposizioni prescrittive (HÄBERLE 2000, 77), è una unità coesa di principi e valori¹⁶.

Pertanto, si suppone (sulle orme di Schmitt), che la revisione costituzionale non possa spingersi fino a toccare i principi – o almeno i principi “supremi” – consacrati in costituzione senza violare i limiti intrinseci (concettuali) della revisione costituzionale. «Il potere di revisione costituzionale non può essere usato per distruggere la costituzione» o i suoi «principi fondamentali» (ROZNAI 2017, 141 s.)¹⁷.

Di fatto, la tesi della identità assiologica si accompagna costantemente (sebbene contingentemente) all'idea che i principi costituzionali siano non pari-ordinati, ma assiologicamente gerarchizzati (ROZNAI 2017, 144 ss.), sicché alcuni di essi rivestono il ruolo di principi supremi e sono sovraordinati ai rimanenti (BARBERA 2015). Non si può non citare al riguardo una notissima sentenza della Corte costituzionale italiana (Corte cost. 1146/1988)¹⁸: «i principi supremi dell'ordinamento

¹² Insomma: NC e NL appartengono, per così dire, a due costituzioni testualmente diverse. Vedi BULYGIN 1984, 333; BULYGIN 1981, 76 ss.

¹³ O in quella francese.

¹⁴ Ometto qui di discutere la questione se i limiti espressi alla revisione siano, o no, superabili. Vedi al riguardo GUASTINI 2010, 231 ss.

¹⁵ Tra le molte, la giurisprudenza della Corte colombiana, di cui ho avuto occasione di occuparmi analiticamente in altra sede (GUASTINI 2017, 371 ss.).

¹⁶ E con ciò l'identità testuale della costituzione perde qualunque rilievo.

¹⁷ Una critica impeccabile alla tesi della non-emendabilità di taluni principi costituzionali (o “sovra-costituzionali”) si legge in TROPER 2018.

¹⁸ La Corte, in una ormai risalente decisione, pur senza argomentare in alcun modo, ritenne «di indubbia fondatezza» la tesi della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione: un ordine che conduce a «conferire preminenza» ad alcune norme rispetto ad altre entro uno stesso corpo «di disposizioni coordinate in sistema» (Corte

costituzionale» hanno «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale»; «non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. [...] Se così non fosse, del resto, si porrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore»¹⁹.

Occorre sottolineare che, come dicevo, “quasi tutte” le costituzioni oggi vigenti, sì, hanno una identità assiologica nel senso che si è detto, ma non “tutte” le costituzioni: l'identità assiologica di una costituzione è contingente, alcune costituzioni l'hanno, altre no. Ne sono prive le costituzioni che si limitano a disegnare l'organizzazione dello stato, ma non includono dichiarazioni dei diritti né disposizioni di principio²⁰. Sicché questo concetto di identità costituzionale non ha carattere teorico-generale: è applicabile non a qualsiasi costituzione presente, passata, e futura, ma solo alle costituzioni, per così dire, “eticamente dense”, pervase da norme di principio.

D'altro canto, se l'ascrizione ad una norma del valore di principio è cosa spesso discutibile – il concetto stesso di principio essendo altamente controverso²¹ – l'ascrizione ad essa del valore di principio “fondamentale”, “supremo”, o “caratterizzante” (della identità costituzionale), è cosa totalmente arbitraria²². Identificate talune disposizioni costituzionali come disposizioni di principio, perché mai alcune di esse dovrebbero avere valore superiore alle altre? A questa domanda non si può rispondere con argomenti di diritto positivo: si possono solo addurre vaghe intuizioni etico-politiche non ulteriormente fondate.

Accade fra l'altro che attribuire ad una norma il carattere di principio non sempre sia un modo di valorizzarla, ma sia al contrario un modo per differirne l'efficacia giuridica (in attesa della *interpositio legislatoris*)²³ e/o per renderla derogabile, *defeasible*, soggetta al bilanciamento con altri principi che possono prevalere nell'eventuale conflitto. E ciò fa dubitare della intangibilità dei principi, o almeno di alcuni di essi, per quanto fondamentali.

Come che sia, non si vedono ragioni persuasive per anteporre l'identità assiologica di una costituzione alla sua identità politica, per quanto labile questa sia (GUASTINI 2017, 308 s.). Nella teoria costituzionale classica una costituzione è un insieme di regole (regole, non principi) sull'organizzazione dello stato e sulla “produzione giuridica” (in particolare sulla legislazione). I teorici della identità assiologica hanno il torto di raffigurare la costituzione più come una sorta di filosofia morale, un'etica normativa, una tavola di valori, che come l'architettura dell'ordinamento politico.

cost. it. 175/1971). Trattasi evidentemente di una gerarchia assiologica: una gerarchia, cioè, attinente ai valori, che intercorre tra due norme allorché non una fonte, ma l'*interprete*, mediante un suo *giudizio di valore comparativo*, ascrive a una di esse un valore superiore rispetto al valore dell'altra.

¹⁹ Non sfuggirà che nessuna delle tesi sostenute dalla Corte (l'esistenza di limiti inespressi alla revisione, l'intangibilità assoluta dell'art. 139, la sovraordinazione assiologica dei principi supremi alle rimanenti norme costituzionali, la competenza della Corte stessa a giudicare della legittimità sostanziale delle leggi di revisione) è convenientemente argomentata. Come che sia, questa giurisprudenza è generalmente guardata con favore nella dottrina italiana: vedi per tutti F. MODUGNO 2002 e la letteratura ivi citata.

²⁰ Un solo esempio macroscopico: non aveva evidentemente alcuna “identità assiologica” la costituzione federale USA fino alla promulgazione del *Bill of Rights*.

²¹ Vedi per tutti ALEXI 1994, cap. III; ATIENZA e RUIZ MANERO 1996, cap. I.

²² Secondo Zagrebelsky, peraltro, i principi costituzionali disciplinano non già la condotta, ma gli atteggiamenti assiologici (ZAGREBELSKY 1992). Così intesi, i principi, si direbbe, sono non già norme giuridiche, ma norme morali, rivolte al “foro interno”. Questo modo di vedere ha l'effetto, sorprendente, di rappresentare la costituzione (o il suo nocciolo) non come un documento politico, ma come una sorta di codice morale.

²³ È quanto è accaduto nella storia costituzionale italiana. Come si sa, la Cassazione, tra il 1948 e il 1956, distingueva tra norme direttamente precettive e norme di principio, per negare a queste ultime piena efficacia abrogatrice e/o invalidante della legislazione pre-costituzionale.

6. Epilogo

Queste osservazioni vogliono semplicemente suggerire che dal punto di vista del diritto costituzionale scritto – che è cosa diversa dal diritto dottrinale e/o giurisprudenziale – la revisione costituzionale non ha altri limiti che quelli procedurali (a meno che, s'intende, vi siano limiti materiali espressi, come quello dell'art. 139 della costituzione italiana)²⁴.

Scrivi Kelsen: «Lo Stato rimane lo stesso anche se la sua costituzione viene modificata per via giuridico-positiva, vale a dire nelle forme prescritte dalla costituzione stessa. La modificazione può essere incisiva quanto si vuole, però – se avviene in modo conforme a quanto prescritto – non vi è assolutamente alcuna ragione per supporre che con la costituzione modificata sia sorto un nuovo Stato. Soltanto se la modificazione della costituzione ha luogo in forma di rottura della costituzione [...] allora si può parlare di un nuovo Stato» (KELSEN 1925, 563)²⁵.

E ancora: «Occorre distinguere fundamentalmente due casi. Nel primo caso la costituzione viene modificata alle condizioni da essa stessa sancite [...]; per esempio, una monarchia assoluta viene trasformata, con una legge del monarca, in una monarchia costituzionale. La continuità del diritto è garantita [...]. Il secondo caso, diverso in linea di principio dal primo, è quello di una trasformazione rivoluzionaria della costituzione, cioè attraverso una rottura della costituzione esistente. Il criterio decisivo è questo, indipendentemente dal fatto che la modifica costituzionale sia più o meno profonda» (KELSEN 1920, 347)²⁶.

Insomma, è potere di revisione costituzionale quello che si esercita in conformità alle norme costituzionali che lo prevedono e lo disciplinano. È potere costituente quello che si esercita *extra ordinem*, ossia in forme illegittime (PACE 1997, 97 ss.). Sicché qualunque mutamento illegittimo della costituzione – per quanto marginale – costituisce esercizio del potere costituente. E, simmetricamente, qualunque mutamento legittimo della costituzione – per quanto profondamente incida sulla costituzione esistente (sulla forma dello stato, sui principi, sui modi stessi della revisione) – costituisce comunque esercizio del potere di revisione²⁷. L'identità della costituzione – se non forse quella politica – non c'entra un bel niente.

Riferimenti

ALEXY, R. 1994, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. Il Mulino, Bologna, 2012

ATIENZA M., Ruiz Manero, J. 1996, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Madrid, Ariel

BALDASSARRE, A. 1991, "Costituzione e teoria dei valori", in *Politica del diritto*, 639 ss.

BALDASSARRE, A. 2001, "L'interpretazione della costituzione", in A. Palazzo (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli

BARBERA, A. 2015, "Costituzione della Repubblica italiana", in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VIII, Giuffré, Milano

BULYGIN, E. 1981, "Tempo e validità", trad. it. in E. Bulygin, *Norme validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995

²⁴ A scanso di equivoci: sottolineo che si sta parlando di revisione costituzionale, ossia di modifiche testuali della costituzione. Restano programmaticamente fuori da questo discorso i mutamenti del diritto costituzionale vigente per via interpretativa.

²⁵ Non si dimentichi che, per KELSEN, uno stato non è altra cosa da un ordinamento giuridico.

²⁶ Sul punto cfr. ROSS 1929, 434 ss.

²⁷ Altra questione, che qui non affronto, è se la revisione costituzionale possa consistere solo in emendamenti puntuali, o se invece siano ammissibili "riforme" organiche di intere parti del testo costituzionale.

- BULYGIN, E. 1984, "La paradoja de la reforma constitucional", in A. Squella, R. Vernengo (eds.), *Alf Ross. Estudios en su homenaje*, vol. I, Valparaíso (vol. monografico della *Revista de ciencias sociales*, 25/I, 1984)
- CELANO, B. 2002, "Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?", in S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino; riedito in B. Celano, *I diritti nello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013
- DWORKIN, R. 1996, "The Moral Reading of the Constitution", *New York Review of Books*, March 21; riedito con il titolo "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", in R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford U.P., Oxford
- HÄBERLE, P. 2000, "The Constitutional State and Its Reform Requirements", in *Ratio Juris*, XIII
- GUASTINI 2010, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffré, Milano
- GUASTINI 2011, *Interpretare e argomentare*, Giuffré, Milano
- GUASTINI 2017, *Discutendo*, Marcial Pons, Madrid
- KELSEN, H., 1920, *Il problema della sovranità*, trad. it. Giuffré, Milano, 1989
- KELSEN, H., 1925, *Dottrina generale dello Stato*, trad. it. Giuffré, Milano, 2013
- KELSEN, H. 1928, "Préface", in Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris; rist. in *Lo Stato*, VI, 10, 2018, 197-203
- Kelsen, H. 1965, "Diritto e logica", trad. it. in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989
- LUQUE, P. 2014, *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, Marcial Pons, Madrid
- MODUGNO, F. 2002, "I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale", in Modugno 2008
- MODUGNO, F. 2008, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli
- PACE, A. 1997, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova
- PFERSMANN, O. 2012, "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Perspective", *Journal of Public Law/Zeitschrift für öffentliches Recht*, LXVII, 81-113
- ROSENFELD M. (ed.) 1994, *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, Duke U.P., Durham and London
- ROSS, A. 1929, *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones lógico-dogmáticas*, trad. sp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999
- ROSS, A. 1958, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London
- ROSS, A. 1969, "Sull'autoriferimento e su un puzzle nel diritto costituzionale", trad. it. in Ross 1982
- ROSS, A. 1982, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. GUASTINI, Il Mulino, Bologna, 1982
- ROZNAI, Y. 2017, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford U.P., Oxford
- SCHMITT, C. 1928, *Dottrina della costituzione*, Giuffré, Milano, 1984
- TROPER, M. 2018, "Existe-t-il des principes supérieures à la Constitution?", in A. Le Pillouer (ed.), *La protection de la Constitution. Finalités, mécanismes, justifications*, LGDJ, Paris, 135-144.
- ZAGREBELSKY, G. 1992, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino
- ZAGREBELSKY, G. 2008, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna.

LUIGI VENTURA

Il senso della configurazione della Costituzione come utopia

Senza ideali da realizzare, senza ideologie, senza obiettivi possibili o oggettivamente non raggiungibili e non raggiunti, senza ideali religiosi, senza, come che sia, gli orizzonti nella vita e persino dopo la vita, l'uomo non avrebbe fatto un passo avanti dal mondo delle caverne, contemplando esso gli istinti primordiali di autoconservazione e di riproduzione biologica della specie.

Senza utopie, pur causanti guerre e rivoluzioni, non ci sarebbero stati comunità, società e Stati.

Senza le Costituzioni come frutto di utopie, come incarnazioni di utopie, non si discuterebbe oggi di valori e di principi, di diritti, di libertà e, al converso, persino di schiavitù.

Fa bene Melania Salazar a citare – nel frontespizio della sua splendida relazione su *“Crisi economica e diritti fondamentali”* al Convegno AIC del 2013, che condivido per intero – Eduardo Galeano, che identifica l'utopia con l'orizzonte che si allontana di un passo ad ogni passo che si fa per incontrarlo: *“A cosa serve l'utopia? Serve proprio a questo: a camminare”*.

E mi fa riandare a tempi, forse felici, della comune gioventù, Gaetano Silvestri che, citando R. Nozick (*“Anarchia, Stato e Utopia. I fondamenti dello Stato minimo”*), dice (nel suo *“Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo”*) che *“l'impalcatura delle utopie”* *“è compatibile solo con l'utopia ‘esistenziale’ che mira a mantenere un certo modello di comunità per poterci vivere senza pretendere di estenderlo universalmente”*, accettando poi le *“utopie missionaristiche”* e respingendo quelle *“imperialiste”*. Posso dire personalmente che è la conferma di quanto so del pensiero antico dell'Autore.

È vero, non si possono imporre militarmente né l'utopia democratica in Paesi che ne sono estranei, né l'utopia comunista.

Ma, nella genesi, si tratta di due utopie in parte o in tutto fallite, che tuttavia hanno lasciato tracce indelebili persino nelle più moderne Costituzioni e in quel costituzionalismo che coniuga democrazia, diritti di libertà e diritti sociali.

Così la nostra Costituzione, sintesi di valori e di principi perfettamente compatibili, non contiene, come utopia, un ideale irrealizzabile, né un *“modello di società perfetta”*, né tende ad una *“piena realizzazione di una idea politica e morale”*, né tantomeno è *“un luogo che non esiste”*, per usare usuali definizioni da vocabolario (Garzanti).

L'utopia dei nostri Costituenti fu quella di trasformare la Società e lo Stato secondo una tavola di principi e di regole, come si dirà, condivisi. Apparentemente un ideale concreto, se è consentito l'ossimoro. Si potrebbe dire, con una frase che, per altri versi, non condivido, al livello, quanto meno, del *“contenuto minimo essenziale”*; perché così verrebbe meno l'utopia.

Preferisco pur sperare ancora nel *“massimo contenuto possibile”*, passo dopo passo, in una visione progressiva che è forse l'araba fenice. E tuttavia non mi rasseggerò mai, come costituzionalista, ad elaborare solo delle *“lamentazioni”*. E se è assolutamente condivisibile e giusto, come fa Gaetano Azzariti ne *“Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?”*, per l'appunto sul destino futuro del costituzionalismo, bisognerebbe interrogarsi sul presente. Di più, se la volontà costituente abbia avuto un suo futuro, che è il nostro presente, nella trasformazione dello Stato e della Società.

Ci sono Costituzioni che hanno avuto vita breve, ma che sono rimaste ad imperitura testimonianza di un'utopia, come quelle francesi *post* Rivoluzione: quella del 1791, preceduta dalla splendida *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789, quella giacobina del 1793 e quella dell'Anno III del Sieyès, che in realtà sfocerà, perché ad essa prodromica, in quella del 1799, Costituzione bonapartista. In ogni caso, oltre al *“monumento”* della storia umana, la Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino, le prime due Costituzioni, frutto dell'utopia rivoluzionaria e del

terrore, costituiscono l'embrione dello Stato di diritto borghese.

Precedentemente, la Costituzione americana del 1787, prodotto della Guerra di Indipendenza nei confronti della Gran Bretagna, è tuttora in vigore, non essendo nessun riformatore riuscito a stravolgerla, nonostante la presentazione di migliaia di emendamenti durante la storia, se non aggiungendo i 27 emendamenti, gran parte dei quali riguardanti la posizione e la garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini americani. Tuttavia, piace qui ricordare l'emendamento XV (1870) che riconosce il diritto di voto agli ex schiavi e quello del 1951 (XXII) che limita a due i mandati presidenziali, dopo l'esperienza dei quattro mandati di Franklin Delano Roosevelt.

Per l'attuazione di quei principi bisogna ricordare la guerra di secessione di metà Ottocento vinta dagli Stati del Nord. Tuttavia, le aporie di quella Costituzione, che segna nell'immaginario americano l'*American way of life*, o l'*American dream*, ricorrono tuttora nella società americana, come sarebbe facile esemplificare soltanto per il presente. Nondimeno, si tratta di una Costituzione di fine settecento ancora pienamente in vigore.

La Costituzione tedesca di Weimar del 1919, di stampo liberaldemocratico, cessò la sua esistenza, senza mai essere formalmente abrogata, nel 1933 con l'ascesa al potere di Hitler e del suo III Reich.

La Costituzione austriaca del 1920, anch'essa di stampo liberaldemocratico kelseniano, vive una prima esistenza fino all'*Anschluss*, ma torna in vigore nel 1945. Ambedue queste ultime costituiscono tuttavia un passaggio ineludibile per chi voglia iniziare a comprendere il significato dell'espressione "Costituzione moderna", di "liberaldemocrazia" e di "costituzionalismo".

In realtà, non potendo richiamare qui tutti i testi, si può dire che in Europa il processo di costituzionalizzazione inizia nel primo ventennio del XIX secolo e si chiude, con alterne fortune ed eclissi, nel primo ventennio del secolo breve, passo dopo passo, attraversando crisi dopo crisi, come si conviene alle utopie.

Si può dire che la Costituzione è un'utopia perché corrisponde all'idea tipicamente illuministica che la dinamica politica e la dinamica istituzionale si lascino imbrigliare da regole giuridiche. E tuttavia non ci può essere Stato di diritto senza separazione dei poteri, senza principio di legalità, senza diritti fondamentali e senza procedure per l'esercizio del potere e per l'emanazione degli atti tipici degli stessi poteri come la legge, l'atto amministrativo e la sentenza.

Questo è il contenuto tipico di qualsiasi moderna Costituzione. Quindi si tratta di un'utopia necessaria, poiché altrimenti sarebbe utopia lo Stato di diritto.

Per avventura, la Costituzione repubblicana nasce nel periodo in cui sorge l'esigenza di un recupero sia della concezione illuministica dei rapporti tra potere e diritto, sia dei valori fondamentali di matrice giusnaturalistica, allorquando, in seguito alla fine del nazismo e del fascismo e con la catastrofe della seconda guerra mondiale, sorge al tempo stesso il problema di dare nuove istituzioni all'Italia per la prima volta repubblicana e di risollevare la Società dalle catastrofi umane e materiali in cui erano ridotte. E già, prima ancora che si riunisse l'Assemblea Costituente, eletta il 2 giugno 1946 a suffragio universale, maschile e per la prima volta femminile, si era già ampiamente convinti che quella futura dovesse essere una Costituzione rigida, che abbisognasse di un procedimento aggravato per la sua revisione, a causa della pessima prova che di sé aveva dato lo Statuto albertino, che, in ragione della sua flessibilità, non aveva opposto alcun argine al suo stravolgimento, sia per effetto delle leggi e dei decreti del Governo, sia in via consuetudinaria. Lo Statuto albertino era stata la costituzione del c.d. "Governo costituzionale puro", della forma parlamentare, della quale non v'era traccia nel testo, dei governi del Re di Crispi e del periodo buio dei governi Pelloux, con il Gen. Bava Beccaris che sparava cannonate sulla folla dei dimostranti, nonché del ventennio fascista. Insomma, una costituzione buona per tutte le stagioni.

C'è però una verità nota soprattutto agli storici (v. *Storia d'Italia*, ed. Einaudi) che nessun revisionismo può cancellare: fu accettata, in Assemblea costituente, l'idea di Togliatti, per cui, al di

là delle tensioni che ormai erano scoppiate fra le forze antifasciste, essendo già il mondo diviso in blocchi ed essendosi frantumata l'unità delle forze dei Comitati di liberazione nazionale, le norme del progetto di Costituzione dovevano risultare dagli elementi comuni delle proposte concrete avanzate dalle forze politiche, a prescindere dalle premesse ideali o ideologiche su cui erano fondate e su cui non vi sarebbe stata altrimenti possibilità di accordo.

La Costituzione vigente, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, oltre a dettare regole procedurali per l'esercizio del potere, è giustamente considerata da molti tra le più moderne (ed in effetti lo è), in quanto contiene una forse utopica tavola di principi fondamentali che, oltre a rappresentare un limite per il potere legislativo, dovrebbero orientare le decisioni politiche cui sono riservate le libere scelte delle modalità con le quali quei principi vanno costantemente realizzati, pur attraverso il necessario bilanciamento.

La Costituzione fu approvata definitivamente, pertanto, in un tempo di grandi divisioni e tensioni ideologiche e politiche; ma i partiti costituenti erano consci di creare una Costituzione; e le costituzioni sono fatte per durare nel tempo, al di là delle contingenze della politica.

Semmai le divisioni ritardarono l'applicazione della parte organizzativa, soprattutto quella relativa alle garanzie costituzionali, l'applicazione dei principi fondamentali e l'adeguamento ad essi dell'ordinamento giuridico; opera di cui si farà poi carico la Corte costituzionale dal 1956 (anno in cui quell'organo di garanzia cominciò a svolgere le sue funzioni, con un ritardo ingiustificabile in sé e per sé, nonché per le motivazioni del tutto politiche e "spartitorie" che lo generarono, soprattutto da parte delle forze politiche che divennero maggioranza dopo le elezioni politiche del '48), in una ineluttabile attività di bonifica istituzionale durata poi più di vent'anni. Ma bisogna aggiungere che la Corte stessa ha provveduto a riaccendere l'applicazione dei principi costituzionali, delle libertà di prima e seconda generazione, dell'uguaglianza formale e sostanziale (interpretando "in prima persona" il compito della Repubblica di cui all'art. 3, secondo comma), e della dignità umana, con le sue sentenze normative, nell'assenza di interventi del legislatore, o correggendo l'incostituzionalità delle leggi.

Migliaia di mattoni per "realizzare" l'utopia.

E ciò, in presenza di una diffusa scarsa consapevolezza, a tutt'oggi, dei principi costituzionali e, rimango sempre di questa idea, di una più in generale, diffusa non conoscenza della Carta fondamentale anche nella sua parte organizzativa: basti pensare alla costante mistificazione sulla forma di governo parlamentare ed alla stessa attuale eclisse della separazione dei poteri, che è uno dei cardini dello Stato di diritto, dell'affermazione positiva, tra molto altro, delle libertà civili e politiche e dei diritti fondamentali di cui sono parte integrante i diritti sociali.

E non vi può essere dubbio che lo stesso ritorno allo Stato di diritto, nato in Europa e negli Stati Uniti alla fine del Settecento ed in Italia faticosamente affermatosi nell'Ottocento, è il prodotto normativo-istituzionale della vittoria contro ciò che nel Novecento ne ha rappresentato l'antitesi. Stato di diritto significa limite al potere attraverso il diritto, secondo l'insegnamento del liberalismo tedesco del XIX secolo.

Ma l'evidente revisionismo dei riformatori di turno potenzia l'opera di delegittimazione della Costituzione da or sono trent'anni. Costituzione che pochi conoscono, di cui pochi avvertono persino il valore simbolico e promozionale di certe norme e sulla quale, dinanzi all'opinione pubblica forse distratta, si fanno ricadere tutti i mali che sono in realtà della politica che, a sua volta, è espressione pressoché fedele della società medesima.

I principi fondamentali sono posti, per l'appunto, a fondamento del Patto costituyente con cui il popolo italiano, attraverso prima il referendum istituzionale e poi l'Assemblea costituente, sancisce la propria Unità politica. Essi sono il frutto della traduzione di valori ideali e politici, patrimonio delle tre correnti di pensiero (cattolica, liberale e marxiana), in norme di principio vincolanti per il legislatore, per l'apparato dello Stato, per l'interprete, dal giudice comune alla Corte costituzionale,

la quale ultima ha identificato, sin dal 1973, i *principi supremi*, quella parte cioè di Costituzione non modificabile nemmeno con procedimenti legali di revisione costituzionale.

Tra questi, innanzitutto, vi è il *principio della sovranità del popolo* che, secondo l'art. 1, Il comma, si esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione, poiché le Costituzioni, che nascono per limitare il sovrano assoluto alla fine del 1700 (ed in Inghilterra, alla fine del 1600) conservano la funzione di limitare il sovrano, chiunque esso sia, anche il popolo.

Ci sono dunque limiti di carattere formale, dati dall'insieme delle procedure, degli *standard* degli atti, dei principi ordinamentali che sono la preconditione della democrazia, ovvero la democrazia stessa in senso kelseniano, e limiti sostanziali dati dal complesso dei principi fondamentali cui non solo lo stesso legislatore ordinario deve attenersi (limite negativo) e dei quali deve dare attuazione (limite positivo), ma anche il legislatore costituzionale, in quanto si tratta di norme e principi immutabili (se non per la loro estensione) con procedimenti legali, pena il venir meno della continuità dell'ordinamento costituzionale.

Se da un lato si definisce una delle forme di democrazia acquisite dalla Costituzione, quella rappresentativa, che è da coniugare con quella pluralista, si afferma per altri versi indiscutibilmente come sia consustanziale ad essa il rispetto delle procedure e come sia incompatibile con la democrazia costituzionale qualsiasi forma di plebiscitarismo, di cesarismo o tanto meno di populismo. Né trova alcun fondamento l'idea di onnipotenza della politica, per cui basta vincere le elezioni per detenere un potere svincolato da limiti. Oltretutto una maggioranza legale e legittima (e tuttavia non sempre numerica in ragione dei meccanismi elettorali) viene esaltata dal principio maggioritario e dalla sua interpretazione, nonché, come che sia, da molte regole elettorali che sanciscono la sconfitta a candidati che hanno ricevuto più voti popolari (v. gli Stati Uniti d'America). È allora più indispensabile che mai il pluralismo politico di cui è permeata la Costituzione repubblicana e che trova il suo fondamento nell'art. 2, poiché il pluralismo dà voce a soggetti ed istituzioni che non l'avrebbero in forza del principio maggioritario, determinando autonomia politica e policentrismo democratico.

Per altri versi, si può dire con Martines che la rappresentanza politica è vuota parola se non è supportata dalla reale rappresentatività. E, difatti, il puro e semplice meccanismo del voto è uno strumento utilizzato anche nelle più efferate dittature, in cui il voto non è né libero, né segreto, ed in cui non c'è, per definizione, alcun pluralismo.

Vi è, poi, il *principio lavorista*, cioè il fondamento dello Stato sul lavoro, non solo come diritto sociale, ma come strumento di partecipazione democratica e come primo cardine costituzionale per elevare e commisurare la *dignità dell'uomo*. È mia antica convinzione, sulla scia di un grande Maestro come Vezio Crisafulli, che un cittadino, titolare *uti cives*, per l'appunto, di una quota di sovranità non lo è *pleno iure* se non può esercitare libertà politiche e diritti civili. Per me il cittadino, considerato il combinato disposto degli artt. 1 (I comma), 2, 3 (II comma) e 4, se non ha un lavoro non è cittadino nella pienezza del suo *status* e dei suoi diritti.

I governi della Repubblica dovrebbero realmente considerare il lavoro, la formazione, la ricerca, non soltanto sotto il profilo dei diritti ma, in modo lungimirante, quali strumenti di politica economica e di sviluppo in cui abbiano un ruolo fondamentale lo Stato, le regioni ed i comuni, e non lasciare al mercato la "regolazione" di siffatti temi. Persino Sergio Marchionne (*La Stampa* del 28 agosto 2016), in un'aula dell'Università Luiss, afferma: "Non possiamo demandare al funzionamento dei mercati la creazione di una società equa; i mercati non hanno coscienza, non hanno morale" e "se li lasciamo agire come meccanismo della società, tratteranno la vita umana come una merce".

Scorrendo gli atti dell'Assemblea costituente si possono annotare interventi, da destra, che preconizzavano, se si fosse inserito il lavoro come diritto, masse di disoccupati, che indubbiamente esistevano (si era nell'immediato dopoguerra), assediando le autorità dello Stato, per ottenere il soddisfacimento di quel diritto.

L'Assemblea tirò dritto verso l'Utopia.

Il *principio della libertà dei singoli* e la garanzia dei diritti inviolabili anche nelle formazioni sociali in cui essi svolgono la loro personalità (con la conseguente enunciazione delle libertà: personale, di domicilio, di corrispondenza, di circolazione e soggiorno, di riunione, di associazione, di religione, di manifestazione del pensiero e di informazione).

Una democrazia, pur con le sue regole, c'è, è matura se si regge, se galleggia su dei valori comuni ed il primo di questi valori è il *principio di solidarietà politica, economica e sociale* ed il relativo dovere, definito dall'art. 2 inderogabile, che impegna innanzi tutto il Parlamento, di modo che leggi in contrasto con tale principio fondamentale sono irrimediabilmente incostituzionali. La solidarietà non riguarda (è un'idea già espressa in passato) solo i singoli o i diversi ceti o le diverse classi, ma deve intercorrere tra zone geopolitiche dello stesso Paese. Solidarietà di sistema, dunque. Solo con la solidarietà si possono comporre i conflitti sociali; solo nel valore della Comunità si possono risolvere i problemi esplosivi che generano l'egoismo, il particolarismo, l'individualismo esasperato, il trionfo dell'interesse privato. E di queste esigenze si sente forse per la prima volta disquisire dinanzi all'emergenza sanitaria che investe l'Italia, l'Europa e il mondo in questo tempo.

Vi sono, poi, il *principio di pari dignità e di eguaglianza* dei cittadini dinanzi alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali (art. 3, I comma) e quello di eguaglianza sostanziale che impone allo Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano la libertà e l'eguaglianza, il pieno sviluppo della persona e la partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, II comma). Si tratta, in sostanza, delle norme fondamentali dello Stato sociale, cioè dello Stato (poi disegnato negli artt. 41 ss.) che deve intervenire nei processi economici per promuovere e realizzare l'eguaglianza sostanziale e la protezione dei ceti deboli, degli emarginati, dei malati, dei disoccupati, dei giovani in cerca di prima occupazione, degli esclusi dai processi democratici e dai diritti fondamentali.

E c'è il conseguente formidabile catalogo dei diritti sociali, oggi ancora più necessari, il cui esercizio, in situazioni di grave crisi, renderebbe meno agevoli fughe populistiche o ricerche di "uomini forti". È mia convinzione che i problemi che i governanti, di quale che sia il Paese democratico, sono chiamati a risolvere di fronte alle crisi come quella attuale, necessitano di politiche neo-keynesiane, con un evidente intervento pubblico nell'economia e nella società.

I diritti sociali, è vero, costano, così come costano, però, tutti i diritti anche quelli elementari della prima generazione, dato che occorre un apparato per garantirli.

Vedono, così conferma, parole, concetti, idee espressi già in altri miei contributi.

Alcune delle situazioni giuridiche soggettive riconducibili ai diritti sociali sanciti in Costituzione sono innegabilmente contenute in norme c.d. programmatiche e va osservato che le leggi che dovrebbero darvi attuazione non sempre appaiono idonee a renderle concrete. Si possono, ad esempio, porre a raffronto la disposizione che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività, e che assicura cure gratuite agli indigenti, con l'attuale organizzazione sanitaria del Paese e con la mancanza di una razionale ed incisiva politica ecologica; oppure confrontare le disposizioni sul diritto all'assistenza ed alla previdenza con la situazione in cui versano oggi in Italia gli istituti di assistenza e previdenza sociale nonostante ogni passata riforma.

La mancata o insufficiente attuazione della Costituzione sul fronte dei diritti sociali fondamentali implica che il fine, da essa voluto, di rendere le libertà dallo Stato effettive ed operanti anche come libertà nello Stato, nonché l'affermazione dello Stato sociale da essa disegnato, non hanno trovato ancora piena realizzazione.

Molti diritti sociali richiedono (*rectius*: hanno sempre richiesto) l'intervento del legislatore finalizzato alla predisposizione dei servizi e ad assicurare un adeguato livello delle erogazioni finanziarie, senza le quali molti di essi resterebbero sulla carta: si pensi al diritto alla salute, se inteso

come diritto alle cure; o al diritto allo studio.

Per tale ragione, come si è già detto, i diritti sociali sono stati a lungo considerati come situazioni “condizionate” all’intervento del Parlamento: da qui la convinzione (che mediamente risponde alla realtà) che il loro concreto esercizio sia subordinato alla discrezionalità legislativa, diversamente da quanto accade per i diritti inviolabili di libertà (negativa) (artt. 13-21 Cost.), immediatamente esercitabili soltanto in conseguenza della loro previsione in Costituzione.

Ulteriore elemento di differenziazione rispetto alle libertà negative viene individuato nella circostanza che la garanzia di tali diritti ha un’evidente incidenza sulla spesa pubblica, tant’è che ad essi viene spesso riferita, come dianzi si diceva, l’espressione “diritti che costano”, nonché quella di “diritti di seconda generazione” in quanto essi appaiono come diritti fondamentali soltanto nelle Costituzioni del Novecento.

Quest’ultima ricostruzione è stata evidentemente oggetto di critiche. In primo luogo, si è fatto notare che “costa” garantire tutti i diritti previsti in Costituzione (anzitutto quelli della prima generazione), nel senso che è necessario predisporre un apparato giudiziario efficiente, oltre a garantire il funzionamento delle forze di pubblica sicurezza, onde poter assicurare la reazione dello Stato in caso di violazione. In secondo luogo, si è segnalato che non tutti i “diritti della seconda generazione” si presentano come diritti “condizionati”, in quanto alcuni possono essere esercitati in conseguenza della sola previsione in Costituzione (diritti di associazione sindacale, di sciopero, alla salute nel senso di diritto alla ricerca del proprio benessere psico-fisico). Infine, si è sottolineato che se il concreto esercizio dei diritti sociali si rimettesse integralmente alla discrezionalità del legislatore, si impoverirebbe la forza prescrittiva della Costituzione proprio in relazione alle norme più innovative che mirano ad assicurare la “pari dignità sociale” di cui all’art. 3 Cost.

L’orizzonte dell’utopia così si allontanerebbe di più.

La Corte costituzionale, autentica realizzatrice degli istituti che scaturiscono dall’eguaglianza sostanziale e quindi dall’essere l’Italia uno Stato sociale secondo la Costituzione, dal canto suo, ha più volte evidenziato che l’equilibrio finanziario può essere fatto rientrare tra i valori costituzionali (sentenze nn. 260/1990, 70/2012, 51/2013, 60/2013, 88/2014, 188/2014, 10/2015, 70/2015, 10/2016), ed oggi, in effetti, il principio del pareggio di bilancio, a seguito della revisione costituzionale, ha concretamente trovato espresso riconoscimento nella nostra Carta fondamentale, così non permettendo, tuttavia, politiche keynesiane di intervento necessariamente pluriennale nell’economia.

Ma il giudice costituzionale sottolineava che le scelte di indirizzo politico non debbano sempre sacrificare i diritti sociali, soprattutto quando si tratti di interventi necessari per la tutela della dignità della persona (sentenze nn. 307/1990, 184/1993, 355/1993, 134/1994, 304/1994, 185/1998, 309/1999, 509/2000, 252/2001).

Nel corso degli anni ‘80 la Corte ha adottato degli interventi giurisprudenziali in grado di incidere sulle discipline legislative che non predisponavano una tutela sufficiente per i “diritti che costano” ed escludevano irragionevolmente determinate categorie di persone da determinati benefici finanziari, pur trovandosi le stesse nelle medesime condizioni delle categorie contemplate dalla normativa e, di conseguenza, violando il principio di uguaglianza e venendo, pertanto, dichiarate incostituzionali nella parte in cui non prevedevano il riconoscimento della prestazione pure a soggetti non contemplati. Tali pronunce, denominate *additive di prestazione*, determinano la necessità di reperire i fondi necessari per realizzare l’estensione del beneficio, e sono note anche come “sentenze di spesa”: intorno ad esse sono fiorite ampie dispute fra gli studiosi, in esito alle quali è emerso l’orientamento principale, in base al quale tali pronunce non possono essere *a priori* precluse alla Corte perché non compete al giudice costituzionale l’obbligo di tener conto della copertura finanziaria. E tuttavia, la Corte non so se, per la verità, sottoposta a pressioni di natura politica, ha adottato il metodo delle sentenze additive di principio, lasciando al legislatore (e ai

giudici comuni) il compito di attuare, per l'appunto, i principi, pur da essa enucleati, e di conformarsi a Costituzione.

Dinanzi alle più stringenti esigenze di contenimento della spesa pubblica, dovute al coinvolgimento del nostro Paese nel processo di integrazione europea, ma soprattutto alla crisi economica globale, la stessa Corte ha precisato che il legislatore è tenuto a garantire in primo luogo il c.d. contenuto minimo (o essenziale) dei diritti sociali: il che lascia intendere come il giudice delle leggi ritenga oggi di poter colpire con le *additive di prestazione* le discipline legislative relative ai diritti sociali soltanto laddove esse appaiano macroscopicamente contrastanti con la Costituzione, offrendo ai diritti sociali una tutela inadeguata. In realtà, come già detto in premessa, ma anche come sostenuto anni or sono in sede istituzionale nell'audizione di esperti dinanzi alle Commissioni Affari costituzionali di Camera e Senato riunite, ritengo che l'articolo 3, Il comma, impegni la Repubblica a realizzare il massimo contenuto possibile dei diritti sociali.

È questa una mia personale utopia.

Poi c'è il tema fondamentale, che non posso qui affrontare, dello Stato sociale, della cui crisi sono elementi determinanti la globalizzazione dei mercati e, solo in parte, il processo di integrazione europea; ma c'è poco di realizzato dell'altra utopia dei Padri dell'Europa unita. Europa universalmente riconosciuta come governata, in realtà, da tecnocrati, che vede, ad esempio, prevalere l'egoismo dei singoli Stati riguardo alle misure comuni dinanzi ad un fenomeno epocale delle migrazioni.

Lo smantellamento dello Stato sociale sarebbe una *eversione* della Costituzione, proprio perché si inciderebbe sui principi supremi indefettibili. E, d'altro canto, uno Stato che non persegua il benessere dei cittadini su che altro poggerebbe la sua legittimità se non soltanto sul *monopolio legale dell'uso della forza*?

Non si può in questa sede, in cui si rende onore all'utopia dei Costituenti, tacere di almeno altri quattro principi indefettibili:

il *principio di unicità ed indivisibilità della Repubblica* di cui è garante il Capo dello Stato (e quello del rispetto delle minoranze) che non riguarda affatto ipotesi, pure ventilate, nel recente passato come vicende di puro folclore, di attentato all'unità fisica dello Stato, tema, questo, che riguarderebbe semmai le leggi penali e la reazione dello Stato contro ipotesi di reato, quanto l'Unità nella Costituzione, la cui inesistenza ho sostenuto in più sedi;

il *principio di laicità dello Stato*, oltre che sancito nell'art. 7, sinergicamente connesso alla eguale libertà di religione per la prima volta stabilita dalla Costituzione repubblicana all'art. 19;

il *principio del ripudio della guerra* come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione dei conflitti internazionali. Di modo che l'unica guerra ammessa dalla nostra Costituzione ha (dovrebbe avere) natura difensiva;

il *principio dell'autolimitazione della sovranità* dello Stato a favore di ordinamenti che assicurino la pace e la giustizia tra i popoli: norma fondamentale, questa, che consente la cessione di quote di sovranità a vantaggio dell'Unione europea e dalla quale la Corte costituzionale ha tratto, a partire dal 1973, proprio la teoria dei *principi supremi*.

Questi sono tutti principi fondamentali della Costituzione che, assieme a molti altri come il principio della indipendenza e dell'autonomia dell'ordine giudiziario (ormai unico e solo riverbero della antica separazione dei poteri di stampo liberaldemocratico), il principio del giudice naturale precostituito per legge e della predisposizione legislativa delle fattispecie di reato e delle pene, ma anche della libertà della scienza e dell'insegnamento, dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi o della stessa libertà di impresa e dell'iniziativa privata, purché non in contrasto con *l'utilità sociale e senza danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana*, sono la tavola dei valori divenuti principi normativi entro cui dovrebbero svolgersi politiche, pur alternative nei mezzi, ma finalizzate al raggiungimento dei fini indicati, nel necessario loro bilanciamento e nella loro evoluta

interpretazione, dato che caratteristica dei principi è di non rimanere pietrificati ma di inverarsi continuamente.

Ed anche qui può tornare il tema dell'utopia, nel senso che la tavola dei valori, divenuti principi giuridici, deve essere quantomeno mediamente effettiva, perché diversamente la Costituzione rimane un bellissimo manifesto e non invece una fonte normativa, dotata di efficacia giuridica.

C'è poi sicuramente uno stretto legame tra principi ed assetto politico istituzionale, poiché il mutare di quest'ultimo può travolgere i primi, essendo in giuoco il rapporto autorità-libertà, in che consiste la c.d. forma di Stato.

Pertanto, una ormai obsoleta riforma in senso federalista dello Stato (pur se si torna a discutere di regionalismo differenziato) non può intaccare il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica, pur bilanciato con quelli dell'autonomia politica delle regioni e di sussidiarietà. Non è accettabile, tuttavia, per l'impianto generale della Costituzione, un ritorno al centralismo dello Stato. Forse bisognerebbe riflettere sul punto che i Costituenti avevano predisposto un'autonomia regionale bilanciata, che è stata ritardata nella sua attuazione per oltre un ventennio e che è stata tradita dalla politica.

Un ordinamento è uno ed indivisibile se assicura una eguale protezione dei diritti, se richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà, se appresta eguali prestazioni ed eguali opportunità in tutto il territorio dello Stato; se, in altri termini, è uno nella pluralità delle articolazioni interne cui offre la massima valorizzazione.

Ma, come già detto, i valori non sono da tutti pienamente condivisi, forse perché non esistono più le forze politiche che hanno dato vita al Patto costituente, sicuramente perché vi sono forze lontane da essi.

Manca l'unità politica perché manca l'unità nella Costituzione persino nella condivisione degli strumenti istituzionali per far prevalere le proprie politiche e la propria interpretazione dei fini costituzionali, che sono inavvertiti da grandissima parte dell'opinione pubblica e che non sono patrimonio di tutte le forze politiche dominanti.

La disomogeneità multi-polarizzata (e sguaiata) determina una crisi più profonda di altre vissute nel passato ed accentua il difetto comune di percezione del condiviso concetto di democrazia, dell'*idem sentire de republica*. In generale la politica viene meno ai suoi compiti.

Nella mitica attesa di una nuova "epifania dei valori", non è lecito, per il costituzionalista, praticare "l'ipocrisia dei valori", come si può ben comprendere. È lecito sperare in un ritorno al futuro di una Costituzione che rimane ancora più moderna e garantista della stessa Carta dei diritti dell'Unione europea.

La complessità ha bisogno di democrazia critica, ragionevole in cui la critica sia *normale*, non di una democrazia sguaiata, della violenza verbale, degli spot, degli slogan. Non ha bisogno di guerre di clan, di sospetti, di fango, di invettive. Ha bisogno di ragionevolezza. L'Italia ha bisogno di vera democrazia. E se ciò detto sulla scia di Zagrebelsky non bastasse, l'Italia non ha bisogno di "avventurismi", né di populismi o di svolte autoritarie.

Nel nostro Paese il processo democratico appare ancora una faticosa conquista: per lungo tempo non c'è stata la democrazia dell'alternanza e ci si è a lungo fondati sullo scambio perverso consenso/prestazioni; è carente la democrazia formale, spesso considerata un impaccio caro ai giuristi; è lontana la democrazia sostanziale che solo un autentico Stato sociale può realizzare. C'è la strumentale convinzione che bisogna sintonizzarsi con le pulsioni del popolo.

La democrazia dei sondaggi vede la classe dirigente politica abdicare alla sua funzione dirigente.

Una cosa, in democrazia, non si può fare: costringere il popolo ad essere democratico.

Ma si può aiutarlo a comprendere appieno i valori fondamentali ed il senso vero della democrazia, affinché la Costituzione non rimanga una pura utopia.

VINCENZO BALDINI

Costituzione e razionalizzazione della politica.

Aspetti problematici di un distico dilemmatico in “moto perpetuo”

SOMMARIO: 1. Premessa. “Politico” e “politica”. – 2. Il Politico naturale: l’esercizio del potere costituente del popolo. – 3. Il Politico “limitato”: l’unità politica dello Stato nella Costituzione italiana del ’48. – 4. La razionalità del Politico tra applicazione e attuazione della Costituzione. – 5. *Segue*: la problematica applicazione del principio dell’interpretazione costituzionalmente conforme. – 6. Il Politico al vaglio del giudice costituzionale nazionale e dei giudici europei: vincoli di razionalità troppo stringenti? – 7. Conclusioni. Costituzione, politica e conflitti potenziali di Giustizia.

1. Premessa. “Politico” e “politica”.

Politica e diritto sono concetti in qualche modo correlati e complementari della scienza pratica. Pur se non sempre nettamente delineati nella loro ontologica distinzione e con punti di convergenza funzionale, essi restano comunque assiologicamente differenti e, anzi, contrapposti sebbene abbiano entrambi riferimento a una dimensione relazionale e siano preordinati alla realizzazione di obiettivi della comunità sociale di riferimento. In particolare, la politica integra un momento dell’esperienza di vita comune corrispondente, in modo teorico e/o assoluto, ad una fase anomica della stessa, in cui predomina la lotta - convulsa e disordinata - per la conquista del potere, lotta che include il confronto tra interessi sociali. Il diritto negli ordinamenti democratici si caratterizza essenzialmente come prodotto di volontà di una maggioranza politica dotato di un’intrinseca razionalità assiologica¹ legata essenzialmente alla forma della sua valida produzione, oltre che al fine ultimo di garantire quanto meno le condizioni essenziali della pacifica e libera convivenza civile.

Ma resistono non poche difficoltà ad intendersi intorno al concetto di “Politico”, data la sostanziale oscurità ed incertezza di tale concetto che, pertanto, non si presta ad un’univoca definizione. L’idea del Politico che accompagna quella del diritto positivo rappresentandone la premessa e l’intrinseca valenza teleologica rileva, soprattutto, nella visione sostanzialista di *Carl Schmitt* che, attingendo ai fondamenti del romanticismo filosofico (Goethe, Schiller etc.) la riconnette (*das Politische*) ad una condizione sociale reale, perciò illimitata, all’esistenza di un popolo come unità compiuta che precede la stessa idea di Stato², a cui spetta la decisione fondamentale sulla sua specie e forma (v. *infra*).

La rilevanza primaria riconosciuta al concetto di nazione quale vivente organismo spirituale e morale viene, qui, in risalto nella sua naturale consistenza, in contrapposto a un’idea di politica (*die Politik*) intesa invece come tecnica di esercizio del potere³, pertanto assorbita nella dimensione istituzionale ed ordinamentale dello Stato. L’espressione “politico” riferita al contesto giuridico-

¹ Sulla razionalità come principio giuridico nell’esercizio della funzione legislativa, v. soprattutto H. SCHULTZE-FIELTZ, *Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber*, in P. KIRCHHOF, M. LEHNER, A. RAUPACH, M. RODI, (Hrsg.), *Staaten und Steuern – Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2000, 310 ss.; sulla razionalità del diritto in Max Weber, v. poi T. RAISER, *Max Weber und die Rationalität des Rechts*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2008, 853 ss., part. 854 ss. Sulla democrazia come concetto giuridico v. W. HENKE, *Demokratie als Rechtsbegriff*, in *Der Staat*, 25 (1986), 157 ss.

² C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen* (1932), 7. Aufl., 5. Neudruck der Ausgabe von 1963, Berlin, 2002, 26 ss.

³ Così B. KEMPEN, *Verfassung und Politik* in O. DEPENHEUER, C. GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, 929 ss., part. 937, nota 32.

positivo allude precipuamente alle vicende dello Stato⁴ comprendendo il profilo della competizione per l'acquisizione del potere e/o di influenza sul riparto del potere⁵, secondo una prospettiva tipicamente weberiana.

Quanto finora detto vale a giustificare l'affermazione formulata, tra gli altri, da *Josef Isensee* che il diritto costituzionale è diritto politico⁶ poiché tale affermazione richiama tanto l'essenza intrinseca della Costituzione quale decisione politica fondamentale quanto, nel contempo, ne descrive la specifica consistenza assiologica e normativa⁷ quale Legge fondamentale di organizzazione della forma di Stato e fondamento dei suoi irretrattabili valori⁸. In quest'ultimo senso soprattutto Costituzione, Stato e Politica si mostrano concetti strettamente correlati, essendo quest'ultima termine di riferimento ineludibile del concetto di Costituzione e di Stato.

2. Il Politico naturale: l'esercizio del potere costituente del popolo.

La relazione tra Politico e Costituzione si determina, in primo luogo, nel momento dell'esercizio del potere costituente, in una fase, dunque, del tutto prodromica alla nascita dello Stato-ordinamento. Si tratta, infatti, del momento in cui la politica come forza assoluta si autodetermina e si autolimita, definisce la forma giuridica della sua manifestazione di volontà nel contesto di un processo destinato a compiersi con la nascita della Costituzione. Il Politico mira a fondare e legittimare il potere, stabilendo l'ordine giuridico fondamentale in cui si condensa la forma di Stato e di governo (oltre ad un sistema di norme-principio caratterizzanti l'identità costituzionale dello Stato) o, nella visione più sostanzialista sopra ricordata, la forma e la specie dell'unità politica del popolo⁹.

In questa prospettiva, la Costituzione rivela nella sua più alta dimensione formale la trasformazione del Politico illimitato in un ordine giuridico, come tale definito e limitato quale forma obiettiva e razionale secondo le specifiche categorie del diritto positivo (legittimità, potere, ordine etc.). In questo modo viene anche a certificarsi la sua reale consistenza performativa nelle dinamiche naturali, come tali scomposte e disarticolate, del contesto sociale. Il potere costituente spettante al popolo, che realizza tale trasformazione proietta, dunque, la politica in una dimensione di convivenza necessaria con la sfera del diritto, che la prima concorre ad ispirare ma da cui risulta a propria volta delimitata e irreggimentata nelle specifiche manifestazioni di esercizio. Così al concetto di legalità costituzionale viene così contrapposto quello, ad effetto sostanzialmente validante, di legittimità, riconducibile ad una preminenza del Politico espresso nella decisione fondamentale¹⁰.

⁴ In tal senso, v. J. ISENSEE, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“* cit., 48.

⁵ M. WEBER, *Politik als Beruf*, in Id., *Gesammelte Politische Schriften* (1921), cit., 48.

⁶ In merito, cfr. J. ISENSEE, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“* in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, Band XII, 3. Erw. Aufl., Heidelberg, 2014, § 268, 48.

⁷ Sulla portata normativa della Costituzione, v. da ultimo R. WAHL, *Die normative Kraft der Verfassung*, in *Der Staat*, 2/2019, 195 ss.

⁸ Così ancora B. KEMPEN, *Verfassung und Politik*, in O. DEPENHEUER, C. GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, 943.

⁹ Peraltro, lo stesso C. SCHMITT, *Die Diktatur*, 130 ss.- collegando la dittatura al potere costituente e alla democrazia, configurando la prima come espressione di sovranità, tende a riportare la dittatura nella sfera del diritto dello Stato: in tal senso, v. W. HENKE, *Staatsrecht, Politik und verfassungsgebende Gewalt*, in *Der Staat*, 1980, 182.

¹⁰ Al riguardo, v. H. HOFFMAN, *Legitimität gegen Legalität*, 4a Aufl., Berlin, 2002, part. 78 ss. e, sul concetto di "Politico" (*das Politische*) in C. SCHMITT, cit., 84 ss.

La qualificazione del potere costituente come forza reale *cui resists non potest*¹¹, originariamente amorfa e assiologicamente orientata non vale, ad ogni modo, a confinarla integralmente ed in modo assoluto nello spazio dell'essere giacché –spiega *Carl Schmitt*- nel fondare il nuovo ordinamento essa partecipa anche del diritto dello Stato (in tutta la *Verfassungslehre* emerge lo sforzo di questo A. di ricondurre il fattore politico al diritto positivo, intendendoli come ambiti intimamente collegati)¹². A propria volta, sosteneva anche *Karl von Savigny* che il potere costituente non si dissolve fino a scomparire del tutto nelle maglie del complesso delle disposizioni normative in quanto storia, tradizione e “spirito di popolo” sono fonti naturali del diritto, che non si prestano ad essere cristallizzate in un testo, sia pure in una Legge fondamentale come la Costituzione.

L'incrocio tra Politico e nascita della Costituzione non si presta, ovviamente, a una sola ricostruzione teoretico-dogmatica di stampo organicista, in cui fa premio, sulla parte giuridico-formale, essenzialmente la consistenza politico-assiologica della seconda come forma dell'unità politica di un popolo. Nella genesi dello Stato democratico –fatta eccezione per le teorie di stampo prettamente positivista¹³- il ruolo fondante del Politico rileva anche in approcci teoretici a carattere non decisionista, in cui la Costituzione figura quale prodotto della volontà delle forze politiche prevalenti¹⁴, con l'esito che ogni questione riguardante la stessa si traduce, in ultima analisi, in una “questione di potere”¹⁵. In comune con quella schmittiana per la prima esaminata, quest'ultima prospettiva reca l'insofferenza per una concezione esclusivamente giuridico-formale della Costituzione quale Legge fondamentale assoggettata, pertanto, all'ordinario regime di esegesi degli atti normativi. Anche nella teoria della Costituzione quale volano dell'integrazione sociale e politica¹⁶, base dello Stato inteso essenzialmente nella sua dimensione sociale dinamica, la manifestazione del Politico assume più specifica e vincolante caratterizzazione funzionale in relazione all'ordinato svolgersi dell'esperienza sociale. In tale approccio, piuttosto distante da una visione marcatamente liberale della Costituzione, la rilevanza del fattore politico caratterizza un'idea di Stato per certi versi antitetica a quella, di natura statica, evocata nella teoria dei tre elementi di *Georg Jellinek*¹⁷. Il Politico nell'impostazione smendiana figura, invece, quale condizione della coesione sociale a cui la Costituzione, in quanto processo vitale (*Lebensvorgang*) conferisce un presidio giuridico¹⁸. Quest'ultima attende in particolare a governare le tensioni del pluralismo

¹¹ In tal senso, v. J. ISENSEE, *Verfassungsrecht als “politisches Recht*, cit., 483 ss.

¹² Non a caso, nella sistematica di tale lavoro Schmitt contrappone alla parte giuridica dello Stato di diritto, quella, per intenderci, relativa alla separazione dei poteri ed ai diritti fondamentali, la parte politica che ha il suo culmine nella teorizzazione della democrazia identitaria, chiamata a tradurre e riportare al piano giuridico-formale la volontà del popolo: così anche W. HENKE, *Staatsrecht*, cit., 182.

¹³ È ben noto che nella prospettiva positivista nessuna relazione di diritto e politica viene assunta nel contesto dell'attività interpretativa del giurista, poiché Costituzione e Politica si configurano come categorie appartenenti a sistemi sociali differenti (*Luhmann*) e/o ad ambiti scientifici separati. La Costituzione, in quanto diritto positivo e Legge fondamentale è oggetto esclusivo di studio della dottrina generale del diritto, a cui deve restare estranea ogni implicazione di ordine naturale (politico o sociale) e/o morale (in senso contrario a tale impostazione, si esprime invece Hart). Il momento fattuale dell'esercizio di potere costituente si colloca al di fuori dell'ordinamento e, dunque, nel generale regno dei fatti (seppure a rilevanza giuridica). Per *Georg Jellinek*, in particolare, nessuna volontà statale può essere riconosciuta al di fuori di quella espressa dai soli organi dello Stato. Di un potere costituente del popolo inserito nella sfera del diritto dello Stato può parlarsi solo se il popolo stesso è ridotto ad organo dello Stato: così, il potere costituente viene “derubricato” a mera legislazione costituzionale.

¹⁴ Al riguardo, cfr. F. LASSALLE, *Über Verfassungswesen*, Offenbach am Main 1946, 11 ss.; nella letteratura italiana, v., in particolare, C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), Milano, 1998 (ristampa inalterata), part. 33 ss. e 182 ss.

¹⁵ V. ancora F. LASSALLE, *Über Verfassungswesen*, cit., 12 ss.

¹⁶ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, 18 ss.

¹⁷ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auf., 5. Neudruck, Berlin, 1929, part. 144 ss.

¹⁸ W. HENKE, *Staatsrecht, Politik und verfassungsgebende Gewalt*, in *Der Staat*, 1980, 181 ss., part. 190. Sul versante interno all'ordinamento, poi, la relazione funzionale e strumentale del diritto rispetto alla politica si riflette nella

sociale in modo da favorire l'integrazione sociale e la tenuta dello Stato. La preminenza dell'elemento teleologico (il fine dell'integrazione sociale) rispetto a quello strutturale-organizzativo è ciò che rivela la natura funzionale della Costituzione e dello Stato, quest'ultimo tuttavia inteso ancora una volta in senso organicistico. Alla base di siffatta posizione è, dunque, soprattutto il concetto di vita come "esperienza" ("Erfahrung"), secondo una percezione umanista risalente soprattutto a *Theodor Litt*¹⁹. L'essenza della sovranità non si fa consistere, qui, diversamente che nel pensiero schmittiano, nella decisione sullo Stato di eccezione e, così, nel potere di dichiarare la guerra ma si rivela nell'ordinarietà dell'esperienza di vita sociale attraverso, in particolare, la realizzazione dei valori di una comunità sociale che si rappresenta come unità, sociale e culturale.

Le teorie sostanzialiste ora richiamate tendono ad inquadrare il rapporto intercorrente tra Politico e Costituzione in una dimensione articolata e complessa in cui i due termini del distico, pur strutturalmente disomogenei, appaiono senz'altro integrati senza tuttavia mai risolversi completamente l'uno nell'altra. Come molto bene è stato detto, la Costituzione non formalizza la divisione tra politica e diritto ma finisce per comprenderli entrambi in una dimensione in cui entrambi riescono comunque riconoscibili.

La dinamica di corretto svolgimento dei processi politici viene intesa ora nell'orizzonte costituzionale, qualificandosi essenzialmente come "procedimento", sequenza di atti giuridicamente concatenati e funzionalmente ordinati a cui la Costituzione offre regolamentazione giuridico-positiva. In una visione ancor più "oltranzista" quest'ultima giunge ad assumere i tratti di un processo pubblico aperto²⁰, i cui apporti esegetici eterogenei (la sfera degli interpreti della Costituzione) valgono, in fine, a determinare significato e portata delle singole previsioni costituzionali. Così, legislazione ed interpretazione costituzionale tendono qui a fondersi in una dimensione unica e non scomponibile.

3. Il Politico "limitato": l'unità politica dello Stato nella Costituzione italiana del '48.

I tratti della permanente tensione tra amico e nemico si rinvencono, seppure in forme ben più attenuate, nelle dinamiche -associative e dissociative, unitarie e divisive- che attraversano i diversi ambiti dell'esperienza sociale (si pensi ai conflitti culturali, sociali, economici etc.) per il cui

valorizzazione della politicità della legislazione, confrontata con un'astratta non-politicità dell'attività esecutiva della pubblica amministrazione. La legge quale atto di integrazione politica, espressione della volontà dello Stato intesa alla realizzazione degli interessi generali, è posta su questo versante in contrapposizione all'atto amministrativo, privo di contenuto politico e vincolato da parametri giuridici nella sua legittima esistenza. Appartiene al compito del giurista distinguere, in generale, il campo del diritto -in cui soltanto trova significato la categoria di popolo o Stato o democrazia- da quello della politica anche se il concetto di ordine ed organizzazione non resta ad appannaggio esclusivo del primo. Oltre il diritto - si è opportunamente rilevato (*W. Henke*, 198) - si distende l'ordinamento sociale costituito dal complesso di uomini nei rispettivi ordinamenti -culturale, religioso, etnico, etc.- ed in altri ordinamenti di vita comune. La politica può definirsi come "disputa di conflitti", anche se sono sporadici i casi di tali conflitti, a cui il diritto è chiamato a fornire una decisione. Se, in effetti, il diritto non si apre al regno del caos perché esiste un ordinamento sociale pacificato è vero, del pari, che tale condizione si mostra sempre instabile e precaria, aperta alla sopraffazione e così alla dissoluzione. La politica si mostra così come l'ambito di una sempre rinnovata stabilizzazione dell'ordinamento (sociale) che si svolge normalmente all'interno di una cornice relativamente stabile e già esistente, della quale fa parte anche il diritto. La politica dunque è confronto d'interessi e di potere, in cui si rappresenta ciò che è giusto e ciò che invece non lo è secondo un'impostazione di parte. Il diritto invece esprime una razionalità nell'interpretazione della legge che si rivela attraverso l'argomentazione posta a sostegno della decisione di un giudice.

¹⁹ T. LITT, *Individuum und Gemeinschaft*, Berlin, 1919, 79 ff.

²⁰ V., al riguardo, soprattutto P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*. In: *Juristen Zeitung*, 1975, 297 ff.

contenimento si legittima, in ultima analisi, l'esistenza dello Stato come unità politica²¹. Quest'ultimo realizza le condizioni organizzative e sostanziali in cui viene a consistere tale unità, rendendo possibile il corretto e stabile funzionamento per la realizzazione di scopi e compiti di interesse, generale e individuale, in forme giuridicamente tipizzate e razionali. Così, il Politico ordinato nella forma dello Stato costituzionale democratico di diritto, viene declinato come volontà normativa espressa primariamente nella forma –tipizzata sul piano procedurale e sostanziale– dell'atto legislativo, condizionato e subordinato nella sua validità all'osservanza del diritto costituzionale. Il politico, in particolare, viene ad assumere forma istituzionale (*polity*) ma si condensa anche in una serie di regole di carattere processuale (*politics*) e sostanziale (*policy*) includendo, nella forma più evoluta dello Stato democratico e sociale, i soggetti della partecipazione politica (partiti, movimenti, associazioni, etc.), unitamente ai compiti e agli oggetti dell'attività politica²².

La razionalità dell'agire politico si manifesta dunque non soltanto nella sua traduzione come razionalità del diritto recato dal complesso delle norme costituzionali, ma anche come ordinaria condizione di legittimità, procedurale e sostanziale, che condiziona la validità di tale agire nelle sue molteplici manifestazioni di volontà²³. Politica, diritto e razionalità finiscono così per esprimere, in sintesi, una correlazione necessaria almeno fino a quando il primo non lascia prevalere la sua naturale vocazione all'agire senza vincoli di sorta.

Una chiara evoluzione di tale relazione si registra poi nel transito dal costituzionalismo liberale a quello democratico, nel primo, infatti, la razionalità del politico, come la sua limitatezza, si spiegava, essenzialmente, nell'osservanza di un modello organizzativo basato sulla separazione dei poteri e sulla previsione di un catalogo di libertà negative, vincolanti il potere amministrativo della Corona. Nel costituzionalismo democratico, invece, tale razionalità assume un carattere più complesso e articolato in uno con l'evoluzione delle connotazioni funzionali attribuite alla Costituzione, che vanno dalla fondazione del potere alla sua stabilizzazione organizzativa, alla razionalizzazione dello stesso attraverso un esercizio della sovranità che si mostri prevedibile, riconoscibile e comprensibile. Il sintagma "stato costituzionale democratico" allude, in sintesi, a un modello organizzativo ispirato alla razionalità sostanziale²⁴ in cui rileva tra l'altro un condensato assiologico che caratterizza la specifica identità costituzionale dello Stato quale riflesso nell'insieme dei principi e diritti fondamentali. Tanto induce i processi politici decisionali secondo paradigmi normativi più stringenti ed attrezzati, di cui il giudice costituzionale finisce per risultare l'interprete principale ben oltre quanto possa ricavarsi dall'analisi letterale della singola previsione costituzionale.

Il costituzionalismo democratico, dominato dall'espresso riconoscimento normativo della sovranità del popolo come principio-base di organizzazione del gruppo statale²⁵, non segna una discontinuità funzionale con il costituzionalismo liberale ma viene a completarne la funzione garantista attraverso l'elezione della persona come Bene giuridico primario e centro di riferimento e legittimazione dei compiti dello Stato. Alla Costituzione spetta di assicurare la tutela dei diritti e libertà fondamentali in quanto mezzo idoneo a produrre l'unità politica dello Stato. La democrazia intesa come razionalità sostanziale²⁶ richiede che la Costituzione miri a garantire, in ultima analisi,

²¹ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20. Auf., Heidelberg, 1999, 63, Rdn. 138.

²² B. KEMPEN, *Verfassung und Politik*, in O. DEPENHEUER, C. GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, 938.

²³ Cfr., tra gli altri, H. SCHULTZE-FIELITZ, *Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber*, cit., 315 ss.

²⁴ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., 63, Rdn. 138.

²⁵ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 12., ed. (interamente riveduta da Gaetano Silvestri), Milano, 2010, 3 ss., 149 ss.

²⁶ K. HESSE, *op. ult. cit.*

le condizioni essenziali di esistenza, stabilità ed efficienza dell'ordine giuridico (rigidità della Costituzione, regola di maggioranza, tutela delle minoranze, disciplina dei procedimenti, garanzie costituzionali, etc.), così da preservarne in generale la tenuta.

Con specifico riguardo alla Costituzione italiana del '48, essa rivela la propria identità assiologica nella previsione di una serie di principi supremi, a partire da quello democratico di cui all'art. 1 c. 1 e 2 Cost., che includono tra l'altro il principio di solidarietà (art. 2 Cost.), il cd. principio lavorista (art. 4 Cost.) e quello autonomista (art. 5 Cost.), unitamente alla sanzione generale del principio dell'eguaglianza (art. 3 Cost.). Si aggiunge, a tanto, la previsione di un catalogo di diritti fondamentali di natura sia civile ed etico-sociale che economica e politica. La razionalità del modello di democrazia parlamentare è assicurata, poi, dalle previsioni che sanciscono la dinamica stabilità del confronto parlamentare tra maggioranza e minoranza (artt. 72 ss. Cost.), la trasparenza della decisione e la protezione dei diritti tanto dell'opposizione parlamentare che del Governo con la previsione, in fine, di riserve di legge nella sfera di disciplina dei diritti fondamentali²⁷. Insieme a quelle più direttamente poste a presidio della rappresentanza politica (riconoscimento dei partiti politici (art. 49 Cost.), divieto del vincolo di mandato imperativo per il parlamentare in quanto rappresentante della Nazione (art. 67 Cost.)) tali previsioni definiscono anche i presupposti normativi per la produzione di un'etica repubblicana, basata sull'incoraggiamento all'effettiva partecipazione del cittadino alla vita politica²⁸, ritenuta essenziale per l'esistenza stessa dello Stato costituzionale liberale²⁹.

Nell'insieme, la Costituzione pone i capisaldi di un ordinamento democratico a vocazione repubblicana e aperta, mirato dunque alla più ampia integrazione sociale in cui risalta soprattutto la dimensione multifunzionale della Costituzione rispetto all'obiettivo ultimo di creazione dell'unità della società civile e politica dello Stato, oltre che a fini di Giustizia³⁰. La Carta repubblicana del '48 non si limita a definire unicamente il perimetro normativo essenziale (*Rahmensordnung*)³¹ entro cui può dispiegarsi l'esercizio del potere politico ma, la Carta stessa, in quanto non neutrale rispetto a

²⁷ V. ancora K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., 61 ss. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, 289 ss.

²⁸ Cfr., in particolare, J. HABERMAS, *Deliberative Politik – ein Verfahrensbegriff der Demokratie*, in Id., *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, 349 ss.; nonché Id., *Drei normative Modelle der Demokratie*, in Id., *Die Einbeziehung der Anderen*, Frankfurt am Main, 2008, 277 ss.; J. LIMBACH, *Die Demokratie und ihre Bürger*, München, 2003, part. 56 ss.

²⁹ E-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung*, (1967), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, 92 ss., part. 112; nonché Id., *Drei normative Modelle der Demokratie*, in Id., *Die Einbeziehung der Anderen*, Frankfurt am Main, 2008, 277 ss.; J. LIMBACH, *Die Demokratie und ihre Bürger*, München, 2003, part. 56 ss..

³⁰ Al riguardo, v. J. HABERMAS, *Die Einbeziehung der Anderen*, Frankfurt am Main, 1999, 277 ss.

³¹ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestand und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin, 2011, 120 ss. L'A., in particolare, muove da un'analisi critica dei diversi metodi esegetici, a partire da quello classico (E. Forsthoff), di stampo positivista, che sostiene l'equiparazione a tal fine tra Costituzione e legge riferendo, anche alla prima le regole ermeneutiche impiegate per la seconda, messe a punto da Savigny: 123 ss.; si passa poi all'esegesi cd. scientificamente orientata (R. SMEND), quest'ultima basata sull'idea che il senso e la realtà della Costituzione (non il suo tenore letterale e concettuale) costituiscono il fondamento ed il criterio della sua interpretazione. Si giunge, in fine, all'interpretazione dell'efficacia normativa della Costituzione basata, sulla concretizzazione delle sue disposizioni di principio (K. HESSE). Il difetto dei descritti approcci metodologici è, secondo Böckendörfe, quello di favorire una certa libertà e predominanza del fattore soggettivo nell'esegesi costituzionale provocando una destrutturazione della consistenza normativa della Costituzione ed una sorta di sottovalutazione della funzione legislativa imputabile a quest'ultima. L'applicazione di tali metodi, seppure con differenti declinazioni, finirebbe dunque per esaltare la prevalenza del fattore politico condensato nelle scelte ermeneutiche dei singoli attori giuridici chiamati ad interpretare la Costituzione.

valori³², richiede anche un impegno attivo della politica nella direzione tracciata da tali valori attraverso le sue disposizioni di principio (eguaglianza, solidarietà, autonomia, etc.) ed il sistema dei diritti fondamentali, che include anche diritti di natura sociale³³.

Come decisione fondamentale orientata (d)alla ragione (*vernunftgeleitete Entscheidung*)³⁴ la Costituzione reca le essenziali coordinate normative che ne svelano l'identità e la rendono efficace e vincolante, ispirando anche il metodo dell'esegesi costituzionale.

4. La razionalità del Politico tra applicazione e attuazione della Costituzione.

La Costituzione quale Legge fondamentale, oltre che contenuto assiologico tradotto in norme-principio, reca il riferimento ad una serie di Beni giuridici quali, ad es., la vita, la salute o la dignità umana³⁵, che sono intesi come oggetto di tutela ma che si prestano ad una pluralità di declinazioni esegetiche di varia portata (scientifica, etica, filosofica e/o morale) e in grado di condizionare, a propria volta, la consistenza stessa della garanzia costituzionale.

La loro specificazione sul piano del diritto costituzionale reca il carattere di una decisione politica che è razionale in quanto necessariamente ispirata ed orientata dalla consistenza assiologica della Costituzione ma che richiede, a fini di compimento la cooperazione necessaria del legislatore democratico. A quest'ultimo spetta, in primo luogo, di conferire a tali Beni giuridici il senso proprio connesso alla previsione costituzionale determinando, di conseguenza, la dimensione della garanzia corrispondente alle relative posizioni di diritto. In questa direzione vanno precisati, ad es., i termini dell'inizio e della fine del diritto alla vita, il significato costituzionale della dignità umana come principio e come diritto, il concetto di salute o la sfera materiale di garanzia della libertà di manifestazione del pensiero. Lo stesso legislatore ordinario assume il compito di conferire attuazione alle norme-principio della Costituzione, inclusi i diritti fondamentali, nei diversi ambiti materiali in cui gli stessi possono avere una specifica rilevanza garantista.

³² Sul senso della vocazione delle norme costituzionali a fare sistema, senza per ciò stesso apparire strettamente legate l'una all'altra "come lo sono coloro che, in cordata, scalano una montagna", v. A. RUGGERI, *Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2019/III, 572.

³³ Nella prima fase del costituzionalismo, come è noto, l'idea della limitazione del potere connessa alla Costituzione quale atto documentale perpetuo e irretrattabile è intimamente correlata all'esistenza del potere assoluto della Corona, come tale privo di ogni ancoramento nella base sociale. In tale contesto, infatti, la tutela dei diritti di libertà è pensata unicamente come difesa dall'ingerenza di questo potere, mentre non rileva nei confronti del legislatore rappresentativo, nella circostanza coincidente con un'Assemblea di notabili eletti dalla sola classe sociale titolare di diritti politici. La natura rappresentativa di quest'ultimo organo, dunque, aveva l'effetto di sterilizzare –per così dire- la garanzia costituzionale al punto da consentire allo stesso legislatore di derogare ad ogni regola della Costituzione (Costituzione flessibile), oltre a conferirgli la specifica competenza a porre limiti ai diritti in questione (riserva di legge). In altre parole, era la derivazione elettiva -quantunque non democratica- della Camera dei deputati a renderla per ciò stesso immune dall'osservanza dei limiti sanciti dalla tutela dei diritti di libertà segnando una sorta di prevalenza della politica sulla Costituzione in quanto espressione di un potere ritenuto intrinsecamente strutturato al soddisfacimento degli interessi della classe sociale titolare del diritto di voto. La stessa disputa sulla natura dei diritti fondamentali nella Costituzione di Weimar, ritenendosi che gli stessi costituissero sicuramente un limite all'esercizio del potere esecutivo ma non si imponessero al rispetto del legislatore rappresentativo (contra, C. Schmitt), è rivelatrice di un assetto nel quale la natura democratica dell'organo che assume decisioni politiche tende a fare premio sul valore intrinseco della garanzia costituzionale.

³⁴ Ancora P. BADURA, *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*, cit..

³⁵ Sul punto, cfr. le considerazioni espresse da A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), aprile 2009, nonché, ID., in AA.VV. (a cura di M. Gensabella Furnari e A. Ruggeri, *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Torino 2010, 307 ss.

L'esegesi costituzionale compiuta dal legislatore democratico, logica premessa di ogni processo di produzione normativa si misura poi alla stregua di quella compiuta dal giudice costituzionale nel sindacato di legittimità ex art. 134 c. 1 Cost., che include tra l'altro l'apprezzamento circa la razionalità delle previsioni legislative misurata alla stregua di un complesso di criteri esegetici che lo stesso giudice finisce, in buona sostanza, autonomamente e di volta in volta per determinare, anche in tema di diritti fondamentali. Peraltro, nell'esercizio del proprio sindacato il giudice costituzionale richiama espressamente l'attenzione ai limiti che alla discrezionalità legislativa derivano dalle "acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si basa la scienza medica"³⁶. Ciò lascia prefigurare una sorta di derivazione logica della scelta legislativa in materia, ad es., di inizio della garanzia costituzionale del diritto alla vita, o anche in tema di determinazione della morte di un individuo, dalle risultanze del dato scientifico, con l'esito che un ipotetico discostamento nel senso, ad es., di un differimento dell'inizio della garanzia in questione, potrebbe apparire come irragionevole e, dunque, illegittimo³⁷.

Nondimeno la precisazione formulata dalla Corte, ora richiamata, non può essere intesa come sintomo di una deriva scienziata se è vero che l'attenzione al dato scientifico non impedisce comunque al legislatore democratico un'autonoma decisione circa il momento d'inizio della tutela costituzionale, come anche quello della sua cessazione. Il risultato dell'attività esegetica, infatti, non può essere immune da apprezzamenti di ordine politico la cui razionalità, se impone al legislatore democratico di non trascurare il risultato delle acquisizioni scientifiche, non gli precludono tuttavia, almeno in principio, opzioni non senz'altro corrispondenti. Esso, pertanto, può anticipare o anche differire il momento iniziale e/o finale della tutela costituzionale della vita umana rispetto alle determinazioni che, al riguardo, derivano dal dato strettamente medico-scientifico.

In definitiva, realtà scientifica e consistenza giuridica di un Bene/diritto garantito in Costituzione non necessariamente devono coincidere perché l'apprezzamento legislativo possa dirsi congruente e razionale. La connotazione giuridica si pone piuttosto come il prodotto di una decisione che, entro nel rispetto anche dell'orientamento assiologico della Costituzione, legittima anche scelte differenti, entro i limiti della non arbitrarietà. Così, può apparire non *a priori* irragionevole la scelta legislativa di differire l'inizio della garanzia costituzionale del diritto alla vita ad un momento non necessariamente coincidente con quello che, a livello di acquisizione scientifica, viene a precisarsi come quello in cui origina la vita (peraltro, di per sé anche a livello scientifico ancora controverso)³⁸ e lo stesso può dirsi con riguardo al momento ultimo della garanzia costituzionale, rinvenendosi la fine della vita in un evento diverso da quello indicato dalla scienza medica (cessazione del battito cardiaco, cessazione di attività cerebrale)³⁹.

Se le determinazioni inerenti la tutela giuridica di tali Beni e diritti fondamentali risultano di ordine essenzialmente politico, quale che sia l'organo che li assuma -legislatore ordinario, Corte costituzionale e/o giudice comune⁴⁰- l'apprezzamento esegetico che vi sottende si lega senz'altro

³⁶ Corte cost., sent. n. 151 del 2009, con cui censurandosi la previsione della legge 140/04 (art. 14 c. 2) nella parte in cui prevedeva un unico e contemporaneo impianto di embrioni, in un numero comunque non superiore a tre.

Analogamente, cfr. l'ord. n. 207 del 2018 in tema di suicidio assistito, in cui la Corte ha sospeso il giudizio in attesa che, nelle more, potesse intervenire il legislatore con una disciplina in materia. Sul piano dottrinale, cfr. tra gli altri, K. F. GÄRDITZ, *Politisierte Wissenschaft als Machttechnik*, in *Wissenschaftsrecht*, 51 (2018), 244 ss.

³⁷ Circa i limiti della libertà di scienza, v. ancora K. F. GÄRDITZ, *Die äußeren und inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit*, in *Wissenschaftsrecht*, 51 (2018), 5 ss., part. 22 ss.

³⁸ V., al riguardo, U. FINK, *Sub Art. 2 Abs. 2 GG*, in D. MERTEN, H. PAPIER (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte*, Band IV, Heidelberg, 2011, § 88, Rdn. 12 ss.

³⁹ W. HEUN, *Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Konsequenzen*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 1996, 213 ss., part. 215 ss.; U. FINK, *Sub Art. 2 Abs. 2 GG*, cit., § 88, Rdn. 31 ss.

⁴⁰ In particolare sulla natura „ibrida“ della giustizia costituzionale, che unisce politica e diritto, cfr. soprattutto M. JAESTAEDT, *Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in T. VESTING, S. KORJOT, *Der Eigenwert*

alla coerenza e razionalità dell'argomentazione che giunge a definire la portata della norma costituzionale.

5. Segue: *la problematica applicazione del principio dell'interpretazione costituzionalmente conforme*.

Quanto finora detto rivela che la volontà del legislatore ordinario espressa nella regolamentazione di una specifica materia si configura come del tutto autonoma e indipendente rispetto ai contenuti della Costituzione assunti, di volta in volta, come parametro di giudizio nel sindacato sulla legittimità costituzionale della stessa legge. In altre parole, *voluntas legis* e Costituzione realizzano nel contesto dell'unità dell'ordinamento giuridico statale termini paralleli di un distico connotato, in ogni caso, dalla superiorità gerarchica della Costituzione rispetto alla legge. Quest'ultima, per vantare legittimità non deve porsi in contrasto con il dettato costituzionale e in ciò si condensa un aspetto pratico essenziale dell'unità dell'ordinamento giuridico che tuttavia, come è stato ben rilevato⁴¹, non esige comunque un'interpretazione costituzionalmente conforme. In quest'ordine di idee, di una certa intensità problematica si mostra, allora, la prassi ormai da tempo avviata dal giudice costituzionale ordinario di richiedere ai giudici di merito lo sforzo esegetico di un'interpretazione costituzionalmente conforme quale pregiudiziale di ammissibilità del sollevamento della questione di legittimità costituzionale⁴².

Il principio generale di conservazione normativa può infatti sollecitare il giudice *a quo*, allorché sia possibile e sia opportuno evitare le conseguenze di una lacuna normativa nell'ordinamento, ad adottare, tra quelle possibili, un'esegesi che sia conforme al dettato costituzionale evitando così di sollevare la questione. Del pari il giudice costituzionale potrebbe, sempre per ragioni di funzionalità dell'ordinamento giuridico, ricorrere ad una decisione interpretativa di rigetto, in qualche caso anche con valenza monitoria. Meno comprensibile, oltre che priva di specifico fondamento normativo, si mostra invece l'ordinaria pretesa del ricorso all'interpretazione costituzionalmente conforme che implica, come si è detto, una distorsione dell'effettiva volontà del legislatore, finendo per annullarla a vantaggio di una razionalità che è integralmente giurisprudenziale⁴³. Si tratta, quella dell'interpretazione costituzionalmente conforme, di una soluzione processuale poco convincente tanto alla luce del principio di unità dell'ordinamento giuridico, quanto in riferimento ad un presunto obbligo di conservazione degli atti normativi che, comunque, rileva in modo tangenziale rispetto ad una più generale valutazione di opportunità dell'annullamento della legge in relazione agli effetti consequenziali sull'integrità (almeno momentanea) della disciplina ordinamentale di riferimento⁴⁴.

des Verfassungsrechts, Tübingen, 2011, 323 ss., nonché Id., *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in AA. VV., *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, 2011, 77 ss., part. 103 ss.

⁴¹ Così, A. VORBUHLE, *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 125 (2000), 177 ss., part. 183.

⁴² Sull'interpretazione costituzionalmente conforme, cfr. tra gli altri A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 2/2018, 5 ss. nonché 33 ss.; V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione costituzionalmente conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Diritti Comparati* (www.diritticomparati.it), n. 1/2018, 298 ss.

⁴³ V. ancora A. VORBUHLE, *Theorie und Praxis*, cit., 184.

⁴⁴ " ... spetta al giudice del processo principale accertare, in linea di mera delibazione, se sussiste un dubbio sulla legittimità costituzionale della legge ... in presenza di una legge di dubbia costituzionalità i giudici hanno ... il solo potere-dovere di *sospenderne l'applicazione* (corsivi dell'A.), proponendo con ordinanza alla Corte costituzionale la questione

La problematica qui richiamata si mostra più evidente laddove il confronto investa, nello specifico, norme-principio della Costituzione (dignità umana, solidarietà, principio lavorista etc.) i cui contenuti strutturalmente indefiniti vengono determinati, sovente, attraverso una narrazione argomentativa ispirata a razionalità del giudice di merito o della Corte costituzionale. In particolare quando a venire in rilievo sono soprattutto diritti fondamentali, come ad es., il diritto alla vita o, ancora più, la libertà di manifestazione del pensiero che, in ragione del progresso scientifico, rivela un' indefinita ed *a priori* tuttora indefinibile dimensione della relativa sfera materiale di garanzia, oggi comprensiva di una comunicazione fattuale ma estensibile verosimilmente anche ad un tipo inedito di comunicazione post-fattuale⁴⁵, il ricorso all'interpretazione costituzionalmente conforme si mostra come un metodo esegetico potenzialmente aperto, che lascia, in buona sostanza, incerto e non obiettivo il risultato dell' operazione di bilanciamento compiuta dal giudice di merito con gli interessi di volta in volta concorrenti con quello principale.

Nel complesso dell'assetto costituzionale democratico –come ebbe a spiegare anche il Tribunale costituzionale federale tedesco con la nota sentenza-Lisbona⁴⁶– non può essere disconosciuto al legislatore rappresentativo uno spazio congruo di decisione politica, quantunque entro i limiti fissati dalla Costituzione. Pertanto, il riconoscimento di tale spazio implica, di regola, l'osservanza della *ratio* sottostante la disciplina legislativa da parte di ogni potere dello Stato, a cominciare dal giudice di merito. D'altro verso, il controllo circa la legittimità costituzionale dell'esercizio di potere discrezionale legislativo, sempre possibile, non implica – come espressamente stabilisce la legge (art. 28, l. n. 83 del 1957) – alcuno specifico sindacato sulla decisione politica che si rivela attraverso la regolazione della fattispecie, anche quando quest'ultima apparisse in contrasto con disposti costituzionali⁴⁷. In definitiva, nemmeno il negativo apprezzamento da parte del giudice di merito dell'esercizio di discrezionalità da parte del legislatore ordinario può portare a giustificare il ricorso all'interpretazione costituzionalmente conforme. Se è vero che la normativa costituzionale orienta le scelte del legislatore democratico, la sua configurazione come disciplina sostanziale che segna – non soltanto il limite, ma anche – il verso del ragionevole esercizio della funzione legislativa appare come il risultato reale dell'opzione a favore di una piuttosto che di un'altra teoria della Costituzione⁴⁸, che giunge tuttavia ad ignorare l'autonomia della stessa *voluntas legis* in favore del dato normativo costituzionale⁴⁹.

6. Il Politico al vaglio del giudice costituzionale nazionale e dei giudici europei: vincoli di razionalità troppo stringenti?

Un discorso specifico attiene alla relazione tra attività politica e osservanza dei diritti fondamentali, in cui converge non soltanto il sistema dei diritti costituzionali ma anche quello dei

di legittimità costituzionale.”: così, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II – L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1978, 261 ss.

⁴⁵ Sul punto, sia consentito il rinvio a V. BALDINI, *Verità e libertà nell'espressione del pensiero...Prendendo spunto da casi concreti...*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 2/2017.

⁴⁶ Bundesverfassungsgericht, Urteil von 3.06.2009, 2 BvE 2/08.

⁴⁷ Naturalmente, fatta salva al riguardo la possibilità per il giudice *a quo* di sollevare la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale e, per quest'ultima, di dichiarare l'incostituzionalità dell'atto incriminato.

⁴⁸ Sulle varie teorie della Costituzione, v. tra gli altri, U. VOLKMANN, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, part. 15 ss.; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, 53 ss.

⁴⁹ In senso conforme, seppure con riguardo all'esperienza del *Bundesverfassungsgericht*, cfr. ancora l'analisi di A. VOßKUHL, *Theorie und Praxis*, cit., part. 182 ss.

diritti sancite in Carte internazionali (Convenzione EDU, Convenzione ONU etc.) e sovranazionali (Carta dei diritti fondamentali UE). La trama normativa dei diritti (Costituzione, CEDU, UE) che emerge da tale complesso, a cui il politico "razionale" è tenuto a prestare rispetto, appare notevolmente densa e funzionalmente intrecciata imponendosi così all'esercizio della discrezionalità legislativa come una griglia a maglie strette, una rete normativa di razionalizzazione che non sempre si configura come la cornice essenziale entro cui la decisione politica è chiamata a spiegarsi.

L'esigenza di attenersi all'osservanza dell'insieme di tali diritti, per altro verso impegnando il giudice a un'interpretazione conforme della legge ordinaria anche alla disciplina convenzionale mostra l'effetto di ulteriormente emancipare la disciplina normativa corrispondente dall'originaria volontà legislativa incrementando, così, il potenziale divario tra il politico e il legittimo/razionale⁵⁰ (v. *infra*). L'attuale fase dell'esperienza ordinamentale appare, così, chiaramente condizionata dalla primazia accordata dalla giurisprudenza costituzionale alla forza razionalizzatrice e conformatrice della Costituzione e delle altre fonti materialmente costituzionali (tra cui -si è detto- la Carta dei diritti fondamentali dell'UE)⁵¹, cui corrisponde un confinamento della volontà del Politico entro ambiti più angusti e meno rilevanti.

La deduzione dalla stessa Carta di sempre nuovi diritti fondamentali, come pure la consistenza variabile nel tempo dei diritti sanciti dalle convenzioni internazionali spinge la politica nella direzione di un accrescimento massimo dei livelli di tutela che riflette, in ultima analisi, la dimensione di una nuova razionalità rivelata dal giudice costituzionale quale riflesso del verso dedotto dalla stessa connotazione assiologica della Costituzione⁵². Emblematico, in quest'ordine di idee, è il ripetuto incitamento di organi giurisdizionali (anche della Corte costituzionale) all'attuazione del diritto all'autodeterminazione in materia di identità biologica o di fine-vita, con l'obiettivo di porre in un ragionevole bilanciamento il complesso degli interessi concorrenti di rilievo costituzionale.

Alcune decisioni recenti dello stesso giudice in merito a tematiche di peculiare sensibilità, quali, ad es., il diritto alla vita e alla salute⁵³, i diritti delle coppie omosessuali⁵⁴ o il diritto all'autodeterminazione individuale sottolineano bene la preminenza del tratto di una razionalità costituzionale, evocata dal giudice su quello propriamente politico-legislativo. Nella citata sent. n. 162/14, ad es., si è finito per ricomprendere tra le cause addotte a difetto di razionalità della l. n. 40/2004, anche quella di incoraggiare un turismo procreativo, che ridonda a propria volta nell'effetto di generare una disparità di condizioni tra soggetti abbienti, in grado di affrontare le ingenti spese relative a onerose trasferte all'estero per realizzare il desiderio di genitorialità; e soggetti meno abbienti, a cui tale possibilità resta in principio di fatto preclusa⁵⁵. Lo stesso riferimento al turismo procreativo come causa di disparità di trattamento tra coppie (omosessuali) non è parso, successivamente, alla Corte costituzionale come una motivazione congrua al fine di

⁵⁰ E.-W. BÖCKENDÖRFE, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestand und Kritik* (1976), cit., 120 ss.

⁵¹ Sul punto, v. soprattutto A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euro unitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost., n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati* (www.diritticomparati.it), 3/2017, 234 ss.; nonché Id., *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2019/II, 242 ss., part. 245/246.

⁵² La prospettazione di KONRAD HESSE, in particolare, fa leva non tanto sulla struttura normativa in sé della Carta fondamentale quanto, essenzialmente, sull'esigenza che tale struttura sia resa effettivamente efficace ed operativa. In tal senso, v. da ultimo R. WAHL, *Die normative Kraft der Verfassung*, in *Der Staat*, 2-2019, 195 ss., part. 214.

⁵³ Corte cost. sentt. nn. 229/2015 in tema di PMA e diagnosi preimpianto; 162/14, ad es., in materia di PMA di tipo eterologo.

⁵⁴ Da ultimo, Corte cost. sent. n. 221/2019 in tema di divieto di accesso alla PMA di tipo eterologo per le coppie.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 162/2014, con nota di A. MORRONE, *Ubi scientia, ibi iura*, in *Consulta OnLine*, (www.giurcost.org), Studi, 2014 (13.06.2014)

accogliere la questione d'illegittimità costituzionale relativa alla stessa legge n. 40/04 (sent. n. 221/19, sull'estensione alle coppie omosessuali del ricorso alla PM eterologa). Soltanto nel primo caso, dunque, il divieto di ricorso alla PMA di tipo eterologo è stato ritenuto irragionevole nell'esercizio di un sindacato che è andato ben oltre il mero controllo sull'arbitrarietà della scelta legislativa ispirata, invece, ad una *ratio* diversa (es., rischio di relazioni incestuose), riconosciuta non compatibile con il dettato costituzionale. Nella specie, la Corte ha condotto un'operazione di bilanciamento prendendo le mosse dalla razionalità della Costituzione che assume come prevalente l'interesse alla realizzazione del progetto di genitorialità di certe coppie (quelle affette da patologia di sterilità assoluta non compensabile, dunque, attraverso il ricorso alla PMA di tipo omologo) neutralizzando, così, la volontà del legislatore democratico, mirata a tutelare in principio l'interesse concorrente del nascituro a non incorrere, per il futuro, in relazioni parentali involontarie (di natura incestuosa).

Il ricorso, da parte del giudice costituzionale, all'argomentazione razionale ricollegata in particolare, a criteri di coerenza (intrinseca ed estrinseca della disciplina legislativa), congruità, proporzionalità⁵⁶, sulla falsariga peraltro dell'indirizzo di altri giudici costituzionali europei⁵⁷, rileva ancora nella sent. n. 113 del 2015⁵⁸, dove censurandosi il diritto vivente, si censura la carenza di razionalità della norma contestata, l'art. 45, comma 6, del d.lgs. n. 285 del 1992 (Nuovo codice della strada) nella parte in cui sottraeva le apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità a verifiche periodiche di funzionalità e taratura. Diversamente, la Corte costituzionale ha inteso fare salva la disciplina della l. n. 75/58 (legge Merlin: art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8), «nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata»⁵⁹, in una questione di legittimità costituzionale promossa dalla Corte d'appello di Bari. Il giudice delle leggi ha ritenuto non irragionevole la *ratio* della previsione legislativa, mirata a preservare la dignità delle persone e la «protezione dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili» perché psicologicamente deboli. La non arbitrarietà della scelta politica è qui posta dal giudice a base della decisione d'infondatezza della questione, precisando tra l'altro che «l'incriminazione delle «condotte parallele» alla prostituzione non si presenta, in ogni caso, come una «soluzione costituzionalmente imposta», con la conseguenza che in futuro il legislatore potrebbe decidere di «fronteggiare i pericoli insiti nel fenomeno della prostituzione con una strategia diversa»⁶⁰ (sent. n. 141/19).

L'indirizzo di giurisprudenza costituzionale ora richiamato lascia riconoscere come decisivo il contributo decisivo del giudice costituzionale nel processo di concretizzazione della disciplina costituzionale, sotto forma di stretto sindacato sulla razionalità della scelta legislativa. Nella pratica tale contributo finisce per contrapporre alla volontà del legislatore democratico la preminente razionalità del disegno costituzionale che, in tal modo, tende sempre di più ad imporsi come un ordinamento della vita sociale recante in sé un'aspirazione di Giustizia, di tipo etico-normativo

⁵⁶ Cfr., tra le altre, Corte cost., sentt. nn. 113/2015; 172/96; 159/82; 154/73; 201/74.

⁵⁷ Con riguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca, cfr. per tutti P. DANN, *Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität*, in *Der Staat*, 49 (2010), 630 ss.

⁵⁸ ...con nota di I. RIVERA, *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2015.

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 141/2019, in tema di depenalizzazione dell'istigazione alla prostituzione. Sul piano dogmatico, per una critica circa la natura autonoma del cd. diritto all'autodeterminazione, ritenuto piuttosto una declinazione dei diritti di libertà specificamente tutelati dalla Costituzione, cfr. soprattutto S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2009.

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 141/2019, cit..

(*Gerechtigkeit*)⁶¹. Attraverso tale processo di concretizzazione si perviene progressivamente a determinare il significato complessivo di tale disegno nella realtà dell'esperienza⁶².

Ciò, non esclude il rischio di potenziali antinomie tra esegesi costituzionali espresse da giudici, condizionate come si è detto (v. *supra*) da premesse di metodo e precomprensioni sostanziali (*Vorverständnis*), come tra queste ultime e la volontà politica del legislatore. Nemmeno da escludersi è, perciò, la possibilità di orientamenti differenti sorti in merito alla concretizzazione di diritti fondamentali, seguiti dalla pluralità degli organi giudicanti, come è accaduto, ad es., nella decisione rispettivamente del "caso-Welby" (in cui, pur riconoscendosi in generale l'esistenza del diritto costituzionale all'interruzione delle cure fu rigettata l'istanza dell'interessato per carenza di una disciplina legislativa attuativa) e del "caso-Englaro", dove invece il diritto all'autodeterminazione è risultato dotato di una normativa attuativa.

7. Conclusioni. Costituzione, politica e conflitti potenziali di Giustizia.

Tutto quanto finora detto rende evidente l'intreccio multilivello tra diritto e politica, lasciando intravedere un tratto di continuità funzionale tra democrazia, legittimità dell'agire politico e consistenza assiologico-normativa della Costituzione. Quest'ultima, in particolare, fissa le regole principali dell'organizzazione dei poteri e dell'esercizio legittimo di volontà politica mentre cerca di marciare l'andamento della legislazione"⁶³ attraverso il complesso dei principi e valori che la caratterizzano.

Naturalmente, la natura di Legge fondamentale della stessa Costituzione e, perciò, la sua configurazione in senso precipuamente giuridico-positivo risolve in sé, ma solo fino ad un certo punto, quello appunto della sua "razionalizzazione, l'azione del politico. Coesiste e non può scomparire, nel contempo, seppure la sua declinazione non può compiersi attraverso le categorie del diritto positivo, l'esistenza del Politico nel senso in cui lo intende *Carl Schmitt*⁶⁴ che può rivelarsi a tratti e per segni concludenti, che solo tangenzialmente incrociano o rivestono la forma esteriore dell'atto giuridico, rivelandosi quale manifestazione irresistibile di volontà di un soggetto inteso come unitario. Tale dimensione sostanziale dell'agire politico può giungere a porsi in contrasto con la stessa forza della Costituzione, intesa come sua capacità di imporre alla "futura volontà di elaborazione/organizzazione politica la propria volontà"⁶⁵. Se, in questo senso, la Costituzione stessa non si mostra "impolitica, nel senso che lascia tutti i contenuti della politica futura agli attori politici"⁶⁶ ma, anzi, mira a metabolizzare i moti irrequieti della politica riportandoli, in fine, allo spettro dei valori di cui la prima si rende portatrice, essa rimane inerte di fronte all'espressione dura e pura del Politico quale forza assoluta.

Tanto rivela una permanente precarietà del rapporto tra Politico e diritto positivo, tra l'istintiva irrequietezza del primo e la razionalità pratica del secondo in quanto prodotto di un processo

⁶¹ In merito, v. P. HÄBERLE, *Ethik „im“ Verfassungsrecht*, in *Rechtstheorie*, 21 (1990), 269 ss.; P.-A., ALBRECHT, *Rechtliche, soziale und gesellschaftliche Dimensionen von Gerechtigkeit*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2016, 83 ss.; W. BRUGGER, *Gesetz, Recht, Gerechtigkeit – Teil 1 in Juristen Zeitung* 1989, 1 ss., part. 5 ss. (sui criteri di Giustizia).

⁶² Al riguardo, v. ancora R. WAHL, *Die normative Kraft der Verfassung*, cit., 199 ss.

⁶³ Così B. Kempen, *Verfassung und Politik*, cit., 944.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ *Idem*.

deliberativo determinato e regolato, risultato in ultima analisi del discorso razionale⁶⁷. In questo confronto dinamico e governato dalla razionalità sostanziale dell'ordinamento democratico gli organi della giurisdizione, soprattutto il giudice costituzionale, si configurano come "variabili" dell'esperienza giuridica, attraverso l'impegno esegetico per rendere concreti i principi costituzionali alimentando nei loro confronti un consenso sociale generalizzato, che include anche gli attori della politica.

Ad essi compete, in particolare, di esaltare la struttura integrata del sistema dei diritti fondamentali nella direzione di favorire un accrescimento dei livelli della garanzia individuale e di appianare potenziali contratti tra diritti costituzionali e diritti recati da atti internazionali o sovranazionali (doppia pregiudizialità). Nella fitta trama dei diritti ora esistente non è solo astratto ed ipotetico il rischio di confinare in una dimensione sempre più circoscritta lo spazio della decisione politica. Sentenze come quella che, ad es., prefigura in certe situazioni la prevalenza del diritto all'autodeterminazione individuale rispetto a interessi costituzionali concorrenti (diritto alla vita, diritto alla riservatezza etc.), sopra richiamate, definiscono i termini di un conflitto permanente tra volontà politica e razionalità della Costituzione che si presenta anche come tensione tra assiologie parallele. La giurisprudenza costituzionale, a propria volta, realizza un permanente riposizionamento del confronto/bilanciamento tra interessi concorrenti a cui non resta estraneo l'esito del discorso razionale. Peraltro, fa parte del percorso di formazione del convincimento del giudice la percezione -non soltanto formale ma, inevitabilmente, anche emotiva- del caso concreto⁶⁸, con il risultato che si incrementa una nuova forma di consenso sociale basata non più sulla legittimazione democratica del soggetto decidente ma sulla "giustizia" (*Richtigkeit*) delle argomentazioni addotte che ragionevolmente la sostengono, in relazione al fatto da giudicare⁶⁹. In questa prospettiva, la descrizione secondo un'ottica essenzialmente conoscitiva e, perciò, neutrale della sfera materiale della garanzia di un diritto fondamentale si mostra come un metodo adeguato ad assicurare tale "giustizia".

Inevitabilmente, però, razionalità dei diritti e razionalità dei valori non si mostrano sempre e comunque istanze integrate e adeguatamente composte. A volte, l'intemperanza connessa alle pretese connesse a diritti (es., diritto alla *privacy*) entra in conflitto con altre priorità, connesse a interessi generali e/o particolari (es. diritto di cronaca, conoscenza di dati sensibili, etc.) che rendono l'esperienza costituzionale flessibile e, persino, contingente nell'espressione degli equilibri definiti, accantonandosi così soluzioni stabili, certe e oggettive di tali conflitti. La realizzazione del modello

⁶⁷ R. ALEXZ, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1983, 233 ss. In particolare, poi, sull'etica del discorso, v. J. HABERMAS, *Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?*, in Id., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main, 1991, 9 ss..

⁶⁸ In generale, sulla influenza del tratto emotivo sulla decisione, v. T. LUNDMARK, *Die Rolle von Emotionen in juristischen Entscheidungsprozessen*, in *Rechtstheorie*, 49 (2018), 243 ss. Sulla inerenza della coscienza nella determinazione della decisione del giudice su un caso concreto, v. da ultimo i richiami in A. RUGGERI, *Prefazione* al volume di R. CONTI: *"Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana ?"*, ora anche in *Consulta OnLine*, (www.giurcost.org) *Libri, recensioni e prefazioni*, 2019/II, 1 ("Il giudicante può, certo, fare richiamo a pronunzie di questa o quella Corte e, anzi, deve farlo a tutte assieme: una folla di altri giudici è, così, chiamata in campo a dargli sostegno e conforto, ma poi – come lo stesso C. confessa – chi è chiamato a somministrare giustizia è, al tirar delle somme, sempre solo con se stesso, denudato davanti al più severo e implacabile dei giudici, la propria coscienza").

Nell'affrontare le questioni di biodiritto, l'operatore può (e deve) attingere a tutte le risorse di cui dispone; proprio per ciò, però, la scelta della soluzione più adeguata al caso si dimostra complessa e problematica, incerta e sofferta allo stesso tempo. E lo è, per il fatto che le questioni stesse si pongono al crocevia di etica, scienza e diritto, e richiedono dunque un plurimo e congiunto orientamento verso i punti di riferimento suddetti. È su questo terreno, arato e reso fecondo attraverso apporti di vario segno e connotazione, che si misura, a conti fatti, l'adeguatezza delle risposte date a domande di giustizia viepiù esigenti e impegnative e la loro rispondenza al complessivo e peculiare modo di essere di ciascun caso, nonché ai valori dallo stesso evocati in campo").

⁶⁹ Sul punto, v. soprattutto H. H. VON ARMIN, *Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie*, in *AöR* 113 (1988), 11.

di Giustizia cui attenderebbe una Costituzione per valori e da cui dipendono le dinamiche di un costante riposizionamento di tipo assiologico delle istanze concorrenti, oltre che l'adattamento della portata delle sue singole previsioni (*Verfassungswandel, Verfassungswandlung*) finirebbe per rappresentare il denominatore comune all'interno di una visione pluralista e composita della società statale, non ispirata unicamente dalla centralità dell'individuo ma costruita e giustificata intorno a un assetto aperto ed eterogeneo di interessi sociali. Un effetto, per ora solo accennato, di tale aspirazione alla Giustizia è il tendenziale abbandono, in certi casi, del principio di organizzazione formale delle fonti legali e, così, delle norme che le stesse sono in grado di produrre, in favore di un criterio sostanziale di apprezzamento delle norme in ragione della loro reale consistenza costituzionale. Un ulteriore effetto potrebbe comportare l'abbandono del criterio logico di distinzione –sul piano giuridico positivo– tra la norma come prodotto di decisione politica e la sua applicazione, separazione che, più che un assioma, costituisce “un’idea regolativa necessaria dell’ordinamento giuridico” democratico⁷⁰, in virtù della determinazione di un criterio di giustizia definito non soltanto in ragione della forma (di produzione della decisione) ma anche della sostanza razionale della decisione stessa⁷¹.

⁷⁰ Sul punto, v. anche S. MÜLLER-FRANKEN, *Staatspraxis und Verfassungsauslegung*, in O. DEPENHEUER, M. HENTZEN, M. JESTAEDT, P. AXER, *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, 2007, 229 ss., part. 237 ss.

⁷¹ E. VON HIPPEL, *Richtiges und unrichtiges Recht*, in *Recht und Politik*, 2002, 63 ss.; H. H. VON ARMIN, *Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* 113 (1988), 5 ss.

Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale

SOMMARIO: 1. Che cosa è mutato? – 2. “Forma” e “trasformazione” nello spazio topologico della forma di governo. – 3. L’abito del Presidente della Repubblica. – 4. La “costituzione economica” e i suoi mutamenti. – 5. Il testo e la realtà.

1. Che cosa è mutato?

Quando si annuncia o si denuncia un ‘mutamento’ è opportuno precisare che cosa era e che cosa è diventata la cosa mutata. Quando poi si annuncia o si denuncia un ‘mutamento costituzionale’, questo compito si fa particolarmente urgente e complicato. La Costituzione, infatti, è un atto normativo, pone un dover essere, ossia la premessa di un giudizio che si esprime in termini di legittimità/illegittimità: per cui non basta chiarire che cosa è mutato e in che cosa si è trasformato, ma occorre anche formulare un giudizio attorno alla legittimità del mutamento.

Che cosa è mutato? È fondamentale chiarire se si sta parlando della costituzione come testo (e quindi – nel nostro sistema costituzionale - si allude ad una legge di riforma costituzionale) o del diritto costituzionale, includendo in questa espressione ogni dottrina sulla costituzione e ogni discorso attorno all’interpretazione del testo, ai modi in cui essa è applicata o attuata od anche integrata da prassi istituzionali di un qualche rilievo. Il che può sembrare banale, ma non lo è, perché la sovrapposizione tra il piano normativo e quello descrittivo è all’origine di molti dei malintesi che tormentano l’argomento. Le riforme del testo costituzionale, come è ben noto, non sono state poche, ma nel complesso non appaiono molto significative: a parte la riforma dell’art. 81, relativa alla legge di bilancio (legge cost. 1/2012), su cui si dirà in seguito, le uniche riforme costituzionali che meritano di essere citate perché hanno generato un “mutamento” di un qualche rilievo sono quelle che hanno interessato il Senato¹. Dalla prima legge di riforma costituzionale (legge cost. 2/1963), all’ultima, ancora in attesa di *referendum* o di pubblicazione, il “mutamento” tracciato - che verrebbe ulteriormente accentuato dalla ulteriore riforma dell’art. 57, comma 1, attualmente in discussione, volta a cancellare la citazione della «base regionale» come criterio di elezione dei senatori – è l’allontanamento dal modello voluto dai costituenti e un rafforzamento dell’assetto “paritario” del bicameralismo: questa tendenza avrebbe dovuto essere invertita dalla riforma costituzionale sottoposta a *referendum* nel 2016 (e bocciata dal voto popolare), che avrebbe voluto introdurre la rappresentanza delle regioni nella seconda camera. L’opzione per la parificazione delle due camere, un *unicum* nel panorama costituzionale internazionale, serve solo ad evitare asimmetrie di composizione politica di due organi chiamati a svolgere le stesse funzioni: non sembra dunque un “mutamento” che meriti di essere segnalato per il suo significato.

¹ Un discorso a parte meriterebbe la riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione, introdotta dalla legge cost. 3/2001. Il punto di maggior rilievo, almeno per il nostro tema, di questa riforma è forse la revisione dell’art. 117, comma 1, che sancisce la prevalenza delle norme di derivazione comunitaria e internazionale rispetto alle leggi interne: questo è il senso della nuova disposizione come interpretata dalla giurisprudenza costituzionale, che ha distinto il vincolo derivante dalle norme dell’Unione europea, la cui prevalenza era per altro già sancita – secondo la Corte – dall’art. 11 Cost., dalle altre norme internazionali (così le famose «sentenze gemelle» 348 e 349 del 2007). Per il resto, la riscrittura di buona parte della disciplina dell’ordinamento regionale e locale ha comportato modifiche solo marginali nel quadro effettivo dei rapporti tra i diversi livelli di governo, e comunque circoscritte a questo ambito.

Se allora di “mutamento costituzionale” merita che si parli in Italia, ci si riferisce a quanto è avvenuto nelle interpretazioni, nell’applicazione e nell’attuazione² della costituzione, nel “diritto costituzionale”, insomma. Ma anche qui conviene procedere con grande attenzione.

A ben vedere, ogni atto di interpretazione/applicazione di un testo normativo nasconde una sua trasformazione³. Per esempio, applicare un articolo della costituzione come l’art. 13 - che tutela la libertà personale – all’ammonizione o al c.d. *Daspo*, ed escludere invece dal suo ombrello protettivo il trattenimento forzoso di naufraghi sulla nave che li ha tratti in salvo, provoca inevitabilmente una rimodulazione del significato della libertà personale: modifica in modo più o meno rilevante l’ambito di applicazione della garanzia offerta dalla disposizione costituzionale. È una modifica della cui rilevanza però non possiamo comprendere da subito l’entità, perché l’area di applicazione della garanzia così rimodulata potrà in seguito ulteriormente estendersi, ma anche restringersi, nell’applicazione della norma a tutti i casi futuri, per i quali il nostro caso potrà servire da precedente. Basti pensare alla trasformazione rilevante che la tutela della libertà di associazione ha subito a seguito dell’applicazione che la Corte costituzionale ha fatto dell’art. 18 ai consorzi industriali o agli ordini professionali: non solo ne ha allargato l’ombrello protettivo a fenomeni lontani dal significato comune del termine impiegato dal testo costituzionale, ma ha anche stemperato l’intensità della tutela accordata ammettendo che ragioni di interesse pubblico si traducano in deroghe alla portata negativa della libertà che, stando alla lettera della disposizione, sembrerebbe sancita senza eccezioni. Vi sono perciò nella giurisprudenza costituzionale innumerevoli episodi che segnano un *mutamento* nell’oggetto tutelato dalla costituzione.

Di solito però non è alla parte sui diritti che si fa riferimento nei discorsi attorno al mutamento costituzionale: anche se essa è una prospettiva tutt’altro che trascurabile⁴. Le innovazioni scientifiche e lo sviluppo tecnologico – come mostra il contributo di Marco Betzu in questo fascicolo⁵ – comportano trasformazioni profonde dei “beni” protetti in costituzione e delle tipologie di aggressione da cui essi andrebbero tutelati. Si pensi anche solo alla comunicazione, a proposito della quale lo sviluppo tecnologico ha agito sia moltiplicando i “beni” oggetto di tutela, quanto gli strumenti di aggressione della sfera privata bisognosa di essere protetta.

Le parti della costituzione più soggetti a “mutamenti” – veri o presunti che siano – sono però la *forma di governo* e la *costituzione economica*. Per entrambi si fa urgente capire in che cosa consistano i mutamenti: compito che si rivela però assai arduo. Anzitutto perché, ancora una volta, non è affatto chiaro di cosa si stia parlando.

2. “Forma” e “trasformazione” nello spazio topologico della forma di governo.

‘Forma’ e ‘trasformazione’ sono termini usuali nella nostra dommatica costituzione. In effetti la locuzione «forma di governo» è impiegata quasi esclusivamente dalla letteratura costituzionalistica

² Per una chiarificazione concettuale di questi termini si vedano, ma con sfumature diverse, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1, 2019, 335 ss., e M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), n. 1, 2013, nonché ID. in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1, 2013 e in *Dalla costituzione “inattuata” alla costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 103, Giuffrè, Milano 2013, 31 ss.

³ Cfr. in questo senso S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Il Mulino, Bologna 2012, 168 s.

⁴ Osserva S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna 2004, 441, che «le “libertà interpretative” che ci si è concessi in ordine alla Parte I sono risultate - con qualche eccezione - ad una espansione delle tutele individuali»: ma gli esempi citati in precedenza non sembrano confermare questa impressione.

⁵ Cfr. M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2019.

italiana⁶, generando qualche conseguenza spiacevole: tra cui quella di incentivare l'uso del termine 'trasformazione' per indicare i mutamenti specifici che intervengono nell'assetto dei poteri costituzionali, cioè nella «forma di governo».

Nella letteratura di lingua tedesca o francese si usano termini come "sistema" o "regime" di governo che tendono a rafforzare piuttosto il riferimento empirico a come un certo ordinamento si governi di fatto: altrettanto è reso in inglese con il termine "*government*". Invece la locuzione «forma di governo» evoca piuttosto quelli che Gramsci (e Giannini⁷ con lui) chiamava i «figurini» costituzionali, frutto di un modo di ragionare formalistico, che cerca di spiegare «per schemi logici» mutamenti avvenuti nella struttura politica del paese⁸.

Il punto di partenza obbligato è il modello di governo parlamentare che indubbiamente ha ispirato i nostri costituenti⁹. Ma, come osserva Alessandro Mangia¹⁰, il parlamentarismo è una di quelle «categorie perennemente in crisi» che popolano il diritto costituzionale. La nostra storia costituzionale non ha alle spalle un percorso così lungo da essere paragonabile a quello degli Stati Uniti, né possiede una costituzione altrettanto difficile da modificare: per cui il tema delle «trasformazioni di fatto» della separazione dei poteri non può avere il rilievo che ottiene nella letteratura di quel paese. Per altro verso, la rigidità della nostra Costituzione non offre il fianco a trasformazioni paragonabili a quelle intervenute nella Germania dell'800, dove la grande fioritura della dottrina del mutamento costituzionale è stata resa possibile dal fatto che «non esiste nessuno strumento per proteggere la Costituzione nei confronti di una mutazione illegale dovuta ad una interpretazione di Camere e Governo»¹¹. Tuttavia, il diritto costituzionale italiano trabocca di scritti sulla crisi del parlamentarismo e di riflessioni sulle «trasformazione di fatto» della Costituzione.

La trasformazione registra il mutamento di quella "forma" che si suppone fosse in origine immaginata, presupposta o incarnata in *norme* varate dai costituenti. Se i *fatti* modificano la "forma", allora l'analisi della prassi appare strumento imprescindibile degli studi costituzionalistici, senza la quale è inevitabile arrendersi a un'interpretazione astratta e solo formalistica della Costituzione. Ma la "forma", il "modello" di governo deve preesistere per servire da riferimento: e non serve solo da cartamodello in cui incastonare dati e fatti che si considerano significativi. Svolge anche una funzione prescrittiva¹², costituisce cioè il parametro di valutazione delle prassi, che possono risultare incoerenti con il modello, e costituiscono perciò deviazioni forse illegittime, da censurare¹³. Il governo parlamentare, per esempio, è stato assunto come il modello verso il quale

⁶ Cfr. M. VOLPI, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *DPCE*, n. 1, 2015, 131.

⁷ M.S. GIANNINI, *Introduzione* a G. BURDEAU, *Il regime parlamentare nelle Costituzioni del dopoguerra*, Edizioni di Comunità, Milano 1950, XIII.

⁸ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Quaderno 15 (II), § 47.

⁹ Cfr., per tutti, V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, I, Giuffrè, Milano 1960, 597 ss.

¹⁰ A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, in *Diritto e Società*, n. 3, 2012, 461.

¹¹ W. JELLINEK, *Mutamento e riforma costituzionale*, tr. it. (parziale) di M. Carducci del classico *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Pensa, Lecce-Cavallino 2004, 27.

¹² Come è inevitabile «per i cultori delle scienze giuridiche, visto che, per il modo di procedere loro proprio, descrivere significa classificare e quindi, indirettamente, normare. Significa, in altre parole, ricondurre un determinato e particolare fenomeno ad una categoria più generale, da cui far discendere conseguenze prescrittive implicite nella descrizione»: A. MANGIA, *Il frattale europeo e la logica del 'descrivere' per 'prescrivere'*, in *Scritti per Roberto Bin, Giappichelli*, Torino 2019, 412. Sull'impiego di «modelli» descrittivi e prescrittivi di forma di governo nell'interpretazione costituzionale cfr. A. DEFFENU, *Forme di governo e crisi del parlamentarismo*, Giappichelli, Torino 2006, 104 ss. Sulla funzione normativa dei «tipi astratti» di forma di governo cfr. V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici*, cit., 152.

¹³ Scrive M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali III*, Giuffrè, Milano 2011 che le regole costituzionali «costituiscono le condizioni di possibilità delle concrete strategie degli attori politici del sistema, che si vedono alcune strade aperte ed altre sbarrate proprio dall'esistenza di certe regole e non di altre» (566), e che delle

avrebbe dovuto evolvere la monarchia costituzionale del Regno d'Italia, e perciò impiegato come chiave di interpretazione degli eventi e come parametro alla cui luce valutare – e denunciare – le molte “deviazioni” da esso registrate nella prassi¹⁴. Difficilmente, del resto, la forma di governo viene “estratta” dai dati senza cedere alla tentazione di riconoscere ad essa, come costruzione in cui si esaltano la coerenza interna dell’assetto istituzionale e la sua effettività, una certa carica valutativa, che porta a istituirla come elemento significativo della «costituzione materiale», contrapposta e sovrapposta a quella «formale»¹⁵.

Si crea perciò una scissione e una tensione assai forte tra i “dati normativi” – le *regole* costituzionali, dunque – e i dati empirici offerti dalla prassi. Di “dati normativi” la Costituzione italiana è però alquanto avara. È stata spesso criticata per questa laconicità, che lascia assai debole l’opera di “razionalizzazione” del parlamentarismo: appare così instabile questa forma di governo, così esposta a deviazioni – in senso assembleare, soprattutto – che la letteratura classica consiglia l’introduzione di appositi congegni di stabilizzazione. Ma i nostri costituenti hanno fatto tesoro di quanto Vittorio Emanuele Orlando osservò, in apertura dei lavori: «è inutile affannarsi a creare congegni tecnici per ottenere una maggiore stabilità di Governo, se prima non si tengono presenti gli elementi politico-sociali che sono necessari per dare a questa stabilità una effettiva realizzazione»¹⁶. Le regole costituzionali in tema sono in effetti molto poche¹⁷, ma se fossero di più non molto sarebbe cambiato nel modo in cui l’Italia si è governata. Il “modello” parlamentare non sembra neppure esercitare una funzione decisiva nell’interpretazione di quelle regole. Alcune di esse sono messe sotto *stress* dalla prassi politica, in nome dell’efficienza dei procedimenti decisionali (dimenticando che la divisione dei poteri non ha affatto come obiettivo l’efficienza¹⁸): che il governo imponga al parlamento tempi di discussione estremamente – si potrebbe dire, provocatoriamente – ridotti per la discussione delle sue proposte sembra minacciare *qualsiasi* interpretazione della regola (art. 72, comma 1, Cost.) per cui «ogni disegno di legge, presentato ad una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una commissione e poi dalla Camera stessa, che l’approva articolo per articolo e con votazione finale». Il “modello” della forma di governo parlamentare non sembra aggiungere nulla di più, e comunque non ha impedito alla Corte costituzionale di far salva un’applicazione (avvenuta in sostanziale continuità con le prassi più recenti) che ha ridotto drasticamente lo spazio di partecipazione del Senato e dei suoi organi alla

trasformazioni di fatto dell’assetto costituzionale dei poteri deve occuparsi «il giurista positivo che deve riservarsi il compito di valutarne la legittimità, segnalando sia l’irritualità delle prassi, sia l’incostituzionalità delle scelte normative che, senza operare direttamente sugli elementi della forma di governo, di questa determinano, comunque, la “sfigurazione”» (593).

¹⁴ A proposito della «storiografia costituzionale» che «si adagia nel letto di Procuste della completa parlamentarizzazione del sistema che non permette in alcun modo di incasellare i continui interventi di un re che “regna ma non governa” in uno schema interpretativo che mette al centro del sistema il governo sorretto dalla propria maggioranza parlamentare», cfr. l’ottimo R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Carocci, Roma 2002, 32.

¹⁵ Cfr. R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2007, 34 ss.

¹⁶ Lo riporta il Resoconto della seduta del 3 settembre 1946 della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, all’inizio della discussione generale sull’organizzazione costituzionale dello Stato.

¹⁷ Tuttavia, osserva S. BARTOLE, *La Repubblica italiana e la sua forma di governo*, Mucchi, Modena 2018, 27 s., la scarsità di disposizioni costituzionali non significa però «assenza di una qualche disciplina normativa (costituzionale e legislativa), e non implica(no) necessariamente assenza di giustiziabilità delle relative vicende costituzionali», restando affidato alla Corte costituzionale il compito di «evitare che il nostro pluralismo istituzionale trovi un equilibrio attraverso mere prove di forza di attori costituzionali», ogni organo istituzionale avendo «diritto di vedere riconosciuta la sua posizione costituzionale in armonia con quella degli altri attori costituzionali».

¹⁸ «*The doctrine of the separation of powers was adopted by the convention of 1787 not to promote efficiency, but to preclude the exercise of arbitrary power. The purpose was not to avoid friction but, by means of the inevitable friction incident to the distribution of the governmental powers among three departments, to save the people from autocracy*»: così la *dissenting opinion* di L.D. Brandeis in *Myers v. United States* (272 U.S. 293 - 1926).

discussione della legge finanziaria per il 2019¹⁹. Né sembra che la prassi inveterata di crisi extraparlamentari, che rende inutile la “razionalizzazione” della mozione di sfiducia (e implicitamente mette fuori gioco anche la «sfiducia costruttiva», che qualcuno vorrebbe vedere inserita nel testo costituzionale), possa essere additata come una seria menomazione della «forma di governo». Anche la formazione del Governo ruota attorno alle specifiche ma scarsissime disposizioni poste dalla carta costituzionale (la distinzione tra «proporre» e «nominare» i ministri, per esempio): scarsissime epperò sufficienti: infatti la crisi scoppiata nella singolare vicenda della formazione del primo Governo Conte è stata trattata sulla base del testo e non del modello, del “figurino”.

Si è dovuta attendere la famosa voce che Leopoldo Elia ha dedicato alla forma di governo per introdurre ufficialmente nella trattazione dell’argomento il ruolo decisivo che i partiti svolgono nella configurazione del modello²⁰, fornendogli elementi concreti legati al sistema politico a riempimento del tracciato formale dei rapporti tra organi. È molto significativo che Elia tenda *in limine* a svalutare la distinzione tra gli aspetti conoscitivi del momento sociologico e gli aspetti normativi del momento giuridico nell’opera di «costruzione per tipi», perché questa «non serve ad uno scopo meramente conoscitivo... ma tende a “riempire” le formule adottate dai *framers* della Costituzione italiana e di altre costituzioni, e a confrontare poi con questo contenuto le norme scritte e non scritte (consuetudinarie e convenzionali) che vigono (o che sono proposte per la vigenza) in questo settore della pubblica amministrazione»²¹. Però l’approdo a cui si arriva è poco rassicurante e poco utile per chi volesse stabilire ciò che è “mutamento” compatibile con le *regole* costituzionali, visto che le norme sulla forma di governo parlamentare «sono a fattispecie aperta» e sono perciò «suscettibili di essere qualificate dai sistemi di partiti» almeno «entro certi limiti». Proprio questo è il problema: quali sono i limiti?

Aderendo alla ricostruzione di Elia, l’unica caratteristica «essenziale» della forma di governo parlamentare starebbe nel rapporto fiduciario tra il potere esecutivo e il potere legislativo²² - caratteristica ben fissata dalle regole costituzionali, per altro - mentre tutti gli altri tratti (distinzione tra Capo dello Stato e vertice dell’esecutivo; potere di scioglimento delle Camere; compatibilità tra ruolo parlamentare e ruolo governativo ecc.) sarebbero solo «caratteristiche naturali», non imprescindibili. Il resto dipenderebbe dal sistema dei partiti. È un quadro del tutto persuasivo, ma lascia aperta la questione da cui si è partiti: in che cosa consisterebbero i “mutamenti”, le “trasformazioni” della forma di governo? E queste “trasformazioni” inciderebbero solo sulla parte “descrittiva” della forma di governo – quella che muta naturalmente con il mutare dell’assetto dei partiti – o produrrebbero incrinature nell’impalcatura costituzionale, lacerazioni nella parte “prescrittiva”?

C’è una disciplina che studia le “forme” e le leggi della loro trasformazione: la topologia. È una branca della matematica moderna che esamina le proprietà delle forme e le possibilità di operare deformazioni che non interrompono la continuità di una certa forma, non producono nello spazio considerato “strappi”, “sovrapposizioni” o “incollature”. Non si preoccupa, come faceva la geometria classica, di “misurare” le figure geometriche, ma della possibilità che esse si trasformino mantenendo l’*omeomorfismo*, subendo cioè una «deformazione senza strappi». Strappi e ricuciture possono infatti mutare drasticamente la topologia di uno spazio, che invece non muta se deformato

¹⁹ Il riferimento è all’ord. 17/2019.

²⁰ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, Milano 1970: le citazioni che seguono sono tratte dall’estratto pubblicato, con il titolo *Forme di governo*, nel 1985. Merita osservare che Gramsci, già nel 1933, criticando uno scritto di Sergio Panunzio, aveva tacciato di formalismo chi si accostava al tema senza considerare il ruolo dei partiti politici.

²¹ Ivi, 5 e 6 dell’estratto.

²² Ivi, 13 dell’estratto.

senza strappi. Applicare la topologia alla teoria della forma di governo – e delle trasformazioni “di fatto” di esse – potrebbe dare risultati interessanti.

Innanzitutto, adottando questo punto di vista saremmo costretti a porci una domanda non sempre affrontata: quand'è che si produce uno “strappo” in una determinata «forma di governo» – mettiamo nel «governo parlamentare»? Una sfera può essere trasformata in un cubo senza lacerazioni, ma non in una ciambella, perché quel buco in mezzo non si può produrre senza rompere la continuità dello spazio. Se lo “spazio topologico” della forma di governo parlamentare è quello indicato da Elia, esso è definito da tre punti – i tre organi politici, Parlamento, Governo, Presidente della Repubblica – ed in esso non vi possono essere interruzioni, fratture, sovrapposizioni. Non sto a ripetere quale rete di rapporti “collaborativi” si stenda tra questi organi – il rapporto di fiducia, la nomina del Governo, lo scioglimento delle Camere, la controfirma ecc., tutti elementi posti come indefettibili dal testo costituzionale. Se volessimo individuare un'invariante nella topologia del governo parlamentare, potremmo senz'altro riconoscerla nel triangolo. I triangoli possono essere modificati in infiniti modi, purché non si perdano due caratteristiche indispensabili: essere una figura chiusa, una figura con tre vertici e tre lati. Tenendo ferme queste caratteristiche topologiche, la lunghezza dei singoli lati o la misura di ciascuno degli angoli non importa, nel senso che la deformazione non interromperebbe la continuità.

3. *L'abito del Presidente della Repubblica*

Mi sembra che la continuità topologica della forma di governo parlamentare si sia mantenuta nonostante le molte vicende istituzionali italiane e le modifiche dell'assetto dei partiti. Del resto, non solo in Italia è mutato il sistema dei partiti e le relazioni tra essi: se questo è il “condimento” che dà sapore al sistema di governo parlamentare, è evidente che il sapore è molto cambiato, ovunque. Ma si tratta davvero di un «mutamento costituzionale»?

Si prenda la questione, di continuo riproposta, delle diverse interpretazioni che ha subito il ruolo del Presidente della Repubblica nelle stagioni che si sono succedute e ad opera delle diverse persone che ne hanno ricoperto la funzione. Per quanti studi si siano dedicati al tentativo di qualificare il ruolo del Presidente della Repubblica e a valutare l'interpretazione di esso che emerge nei diversi momenti storici, la presidenza resta «la più difficile e la più sfuggente fra le cariche pubbliche previste dal vigente ordinamento costituzionale»²³. Un difetto di costruzione del sistema costituzionale, dunque, che non offre gli elementi «adeguati allo scopo»²⁴ per fissare la fisionomia del ruolo? Per quanto fluida sia stata lasciata la definizione della presidenza e delle sue attribuzioni, sta di fatto che gli elementi normativi sono bastati a governare – per citare un esempio recente, già ricordato poc'anzi - la difficile crisi di rapporti insorta nella formazione del primo Governo Conte, rispondendo all'esigenza di mantenere distinti i ruoli dei partiti, del presidente incaricato che propone i ministri, e del Presidente della Repubblica, a cui spetta la nomina: più parole, più definizione nella configurazione dei diversi ruoli, avrebbero semplificato la soluzione di una crisi in larga parte dovuta all'inesperienza e alla scarsa dimestichezza con le norme costituzionali dei “nuovi” politici? C'è stata sicuramente una lacerazione nelle prassi di gestione della crisi di governo, un “mutamento” nei comportamenti di protagonisti politici privi dell'educazione istituzionale necessaria a interpretare i ruoli a cui erano stati chiamati: ma nessun «mutamento costituzionale» - mi pare - che ponga in crisi il quadro normativo della Costituzione. Lo spazio topologico non è stato lacerato: la dimensione costituzionale della presidenza ha mostrato di non essere più

²³ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano 1986, 236.

²⁴ *Ibidem*.

“camaleonte”²⁵ di quella di un angolo in qualsiasi triangolo di cui venga variata la lunghezza dei lati. Come gli angoli del nostro triangolo, il ruolo del Capo dello Stato si allarga e si restringe in ragione del comportamento degli altri due poteri costituzionali, ma – come è stato osservato – mai è stata messa in discussione «la competenza del raccordo Governo-Parlamento alla formazione dell'indirizzo politico dello Stato»²⁶: il triangolo è sempre rimasto tale: non si è schiacciato sino a confondere uno dei vertici con uno dei lati; né si è spezzato per l'irrompere di un quarto potere. Il dato di partenza della “forma” triangolare non è fissato da una precisa “misura” del ruolo del Capo dello Stato, che è piuttosto il risultato dell'ampiezza degli altri due angoli, del potere legislativo e di quello esecutivo. Governi deboli hanno prodotto presidenti forti; parlamenti delegittimati hanno prodotto presidenti molto attivi; governi ben sostenuti da un forte appoggio parlamentare hanno ridotto lo spazio di manovra del Presidente: il ruolo *effettivo* del Presidente – per esempio, in funzione di “garanzia del sistema”²⁷ o di “organismo governante”²⁸ – è una variabile dipendente dal ruolo *effettivo* del Governo e del Parlamento²⁹. Le trasformazioni e i mutamenti si possono registrare - tutt'al più - nei modelli teorici che si sono proposti, soprattutto a fini didattici, per rappresentare come si governa l'Italia e per riempire di aneddoti gli spazi lasciati liberi dai termini fissati dalla Costituzione.

In altre parole, la “forma di governo” è mutata – è mutata più volte nelle diverse stagioni della storia costituzionale d'Italia - come descrizione dell'*essere* (come di fatto si governa l'Italia), ma nell'ambito del rispetto del *dover essere* costituzionale. Il mondo muta, e mutano con esso le modalità con cui è esercitato il potere politico; ma la costituzione resta il parametro di validità: «è lecito sostenere che in questi anni la Costituzione ha tenuto giacché, pur attraverso molteplici traversie, essa è tuttora il quadro di riferimento cui si guarda per giudicare l'evoluzione del nostro sistema costituzionale»³⁰. I ben noti episodi di reazione della Corte costituzionale all'abuso della decretazione d'urgenza e dell'emendabilità della legge di conversione; l'introduzione di un limite severo dei poteri innovativi del decreto delegato in assenza di indicazioni di principio nella legge di delega; il fermo divieto di fare dell'insindacabilità parlamentare uno scudo processuale *bon à tout faire*; ed ora la pressione dei parlamentari sulla Corte per bloccare l'ormai sistematica forzatura operata dal Governo nelle procedure di approvazione delle leggi: questi e altri sono segni evidenti dell'incidenza che la norma costituzionale può e deve esercitare per evitare che l'evoluzione del sistema politico-costituzionale comporti lacerazioni permanenti nello spazio topologico “indicizzato” dalle disposizioni costituzionali. Quelli ricordati potevano essere solo “casi di scuola”, ipotizzati per saggiare la ricostruzione teorica del conflitto di attribuzione interorganico³¹: ma sono casi che il degrado delle prassi parlamentari e le forzature operate da governi sempre meno certi della loro maggioranza ora esplodono con una frequenza sempre più intensa, costringendo la Corte costituzionale – ancora in posizione difensiva – a elaborare uno *standard* di giudizio che le consenta di tutelare l'autonomia delle camere senza abdicare al suo ruolo di custode delle regole

²⁵ Il termine è usato da C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica*, Il Mulino, Bologna 2013, 125.

²⁶ S. BARTOLE, *La Repubblica italiana*, cit., 18 s.

²⁷ Per questa interpretazione, che trova un consenso maggioritario, cfr. per es. A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: notazioni introduttive*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Giappichelli, Torino 2011, 18 s.

²⁸ Secondo l'interpretazione riproposta di recente da O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli 2010.

²⁹ In questi termini G.U. RESCIGNO, *Art. 87 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Roma-Bologna 1978, 181 s.; Id., *Il Presidente della Repubblica, Capo dello Stato*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2010, 710.

³⁰ S. BARTOLE, *La Repubblica italiana*, cit., 70.

³¹ Per l'ipotesi di conflitti di attribuzione sollevati da minoranze parlamentari o anche da singoli parlamentari contro la camera di appartenenza cfr. R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, 140 ss.

costituzionali³². L'infinità varietà del reale impedisce di prevedere in quali casi il limite della regola costituzionale potrà essere fatta valere. Nessuno penserebbe che vi sia uno *standard* costituzionale sulla cui base giudicare la "costituzionalità" dell'abito che indossa il Presidente della Repubblica: ma se un giorno il capo dello Stato si presentasse ad un evento pubblico indossando l'orbace o la divisa che fu di Vittorio Emanuele, Re e Imperatore, il fatto potrebbe assumere rilevanza, non solo psichiatrica, ma anche costituzionale, reclamando che si individui la regola sulla cui base giudicarlo.

Resta in sospeso la definizione di ciò che costituisce 'norma costituzionale': perché è evidente che se, sgomenti davanti alla presunta "lacunosità" della Costituzione³³, attribuiamo capacità di generare norme costituzionali anche a consuetudini, convenzioni, prassi ecc.³⁴, cioè a tutte le forme di «normatività del fattuale», l'intero ragionamento svolto sin qui perderebbe di fondamento: per un modo e per l'altro i "fatti" finirebbero con trasformarsi in "fonti", sicché le «trasformazioni di fatto» segnerebbero il mutamento costituzionale inteso come modificazione delle sue premesse normative, con il risultato che le *regole* si confonderebbero con le *regolarità*³⁵. La conseguenza dimostra *a contrario* l'inaccettabilità della premessa, contro cui ho già avuto modo di esprimermi *funditus*³⁶ con argomenti che in questa sede non occorre ripercorrere se non per sottolineare un aspetto: se noi immettiamo negli elementi che configurano la «forma di governo» considerazioni fattuali a vario titolo legate alle prassi, è evidente che così inspessiamo i tratti posti dalla Costituzione e otteniamo una figura completa e alquanto rigida della nostra «forma di governo»; la quale di conseguenza soffrirà di ogni evento che si ponga fuori del quadro tracciato. Non sarebbe però la Costituzione a subirne il "colpo", bensì la nostra immagine di essa; la crisi minerebbe non la "forma" costituzionale di governo, ma la rigidità delle nostre teorie³⁷. In un mondo che muta così rapidamente non avremmo più un qualcosa di abbastanza stabile di cui parlare come di una «forma di governo» e trarrebbe alimento la inaccettabile idea che debba il testo costituzionale affrettarsi a cambiare per rispondere con la dovuta urgenza alle esigenze poste dall'evoluzione della prassi. Ma le prassi che si affermano non sono sempre e necessariamente comportamenti legittimi, anche se

³² Si vedano – oltre ai precedenti, tutti molto vicini, in esse citati - le ordinanze 17, 274 e 275 del 2019, tutte di inammissibilità, ma che tracciano con progressiva chiarezza le condizioni alle quali il conflitto potrebbe avere accesso.

³³ Che è uno dei temi ricorrenti nel dibattito costituzionalistico sulla «forma di governo»: cfr. M. ESPOSITO, *Ipotesi sull'evoluzione convenzionale del diritto costituzionale italiano*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano 2006, 346 ss.

³⁴ Per quest'ipotesi, che la "lacunosità" della Costituzione possa essere rimediata da un «sistema costituzionale» che integra «modelli di comportamento invalsi con regolarità nella prassi e idonei a orientare, con un certo grado di vincolatività, la condotta degli attori istituzionali: si pensi alle consuetudini, alle convenzioni, alle regole di correttezza», cfr. Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Diritto e Società*, n. 2, 2014, 306.

³⁵ Questo era un orientamento del tutto accettabile in riferimento alle costituzioni "flessibili" come lo era lo Statuto: la debole precettività dello Statuto consentiva di equiparlo alle "consuetudini costituzionali", con effetti anche derogatori o abrogativi: è loro «destinazione naturale» quella «di servire quale mezzo altrettanto efficace quanto adeguato per concretare i mutamenti più importanti che, rispetto al diritto costituzionale materiale, sieno improrogabilmente suggeriti dal progresso del tempo»; e ciò anche in considerazione del fatto che sarebbe altrimenti impossibile "esprimere" «tutta la portata ed estensione degli atteggiamenti concreti dell'ordinamento fondamentale dello Stato, e le sfumature molteplici di quel costante ed indefettibile svolgimento cui va soggetta ogni costituzione politica: impossibilità di riproduzione, derivante dalla complessità difficoltà ed inopportunità di frequenti mutazioni delle leggi costituzionali, in confronto delle altre»: A. FERRACIU, *La consuetudine costituzionale I - Concetto genesi ufficio*, in *Studi senesi*, XXIX, 1913, 23.

³⁶ Rinvio a *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Atti del XXIX Convegno annuale Catanzaro, 16-18 ottobre 2014, Jovene, Napoli 2015, 45 ss., e in termini più generali, a *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, n. 1, 2019, 11 ss.

³⁷ Questo argomento è stato anticipato in *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2013, 7 ss.

sono prassi di lungo corso, la cui durata non è mai testimonianza di accertata legalità. I vecchi vizi non diventano mai nobili virtù. Il discrimine è il testo costituzionale³⁸.

4. La “costituzione economica” e i suoi mutamenti

Per la “costituzione economica” e i suoi mutamenti il ragionamento potrebbe essere non molto diverso. Con una differenza fondamentale, però: mentre per la forma di governo vi sono segni nel testo costituzionale e nella sua genesi che individuano inequivocabilmente l'appartenenza di famiglia, lo stesso non si può ripetere per la c.d. “costituzione economica”; anzi è piuttosto contestato e contestabile che i costituenti abbiano voluto o potuto scegliere un modello di economia dotato di qualche univocità, che non fosse una generica opzione per un'economia mista³⁹. Su ciò c'è ampia convergenza, ed è frequente parlare di «costituzione economica aperta», orientata ad un'economia di mercato che rispettava l'iniziativa privata ma la bilanciava con l'intervento pubblico⁴⁰. Non solo non c'è un'immagine del rapporto tra potere pubblico e economia che abbia guidato “in positivo” i costituenti, ma l'insieme delle regole poste da un'assemblea che nutriva nei confronti del mercato un «sentimento misto» formano - come osservò Amato in una celebre relazione all'AIC⁴¹, ragionando della disciplina della concorrenza introdotta in Italia su spinta della Comunità europea - «un contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori».

Difficile dunque disegnare uno «spazio topologico» della costituzione economica che consenta di individuare con chiarezza se e quando i mutamenti incorsi, soprattutto su sollecitazione europea, nella storia economica italiana degli ultimi decenni - mutamenti più che evidenti, e che non serve qui ripercorrere - abbiano provocato in esso rotture insanabili. I riferimenti utili per individuare quello spazio non sono solo i punti antinomici posti dagli artt. 41 e 42 della Costituzione (le libertà e i diritti “liberali” e i loro temperamento “sociale”), perché la figura si forma congiungendo diritti politici e libertà economiche, libertà individuali “storiche” e diritti sociali, l'eguaglianza formale e quella sostanziale, la progressività della tassazione e il diritto al risparmio e, non ultima, la tutela del lavoro. Cosa potrebbe lacerare uno spazio così complesso? La metafora geometrica che poteva funzionare per spiegare alcune caratteristiche della forma di governo, qui è del tutto fuori luogo. Il problema non è più quello della continuità dello spazio euclideo - il triangolo - ma quello dell'*identità costituzionale* dello Stato, «cioè i principi qualificanti del suo ordinamento»⁴². Ci sono vincoli costituzionali al gioco del mercato, che vanno tutelati contro le «unilateralità ideologiche» che fanno del mercato e della concorrenza l'unico valore in campo, rovesciando l'ordine delle priorità che i costituenti condividevano, persuasi che «il mercato fosse tendenzialmente un disvalore»⁴³.

Che lo sviluppo delle politiche economiche europee possa comportare un serio pericolo per il mantenimento del modello di economia mista su cui i costituenti sostanzialmente convergevano è

³⁸ «La riaffermazione del ruolo centrale del testo costituzionale è la necessaria premessa dell'avere legato il fenomeno delle modifiche tacite del diritto costituzionale agli sviluppi interpretativi di quel testo, il quale è ad un tempo termine di riferimento delle scelte potenzialmente mutevoli degli interpreti e contesto obbligato per la collocazione sistematica dei risultati di quelle scelte»: S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali*, cit., 341.

³⁹ Come viceversa sostiene G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Gufrè, Milano 1983, 45 ss. e Id. *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2008, 5 ss.

⁴⁰ F. SAITTO, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, FrancoAngeli, Milano 2018, 125 ss.

⁴¹ G. AMATO, *Il mercato e la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1992, rispettivamente 7 e 17.

⁴² S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali*, cit., 335.

⁴³ Le citazioni sono tratte da G. AMATO, *Il mercato*, cit., 18 s.

stato messo in luce già all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht⁴⁴. Ed oggi si moltiplicano gli scritti in cui si denunciano le conseguenze nefaste delle ideologie economiche che guidano le istituzioni europee per la preservazione dei diritti garantiti dalla Costituzione, dall'effettività dei diritti sociali e della tutela del lavoro al diritto al risparmio⁴⁵. Sono dunque in questo contesto che si avvertono di più le trasformazioni e i mutamenti costituzionali, nonché le conseguenze della revisione formale degli artt. 81 e 97, con l'introduzione del principio di equilibrio di bilancio. Non si tratta soltanto della perdita di terreno nella tutela del lavoro - ormai ufficialmente ridotto a merce⁴⁶ mentre era, per i costituenti, il fondamento della democrazia - o gli spazi sempre più ristretti per il finanziamento delle prestazioni sociali; vi è qualcosa di ancora più incisivo, costituito dall'arretramento della capacità del cittadino di esercitare un'influenza sull'esercizio del potere collettivo che è tipica di un sistema democratico⁴⁷. L'identità costituzionale è messa in discussione dallo sbilanciamento che si manifesta tra quote di potere decisionale riservate ad organi e procedure che si basano sul principio democratico, collocati negli Stati nazionali, e organi e procedure che sono riservati ad organi "tecnici", sottratti a qualsiasi controllo e direzione dei cittadini. Le istituzioni europee agiscono in attuazione dei Trattati, ispirate a «un giusnaturalismo che, presentando le leggi economiche come verità scientifiche, non diversamente dalle leggi di natura», e intende garantire «l'intangibilità dalla politica delle scelte assunte sulla base di queste stesse leggi (la logica della scelta posta "al riparo dalle maggioranze politiche")»⁴⁸.

Ritorna in mente, a termini rovesciati, un'icastica massima di Madame de Staël⁴⁹: «*la liberté politique est à la liberté civile, comme la garantie à l'objet qu'elle cautionne*». Con la perdita del controllo democratico sulle decisioni pubbliche che condizionano il godimento delle libertà e dei diritti si è persa la garanzia di essi, mentre l'aumento del coefficiente tecnico-burocratico delle decisioni garantisce il predominio del mercato e dell'ideologia dei suoi operatori. In qualche modo - come si è acutamente notato⁵⁰ - le stesse "carte dei diritti" della CEDU e della UE hanno collocato i diritti fondamentali in una dimensione sovranazionale in cui le garanzie delle libertà politiche retrocedono in secondo piano e ricevono una protezione appena accennata.

La sensazione, ormai diffusa, che questi sviluppi abbiano prodotto significative modificazioni nell'ordine costituzionale italiano ha dunque forti fondamenti. Eppure, non è semplice capire dove si sono prodotte lacerazioni e dove abbiano inciso le lente modificazioni. Una lettura semplicistica della Costituzione ha spesso alimentato una visione edulcorata dei rapporti tra l'ordinamento italiano e quello europeo. L'esaltazione del «principio internazionalista» della Costituzione ha messo in secondo piano il dato più evidente espresso dalla lettera dell'art. 11 Cost., che, cioè, le «limitazioni di sovranità» sono ammesse solo a certe condizioni, tra cui la parità tra gli Stati che danno origine

⁴⁴ Illuminante, nello stesso Convegno dell'AIC citato nelle note precedenti, la Relazione di G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, n. 1, 1992, 21 ss., che sottolinea l'importanza dell'inciso «in condizioni di parità con gli altri Stati» contenuto nella clausola autorizzatoria dell'art. 11 Cost. (55 ss.).

⁴⁵ Un'analisi meritoria si trova in O. CHESSA, *La costituzione della moneta - Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli 2016.

⁴⁶ Significativo di questo orientamento è il rapporto, datato 1990, del DIRECTORATE-GENERAL FOR ECONOMIC AND FINANCIAL AFFAIRS della Commissione europea, dal titolo *One market, one money. An evaluation of the potential benefits and costs of forming an economic and monetary union*, in *European Economy*, n. 44 (ottobre 1990), raggelante studio preparatorio dell'introduzione dell'Euro. Su questo mutamento, magistralmente denunciato da K. POLANY, *La grande trasformazione* (1944), Einaudi, Torino 2010, 194 ss., cfr. ora C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, FrancoAngeli, Milano 2019.

⁴⁷ Si vedano le riflessioni finali di G. GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Giuffrè, Milano 2006, 187 s.

⁴⁸ A. MANGIA *Il frattale*, cit., 418 (la frase citata è di Mario Monti).

⁴⁹ *Reflexions sur la paix intérieure* (1796), in *Oeuvres complètes de madame la baronne de Staël-Holstein*, I, Paris 1871, 57 s.

⁵⁰ A. MANGIA, *Le libertà politiche nella prospettiva del diritto transnazionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 25 febbraio 2011, 2.

all'organizzazione sovranazionale⁵¹: il che quantomeno impegna gli organi politici italiani a verificare che quelle condizioni permangano e siano effettive e li obbliga a recedere da accordi che non assicurino più quelle condizioni. Né si può accettare che all'ipotesi di uscita dall'organizzazione si oppongano ragionamenti basati esclusivamente su ragioni economiche e le conseguenze finanziarie: c'è il rischio, una volta di più, che l'economia vanti la pretesa «naturalità propria della stessa pratica del governo»⁵² imponendo la prevalenza delle sue «leggi naturali» su quelle costituzionali.

Resta lo strumento, tutto giuridico, dei c.d. *controlimiti*. Ad essi è affidato il compito di difendere i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, ossia l'*identità costituzionale*⁵³. Che quella che sembrava poco più di una formula di chiusura aggiunta dalla giurisprudenza costituzionale, a coronamento della sua dottrina sulla prevalenza del diritto europeo su quello nazionale, sia diventata invece uno strumento concretamente impiegabile e effettivamente impiegato sta a dimostrare che vi è pur sempre un modo per impedire che si producano buchi e lacerazioni in quell'esteso e informe spazio che è la «costituzione economica».

5. Il testo e la realtà

Se c'è un punto fermo nella teoria delle costituzioni è che il loro permanere - e permanere inalterate nel loro nucleo essenziale - non dipende, o non dipende solo dai congegni procedurali predisposti per la loro modificazione né dai controlli giurisprudenziali posti a tutela della sacralità del testo, ma, in primo luogo, dal consenso della società. Il sostegno dell'opinione pubblica ha sempre giocato un ruolo prioritario nella stabilità delle costituzioni: è un'osservazione «abbastanza ovvia (sebbene venga talvolta dimenticata)»⁵⁴; possiamo parlare di «consuetudine di riconoscimento»⁵⁵, di «diffuso "consenso sociale" sulle Costituzioni»⁵⁶ oppure, risalendo indietro nel tempo, della «coscienza della collettività» in cui affondano le radici e i «convincimenti che assicurano la stabilità di una Costituzione»⁵⁷, ma la conclusione non cambia. Il consenso della collettività, in una società pluralista, non può che essere conflittuale, nel senso che - come ha osservato Sergio Bartole⁵⁸ - per diverse vie e in nome di principi differenti e spesso contrastanti i tanti segmenti della società cercano e trovano nella Costituzione il riconoscimento della propria istanza. E se lo trovano - avvenga ciò tramite legislazione, per opera della Corte costituzionale o grazie alla giurisprudenza ordinaria - ogni volta la Costituzione «si trasforma» includendo ciò che prima incluso non era, o almeno non lo era esplicitamente. Luciani⁵⁹ chiamerebbe questo fenomeno

⁵¹ Si veda in particolare la relazione di Guarino, citata alla precedente nota 44.

⁵² M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano 2012, 27.

⁵³ Cfr. S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali*, cit.

⁵⁴ Cfr. J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, Giuffrè, Milano 1998, 25.

⁵⁵ Cfr. M. DOGLIANI, *La costituzione italiana del 1947 nella sua fase contemporanea*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2, 2003; ID., *Validità e normatività delle costituzioni (a proposito del programma di Costituzionalismo.it)*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2, 2004. Ma già A. FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale III: aspetti diversi, efficacia e sanzioni*, in *Studi senesi*, 1921, aveva assimilato il consenso tacito degli organi costituzionali e la consuetudine allo stesso potere costituente, con riferimento anche alle costituzioni rigide e al condizionamento che l'opinione pubblica esercita sugli organi giudiziari incaricati di far valere la superiorità della costituzione.

⁵⁶ Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019⁶, 18.

⁵⁷ V. MICELI, *Principi di Diritto costituzionale*, Società editrice libraria, Milano 1913², 164 s.

⁵⁸ Nel più volte citato S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, cit.

⁵⁹ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit.

il «moto della costituzione», fatto dello sviluppo di relazioni bidirezionali tra elementi testuali e elementi non testuali della realtà costituzionale⁶⁰.

Seguendo la classificazione proposta da Luciani, a me sembra che poche siano state le *revisioni costituzionali* che abbiano inciso davvero sul sistema: come si è detto, sia le revisioni che hanno “normalizzato” il Senato, che la riforma dell’art. 81, che ha inciso più per le *interpretazioni* che le si è voluto dare (anche con la legge di attuazione) che per ciò che il testo esprime, non sembrano tali da incidere sulla *identità costituzionale*. Anche di *deroghe e rotture* è difficile individuare esempi di particolare rilievo. Condivido la preoccupazione di Luciani nei confronti di certe incaute affermazioni della Corte costituzionale circa il “debole” significato dell’interpretazione letterale⁶¹: ma forse si tratta di affermazioni “metodologiche” che provengono dalla penna del redattore (forse un po’ troppo orientato ad annegare le regole costituzionali nel vasto mare dei principi) piuttosto che di un indirizzo ermeneutico preciso. Molto gravi mi sembrano invece alcune concessioni che la Corte ha fatto a dottrine interpretative accreditate in settori della dottrina e orientate persino a tradire la lettera della Costituzione: l’esempio evidente è il significato attribuito alla controfirma nella concessione della grazia, a proposito del quale si è persino scritto che laddove la Costituzione usa – a mio avviso molto consapevolmente⁶² – l’aggettivo ‘proponente’, riferito al ministro, debba leggersi invece come fosse scritto ‘competente’. Sono infatti convinto che proprio nel testo l’interprete trovi il limite non superabile alla sua attività, il metro di “falsificabilità” della sua teoria⁶³. Per cui vedo con non minore preoccupazione la tendenza recente della Corte ad allargare le maglie dell’accesso al giudizio incidentale forzando in via interpretativa le regole processuali vigenti: mi riferisco sia alle famosissime sentenze in cui la Corte ha accettato che una questione incidentale di legittimità costituzionale si incardinasse in giudizi di accertamento promossi davanti al giudice civile a proposito delle leggi elettorali⁶⁴, ma anche alla sent. 196/2018, che introduce il singolare principio per cui la Corte dei conti, in sede di giudizio di parificazione del bilancio, è giudice che può rilevare qualsiasi irregolarità delle poste inserite nel documento contabile, sino a promuovere un autonomo giudizio incidentale di legittimità costituzionale contro la legge che l’autorizza⁶⁵. Se in nome della caccia alle «zone franche» dal controllo di legittimità la Corte giunge a modificare in via interpretativa i presupposti della sua legittimazione, le regole processuali, induce una modificazione significativa all’ordine costituzionale, perché, come ammoniva Tocqueville⁶⁶, quando il giudice non resta nel recinto del processo «esce completamente dalla sua sfera, e penetra in quella del potere legislativo».

⁶⁰ Su cui si vedano le considerazioni ormai classiche di K. HESSE, *La forza normativa della Costituzione*, tr. it. di P. Costa dell’originale *Die normative Kraft der Verfassung* (1959), Herrenhaus, Seregno 2008, 16 ss.

⁶¹ «L’interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica»: sent. 1/2013.

⁶² Rinvio al commento contenuto nell’intervento al *Dibattito sulla controfirma ministeriale* promosso da *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1, 2007, 465 ss.

⁶³ Il punto era già chiaramente espresso in uno dei primi studi sui «mutamenti costituzionali» (S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano 1959, 5): «i fenomeni che comunemente vanno sotto questa denominazione, o si presentano come prodotti della interpretazione evolutiva della costituzione, e dunque legittimi, ovvero si qualificano come violazioni costituzionali, illegittime sempre».

⁶⁴ Il riferimento è ovviamente alle sentt. 1/2014 e 35/2017, sulle quali le mie preoccupazioni sono espresse in *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it). *Rassegna*, n. 6, 2017 e in G. FERRI (a cura di), *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, ESI, Napoli 2017, 95 ss.

⁶⁵ Rinvio a *Zone d’ombra del controllo di legittimità e zone buie del ragionamento giuridico (note brevissime a Corte cost. 196/2018)*, in *Le Regioni*, n. 1, 2019, 15 ss.

⁶⁶ *La democrazia in America*, a cura di G. CANDELORE, Rizzoli, Milano 1992, 102.

È vero che questa modificazione che la Corte accenna di voler apportare *motu proprio* alle regole di legittimazione del suo potere sono giustificare dall'inerzia del legislatore. A sua volta, l'inerzia del legislatore potrebbe essere indicata come una delle cause del mutamento costituzionale: non solo perché il legislatore non dota la Corte di strumentazione processuale adeguata al buon funzionamento del controllo di costituzionalità, e non dà seguito ai tanti inviti e moniti contenuti nelle decisioni della Corte; ma soprattutto perché, al contrario di quanto ha fatto la corte costituzionale tedesca⁶⁷, non si è mai preoccupato di aggiornare una normativa processuale che è stata varata nel 1953, quindi ben prima che si sperimentasse per la prima volta in Italia il controllo (accentrato) di costituzionalità delle leggi. Alcune parti dell'ordinamento sono state lasciate invecchiare creando zone di sostanziale non applicazione della Costituzione⁶⁸: al punto che diverrebbe opportuno – a mio avviso – che della loro rimozione si occupasse la stessa Corte costituzionale, non attraverso deroghe alle regole vigenti, ma alla dichiarazione “manipolativa” della loro illegittimità. Ma così la «supplenza» della Corte costituzionale nei confronti del legislatore si farebbe esplicita, e subito qualcuno vi individuerrebbe la prova provata del «suprematismo giudiziario» della Corte⁶⁹.

Il “moto” della Costituzione è sollecitato dai mutamenti della società e per lo più non richiede una revisione del testo, ma l'adattamento di esso attraverso l'interpretazione, nonché l'applicazione nelle prassi e l'attuazione attraverso norme - che poi sono anch'esse forme di interpretazione del testo (del significato delle sue disposizioni, delle direttive che da esso si possono trarre, dei limiti che esso traccia). Questo è il punto, quale rapporto vi sia tra il testo e il significato legittimamente ricavabile da esso. È il problema centrale della scienza giuridica moderna, come è noto: problema che, ai fini del nostro tema, si traduce in un quesito a cui si può provare di dare una risposta. A conclusione del suo fondamentale libro sulle trasformazioni della Costituzione repubblicana, Sergio Bartole traccia un bilancio rassicurante, parlando di una tenuta complessiva di essa, sia pure nell'evidenza che l'esperienza «lascia intravedere come largamente superata l'identificazione fra diritto costituzionale e testo della Carta»⁷⁰. Questo è il punto: l'evoluzione della «costituzione vivente», opera collettiva⁷¹ imposta dai mutamenti relevantissimi verificatisi nella società italiana in settant'anni di storia repubblicana, la ha progressivamente “staccata” dal “testo” varato dall'Assemblea costituente; ma è un distacco che non ha prodotto lacerazioni (almeno nel senso topologico del termine), anche perché gli sconfinamenti più vistosi, verificatisi attraverso atti, prassi o sentenze, non sembrano aver potuto tracciare deviazioni stabili, perché le reazioni delle istituzioni, gli interventi dei giudici e la critica della dottrina hanno sconsigliato di proseguire sulla strada intrapresa.

Anche per questo la «costituzione vivente» è un'opera collettiva, ed è un'opera che garantisce agganci solidi con il testo costituzionale: solidi ma elastici. È un'opera “viva” anche nel senso che si può riplasmare di continuo, anche quando le prassi o i percorsi giurisprudenziali sembrano allontanarsi di più dal “testo”, che però, proprio per la sua rigidità, può far riavvolgere lo sviluppo anomalo e riportare il percorso indietro. È stato osservato che la costituzione rigida aumenta,

⁶⁷ Per alcune considerazioni a proposito rinvio a *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, 757 ss. (758 s.).

⁶⁸ È appena il caso di ricordare che vi sono alcuni pilastri della legislazione italiana ancora regolati dalla legislazione fascista, a partire dal codice penale e le leggi che disciplinano due istituzioni fondamentali, rubricate dall'art. 100 della Costituzione come «organi ausiliari»: il Consiglio di Stato e la Corte dei conti. Nell'uno e nell'altro caso la legislazione repubblicana ha rattoppato un corpo normativo perfettamente funzionale al regime fascista, come ho cercato di mettere in rilievo in *Una Costituzione applicata, ma non attuata in Dalla costituzione “inattuata”*, cit., 323 ss.

⁶⁹ L'espressione è impiegata da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, 251 ss.

⁷⁰ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., 444 s.

⁷¹ Così S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, cit., 172.

anziché restringere, la discrezionalità dei giudici: i quali possono disfarsi della lunga sequenza di precedenti con un secco richiamo alla “lettera” del testo costituzionale⁷². L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale sull’abuso della decretazione d’urgenza ne è un buon esempio⁷³, e può accadere che anche sull’abuso di “tagliole” che bloccano il dibattito parlamentare in merito ai provvedimenti che interessano il Governo (e dividono la sua maggioranza) la Corte costituzionale traduca i moniti sempre più intensi⁷⁴ in un *revirement* che nel richiamo stringente al testo costituzionale fissi la boa attorno a cui girare. Anche le prassi “devianti” possono invertire la direzione, a causa del cambiamento del clima politico o delle leggi⁷⁵. Il testo resta fermo, se non confuso con le sue stratificazioni interpretative.

Sarebbe sin troppo facile concludere esaltando il ruolo che l’opinione pubblica può e deve svolgere sulle interpretazioni “eccentriche” della Costituzione: ma non sarebbe un accenno privo di senso. Si pensi anche solo a un dato, cioè il peso che svolge l’impugnazione delle leggi (e in certa misura il conflitto di attribuzione) come strumento di mobilitazione per la difesa della funzione della Costituzione quale argine a sviluppi non graditi dell’azione delle istituzioni pubbliche. L’apertura da parte della Corte di nuove vie d’accesso per illuminare le «zone franche» dal controllo di costituzionalità e il carattere residuale che acquista sempre più il conflitto di attribuzioni⁷⁶ sembrano rispondere a questa esigenza, permettere l’investitura della Corte costituzionale in questioni molto delicate e fortemente sentite dalla società. Non è difficile immaginare, per esempio, che, se la riforma del MES vedrà la luce, il problema della tutela del risparmio, che sinora non ha avuto modi di essere rivendicata davanti alla Corte, trovi la via d’accesso incidentale nel corso di un giudizio di accertamento⁷⁷. Infatti, in assenza di uno strumento assimilabile al ricorso diretto di costituzionalità ben noto alle esperienze tedesche e spagnola, anche il giudizio incidentale rischia di diventare uno strumento di partecipazione al controllo di legittimità delle leggi. Sarebbe un mutamento costituzionale rilevante, ma pur sempre praticato attraverso interpretazioni dei testi per rispondere ad esigenze nuove e a casi inediti. Come la questione della legittimità dell’abito del Presidente della Repubblica.

⁷² Questo argomento anti-intuitivo, sviluppato con riferimento all’esperienza statunitense da E.H. LEVI, *An introduction to legal reasoning*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1949, 58 ss., ed esteso a un piano più generale con riferimento all’interpretazione dei testi sacri da J. PELIKAN, *Interpreting the Bible and the Constitution*, Yale University Press, New Haven - London 2004, 49, compare anche in S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni* cit., 338, dove si osserva che l’eventuale modificazione costituzionale intervenuta in via interpretativa «resta sempre esposta, in ragione della sua stessa origine, ai rischi di superamento ed abbandono», a causa di «svolte di *overruling* delle originarie decisioni giurisdizionali che hanno promosso l’interpretazione innovativa della Costituzione».

⁷³ Esempio è la sent. 360/1996 che fa perno sui termini «casi straordinari» e «provvedimenti provvisori» per sconfessare definitivamente la prassi della reiterazione del decreto-legge.

⁷⁴ Si leggano in sequenza le ord. 17, 274 e 275 del 2019, cit.

⁷⁵ Delle leggi elettorali, in particolare: si pensi alla prassi della designazione sulla scheda elettorale del candidato *premier* di coalizione che sembrava aver “mutato” la prassi di designazione presidenziale del Presidente del Consiglio dei ministri, prassi cessata con la abrogazione del c.d. *Mattarellum*.

⁷⁶ Ciò persino nei conflitti tra enti: si veda da ultimo la sent. 259/2019.

⁷⁷ Ipotesi già da me ventilata in *Chi è responsabile delle «zone franche»?*, cit.

Eugenio De Marco*
Qualche considerazione in tema di referendum costituzionale
(usi impropri di un istituto posto a garanzia del sistema?)

SOMMARIO: 1. Una premessa sul ricorso a *referendum* di carattere nazionale nel corso dell'esperienza costituzionale della Repubblica italiana – 2. Sulla distinzione tra *referendum* costituente e *referendum* costituzionale quale istituto di democrazia diretta attinente ad un procedimento di revisione costituzionale – 3. La mancanza di omogeneità dei quesiti oggetto del voto popolare come nota caratterizzante dei *referendum* costituzionali del 2006 e del 2016 – 4. Interrogativi che possono porsi sull'effettività della linea di demarcazione tra *referendum* di revisione costituzionale in senso proprio e *referendum* costituente: di surrettizi esercizi di potere costituente nelle forme di *referendum* di revisione costituzionale?

1. Una premessa sul ricorso a referendum di carattere nazionale nel corso dell'esperienza costituzionale della Repubblica italiana

Non occorre spendere molte parole per evidenziare quanto frequente sia stato il ricorso a consultazioni referendarie in Italia nel secondo dopoguerra.

Se si prescinde dal *referendum* istituzionale del 2 giugno 1946 sull'opzione tra monarchia e repubblica, una prima constatazione è che dei tipi di *referendum* previsti nella Costituzione repubblicana¹, di gran lunga prevalente a livello nazionale è stato il ricorso ai *referendum* abrogativi. Dal primo *referendum* tenutosi nel maggio 1974 ad oggi, a seguito dell'approvazione della legge n. 352/1970 che ha dato attuazione alla normativa costituzionale in tema di *referendum*, a fronte di un totale di 67 *referendum* abrogativi sono infatti stati esperiti solo 3 *referendum* costituzionali².

Alla parabola discendente del *quorum* di partecipazione ai *referendum* abrogativi – basti pensare che dal 1997 in poi solo in pochi casi si è raggiunto il *quorum* strutturale necessario per la validità di tale tipo di *referendum*³ – ha fatto riscontro un cammino inverso per i *referendum* costituzionali svoltisi pur non essendo previsto un *quorum* strutturale per la loro validità.

Si è passati, infatti, da una partecipazione del 36,05% nel *referendum* del 7 ottobre 2001, concernente la modifica del Titolo V della Parte II della Costituzione, ad una partecipazione del

¹ Tra i numerosi scritti in argomento si vedano: A. CHIAPPETTI, *L'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, Milano, 1974; E. DE MARCO, *Contributo allo studio del referendum nel diritto pubblico italiano*, CEDAM, Padova, 1974; V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, in *Giur. cost.*, 1978, I; M.L. MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1982; M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Referendum. Problemi teorici ed esperienze costituzionali*, Laterza, Bari-Roma, 1992; M.G. SALERNO, *Il referendum*, CEDAM, Padova, 1992; A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994; A. MANGIA, *Referendum*, CEDAM, Padova, 1999; G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, CEDAM, Padova, 2001; M. LUCIANI, *Articolo 75 – Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 2005.

² Un caso a parte, a livello nazionale, è stato quello del *referendum* di indirizzo, di carattere meramente consultivo, relativo al conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo, svoltosi il 18 giugno 1989 in base ad una legge costituzionale approvata *ad hoc*. Su alcuni aspetti di tale *referendum* cfr. P. COSTANZO, *La Costituzione italiana di fronte al processo costituente europeo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2008 (8.VI.2008)

³ In particolare, su 38 *referendum* abrogativi esperiti dal 1974 al 1996 solo in tre casi non si è raggiunto il *quorum* strutturale necessario per la validità della consultazione; viceversa, su 29 *referendum* abrogativi esperiti dal 1997 al 2016 solo in quattro si è raggiunto il *quorum* strutturale necessario.

52,46% nel *referendum* del 25-26 giugno 2006 sulle «Modifiche alla Parte II della Costituzione»⁴, fino a raggiungere un livello di partecipazione del 65,48% nel *referendum* del 4 dicembre 2016 sul progetto di legge costituzionale (c.d. “Renzi-Boschi”) recante «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione»⁵.

All’esito positivo del *referendum* costituzionale del 2001, facevano però riscontro gli esiti negativi degli altri due *referendum* costituzionali. Pur avendo per oggetto notevoli modifiche della II Parte della Costituzione ispirate da visioni politiche diverse tra di loro (del governo Berlusconi l’una, del governo Renzi l’altra)⁶ entrambe le proposte di revisione costituzionale venivano respinte da circa il 60% dei votanti.

Risultati che aprono la strada ad interrogativi sull’utilizzo in ottiche riformatrici di un pur fondamentale istituto di democrazia diretta quale è il *referendum* costituzionale.

2. Sulla distinzione tra referendum costituente e referendum costituzionale quale istituto di democrazia diretta attinente ad un procedimento di revisione costituzionale

Occorre anzitutto procedere ad una distinzione tra i *referendum* vertenti in materia costituzionale.

Vanno infatti tenuti distinti i *referendum* che si potrebbero definire “costituenti” dai *referendum* qualificabili come *referendum* di revisione costituzionale.

Espressione, i primi, di un potere costituente, in quanto attengono all’instaurazione di un nuovo ordine costituzionale e si configurano quindi quali strumenti di superamento di un precedente assetto costituzionale tramite approvazione di una nuova Costituzione. In siffatti contesti, quindi, si sottopone ai cittadini una domanda di base sulla ritenuta congruità di un nuovo assetto costituzionale considerato nel suo complesso⁷. Domanda di base che trova riscontro in importanti esperienze storiche: basti considerare, ad esempio, il *referendum* dell’ottobre 1946 con cui veniva approvata la Costituzione della IV Repubblica francese, dopo l’esito negativo di un precedente *referendum* in materia; o, sempre in Francia, al *referendum* del settembre 1958 di approvazione della Costituzione della V Repubblica francese. Mentre si potrebbero anche qualificare come di indirizzo costituzionale⁸, se non pre-costituenti, *referendum* relativi a scelte di tipo istituzionale come nel caso del *referendum* italiano del 2 giugno 1946 avente ad oggetto la scelta tra monarchia e repubblica.

⁴ Si vedano, al riguardo: E. CHELI, *Considerazioni sul referendum del giugno 2006 alla luce della nostra storia repubblicana*, al sito telematico del Centro di studi parlamentari, seminario 2006, Quaderno 17; M. OLIVETTI, *Il referendum costituzionale del 2006 e la storia infinita e incompiuta delle riforme costituzionali in Italia*, in *Cuestiones Constitucionales* (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales>), giugno, 2008.

⁵ Su tale *referendum* si vedano, tra gli altri: A. CERRI, *Riflessioni sull’esito del referendum costituzionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2017; M. COSULICH, *Degli effetti collaterali del voto referendario. Alcune osservazioni, sul filo del paradosso*, *ibidem*.

⁶ Cfr. *infra* § 3.

⁷ Per una qualificazione del *referendum* costituente come «la consultazione referendaria avente ad oggetto la scelta di una costituzione o di alcuni principi fondamentali e, comunque, inerente a un processo costituente, ora come unico atto formale di decisione, ora come atto concorrente con altri in funzione di indirizzo o di ratifica della decisione “costituente” cfr. A. BALDASSARRE, *Il “referendum” costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1994, 236, il quale richiama nella formulazione, seppure con terminologia parzialmente diversa, la posizione espressa dal costituzionalista tedesco K. LOEWENSTEIN, *Political power and the governmental process*, The University of Chicago Press, Chicago, 1957.

⁸ Cfr. A. BALDASSARRE, *Il “referendum” costituzionale cit.*, 250.

A differenza invece dei *referendum* di tipo costituente, i *referendum* di revisione costituzionale, o *referendum* costituzionali come comunemente definiti⁹, hanno come oggetto l'approvazione o meno di modifiche alla già vigente Carta costituzionale e vengono quindi configurati come espressione di un "potere costituito".

Un tipico esempio di *referendum* di questo tipo, per quanto attiene al nostro ordinamento, è contemplato nell'art. 138, comma 2, della Costituzione, ove si stabilisce che le leggi di revisione costituzionale approvate a maggioranza assoluta in ciascuna Camera in seconda votazione «sono sottoposte a *referendum* popolare quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali».

Se, peraltro, in linea teorica la distinzione tra *referendum* di tipo costituente e *referendum* di revisione costituzionale è netta e precisa, in pratica non mancano i problemi interpretativi come del resto si evince dagli oggetti dei *referendum* di revisione costituzionale da noi tenutisi e menzionati nel precedente paragrafo.

3. La mancanza di omogeneità dei quesiti oggetto del voto popolare come nota caratterizzante dei referendum costituzionali del 2006 e del 2016

Se, come appena rilevato, in linea teorica la distinzione tra *referendum* costituenti e *referendum* di revisione costituzionale è tale da non ingenerare equivoci, non sono però mancati *referendum* di revisione costituzionale presso di noi svoltisi caratterizzati da una notevole eterogeneità dei quesiti oggetto del voto popolare al punto da legittimare dubbi interpretativi non di poco conto.

In particolare, dei tre *referendum* da noi esperiti ai sensi dell'art. 138, comma 2, della Costituzione, situazioni del genere hanno caratterizzato in ampia misura sia il *referendum* del 25-26 giugno 2006 sulle «Modifiche alla Parte II della Costituzione», sia lo stesso *referendum* del 4 dicembre 2016 sul progetto di legge costituzionale recante «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione».

Benché espressione, come già ricordato¹⁰, di schieramenti politici diversi (di centro-destra l'uno e di centro-sinistra l'altro) e quantunque di tutt'altro tenore nei contenuti, questi *referendum* finivano per modificare notevolmente quasi tutta o comunque in notevole misura la seconda Parte della Costituzione, sia per quanto riguardava lo Stato-apparato sia per quanto riguardava lo stesso Stato-comunità.

Infatti, tra i punti qualificanti del progetto di riforma costituzionale respinto nel *referendum* del giugno 2006¹¹ si annoveravano anzitutto il superamento del bicameralismo paritario e una netta opzione per il premierato.

In un contesto di radicale riforma del Parlamento (oltre che di sensibile riduzione del numero dei rispettivi componenti e di abbassamento dell'età richiesta per l'elettorato passivo nonché, nell'elezione del Senato, per l'elettorato attivo), erano previsti una Camera dei deputati, eletta a suffragio universale e diretto (ma comprensiva anche di un numero anche se limitatissimo di deputati a vita), alla quale soltanto era demandato il potere di dare e togliere la fiducia al Governo (con conseguente scioglimento però della medesima in quest'ultimo caso); e un Senato federale

⁹ Cfr. A. BARBERA-C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2018, cap. VIII, § 10.

¹⁰ Cfr. *supra*, § 1.

¹¹ Cfr., al riguardo, E. CHELI, *Considerazioni sul referendum del giugno 2006 alla luce della nostra storia repubblicana*, cit.

(anche se, a ben considerare, impropriamente qualificato come tale) che si rinnovava parzialmente in concomitanza con il rinnovo di ciascun Consiglio regionale. Mentre la funzione legislativa veniva ripartita tra Camera e Senato: a parte infatti alcune materie attribuite alla competenza di entrambi i rami del Parlamento, nelle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato era attribuito un ruolo preminente alla Camera dei deputati, mentre nella determinazione dei principi relativi alle materie di competenza concorrente Stato-Regioni il ruolo preminente era attribuito al Senato federale.

Contestualmente, era notevolmente rinforzato il ruolo del Primo Ministro, anche per effetto di una sostanziale estensione a livello statale del principio *simul stabunt simul cadent* già introdotto a livello di enti locali e, con la riforma costituzionale del 1999, a livello regionale. Ridimensionati risultavano invece i poteri del Presidente della Repubblica, nonostante la sua elezione fosse demandata a una Assemblea della Repubblica costituita dai componenti delle due Camere e da un maggior numero, rispetto all'attuale, di rappresentanti regionali. Una maggiore connotazione federale era attribuita alla composizione della Corte costituzionale e venivano costituzionalizzate le autorità indipendenti in un ruolo di poteri garanti.

Mentre, a livello di Stato-comunità si prevedeva tra l'altro di attribuire alle Regioni alcune materie espressamente elencate – tra le quali l'assistenza e l'organizzazione sanitaria, l'organizzazione scolastica, la polizia amministrativa regionale e locale – oltre a tutte le altre materie non espressamente riservate alla legislazione dello Stato. Comuni, Province e Città metropolitane venivano inoltre legittimati a ricorrere alla Corte costituzionale contro leggi statali e regionali lesive delle loro competenze.

Diversi, ma non meno innovativi del vigente testo costituzionale erano i punti qualificanti del progetto di riforma (c.d. "Renzi-Boschi") respinto nel *referendum* del dicembre 2016¹².

Un fondamentale aspetto del progetto di riforma era del pari rappresentato dal superamento del bicameralismo paritario.

Con la riforma, infatti, al vigente Senato sarebbe subentrato un Senato non più a elezione diretta, ma composto da novantacinque senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali e da cinque senatori nominati dal Presidente della Repubblica. Onde il venir meno del principio della rappresentanza nazionale che sarebbe rimasto riferito ai soli componenti della Camera dei deputati. A loro volta, i senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali sarebbero stati eletti dai Consigli regionali e delle Province autonome di Trento e Bolzano, con metodo proporzionale, tra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, tra i sindaci dei Comuni dei rispettivi territori¹³. La durata del mandato dei senatori sarebbe venuta a coincidere con quella degli organi delle Istituzioni territoriali dai quali erano stati eletti, mentre i senatori di nomina presidenziale sarebbero rimasti in carica sette anni, senza poter essere nuovamente nominati. La qualifica di senatore a vita sarebbe rimasta invece soltanto agli ex Presidenti della Repubblica.

Sarebbero rimaste invece immutate la composizione e la durata della legislatura della Camera dei deputati, ai cui componenti soltanto sarebbe però spettata la rappresentanza della Nazione.

¹² Cfr. AA.VV., *Forum sul d.d.l. costituzionale "Renzi-Boschi". Dieci studiosi a confronto*, a cura di P. COSTANZO, A. GIOVANNELLI, L. TRUCCO, Torino, Giappichelli, 2015; AA.VV., *Referendum costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla riforma Renzi-Boschi*, a cura di P. COSTANZO, Milano, Wolters Kluwer UTET giuridica, 2016.

¹³ Frutto di un non facile compromesso era, peraltro, la normativa concernente le modalità di elezione dei senatori. Pur nel superamento infatti del criterio di una elezione diretta da parte dei cittadini, si demandava ad una «legge approvata da entrambe le Camere» la regolamentazione delle «modalità di attribuzione dei seggi e di elezione dei membri del Senato della Repubblica tra i consiglieri e i sindaci, nonché quelle per la loro sostituzione, in caso di cessazione dalla carica elettiva regionale o locale»: con la precisazione che i seggi sarebbero stati «attribuiti in ragione dei voti espressi e della composizione di ciascun Consiglio» (art. 57, ult. comma, Cost., come sostituito dall'art. 2 del progetto di riforma costituzionale *de quo*).

Quanto poi alla ripartizione della funzione legislativa tra i due rami del Parlamento, essa avrebbe comportato il mantenimento dell'esercizio collettivo della funzione legislativa da parte di entrambe le Camere solo in determinate materie – quali quelle relative alle leggi di revisione della Costituzione e a talune altre categorie di leggi ordinarie – demandando invece la disciplina delle altre materie a leggi monocamerali, giacché sarebbe spettata alla sola Camera dei deputati la pronuncia in via definitiva su di esse.

Anche con riferimento alle materie in via residuale demandate alla competenza decisionale definitiva della Camera dei deputati ricorrevano peraltro numerose differenze procedurali, tali da comportare una pluralità non sempre giustificata di procedimenti legislativi e rendere a volte più complesse le stesse procedure legislative.

Altro profilo di particolare rilievo del progetto di riforma consisteva nel conferimento alla sola Camera dei deputati della funzione di indirizzo politico, e in particolare della titolarità del rapporto di fiducia con il Governo, nonché della funzione di controllo dell'operato dello stesso Governo; mentre tra le funzioni conferite al Senato vi erano quelle di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica nonché tra lo stesso Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l'Unione europea, inclusa la partecipazione dello stesso Senato alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi e delle politiche dell'U.E.. Ruoli, questi, confacenti con il carattere rappresentativo delle istituzioni territoriali attribuito al Senato nonché con il voler fare del Senato il ramo del Parlamento destinato ad assumere un ruolo di interlocutore delle istituzioni europee.

Poche, almeno formalmente, sarebbero state le modifiche degli articoli della Costituzione riguardanti il Presidente della Repubblica e il Governo. Anche se, seppure indirettamente, il ruolo del Governo sarebbe risultato notevolmente rafforzato dalla previsione – a livello di normativa costituzionale – dell'instaurazione del rapporto di fiducia con la sola Camera dei deputati, in combinato disposto con l'introduzione – a livello di legislazione ordinaria – di un sistema elettorale finalizzato alla formazione di una solida maggioranza nella stessa Camera.

Sempre a livello di Stato-apparato sarebbe stato soppresso il CNEL, mentre, quanto alla Corte costituzionale, i cinque membri nominati dal Parlamento in seduta comune, sarebbero stati sostituiti da tre membri eletti dalla Camera dei deputati e da due eletti dal Senato.

Importanti modifiche sarebbero state introdotte anche a livello di Stato-comunità con particolare riferimento alle autonomie territoriali.

Sarebbero state anzitutto soppresse le Province. Mentre, per quanto riguardava le Regioni, le innovazioni più significative al pur novellato Titolo V Cost. con leggi costituzionali del 1999 e del 2001, avrebbero tra l'altro comportato: una estensione della competenza legislativa esclusiva statale in numerose materie e funzioni; la soppressione della competenza legislativa concorrente Stato-Regioni; l'attribuzione alle Regioni di competenza legislativa in determinate materie specificamente elencate, nonché una competenza residuale in ogni materia non espressamente riservata alla competenza legislativa esclusiva dello stesso Stato. Pur con la previsione per la legge statale della possibilità di intervenire, su proposta del Governo, in materie non riservate alla competenza legislativa dello Stato quando lo richiedesse la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica della Repubblica, o la tutela dell'interesse nazionale.

Non occorre sottolineare come questo progetto di revisione costituzionale, così come il precedente respinto nel 2006 con *referendum*, trasformasse in notevole misura, pur in ottiche diverse, l'assetto istituzionale delineato dall'Assemblea costituente.

4. *Interrogativi che possono porsi sull'effettività della linea di demarcazione tra referendum di revisione costituzionale in senso proprio e referendum costituente: di surrettizi esercizi di potere costituente nelle forme di referendum di revisione costituzionale?*

Non è certo sempre agevole tentare di dare soddisfacente risposta ad interrogativi che possono sorgere in merito alla linea di demarcazione tra *referendum* di revisione costituzionale in senso proprio e *referendum* costituente.

Il problema non si porrebbe certo sull'attinenza alla revisione costituzionale di un *referendum* riguardante singole disposizioni della Costituzione non altrimenti suscettibili di una univoca risposta, di un sì o di un no che non ingenerino possibilità di valutazioni differenziate sull'oggetto del voto da parte dei cittadini chiamati ad esprimersi.

Problemi possono sorgere invece qualora l'oggetto del *referendum* presenti carattere composito ed articolato.

Al riguardo occorre però distinguere tra le fattispecie.

Se, come detto, non vi è dubbio che il *referendum* relativo a singole disposizioni della Costituzione sia sicuramente annoverabile tra i *referendum* di revisione costituzionale, tali ben possono essere considerati anche quei *referendum* che pur riguardando più disposizioni costituzionali rispondono, o quanto meno tendono a rispondere, ad una logica unitaria.

Si consideri, ad esempio, il *referendum* dell'ottobre 2001, concernente la modifica del Titolo V della Parte II della Costituzione.

Un *referendum* il cui oggetto, pur nella molteplicità delle disposizioni e nonostante i non pochi passaggi di non soddisfacente formulazione, era tendenzialmente improntato ad un adeguamento delle competenze statali, regionali e concorrenti nell'ottica di una evoluzione dell'istituto regionale più al passo con i tempi nel contesto delle trasformazioni economico-sociali intervenute; ad un regionalismo "forte", se così si vuol dire, ma non certo ad uno Stato di tipo federale e nemmeno federal-regionale come lo Stato spagnolo¹⁴. Onde anche in una fattispecie del genere la congruenza, a ben considerare, di una risposta dell'elettorato in senso affermativo o negativo¹⁵.

Ben più problematico appare invece il caso in cui l'oggetto del *referendum* riguardi normative o complessi normativi suscettibili di risposte differenziate: così ad esempio – ed i nostri *referendum* del 2006 e del 2016 ne costituiscono prova sintomatica – i cittadini chiamati a rispondere al quesito referendario potrebbero essere favorevoli ad una differenziazione del bicameralismo ma non ad un rafforzamento dell'esecutivo o magari ad un rafforzamento in termini di premierato o ad un rafforzamento di altro tipo. Così come una riforma nel senso di un rafforzamento degli organi di governo a livello di Stato-apparato potrebbe rispondere ad una riforma di diverso tenore a livello di Stato-comunità.

La questione è stata in particolare oggetto di serrato dibattito in dottrina e di intervento della giurisprudenza in occasione del *referendum* del 2016 sulla riforma costituzionale c.d. "Renzi-Boschi"¹⁶. Si è sostenuto, in particolare, da autorevole dottrina che la libertà di voto degli elettori avrebbe corso il rischio «di essere compromessa dalla mancanza di "omogeneità" dell'oggetto della riforma, per le stesse ragioni per le quali la Corte costituzionale a suo tempo stabilì che non possono

¹⁴ Cfr. al riguardo E. GIRÓN REGUERA, *Esperienze e prospettive del regionalismo in Spagna*, reperibile in <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Emilia.pdf>.

¹⁵ Nel senso che anche il *referendum* dell'ottobre 2001, concernente la modifica del Titolo V della Parte II della Costituzione, pur avendo ad oggetto la modifica di «un gruppo di disposizioni costituzionali inerenti ad un unico oggetto» e pur concernendo «una legge tendente ad una revisione complessiva di un preciso capitolo della Costituzione», fosse comunque configurabile come «una puntuale legge di revisione» si veda V. ONIDA, *La riforma costituzionale e il referendum. Le ragioni del NO*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), fasc. 2/2016, 16

¹⁶ Cfr. *supra*, § 3.

essere ammessi quesiti abrogativi contenenti una “pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria”»¹⁷.

Tali argomentazioni, oggetto di ricorso presentato al Tribunale civile di Milano dallo stesso Prof. Onida insieme alla Prof.ssa Randazzo – con cui si richiedeva l'intervento della Corte costituzionale nell'assunto che la legge istitutiva del *referendum* avrebbe violato la libertà dell'elettore chiedendogli risposta univoca su argomenti diversi – non sono state però accolte dallo stesso Tribunale con le motivazioni, tra l'altro, della non applicabilità *de plano* dei «principi prescritti per il *referendum* di natura abrogativa...a quello costituzionale...stante l'ontologica differenza dei due istituti che, pacificamente hanno natura diversa, come si evince dal semplice dato testuale» delle norme ad essi relative; che «anche delle riforme costituzionali di ampio respiro, come possono essere revisioni della Costituzione interessanti più articoli e più titoli – da definirsi pur sempre revisioni parziali – il *referendum* nazionale non potrà che riguardare la deliberazione parlamentare nella sua interezza, non potendosi disarticolare l'approvazione o il rigetto di un testo indiviso alla sua fonte, le cui diverse parti sono in rapporto di reciproca interdipendenza»; onde la non ravvisabilità di «una manifesta lesione del diritto alla libertà di voto degli elettori per difetto di omogeneità dell'oggetto del quesito referendario»¹⁸.

Se, comunque, si ritiene di non accedere alla tesi che postula anche nel *referendum* costituzionale la necessità di uno “spacchettamento” delle proposte onde non ledere la libertà di voto, tesi respinta come si è visto in sede giudiziaria¹⁹, ci si potrebbe anche chiedere se non parrebbe fuori luogo parlare – in ipotesi di radicale trasformazione della seconda parte della Costituzione riguardante sia lo Stato-apparato sia lo Stato-comunità – di un surrettizio esercizio di un potere costituente nelle forme di *referendum* di revisione costituzionale; o, quanto meno, se la linea di demarcazione tra potere costituente e potere costituito non potrebbe diventare in più o meno ampia misura labile. Tanto più se si tiene conto – come rilevato da una certa parte della dottrina – che «in una parte del mondo, qual è oggi l'“occidente”, profondamente unita da una condivisione di valori di libertà e di “legalità”, può realisticamente ipotizzarsi che la fondazione di un nuovo ordine costituzionale possa essere promossa per iniziativa degli attuali “poteri costituiti” e possa persino compiersi secondo il procedimento previsto per la propria revisione dalla costituzione vigente»²⁰.

D'altro canto, anche in tempi meno recenti, non sono mancati esempi di passaggio anche traumatico da una Costituzione ad altra, senza che siano modificati diritti e principi fondamentali. Così, la Costituzione della V Repubblica francese del 1958 nel suo Preambolo ha recepito i diritti e i principi fondamentali contenuti nel Preambolo della Costituzione del 1946. E a tali Preamboli è stato attribuito dalla stessa giurisprudenza, amministrativa in un caso, costituzionale nell'altro, un vero e proprio valore precettivo costituzionale²¹.

¹⁷ Così, V. ONIDA, *La riforma costituzionale e il referendum. Le ragioni del NO*, cit. L'Autore sottolinea altresì come un tale «“pacchetto di modifiche” aventi molteplici oggetti» richiamasse quanto «era accaduto per la prima volta con la legge approvata dalla maggioranza di centro-destra nel 2005, e respinta dal *referendum* del 2006».

¹⁸ Per queste ed altre motivazioni sul rigetto delle istanze dei ricorrenti cfr. Tribunale di Milano Sez. I ord. 6 novembre 2016.

¹⁹ Si veda anche, seppure a tutt'altro riguardo, TAR Lazio, sez. 2-bis, sentenza n. 10445 del 20 ottobre 2016, con cui è stato respinto il ricorso presentato dal M5stelle e da Sinistra italiana con il quale si contestava la formulazione del quesito referendario da sottoporre agli elettori il 4 dicembre 2016 in quanto il quesito non teneva «conto di quanto stabilito dall'art. 16 della legge 352-1970, secondo cui, quando si tratti di revisione della Costituzione, il quesito referendario deve recare la specifica indicazione degli “articoli revisionati” e di ciò che essi “concernono” ».

²⁰ Cfr. A. BALDASSARRE, *Il “referendum” costituzionale cit.*, 245 s. che pure rileva come tale concezione non sia maggioritaria.

²¹ Si vedano al riguardo: M. PELLOUX, *Le préambule de la constitution du 26 octobre 1946*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1947, 367 ss.; J. GEORGEL, *Aspects du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958*, in *Revue de droit public cit.*, 1960, 88 ss.

- III -

LA DEMOCRAZIA, I PARTITI E I GRUPPI DI PRESSIONE

La democrazia non è un fine, ma un mezzo per superiori fini etico-politici

SOMMARIO: 1. Enunciazione della tesi sostenuta. – 2. Affermazioni di autorevoli intellettuali circa la natura di mezzo (e non di fine) della democrazia. – 3. Puntualizzazione sui termini nei quali la democrazia è un mezzo in funzione di fini superiori. – 4. Motivi che inducono a rimarcare la strumentalità della democrazia. – 5. Ricaduta della tesi sostenuta sulla valutazione delle istituzioni di democrazia diretta o di altre forme di partecipazione popolare. – 6. Finalità etico-politiche alle quali è funzionalizzata la democrazia. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Enunciazione della tesi sostenuta.

Con il presente saggio si intende riprendere la trattazione di un tema, già oggetto di attenzione di qualche scritto precedente¹. Sarà rilanciata una tesi, già sostenuta in precedenza, peraltro con l'esposizione di qualche argomento ulteriore e delle implicazioni di fondo della stessa.

Enunciamo due opinioni, che saranno esposte e motivate nel prosieguo. Anzitutto, la democrazia non è un fine, ma un mezzo per il conseguimento di finalità superiori alla stessa. In secondo luogo, la configurazione della natura strumentale, e non teleologica, della democrazia, comporta una revisione radicale del senso e delle implicazioni dell'ideologia democratica (in contrasto con l'opinione dominante).

Prima di entrare nel merito non è forse superflua una precisazione preliminare.

La configurazione della natura strumentale oppure teleologica di una cosa o di un'entità (usiamo termini quanto mai vaghi ed onnicomprensivi) è relativistica. Una cosa od un'entità possono essere strumentali oppure costituire finalità in contesti e prospettive diversi. Per esemplificare, gli ospedali sono in funzione della cura dei pazienti ammalati, quindi hanno natura strumentale in rapporto al fine della realizzazione della salute di questi ultimi. Però, se in un'estesa realtà territoriale manchino ospedali, con la violazione del diritto alla salute, la costruzione e l'attivazione di ospedali possono costituire un obiettivo da realizzare e quindi assumere una connotazione teleologica. Senza indugiare a spendere ulteriori parole sul punto, si può affermare che la democrazia, in una situazione storica in cui si sia affermato un regime autoritario oppure totalitario, può ben rappresentare un obiettivo e quindi un fine da realizzare. Però in sede teorica e in una situazione storica nella quale la democrazia (liberale) è il regime vigente nella società, si deve ritenere, per i motivi che saranno addotti nel prosieguo, che la democrazia dev'essere configurata in termini di strumentalità, cioè in funzione di beni od entità (sempre per impiegare una terminologia vaga) di rango superiore a quello della stessa.

2. Affermazioni di autorevoli intellettuali circa la natura di mezzo (e non di fine) della democrazia.

Entrando nel merito del tema della connotazione strumentale della democrazia, non sembra superflua una notazione culturale. Più esattamente si possono registrare molteplici voci – di intellettuali di disparate aree del pensiero politico (inteso con accezione ampia) – che, più o meno espressamente, affermano la natura strumentale di un regime democratico. Ne citiamo alcune, con

* Già ordinario di diritto costituzionale, Università di Modena e Reggio Emilia

¹ V., da ultimo, il nostro *Note critiche sulla ideologia radicale della democrazia*, in AIC. *Annuario 2017, Democrazia, oggi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 640-646.

un quadro culturale quanto mai incompleto ed insufficiente, ma che ci sembra utile esporre dinanzi all'impressione che esso o sia totalmente ignorato o comunque non sia assolutamente tenuto in considerazione anche da numerosi e qualificati studiosi, *in primis* dai giuristi.

Un'affermazione lapidaria, espressa e di carattere generale, circa la strumentalità della democrazia, è di una filosofa (militante antifascista) della prima metà del secolo scorso. Ha osservato Simone Weil che esiste un "bene...rappresentato...dalla verità, dalla giustizia e, in seconda battuta, dall'utilità pubblica"², soggiungendo immediatamente che "la democrazia, il potere della maggioranza non sono un bene", bensì "sono mezzi in vista del bene, stimati efficaci a torto o a ragione"³. Si tratta di una valutazione netta, categorica, circa il senso che ha la (pur propugnata) democrazia in rapporto a valori e finalità esterni e superiori alla stessa.

Parole icastiche e categoriche per la tematica in oggetto si possono rinvenire nell'opera famosa di un grande intellettuale dello stesso periodo storico (ben diverso per interessi culturali specifici, nonché per l'orientamento politico, dall'Autrice poc'anzi menzionata). Anche secondo questo pensatore, la democrazia può essere pensata e valutata non in sé, ma solamente in funzione di entità ideali che la sovrastano e la legittimano. Afferma, infatti, Schumpeter che "la democrazia, essendo un metodo politico, non può, come ogni altro metodo, divenire fine a se stessa"⁴, soggiungendo che "in realtà, ci sono ideali ed interessi ultimi che anche il più fervente democratico metterà al di sopra della stessa democrazia e se si dichiara partigiano inflessibile del credo democratico, ciò significa che è convinto di trovare nella democrazia una garanzia di difesa di quegli ideali ed interessi, come la libertà di coscienza e di parola, un governo civile, ecc."⁵.

Si può completare questa incompleta serie di citazioni con parole di un intellettuale del nostro tempo. Osserva Bobbio, almeno incidentalmente, che la democrazia "s'ispira" a "valori ultimi", che "sono la libertà e l'eguaglianza", e che essa ha un "fondamento etico" costituito dal "riconoscimento dell'autonomia dell'individuo, di tutti gli individui, senza distinzioni di razza, di sesso, di religione e così via"⁶. Sulla stessa lunghezza d'onda le considerazioni di un sociologo spagnolo, secondo cui "la democrazia è l'unica soluzione...al problema di coniugare tre aspirazioni...dell'uomo moderno: il desiderio di essere liberi, quello di essere uguali e quello di una solidarietà tra noi e gli altri"⁷.

Si possono riportare, a mo' di sintesi di tutte le espressioni richiamate in precedenza, le parole di un autorevole studioso di storia del pensiero politico, il quale rileva che, secondo un'opinione "praticamente di tutta la letteratura democratica da Schumpeter a Sartori e agli altri... la democrazia è una mera procedura per prendere delle decisioni politiche"⁸, sottolineando "che la democrazia, appunto perché è una procedura...è finalizzata, è un mezzo rispetto ad un fine" e che "non è la

² Cfr. S. WEIL, *Manifesto per la soppressione dei partiti politici*, Roma, Castelvechio, 2012 (l'opera è stata scritta nel 1940), 24 (si coglie l'occasione per avvertire l'eventuale lettore del nostro saggio citato in nota 1, che, per un *lapsus calami*, è stato scritto in nota 2 del saggio Weil invece che Weil).

³ Cfr. S. WEIL, *Manifesto*, cit., 25. L'A. ha poi rimarcato che "per raggiungere questo fine è necessario un meccanismo adatto. Se la democrazia costituisce tale meccanismo, è buona. Altrimenti no" (cfr. S. Weil *op. cit.*, 26).

⁴ Cfr. J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Etas, Milano, 2001, 252.

⁵ Cfr. J. SCHUMPETER, *Capitalismo*, cit., 252. Si può aggiungere una notazione duramente polemica (che ben potrebbe valere contro i populistici ed i sostenitori della "brexit") contro chi concepisca la democrazia come "un fine in sé": osserva il grande intellettuale in oggetto, che si possa ipotizzare che sussistono persone le quali ritengono che "un metodo può essere in sé un ideale assoluto o un valore ultimo" e che, "per quanto idiota o criminale sia lo scopo che in un quadro storico dato la prassi democratica si prefigge, la volontà del popolo debba prevalere", ma obietta che "in questi casi sembra molto più naturale parlare di plebaglia che di popolo, e combatterne con tutti i mezzi a disposizione la criminalità o l'idiozia" (*ibidem*).

⁶ Cfr. N. BOBBIO, *Democrazia: le tecniche*, in ID., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, 376 (si noti anche la rilevanza del titolo dello scritto, dedicato alle "tecniche" della democrazia, finalizzate alla sua realizzazione).

⁷ Cfr. S. GINER, *Le ragioni della democrazia*, Laterza, Bari, 150.

⁸ Cfr. N. MATTEUCCI, *La democrazia come condizione per esprimere i valori*, in G. Galeazzi (a cura di), *Valori morali e democrazia*, Massimo, Milano, 1986, 188.

democrazia un valore, la democrazia è ciò che consente la massima espressione ai valori degli individui singoli e associati”⁹.

3. Puntualizzazione sui termini nei quali la democrazia è un mezzo in funzione di fini superiori.

Sulle osservazioni della dottrina (di molteplici aree culturali) richiamate in precedenza (e con adesione dello scrivente) non ci sembrano superflue alcune precisazioni onde dissipare eventuali equivoci.

Anzitutto il senso del rapporto fra democrazia e valori (od interessi) è costituito non già dall’esistenza di una generica relazione fra i detti termini, bensì da una specifica relazione. Per intenderci, fra determinate entità (si consenta sempre l’impiego di un termine vago) può sussistere una relazione di parità oppure di supremazia (e, di converso, sottordinazione). Per esemplificare, il diritto alla salute può essere configurato in un rapporto paritario con il diritto al lavoro, il che implica che, in caso eventuale di conflitto, si debba operare un contemperamento, un bilanciamento, tra i due interessi confliggenti. Nell’ipotesi di supremazia opera invece la prevalenza di una delle due entità sull’altra, senza possibilità di contemperamento.

Ebbene, con riguardo al rapporto di strumentalità si verifica una supremazia di un’entità e la recessione di quella strumentale: sempre per esemplificare, il diritto alla salute comporta la pretesa ad un ricovero ospedaliero, oppure all’impiego di terapie, ma solo in quanto – e nei limiti in cui – ricovero ospedaliero o terapie siano necessari per realizzare uno stato di salute dei pazienti (ed è doverosa la riduzione del ricorso a dette entità strumentali, allorché esse non siano funzionali alla finalità curativa).

Pertanto, quanto sostenuto dalla dottrina citata, cui si è accodato chi scrive, è rilevante non per la configurazione generica di un rapporto fra democrazia e valori (o interessi sociali) – cosa quanto mai risaputa e scontata – bensì per la configurazione specifica di un nesso di strumentalità, quindi di sottordinazione, della prima nei confronti dei secondi – cosa che, almeno nel vissuto politico-culturale, è tutt’altro che scontato (anzi appare spesso scontato il contrario).

Una seconda precisazione riguarda il rapporto fra democrazia e valori (o interessi sociali). Il nesso di strumentalità non esclude affatto una stretta relazione fra democrazia e certi valori, mentre una simile relazione non esiste fra questi ultimi e regimi di tipo autocratico. Come risulta dai passi citati in precedenza – ma affermazioni di tanti altri si potrebbero richiamare¹⁰ – c’è una forte connessione tra il valore dell’eguaglianza e la democrazia¹¹. Pertanto, sarebbe scorretto configurare un’estraneità della democrazia nei confronti di entità assiologiche.

Quanto detto poc’anzi può essere completato da un’ulteriore considerazione. Si è discusso, con profondità ed impegno (soprattutto nell’area culturale di ispirazione cattolica), sul tema dei rapporti tra valori morali e democrazia¹². Orbene, senza poter approfondire il tema in oggetto, si può rilevare che non è mancata la preoccupazione nei confronti di “una democrazia etica”¹³, cioè il timore che la configurazione di un fondamento etico di un regime sia incompatibile con l’ideologia democratica.

⁹ Cfr. N. MATTEUCCI, *La democrazia*, cit., p. 188, 189.

¹⁰ V., per citare solo due grandi politologi e teorici della democrazia, R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Editori Riuniti, Roma, 1990, 123 ss.; G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, 2007, 178 ss.

¹¹ Sulla base di quanto sostenuto nel testo merita una correzione, ma di segno formale (poiché sicuramente l’Autore concorderebbe con tale precisazione), l’affermazione riportata di Matteucci, secondo il quale “la democrazia è ciò che consente la massima espressione ai valori degli individui singoli e associati”. La democrazia è sì un “contenitore” di valori individuali e sociali, ma è anche espressione (sia pur strumentale) di valori come l’eguaglianza ed anche la libertà (per chi sia fautore della liberaldemocrazia).

¹² V., a titolo indicativo, il volume ricco di contributi interessanti sul tema di G. Galeazzi (a cura di), *Valori*, cit.

¹³ Cfr. N. MATTEUCCI, *La democrazia*, cit., 188.

Nondimeno, con le opportune precisazioni, si può invece configurare, senza paura di scivolamento verso il totalitarismo, un fondamento etico della democrazia. Per limitarci, adesivamente, ad un citazione, se è vero che “in una società pluralistica, laica, non ideologizzata, come quella attuale, non c’è più bisogno, e forse non c’è più la possibilità, di una democrazia “sostanziale”, cioè fornita di un contenuto ideale, qualificata in senso ideologico o dedotta da una metafisica”, nondimeno “è la stessa democrazia «formale», intesa come «regola del gioco», che si rivela carica di implicazioni morali, cioè di autentici valori, come appare chiaro da posizioni quali quelle di Bobbio o di Rawls”¹⁴. Quindi, pur con le cautele e precisazioni del caso, si può configurare una eticità della democrazia senza smentita della sua natura strumentale.

4. Motivi che inducono a rimarcare la strumentalità della democrazia.

Posto il nesso fra valori e democrazia e precisato che il rapporto di strumentalità della seconda nei confronti dei primi non significa fungibilità del regime democratico nella prospettiva di realizzazione di certe istanze valoriali, ci si potrebbe domandare per quale motivo vada configurato e rimarcato con forza questo nesso di strumentalità. La motivazione di tale sottolineatura è duplice.

Il primo motivo è di ordine logico-concettuale. Attribuire natura teleologica ad un’entità strumentale costituisce un’incongruenza logica. Per rimanere al nostro tema, la democrazia è una forma di organizzazione costituzionale della comunità politica e qualsiasi organizzazione non è fine a se stessa, ma è in funzione di finalità ad essa superiori, cioè mira a realizzare interessi e tutelare beni di individui appartenenti (od anche talora estranei) all’organizzazione stessa. Sarebbe impensabile la costituzione di un’entità collettiva, pubblica o privata, il cui scopo fosse...la costituzione della stessa e l’impiego di tecniche decisionali, che non fossero funzionali ad interessi di individui singoli od associati. Un’entità di natura organizzativa, pur se correlata a valori, non può essere né un valore né un fine in sé, pena la trasgressione delle leggi della logica.

Detto ciò, il motivo più importante non è quello di carattere concettuale poc’anzi esposto, bensì è di ordine pragmatico. Come si cercherà di dimostrare nelle pagine successive la configurazione del nesso strumentale fra valori e democrazia ha vantaggi di ordine politico-costituzionale e la tesi opposta, spesso inconsapevolmente ed implicitamente seguita, è foriera di gravi conseguenze.

5. Ricaduta della tesi sostenuta sulla valutazione delle istituzioni di democrazia diretta o di altre forme di partecipazione popolare.

Il primo corollario, che deriva dalla configurazione della natura strumentale della democrazia, è costituito dall’impostazione in virtù della quale si debbono valutare, favorevolmente o sfavorevolmente, gli istituti della democrazia diretta o istituzioni ritenute proprie della democrazia “partecipativa” o di quella “deliberativa”¹⁵.

Se la democrazia di per sé ha natura strumentale, identica natura debbono avere tutte le procedure, decisionali o consultive, mediante le quali i cittadini, in qualche modo, partecipino all’attività di governo (in aggiunta alle elezioni dei rappresentanti). Il che implica che l’eventuale introduzione di nuove forme di partecipazione (con impiego in senso lato del termine) vada

¹⁴ Cfr. E. BERTI, *Momenti della rifondazione critica della democrazia*, in G. Galeazzi (a cura di), *Valori*, cit., 114.

¹⁵ Su questa tipologia di democrazia non interessa soffermarsi in questa sede: si rinvia a titolo puramente indicativo a D. DELLA PORTA, *Democrazia*, il Mulino, Bologna, 2011, 83 ss.; R. BIFULCO, *Voce Democrazia deliberativa*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, IV, 2011, 270 ss.; U. ALLEGRETTI, *Voce Democrazia partecipativa*, ivi, 295 ss.; M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Giuffrè, Milano, 2012, 21 ss.

giustificata sulla base non di aprioristici argomenti ideologici oppure retorici (che forse costituiscono, in certi casi, argomenti ideologici travestiti), bensì di ragionamenti pragmatici e funzionali ai fini cui deve informarsi la democrazia.

Per un'argomentazione coerente con il carattere strumentale della democrazia (e, di converso, sull'argomentazione di segno opposto da respingere) si possono prospettare due criteri.

Anzitutto, in termini di impostazione, dev'essere adottata una motivazione di natura non etico-politica, bensì empirica. Ogni soluzione funzionale ad un fine, in via generale, risulta giustificata solamente se fondata su giudizi di fatto, cioè di ordine descrittivo o predittivo. Per addurre un esempio banale, di vita comune, se si discute circa l'opportunità o meno di praticare l'eutanasia, si potrà (e dovrà) adottare o meno questa soluzione sulla base di valutazioni etiche normative; però, scelta in via ipotetica l'eutanasia, l'applicazione esigerà valutazioni di ordine empirico (come qualsiasi pratica della medicina). Così, l'introduzione di un'istituzione, che comporti una partecipazione alla politica o l'estensione dell'area di una istituzione già esistente (con il medesimo fine) dovranno essere motivate da ragioni fondate sull'empiria.

Queste considerazioni conducono al rifiuto di una motivazione assai diffusa nel mondo politico e nella cultura istituzionale, in virtù della quale le istituzioni di partecipazione vanno incrementate in nome della sovranità popolare e del potere dei cittadini, poiché detta motivazione si fonda su una normatività astratta, senza l'adduzione di riscontri di ordine empirico. Si sottolinea, si tratta di una critica di un tipo di motivazione, prescindendo dalla validità o meno delle soluzioni prescelte.

In base al secondo criterio la configurazione strumentale della democrazia implica una duplice verifica (che spesso manca nella letteratura apologetica della democrazia stessa).

La prima verifica dev'essere mirata ad accertare se sussistano veramente i vantaggi delle soluzioni avanzate in nome della filosofia democratica. Per cogliere con un esempio quanto affermato, la tesi (avanzata in passato) secondo cui il referendum costituisce uno strumento atto a contrastare la partitocrazia è fondata oppure no, qualora gli elettori finiscano per costituire una massa di manovra dei partiti, di maggioranza o di minoranza? Chi scrive aderisce alla seconda opinione, ben motivata da un illustre costituzionalista¹⁶ sul tema in oggetto. Ma, a prescindere dall'opinione dello scrivente in tema di rapporti fra referendum e sistema dei partiti, riteniamo che eventuali soluzioni *in iure condito* oppure *in iure condendo* debbano essere argomentate sulla base di una valutazione circa una vera capacità critica degli elettori nei confronti delle proposte referendarie.

L'ulteriore verifica riguarda il bilancio costi-benefici. Qualunque soluzione pragmatica deve essere giustificata non da un (talvolta preteso) vantaggio in sé, bensì dalla dimostrazione che questo sia maggiore dei costi, cioè delle possibili controindicazioni. Sempre assumendo il referendum come esempio (tutt'altro che unico, ovviamente), ammesso che una consultazione, a livello locale, circa una proposta referendaria separatista (a danno della comunità politica nazionale) favorisca un miglioramento dell'educazione politica degli elettori del territorio interessato, può ben esserci un danno più grave per gli altri (e ben più numerosi) cittadini appartenenti alla comunità politica nazionale. Non c'è bisogno di dimostrare che, spesso, in un clima di demagogia referendaria, tale verifica non viene operata, con un possibile (e reale, a nostro parere) danno per il sistema democratico (e la maggioranza dei cittadini).

Concludendo su questo discorso di impostazione, la concezione strumentale della democrazia implica il rifiuto di un *favor* pregiudiziale nei confronti delle varie forme di partecipazione dei cittadini alla politica, ma non esclude di per sé in alcun modo una valutazione favorevole, ed un'eventuale adozione, mediante norme legislative oppure interpretazione delle stesse, di alcune

¹⁶ Cfr. G. GUARINO, *Il referendum e la sua applicazione al regime parlamentare*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1946, 42 ss., con osservazioni che valgono anche nel sistema partitico attuale.

di dette forme. In questa sede non si sono prospettate soluzioni di problemi, ma si è cercato di motivare quale atteggiamento tenere verso possibili soluzioni. Si può aggiungere che, se è frequente la mancata osservanza dei criteri qui caldeggiati in tema (anche) di democrazia, non mancano esempi di dottrina, del passato e del presente, che si è atteggiata con equilibrio non acritico, e senza posizioni favorevoli o sfavorevoli in via pregiudiziale, verso istituti di partecipazione dei cittadini alla politica¹⁷.

6. Finalità etico-politiche alle quali è funzionalizzata la democrazia.

Il discorso fin qui condotto sarebbe incompleto senza qualche considerazione, pur con i limiti di un breve scritto, sui fini e sui termini in cui la democrazia è funzionale ad essi. Si procederà con affermazioni telegrafiche.

In termini prescrittivi, qualsiasi regime politico deve perseguire una finalità fondamentale: il bene comune. Questo concetto di bene comune, come è stato ben rilevato, è stato “trasmeso in eredità al pensiero moderno e contemporaneo da quello greco, romano e medievale” e “costituisce una nozione indispensabile perché senza di essa la vita sociale e politica risulterebbe inintelligibile”¹⁸. Soggiungiamo che condividiamo l’affermazione, secondo cui questo concetto, ritenuto “non molti anni fa...piuttosto obsoleto”, vada invece rilanciato¹⁹.

Strettamente intrecciata con detta finalità c’è il perseguimento del buongoverno, che è letteralmente inteso quale “tipo ideale di comunità politica, organizzata per il conseguimento del bene comune”²⁰. In termini quanto mai generali, riteniamo che il buongoverno si sostanzia nella massimizzazione della soddisfazione dei bisogni del massimo numero di individui. Certamente, come è stato ben osservato, il bene comune “non è una mera somma di quello dei singoli”²¹, ma consiste in un certo temperamento di esigenze spesso in contrasto e quindi in una non piena loro soddisfazione. Nondimeno per la realizzazione del bene comune e del buongoverno possono ben valere le icastiche parole di un politologo francese pronunciate con riferimento al Diritto (inteso come organizzazione della società), cioè che “esso sviluppa la sua impresa...per soddisfare i bisogni materiali e morali degli uomini”²².

I connotati istituzionali dianzi richiamati potrebbero essere propri di tutti i regimi degli ultimi secoli, quindi anche di quelli autoritari o totalitari. I regimi costituzionali liberaldemocratici si distinguono sotto il profilo teleologico e circa il modo in cui sono funzionali ai fini.

Per quanto riguarda il profilo teleologico, le liberaldemocrazie perseguono il fine di realizzare i diritti costitutivi della cittadinanza (intesa à la Marshall), cioè i diritti civili, politici e sociali (non interessa, in questa sede, discutere i termini del rapporto esistente fra questi diritti ed altri fini della comunità politica). Ciò significa che le esigenze di libertà debbono essere soddisfatte, sia pur in

¹⁷ V., a titolo indicativo, J. BRYCE, *Democrazie moderne*, Hoepli, Milano, 1931, 259 ss.; M. RUINI, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1953, 23 ss.; P.V. ULERI, *Referendum e democrazia*, il Mulino, Bologna, 2003, 279 ss.; M. LUCIANI, Art. 75, in G. Branca (fondato da) e A. Pizzorusso (continuato da), *Commentario della Costituzione*. Zanichelli, Bologna, Soc. Ed. del Foro italiano, Roma, 2005, soprattutto 662 ss. Ovviamente il giudizio positivo sull’atteggiamento di tali qualificati Autori prescinde dalla condivisione o meno delle loro specifiche opinioni.

¹⁸ Cfr. V. POSSENTI, Voce *Bene comune*, in E. Berti, G. Campanini (a cura di), *Dizionario delle idee politiche*, AVE, Roma, 1993, 32.

¹⁹ Cfr. P. POMBENI, *La buona politica*, il Mulino, Bologna, 2019, 66.

²⁰ Cfr. Lemma *Buongoverno*, in G. DEVOTO, G.C. OLI, Le Monnier, Firenze, 2006, 387.

²¹ Cfr. V. POSSENTI, Voce *Bene comune*, cit., 41.

²² Cfr. G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. PICHON et R. Durand-Aurias, Paris, 1972, 5 (traduzione di chi scrive).

bilanciamento con altre esigenze, e che i diritti di libertà, compresa quella politica, debbono essere realizzati non meno che altri (a differenza di quanto avviene nei regimi autoritari).

Venendo al modo in cui la democrazia sia funzionale alla realizzazione di detti diritti, riteniamo che il buongoverno liberaldemocratico si debba tradurre in una formula, se è consentita: massimizzazione della corretta governabilità con i limiti di garanzia verso un esercizio scorretto del potere politico.

Per quanto riguarda la prima direttiva, riprendiamo, per la loro efficacia nonché giustezza (a nostro parere), alcune parole di un illustre intellettuale francese (democratico) scritte nel 1938 (!). Nel condannare l'autoritarismo avanzante in quel periodo, Mounier deplorava peraltro la "malattia giovanile" della democrazia, cioè "la diffidenza verso la funzione dell'autorità", affermando che "la democrazia non è la negazione delle funzioni dell'autorità" e rilevando che se "il controllo è indispensabile per garantire il potere contro il proprio compiacimento", nondimeno "esso non deve però soffocare l'esercizio del potere"²³. Al che può soggiungersi, sempre per richiamare voci autorevoli, che l'autorità deve accompagnarsi alla competenza e che, se è vero che spesso in regimi democratici detengono il potere politico individui incompetenti, ciò deve indurre a favorire il potere della ragione e della cultura contro gli umori popolari ed un miglioramento professionale dei governanti²⁴ piuttosto che fare un'apologia del potere dell'ignoranza.

Schematizzando con una battuta telegrafica (e leggermente provocatoria) quanto detto poc'anzi, non è sul versante dell'efficienza del governo (nel senso lato del termine) che la liberaldemocrazia deve distinguersi dal totalitarismo (ammesso mai che quest'ultimo sia efficiente), ma piuttosto, oltre che per i fini perseguiti, sui meccanismi che determinino la correttezza della politica e dell'azione di governo. Su ciò è necessario spendere, sia pur concisamente, qualche parola.

Riprendendo quanto detto in precedenza, la realizzazione degli interessi pubblici, *in primis* dei diritti costituzionali, avviene mediante la politica, con ampia discrezionalità dell'attività di governo, ma con il limite della correttezza di quest'ultima. Onde individuare i canoni della correttezza, che è una componente essenziale del buongoverno, si possono utilmente richiamare, con affermazione che sembra (ma non lo è) lapalissiana, i connotati del malgoverno, inteso quest'ultimo nel senso non di una cattiva politica, bensì di violazione di regole che si impongono per qualsiasi politica si voglia adottare (qualunque sia la valutazione di opportunità si voglia dare di essa). In tale prospettiva c'è ampio materiale sia storico sia culturale relativo al malgoverno che può essere utilizzato.

Concisamente, si può assumere, in primo luogo, un'emblematica affermazione di una illustre dottrina, secondo cui "tutta la fenomenologia del malgoverno dai greci in poi conosce soprattutto due figure storiche principali: il tiranno e la fazione", con la precisazione che, per fazione deve intendersi "un gruppo di cittadini che costituiscono una maggioranza o una minoranza, ...uniti e spinti da un ...comune impulso di passione o di interesse in contrasto con i diritti degli altri cittadini o con gli interessi permanenti e complessi della comunità"²⁵. Sostanzialmente il malgoverno, sulla falsariga di queste parole, è costituito da un esercizio del potere in termini coercitivi contro avversari

²³ Cfr. E. MOUNIER, *Il personalismo comunitario e la democrazia*, in G. Galeazzi (a cura di), *Valori*, cit., 247. Mounier precisava ulteriormente, in via specifica, che, se occorreva "lottare, con tutte le nostre energie, contro la mistica del capo", si doveva però "restaurare nella democrazia...la funzione di capo, che è l'elemento essenziale di un'attività efficace" (*ibidem*).

²⁴ È stato ben osservato che anche la politica, nel senso più nobile del termine, dev'essere considerata un'attività che richiede doti culturali e professionali e con domanda retorica si è chiesto un giuspubblicista prestigioso, "se all'idraulico e al medico è richiesto di conoscere un mestiere, non è opportuno richiedere un certo grado di preparazione a chi deve svolgere un compito tanto più socialmente importante come quello di rappresentante o di governante?" (cfr. S. CASSESE, *Prefazione* a J. BRENNAN, *Contro la democrazia*, Luiss University Press, Roma, 2018, 14).

²⁵ Cfr. N. BOBBIO, *Il buongoverno*, in N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, 156, con la precisazione che l'A. riprende la definizione di fazione da Madison.

politici oppure di favoritismo nei confronti dei propri fautori (fra cui possono ricomprendersi anche soggetti collettivi di notevole influenza sociale ed economica).

Andando oltre questa fondamentale fenomenologia storica, c'è un ulteriore fattore, il quale risulta dall'esperienza storica (particolarmente) della giustizia costituzionale e dalle riflessioni della dottrina (italiana e straniera) e, pur avendo qualche tratto comune con il favoritismo, se ne distingue nettamente: si tratta della ragionevolezza, *rectius* della irragionevolezza²⁶. Detto in termini telegrafici, per l'adozione di politiche o di decisioni di governo ci sono canoni funzionali, difficilmente controvertibili, che si impongono in base alla logica e la cui violazione comporta una illogicità ed irrazionalità di opzioni e misure di governo. Per limitarci a cenni indicativi, la predisposizione di mezzi che, per dirla con efficaci parole, non si trovino "in rapporto di ragionevole strumentazione" con una finalità²⁷, oppure presentino "una palese inidoneità"²⁸, costituisce un difetto così grave che non può trovare alcuna giustificazione nella libertà di scelta di indirizzi politici e di atti di governo.

Tale imperativo della ragionevolezza e la sua compatibilità con una lecita libertà di opzioni e di adozione di misure si riscontrano anche nella vita comune, al di fuori dell'attività di governo. Per citare una similitudine di ragionevolezza in campo professionale, il medico gode di ampia libertà in materia terapeutica, ma, a parte altri limiti (qui irrilevanti), egli non può praticare trattamenti sanitari, che siano privi di qualsiasi validazione scientifica e siano assolutamente irrazionali, come ad esempio l'adozione di pratiche psicoterapeutiche per la cura dei tumori (casi accaduti!).

7. Considerazioni conclusive.

Concludiamo con due notazioni finali.

Sulla base di quanto scritto in precedenza, la democrazia è in un "rapporto di strumentazione" verso finalità ad essa superiori, le quali sono costituite dalla soddisfazione delle esigenze dei consociati, rappresentate *in primis* dai diritti riconosciuti e codificati dal costituzionalismo contemporaneo. Il fine di perseguire la miglior qualità della condizione umana si sostanzia, istituzionalmente, in un'ampia sfera di potestà e di efficiente attività di governo, nell'osservanza però dei canoni di contrasto del malgoverno, quali l'esercizio arbitrario oppure irragionevole del potere degli organi titolari della potestà di indirizzo politico-amministrativo. Attività di governo e suoi limiti costituiscono le due componenti del buongoverno, necessariamente coesistenti, pur se investano competenze istituzionali ben distinte: quella degli organi di indirizzo politico e l'altra propria degli organi di garanzia e di controllo (*in primis* degli organi giurisdizionali, ivi comprese le corti costituzionali). Con il che risulta valida quella tesi, diffusa presso la cultura giuridica, secondo la quale gli organi di garanzia, che debbono prevenire o sanzionare atti illegittimi di organi politici aventi investitura elettorale, non sono un fattore antidemocratico, bensì una componente indispensabile della democrazia, la quale esige, per riprendere e felici formule di un costituzionalista del secolo scorso, sia forti "strutture governanti" sia forti "strutture garantiste"²⁹.

²⁶ Sull'argomento, quanto mai ampio e noto, sembrano superflue citazioni. Ci limitiamo, peraltro, a titolo indicativo, a richiamare L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimità del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, 25 ss., con ampia analisi della dottrina e giurisprudenza in materia (pur non condividendo una concezione un po' troppo estensiva della ragionevolezza in termini costituzionali).

²⁷ Cfr. C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984, 651.

²⁸ Cfr. C. LAVAGNA, *op. cit.*, 653.

²⁹ Cfr. S. GALEOTTI, *Strutture garantistiche e strutture governanti nel modello e nella realtà costituzionale*, in Id., *Alla ricerca della governabilità*, Giuffrè, Milano, 1983, 151 ss.

Sulla piena compatibilità delle istituzioni di garanzia con la democrazia intesa in senso liberale (e non irragionevolmente demagogico) esiste un'immensa letteratura, giuridica *in primis*, che ha dimostrato la piena

La seconda notazione costituisce una precisazione su quanto scritto in precedenza. La negazione che la partecipazione dei cittadini alle attività di governo sia un fine non esclude affatto che, in vista di un'utilità politico-sociale, possano essere adottate forme di detta partecipazione. Senza poterci diffondere su tale tema, ci limitiamo ad osservare che certe procedure ed istituzioni di partecipazione possono risultare utili al fine di dar voce anche ad interessi di gruppi o settori sociali non adeguatamente rappresentati da partiti od organi pubblici, oppure di favorire una maggior conoscenza della realtà sociale, od ancora di realizzare meglio, con la collaborazione di soggetti della società civile, misure di governo, ecc.. Ciò che importa è che la partecipazione dei cittadini sia funzionale al buongoverno e non ad un irrealistico governo del popolo.

legittimazione (e necessità) delle istituzioni giurisdizionali, prime fra le quali le corti costituzionali, nel contesto degli ordinamenti liberaldemocratici: v., a titolo meramente indicativo, (per citare un'opera manualistica), A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli Torino, 2009, 5 ss..

Democrazie e gruppi di pressione. Un quadro comparato

SOMMARIO: 1. Democrazia e *lobbying*. – 2. Quale disciplina per il fenomeno lobbistico? – 3. La regolamentazione-trasparenza. – 4. La regolamentazione-partecipazione. – 5. La regolamentazione-strisciante ad andamento schizofrenico. – 6. Regolamentazione del *lobbying* e forma di governo.

1. Democrazia e *lobbying*.

Laddove c'è democrazia, c'è *lobby*. Potremmo riassumere con questa semplificata frase un concetto articolato più volte ribadito in diverse occasioni scientifiche [Petrillo, 2019] secondo cui la natura democratica di un sistema di governo o di un regime politico comporta necessariamente la presenza e l'azione di gruppi di persone che, accomunate da un medesimo interesse, esercitano pressione sulle autorità politiche al fine di trarre un vantaggio diretto o evitare uno svantaggio. In altri termini, nei sistemi democratici, in cui il pluralismo è elemento indefettibile, l'attività di *lobbying* non solo appare legittima ma è essa stessa indice di democraticità del sistema. Non a caso in quegli ordinamenti tradizionalmente classificati come non democratici, non vi è alcuno spazio per il *lobbying* né alcuna possibilità di azione per i gruppi di pressione.

Questo dato di fatto pone, tuttavia, una serie di questioni al fine di evitare che una azione legittima (il *lobbying*, appunto), esercitata in modo illecito, finisca per inficiare il processo decisionale e distorcere la finalità ultima dell'azione pubblica ovvero l'interesse generale. Vi è infatti da ricordare come compito primario dell'Autorità politica, di ogni ordine e grado, in un sistema democratico, è quello di assicurare il soddisfacimento degli interessi collettivi assumendo decisioni nell'interesse generale. Quest'ultimo, tuttavia, non è il frutto di una elaborazione solitaria del decisore pubblico o l'esito di una riflessione teorica e solipsistica; bensì deriva da una contrapposizione tra interessi particolari dinanzi ai quali il decisore pubblico è chiamato a svolgere una funzione di mediazione e di sintesi. L'interesse generale non è qualcosa che cala dall'alto e di cui il decisore è portatore universale; esso è l'esito di un processo (il processo decisionale, appunto) in cui una serie di parti (portatrici di interessi particolari) devono avere il diritto di presentare la propria posizione, ad armi pari e secondo rigorose norme di trasparenza, consentendo così al decisore pubblico di elaborare la scelta finale nell'interesse della collettività assumendosi ogni responsabilità per la propria azione.

L'influenza sulle decisioni pubbliche da parte di interessi organizzati estranei alla dinamica della rappresentanza politica rappresenta un fenomeno tipico dei sistemi liberal-democratici [Amato 2006, 59-60; Pinelli 2006, 38 e 48] ed appare essere strettamente legato allo sviluppo della democrazia stessa [de Vergottini 2007, 339]. Non a caso, laddove talune libertà fondamentali sono negate – quali ad esempio la libertà di associazione, quella di manifestazione del pensiero, quelle politiche – il *lobbying* è proibito e considerato un reato [Petrillo 2015, 565-618].

Pur senza voler aderire alle teorie economiche che definiscono la democrazia in termini «mercantili» secondo cui i politici sono degli imprenditori che si disputano il consenso degli elettori [Schumpeter 1961, 230], non può non sottolinearsi come la democrazia rappresentativa, per essere tale, necessiti di un dialogo continuo e costante, aperto e trasparente, tra decisore e gruppi di pressione, ed è naturale ed auspicabile che tale rapporto non si esaurisca in occasione del finanziamento da parte dei privati delle campagne elettorali. L'aspetto critico, dunque, non risiede nella natura negoziata dell'atto conseguente al processo decisionale pubblico, ma nel metodo con cui si arriva a tale atto, nello strumento utilizzato per conseguire questa finalità, e, infine, nel *modo* in cui i vari interessi – composti, scomposti, ricomposti – sono sintetizzati nella decisione finale. È

proprio in questo «modo», in questo «processo», che si cela il rischio-corrruzione che, tuttavia, non è legato né dovuto all'azione di *lobbying* in se stessa ma all'assenza di trasparenza che connota la maggior parte dei processi decisionali e all'elevata probabilità che, ad intervenire nel processo decisionale, non siano tutti i portatori di interesse ma solo i «clienti e parenti» – per usare le note parole di un politologo statunitense [La Palombara 1967].

Emerge fin da subito, quindi, la necessità che in un ordinamento democratico l'attività di *lobbying* sia regolamentata, al pari di qualsiasi altra attività legittima, così da consentire a tutti i portatori di interessi di intervenire nel processo decisionale, a tutti i cittadini di conoscere quali soggetti sono intervenuti, e a tutti i decisori pubblici di avere le informazioni necessarie per assumere la decisione.

Si tratta, quindi, di comprendere quali regole e per quali obiettivi sono state introdotte dagli ordinamenti democratici al fine di disciplinare il fenomeno lobbistico.

In Italia il rapporto tra lobbisti e decisori pubblici è avvolto da una quasi totale oscurità per una serie di motivi riconducibili, sinteticamente, al ruolo pressoché monopolistico dei partiti politici nell'intermediazione tra società e Stato, alla natura del tessuto economico-sociale caratterizzato da piccole e medie imprese, al basso livello di cittadinanza attiva e, certamente, al «mito» dell'interesse pubblico di derivazione francese che solo negli ultimi vent'anni sembra in via di superamento.

D'altronde, come pure altrove è stato ampiamente evidenziato in altre sedi [Petrillo 2012, 179-227], anche la dottrina italiana più autorevole ha percepito i gruppi di pressione come qualcosa da tenere al di fuori delle sedi pubbliche decisionali per preservarne la «purezza», in quanto «malattia dell'ordinamento rappresentativo, male da combattere e da eliminare» [Esposito 1958, 201; Rescigno P. 1959; Zagrebelsky 1994, 83 e 102]. Si tratta, tuttavia, di posizione ormai isolate e che scontavano una visione «giacobina» del processo decisionale fondata sull'idea che il decisore, in quanto tale, sappia - ancora prima di decidere - cosa sia l'interesse generale e possa, di conseguenza, decidere senza alcun confronto con i destinatari della decisione.

Tale visione non appare più sostenibile nel tempo presente quando ormai risulta assodato il fatto che chiunque sia chiamato ad assumere una qualche decisione di rilevanza pubblica debba necessariamente, da un lato, acquisire informazioni – specialmente di natura tecnica – da chi opera nel settore oggetto di regolazione e, dall'altro, verificare preventivamente l'impatto della decisione sui suoi destinatari naturali, così da evitare effetti non voluti. Quest'ultimo approccio, che si basa su una visione «anglosassone» del processo parlamentare, declina quei principi fondamentali prima richiamati e presenti in tutte le Costituzioni democratiche del mondo, configurando il fenomeno lobbistico come uno degli strumenti attraverso cui si esercita la sovranità popolare [Petrillo 2017, 283-305].

Tuttavia, tale visione democratica del *lobbying* trova ragione di esistere solo in presenza di norme che assicurino la trasparenza del processo decisionale e la parità di accesso al decisore pubblico. In altri termini, quei principi costituzionali su cui si fonda il *lobbying* devono essere temperati con altri principi costituzionali quali il buon andamento della pubblica amministrazione, l'imparzialità del decisore pubblico, la pubblicità dei processi decisionali, l'uguaglianza dei diversi portatori di interessi.

L'assenza di norme volte a temperare questi identici valori finisce per determinare la c.d. «cattura dell'interesse pubblico» da parte del lobbista, con un evidente sviamento dell'azione del titolare di una funzione pubblica. È tale carenza normativa a far percepire il *lobbying*, e non solo agli occhi dell'opinione pubblica, nella sua dimensione patologica ovvero come azione rivolta non ad influenzare il decisore pubblico ma a sviarlo nei suoi doveri d'ufficio, a trarlo in inganno, a confonderlo, finanche a corromperlo [Carlotti 2017, 371].

Il legislatore italiano, come ora si vedrà, ha reagito a tale carenza esclusivamente secondo una modalità difensiva. In altri termini, anziché regolare positivamente il fenomeno lobbistico quale espressione del pluralismo sociale, è intervenuto per punire l'influenza illecita (salvo dimenticarsi di

definire in cosa consista quella lecita) e per introdurre, nei piani nazionali anticorruzione, specifiche disposizioni sul *lobbying*.

Con riferimento al primo profilo – lo si accenna appena – appare assurda l'introduzione, nel codice penale, di un reato, quello di «traffico di influenze illecite» volto a colpire un comportamento indefinito [Lucibello 2013, 274 e 291; Cingari 2015, 479; Mongillo 2012]. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 346-*bis* del Codice Penale, introdotto dalla legge 6 novembre 2012 n. 190 "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", secondo cui chiunque, al di fuori dei casi della corruzione e della concussione, «sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale» [AndreaZZa 2013, 91; Scaroina 2016, 811; Severino 2013, 10; Veneziani 2016, 1293; Rizzo 2017, 166; Bonini 2012, 2694; Dolcini, Viganò 2012, 232; Gioia 2013, 283; Maiello 2013, 419; Cingari 2017, 176]. Si tratta di una previsione normativa che, nell'assenza di una regolamentazione positiva del fenomeno lobbistico, fatica ad essere applicata e, laddove applicata, suscita molteplici perplessità sotto il profilo della legittimità costituzionale [Petrillo, Honorati 2015; Romano 2015, 131; Mongillo 2016, 89].

Con riferimento al secondo punto, a riprova del fatto che per il Legislatore – come per il comune cittadino – il *lobbying* sia un fenomeno intimamente connesso alla corruzione, si consideri l'aggiornamento al Piano nazionale anticorruzione licenziato dall'ANAC nel 2015 laddove si invitano le amministrazioni pubbliche a considerare, come fattori connessi al rischio-corruttivo, «le possibili influenze esistenti con i portatori e i rappresentanti di interessi esterni» [Merloni 2013, 4; 2016]. Nell'assenza di una disciplina organica del *lobbying*, non risulta che vi siano amministrazioni che abbiano dato seguito a questa previsione salvo il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali che, nel 2012, ha istituito un registro dei portatori di interesse cui sono tenuti ad iscriversi coloro che intendono intervenire nel processo decisionale di competenza di quella Amministrazione [Petrillo 2010, 241].

2. Quale disciplina per il fenomeno lobbistico?

Se le premesse fin qui svolte sono fondate, emerge chiaramente come la questione di fondo sia individuare il quadro giuridico che definisca la relazione tra i decisori pubblici e i gruppi di pressione al fine di evitare fenomeni patologici quali la corruzione. In un contesto così ridefinito, si pone, dunque, la necessità di adottare le opportune garanzie giuridiche affinché i gruppi di pressione possano partecipare al processo politico in modo egualitario e trasparente. È l'assenza di parità di accesso al decisore pubblico ovvero di disposizioni che rendano trasparente la relazione lobbistica ad essere, infatti, la prima causa di corruzione: nel silenzio dell'ordinamento giuridico (o, peggio, come si vedrà, nella confusione normativa), il lobbista o l'aspirante tale rischia, per poter accedere al decisore pubblico in un contesto s-regolato, di dover ricorrere a strumenti anche (solo potenzialmente) illeciti pur di ottenere l'incontro sperato. Proprio per evitare questa sorta di induzione a corrompere, taluni ordinamenti hanno adottato una regolazione in positivo della relazione lobbistica.

Si tratta ora, quindi, di comprendere quale possa essere il quadro regolatorio di tale relazione: per farlo è opportuno procedere seguendo due linee direttrici. In primo luogo, è necessario

verificare l'eventuale vigenza di norme che, ad esempio, impediscano ai gruppi di pressione economicamente più rilevanti di accedere con maggiore facilità al decisore pubblico, magari sfruttando rapporti di clientela o di parentela; in secondo luogo è opportuno indagare sull'esistenza di regole che impongano al decisore di assumersi pubblicamente la responsabilità delle scelte compiute secondo rigidi meccanismi di trasparenza (in inglese si direbbe *accountability*).

L'analisi comparata evidenzia la risposta di diverse democrazie, dall'Europa al Nord America, dall'America Latina all'Oceania, al fenomeno lobbistico [cfr. OCSE, *Lobbyists, Governments and Public Trust*, Vol. 3, Paris 2014]. La "risposta", in termini giuridici, di ciascuno degli ordinamenti considerati è stata differente, seppure basata su una simile strumentazione giuridica.

3. La regolamentazione-trasparenza.

Il primo modello di regolamentazione del fenomeno lobbistico può essere definito *regolamentazione-trasparenza*. Le norme che rappresentano tale modello sono finalizzate a garantire la trasparenza del processo decisionale anche attraverso la previsione di un albo pubblico cui i lobbisti sono tenuti ad iscriversi, e la pubblicazione degli interessi rappresentati più o meno direttamente dai decisori pubblici.

Esaminando, seppur sommariamente, in un'ottica comparata gli ordinamenti del Canada, della Gran Bretagna, della Francia, di Israele e dell'Australia, è così possibile individuare alcuni elementi comuni che caratterizzano tale modello.

In primo luogo, con riferimento alle norme dirette a regolamentare l'attività di *lobbying*, troviamo in questi ordinamenti, seppur con sfumature molto diverse tra loro, la previsione dell'obbligo – per chi esercita tale attività – di iscriversi in registri o elenchi pubblici. Al riguardo si può citare quanto previsto in Gran Bretagna dal *Transparency of Lobbying, Non-party Campaigning and Trade Union Administration Act 2014* del 2014, approvato dal Parlamento britannico il 28 gennaio 2014 ed entrato in vigore il 1° marzo 2014. L'articolo 1 della legge espressamente dispone che i «*consultant lobbyists*», ovvero coloro che fanno *lobbying* per conto terzi, devono iscriversi in un registro pubblico, indicando i propri riferimenti e quelli del proprio cliente, nonché i pagamenti ricevuti (articoli 4, 5, 6 e allegato 1 della legge). Il registro, che deve essere aggiornato ogni tre mesi da parte del lobbista, è tenuto presso una autorità indipendente appositamente costituita, il *Registrar of Consultant Lobbyists* il quale, oltre a vigilare sulla correttezza delle informazioni, può comminare sanzioni (pecuniarie ed amministrative) nel caso in cui siano violati gli obblighi di legge.

In realtà, in Gran Bretagna, ben prima della legge del 2014, l'*UK Public Affairs Council* (UKPAC), un organismo che riunisce le tre principali organizzazioni rappresentative del settore lobbistico, aveva già introdotto un elenco pubblico ad iscrizione volontaria, in cui sostanzialmente si erano registrate tutte le *lobbies* al fine di evitare una perdita di credibilità (va tenuto presente che, in un ordinamento come quello britannico, la reputazione è una cartina di tornasole essenziale per le professioni che hanno a che fare con l'interesse pubblico e la vita delle istituzioni).

Identico meccanismo lo ritroviamo, da diversi anni, in Israele, in Australia e in Canada dove, fin dal 1989, con il *Lobbyists Registration Act* (LRA), vi è l'obbligo per i lobbisti di iscriversi in un Albo pubblico indicando tutti i propri dati, la finalità della propria azione, le fonti di finanziamento e di redigere una relazione annuale sull'attività svolta [Petrillo 2012, 91].

In Francia tale strumento giuridico è stato introdotto solo a livello di Assemblea nazionale e di Senato, a partire dal 2009, quando le due Istituzioni, riconoscendo il fondamentale ruolo delle lobbies nel processo normativo, hanno istituito un registro pubblico cui sono tenuti ad iscriversi «coloro che fanno *lobbying*» (Assemblée Nationale, *Arrêt du 2 juillet 2009 modifiant l'article 26*; Sénate, *Arrêté du 7 octobre 2009* e *Arrêté (de Questure) n° 2010-1258 du 1er décembre 2010*).

1258 1er decembre 2010). In realtà, l'iscrizione non è obbligatoria ma i soggetti che si iscrivono hanno diritto di accedere e di circolare nelle sedi delle due Camere e possono visionare in anteprima la documentazione parlamentare (ed in special modo il fascicolo degli emendamenti). Al tempo stesso, è fatto loro divieto di cedere la documentazione a titolo oneroso, di ottenere informazioni con mezzi fraudolenti, di fornire informazioni parziali, erronee o inesatte, di svolgere all'interno del Parlamento attività commerciale o pubblicitaria.

In secondo luogo, per ciò che concerne i decisori pubblici, in questi ordinamenti sono state introdotte norme che impongono anche a costoro di indicare, puntualmente e periodicamente, non soltanto i redditi da loro percepiti a qualsiasi titolo, ma ogni interesse, anche culturale o sociale, di cui sono *comunque* portatori.

Emblematico al riguardo è l'ordinamento britannico. Dal 1996 i *Codes of Conduct* della Camera dei Comuni e, dal 2009, l'equivalente per i Lords, la cui applicazione è assicurata dal *Parliamentary Commissioner for Standards*, riprendendo le regole di comportamento vigenti a Westminster fin dal 1830, ha istituito 4 registri pubblici: il registro degli interessi dei parlamentari; il registro degli interessi degli assistenti e dei collaboratori dei parlamentari; il registro degli interessi dei giornalisti parlamentari; il registro degli interessi degli «intergruppi parlamentari» (*all-party groups*).

Nel registro degli interessi dei parlamentari, i decisori politici devono dichiarare, all'inizio di ogni legislatura, se hanno incarichi remunerati in società pubbliche o private, se svolgono altre professioni, se hanno ottenuto, in campagna elettorale, sponsorizzazioni da privati, se hanno ricevuto regali o vantaggi economici di una certa rilevanza (per prassi superiore alle 1.000 sterline annue), se sono titolari di pacchetti azionari, obbligazioni o altri investimenti, se posseggono terreni o immobili sul suolo britannico o all'estero, se partecipano ad associazioni culturali, benefiche, no profit o altro.

Accanto a questo registro, è di notevole interesse l'obbligo previsto per gli *all-party groups* di essere trasparenti. Si tratta di gruppi costituiti da parlamentari di diversi schieramenti politici (i c.d. *All-Party Parliamentary Group*) ovvero da questi e da soggetti estranei alle Camere (i c.d. *Associate Parliamentary Group*) uniti da un comune obiettivo o una comune posizione da sostenere (si parla in tal caso di «*subjects groups*») o da un comune interesse verso un singolo paese estero (c.d. «*country groups*»). Tali intergruppi sono diventati, in pratica, lo strumento principale di rappresentanza degli interessi da parte delle *lobby* che, in tal modo, aggregano parlamentari di schieramenti differenti al fine di sostenere il proprio interesse, talvolta anche partecipandovi personalmente.

Senza altro meno stringente rispetto a quella britannica, ma con le medesime finalità di trasparenza, si presenta la regolamentazione adottata il 17 maggio 2012 dal governo francese con la *Charte de déontologie des membres du Gouvernement*. Questo documento contiene un vero e proprio codice etico articolato in una premessa e cinque principi a cui devono ispirarsi i membri del governo. Il secondo paragrafo della *Charte* dispone che i membri del governo ascoltino costantemente gli *stakeholders*, anche attraverso specifiche consultazioni di cui si dovrà dare atto nei preamboli dei disegni di legge.

Al tempo stesso i membri del governo sono obbligati a rendere pubblici gli interessi economici di cui sono portatori, pubblicandoli su un sito *web* della Presidenza. Secondo quanto previsto dalla Carta, è poi fatto divieto ai ministri di accettare qualsiasi invito che possa avere un valore economico (ad esempio un soggiorno in un albergo o il biglietto di una partita di calcio), dovendo restituire allo Stato qualsiasi dono, anche di cortesia, superiore ai 150 euro ricevuto nel corso del mandato.

Molto simili a quella britannica sono invece sia la normativa canadese (il *Federal Accountability Act* 2006), sia quella australiana, quest'ultima adottata nel 2007 quando il Governo, dopo aver svolto un'opera di semplificazione normativa e aver abrogato la previgente legislazione in materia di *lobbying*, ha introdotto, con propri decreti, il *Lobbying Code of Conduct*.

In base alle regole sancite dal *Code of Conduct* australiano per i decisori pubblici vi è l'obbligo, non solo di indicare le varie informazioni richieste nei diversi registri, ma anche di elaborare un rapporto dettagliato all'Autorità di controllo ogni qualvolta vengano a conoscenza di una violazione del Codice di Condotta. Per i lobbisti il decreto prevede l'obbligo di: a) trasmettere tutti gli aggiornamenti dei dati (forniti per la registrazione) non appena possibile e, comunque, non oltre 10 giorni lavorativi da quando sono intervenute le modifiche; b) trasmettere alla Segreteria del Gabinetto del Primo Ministro, entro 10 giorni lavorativi dal 31 gennaio di ogni anno, conferma dell'aggiornamento dei dati forniti; c) evitare ogni condotta disonesta o illegale; d) chiarire, in occasione del primo contatto con un rappresentante del Governo, chi sono, se sono o meno iscritti al Registro e specificare il nome dei loro clienti e la natura degli interessi che rappresentano; e) tenere strettamente separati dai loro doveri come lobbisti qualsiasi coinvolgimento personale nei confronti di una parte politica; f) non presentare richieste fuorvianti, esagerate o stravaganti o comunque non rappresentare scorrettamente la natura o le motivazioni dell'incontro voluto con le parti politiche [Cook, Walsh, Harwood 2009, 123].

Lo scopo di questa variegata regolamentazione è quello di rendere il luogo della decisione trasparente, come avesse pareti di vetro: il cittadino, al pari del portatore di interessi particolari, ha diritto a guardare cosa accade dentro la stanza e ad ascoltare la discussione, ma resta fuori dal luogo, non partecipa al processo se non quando il decisore esce dalla stanza e, sempre pubblicamente, si confronta con l'interessato. Ciò, è evidente, presuppone – perché il sistema funzioni – una cittadinanza attiva e consapevole.

4. La regolamentazione-partecipazione.

Il secondo modello può essere definito *regolamentazione-partecipazione* ed è possibile ritrovare tali caratteristiche negli ordinamenti degli Stati Uniti d'America, dell'Austria, della Germania e, per certi versi, dell'Unione Europea [Sassi 2012, 88]. In tali contesti, l'ordinamento considera, come nel precedente modello, la trasparenza del processo decisionale un elemento indefettibile, ma, in aggiunta, si pone l'obiettivo di rendere i portatori di interessi particolari partecipi del processo decisionale.

Così ad esempio, a livello europeo, vige da tempo l'obbligo per i membri della Commissione e i membri del Parlamento di dichiarare gli interessi di cui sono portatori, mentre, dal 1° novembre 2014, la Commissione ha introdotto l'obbligo per i decisori pubblici di tenere anche un registro degli incontri avuti con i lobbisti: ci si riferisce alle decisioni della Commissione Europea C(2014)9048 e C(2014)9051 con cui è stato disposto l'obbligo, rispettivamente, per i direttori generali della Commissione e per i Commissari e i membri del loro staff, di fornire ogni utile informazione circa i «meetings» svolti con i portatori di interessi particolari.

Ugualmente in Austria la legge federale del 2012, in vigore dal 1° gennaio 2013, *Lobbying- und Interessenvertretungs-Transparenz-Gesetz – LobbyG und das Gerichtsgebührengesetz*, ha introdotto meccanismi di assoluta trasparenza per i decisori pubblici come per i lobbisti.

In questi ordinamenti, dunque, ritroviamo le medesime norme che caratterizzano i modelli di regolamentazione-trasparenza; in più, però, vi è la previsione di un vero e proprio diritto per i portatori di interessi a partecipare al processo decisionale.

Il diretto coinvolgimento delle *lobby* nel processo decisionale degli Stati Uniti d'America, ad esempio, trova il suo fondamento nella stessa Costituzione [Mortati 1973, 337; G. Amato 2006, 49], dove il Primo Emendamento riconosce «the right to petition» ovvero il diritto di ciascun cittadino a svolgere attività di pressione verso i decisori pubblici di ogni livello di governo. Ogni tentativo di limitare tale diritto è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema: così fin dalle prime

sentenze *United States v. Rumely*, 345 U.S., 41 (1953) e *United States vs. Harris*, 347 U.S., 612 (1954), per arrivare alla più recente *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. (2010) del 22 gennaio 2010 [Di Maria 2013, 37; De Caria 2017, 39 e 48].

La conseguenza immediata di tale principio è stata, da un lato, la previsione nei regolamenti del Congresso del coinvolgimento dei gruppi di pressione fin dalla fase istruttoria dei provvedimenti, mediante specifiche *hearings* (che sarebbe decisamente sbagliato tradurre come «audizioni» all'italiana, svolgendosi in base a regole meno improntate alla discrezionalità del decisore di turno), e, dall'altro, la normativa «partecipata» sul finanziamento privato della politica. Senza volere, in questa sede, svolgere una disamina specifica del tema, basti considerare che lo strumento principale negli USA per finanziare la politica è il PAC ovvero il *Political Action Committee*. In sostanza, gruppi di cittadini e/o aziende e società private raccolgono fondi al fine di sostenere un certo interesse, costituendo un apposito PAC. Ad esempio, vi possono essere PAC per supportare l'ampliamento della spesa militare, o per vietare l'aborto in tutto il paese, o in favore di normative restrittive sull'uso delle armi. Gli organizzatori del PAC hanno un certo periodo di tempo per raccogliere soldi a proprio favore; concluso questo periodo, comunicano alla *Federal Electoral Commission* (FEC), l'autorità indipendente chiamata a vigilare sulla politica, a quanto ammontano le risorse economiche raccolte e le «offrono» a tutti i decisori politici. Colui o coloro che accettano di sostenere quell'interesse, inserendolo tra i propri impegni di parlamentare o di governatore o di presidente, ottengono il finanziamento raccolto dal PAC. Ciò avviene in modo assolutamente trasparente: qualsiasi cittadino può collegarsi al sito web della FEC e visionare i PAC, gli interessi che rappresentano, le risorse che hanno raccolto, e i decisori pubblici che hanno accettato di fruire di quelle risorse economiche. Come appare evidente, negli USA i PACs sono così divenuti lo strumento attraverso il quale i gruppi di pressione determinano l'indirizzo politico fin dal momento elettorale.

Tale meccanismo, ad avviso della Corte Suprema, non può essere sottoposto a limiti, in quanto espressione diretta di quella libertà di manifestazione del pensiero su cui si fonda il Primo Emendamento (sentenza *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. (2010) del 22 gennaio 2010).

Per certi versi, ritroviamo una medesima logica partecipativa nel contesto dell'Unione Europea laddove i Trattati espressamente prevedono il coinvolgimento dei portatori di interessi in ogni fase del procedimento istruttorio sia presso il Parlamento che presso la Commissione. Tra i principi fondanti l'Unione Europea, specialmente dopo il Trattato di Lisbona, vi è, infatti, quello della partecipazione aperta e trasparente da parte dei singoli cittadini e degli interessi organizzati ai processi decisionali. L'art. 11 del Trattato sull'Unione (TUE) esprime chiaramente tale principio, laddove si riconosce il diritto di cittadini e associazioni rappresentative di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni con i decisori europei. È compito di questi ultimi, dispone il paragrafo 2 dell'articolo 11, mantenere un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile; spetta, inoltre, alla Commissione, «al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione», procedere ad ampie e costanti consultazioni delle parti interessate. L'articolo 15 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE), riprendendo l'articolo 255 del Trattato sulla Comunità europea, precisa ulteriormente che trasparenza e dialogo continuo e costante con cittadini e associazioni sono obblighi non solo della Commissione ma di tutti gli organi e gli organismi dell'Unione che devono «promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile». Con una base giuridica così chiara, la Commissione europea ha, da tempo, introdotto numerosi meccanismi di partecipazione sia nella fase precedente l'approvazione di una norma, sia nella fase di implementazione della stessa, che nella fase di verifica successiva dell'impatto della regolamentazione [Ferioli 2012, 91; Sassi 2012, 111; Petrillo 2013, 75].

In questi ordinamenti, dunque, il luogo della decisione è, usando la stessa metafora precedente, una stanza con le pareti di vetro in cui, però, i portatori di interesse hanno diritto di entrare e di sedere al tavolo della decisione. Di più, vi è anche l'obbligo, più o meno regolamentato, per il decisore di spiegare le ragioni della propria scelta e di evitare ogni possibile situazione di (potenziale) conflitto con i lobbisti. Questo è il modello statunitense ma anche quello del Parlamento europeo, dove i lobbisti registrati nell'apposito albo hanno diritto, come si è accennato, ad essere ascoltati dalle Commissioni nelle materie di loro interesse.

5. La regolamentazione-strisciante ad andamento schizofrenico.

Accanto a questi due modelli, vi è una terza modalità di regolamentazione del fenomeno lobbistico che può essere definita come *regolamentazione strisciante ad andamento schizofrenico*. Tale modello (ovviamente negativo) è formulato sulla base del caso italiano ma caratterizza anche gli ordinamenti del Perù, dell'Argentina, del Messico e della Spagna.

Con riferimento all'esperienza italiana e spagnola il modello presenta tre caratteristiche: 1) l'assenza di una regolamentazione organica del fenomeno lobbistico; 2) la vigenza nel *corpus* normativo di diverse disposizioni che, pur se non espressamente votate alla disciplina di tale fenomeno, prevedono tuttavia obblighi di trasparenza per i lobbisti e per i decisori pubblici e, in taluni casi, veri e propri diritti di partecipazione al processo decisionale per i lobbisti; 3) la disapplicazione di tali norme da parte delle stesse autorità che le hanno introdotte.

Quest'ultimo aspetto connota anche gli altri ordinamenti sopra citati: così, a titolo di esempio, e non essendo questa la sede per una disamina puntuale di tutte le normative considerate [Petrillo 2014, 421-461], si possono citare il caso peruviano e quello argentino.

In un contesto istituzionale caratterizzato da una forma di governo iper-presidenziale, il Perù è stato il primo paese dell'America Latina ad approvare una legge per regolamentare il *lobbying*. Emanata il 12 luglio 2003, la ley n. 28024/2003, *Ley que regula la gestion de intereses en la administracion publica* (ley de Lobby), ha la finalità di assicurare la trasparenza dell'azione dello Stato e di regolare la «gestione degli interessi» nell'amministrazione pubblica.

Come la dottrina ha evidenziato [Espinosa Saldana-Barrera 2009, 265; Pizzolo 2012, 168-169], a distanza di dieci anni dalla promulgazione della legge, buona parte della stessa è rimasta lettera morta. Dal 2004 al 2015 ci sono state solo venticinque registrazioni di lobbisti. Tra questi venticinque, solo uno ha aggiornato le informazioni ogni sei mesi. Nessun decisore pubblico ha informato dei contatti effettuati da gruppi di pressione e molti si rifiutano di firmare il registro del lobbista, evitando così di confermare l'avvenuto incontro. Il motivo di questo fallimento va rinvenuto, a giudizio di alcuni, nella complessità della legislazione: la volontà di regolamentare ogni singolo aspetto della vita pubblica, e l'introduzione di obblighi ampi e rilevanti di trasparenza per il decisore, sono considerati la causa principale della mancata attuazione della legge [Caldas, Pereira 2007, 26; Saul 2017].

Esito simile ha avuto la (parziale) regolamentazione argentina. Nel 1999 il Presidente della Repubblica dell'Argentina, Fernando de la Rúa Bruno, per contrastare numerosi fenomeni di corruzione, istituì un'Autorità nazionale anticorruzione. Due anni dopo, i numerosi scandali di corruzione che coinvolsero diversi senatori hanno posto con forza la necessità di una regolamentazione del fenomeno lobbistico. Nel dicembre 2003, dopo diversi incontri pubblici e un partecipato dibattito pubblico, il successivo presidente Néstor Kirchner emanò il decreto n. 1172/2003 al fine di migliorare la qualità della democrazia e delle sue istituzioni, imponendo ulteriori norme di trasparenza in capo ai decisori pubblici e prevedendo un costante confronto tra questi e i portatori di interessi particolari. Tali norme, tuttavia, come le precedenti, dirette a

disciplinare il *lobbying* nei confronti dell'esecutivo, non hanno avuto alcuna concreta attuazione [Goni, Beltramino 2001, 157].

Tornando ai casi italiano e spagnolo, viceversa, rileva, in primo luogo, l'assenza di una normativa specifica sul *lobbying* ma la presenza, diffusa in numerose altre norme, di disposizioni che introducono obblighi di trasparenza o diritti di partecipazione per lobbisti e decisori pubblici; ed in secondo luogo il fatto che tali norme, esattamente come nel contesto sudamericano, sono disapplicate dalle stesse istituzioni che le hanno introdotte.

Si pensi, ad esempio, all'articolo 79 del Regolamento della Camera dei Deputati italiana laddove prevede l'apertura dell'istruttoria legislativa anche a portatori di interessi particolari, mediante audizioni o indagini conoscitive o anche attraverso il deposito di documenti e *position paper*.

Oppure si può fare riferimento a quel complesso di norme che hanno introdotto l'obbligo per il governo di elaborare l'Analisi di impatto della regolamentazione (AIR) per accompagnare i disegni di legge d'iniziativa governativa. Per elaborare l'AIR il governo deve procedere a consultare i portatori di interessi particolari dando conto di quali soggetti ha ascoltato, quali posizioni sono emerse e perché, in conclusione, ha optato per l'opzione finale, contenuta nella norma presentata. È sufficiente una veloce disamina dei siti istituzionali di governo e Parlamento per rendersi conto che queste disposizioni sono il più delle volte disattese e che l'accesso ai decisori pubblici, lungi dall'essere regolato in modo uniforme e trasparente, dipende quasi esclusivamente da rapporti di «forza» politica, elettorale ed economica [Mosco 2013, 351; Lupo 2013, 421-436; Mattarella 2011].

Uguualmente si pensi all'applicazione che è stata data, per molti anni, alla legge 5 luglio 1982, n. 441 che impone a tutti i decisori politici, di ogni livello di governo, di rendere pubblici i compensi percepiti a qualsiasi titolo, nonché ogni altro interesse economico di cui si è portatori. Per diverso tempo tale legge è stata correttamente applicata da Regioni, Province e Comuni ma non dai membri del Parlamento che, fino al 2013, si sono sempre rifiutati di rendere pubblici tali dati economici (limitandosi a pubblicare le mere dichiarazioni dei redditi) per (assurdi ed infondati) motivi di *privacy*. Ancora oggi, ad aprile 2015, per deputati e senatori è previsto il mero obbligo di consegnare tali informazioni ai rispettivi Servizi Prerogative e Immunità delle due Assemblee ma per renderle pubbliche è espressamente richiesto il consenso del dichiarante, di fatto così aggirando le finalità stesse della norma [Clarich, Mattarella 2013, 59; De Donno 2014, 513].

A conferma di un contesto regolato in modo causale, frammentato, episodico e, in definitiva, del tutto inutile, si possono citare ulteriori due esempi. In primo luogo, si pensi a quanto previsto dall'articolo 22, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) secondo cui «le amministrazioni aggiudicatrici devono pubblicare tutti i contributi ricevuti da portatori di interesse in relazione a lavori pubblici, forniture e servizi sia in fase di programmazione che nelle fasi di progettazione ed esecuzione» con acclusi i verbali delle riunioni svolte con tali soggetti [Carloni 2017, 381; 2014, 132]. Tale previsione, ispirata al modello regolatorio della trasparenza, non ha ovviamente avuto alcuna attuazione, non essendo stato definito cosa debba intendersi per «portatore di interesse» ed essendo invece prevista dal Codice penale, come si è accennato, la fattispecie di traffico di influenze illecite che, per i termini vaghi in cui è formulata e per le sue possibili implicazioni, intimorisce qualsiasi decisore pubblico.

Situazione simile si registra in Spagna dove manca una regolamentazione organica del fenomeno lobbistico sebbene vivace sia il dibattito che coinvolge dottrina e opinione pubblica sulla necessità di definire regole che impongano la trasparenza e la conoscibilità del processo decisionale. A tal fine, in Spagna il Parlamento ha approvato, su iniziativa del governo, la *Ley de Transparencia* (legge 9 dicembre 2013, n. 19) finalizzata a consentire l'accesso da parte di chiunque ad informazioni fondamentali connesse ai processi decisionali pubblici. Peccato che nell'approvarla ci si sia dimenticati, forse, che una tale norma era già vigente nell'ordinamento ma del tutto disapplicata perché priva di sanzioni [Alvarez Velez, De Montalvo Jaaskelaian 2014, 353].

Tali complessi di norme, introdotte e aggirate, definiscono ad avviso di chi parla, un «modello» regolatorio di tipo strisciante ad andamento schizofrenico poiché è tipico di questa nevrosi, ovviamente psichiatrica, il dichiarare di volersi comportare in un certo modo e poi fare l'esatto opposto. Nevrosi che sembra accomunare i paesi dell'area iberoamericana ma che trova anche in Italia un esempio eclatante favorendo – quando non istigando – fenomeni corruttivi ad ogni livello di governo.

6. Regolamentazione del lobbying e forma di governo

Da questo quadro ricostruttivo emerge come i gruppi di pressione influenzino l'indirizzo politico di un governo democratico, al pari dei partiti politici. Dottrina ben più autorevole ha evidenziato come vi sia un «nesso funzionale dei partiti con la dinamica della forma di governo» [Crisafulli, 1969, 136] in quanto le norme sulla forma di governo degli ordinamenti democratici sono, generalmente, «a fattispecie aperta (entro certi limiti) e cioè suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali che ad esso fanno capo» [Elia, 2006, 174].

Sviluppando tali premesse, sono state classificate, di conseguenza, dalla medesima dottrina diverse forme di governo: governo parlamentare a bipartitismo rigido; governo parlamentare a multipartitismo temperato; governo parlamentare a multipartitismo esasperato; governo presidenziale; governo a componenti presidenziali e parlamentari; governo direttoriale, a seconda anche del ruolo assunto dal partito politico nella definizione dell'indirizzo politico. Pur non essendo questa la sede per ribadire quanto già evidenziato in altri contesti, non può non ignorarsi come, con la crisi dei partiti politici e l'emergere (prorompente e, a volte, prepotente) dei gruppi di pressione, sia necessario avviare una riflessione sul nesso tra questi ultimi e le forme di governo.

La crisi dello «Stato dei partiti», infatti, ha posto la necessità di riflettere, tra le tante questioni, su «cosa sia possibile mettere al posto di questi partiti, che oggi si vanno sfaldando, al fine di garantire la presenza di una nuova struttura portante della democrazia» [Cheli, 1994, 401]. Il vuoto lasciato, appunto, dai partiti tradizionali quali mediatori delle istanze sociali, sembra essere ora assunto dai gruppi di pressione: si tratta di un fenomeno connesso all'evoluzione del rapporto tra istituzioni e cittadini ma che non produce una riduzione degli spazi di democrazia a condizione che tale nuova mediazione, come abbiamo ampiamente detto, avvenga in modo trasparente e regolamentato.

Le conseguenze di questi mutamenti sul funzionamento della forma di governo sono diversi: se il ragionamento precedente è fondato, infatti, «non è più il sistema dei partiti che, almeno in assoluta prevalenza, determina in concreto il rendimento delle regole giuridico-formali che compongono quella forma [di governo], ma il complesso delle azioni e reazioni di soggetti sociali assai diversi, la cui funzione sistemica non è quella di mediare fra interessi privati e interesse pubblico, ma di essere direttamente portatori degli interessi privati nella sfera pubblica, senza alcuna mediazione specificatamente «politico-partitica»» [Luciani, 2011, 564].

Ammettendosi, dunque, come in questa sede si fa, che il sistema partitico contribuisce a qualificare la forma di governo di un ordinamento, e che il sistema partitico è profondamente mutato negli ultimi vent'anni a tal punto da far emergere i gruppi di pressione quali soggetti abilitati ad influenzare l'indirizzo politico degli organi costituzionali, è ora necessario riferirsi nello studio sulle forme di governo (quanto meno anche) a questi soggetti. Non si tratta, in realtà, di un approccio metodologico così innovativo se si pensa che già Bentley nel *The Process of Government* evidenziava come per comprendere un sistema di governo fosse necessario anzitutto comprendere il meccanismo di mediazione degli interessi.

Nelle forme di governo in cui i partiti politici continuano a svolgere un ruolo vitale di connessione tra società ed istituzioni pubbliche, l'attività dei gruppi di pressione trova necessariamente uno spazio limitato. La domanda sociale (necessariamente frammentata) è, in questi contesti, articolata tramite i partiti politici che partecipano alla determinazione delle decisioni pubbliche nelle Assemblee rappresentative, diventandone politicamente responsabili. Pur tuttavia anche in questi contesti, proprio per la natura frammentata della domanda, e per l'impossibilità della dialettica parlamentare a rappresentare pienamente la dinamica degli interessi organizzati, le *lobby* operano. Ma la regolamentazione che ne disciplina l'accesso alle sedi istituzionali è rivolta principalmente a garantire la trasparenza *del* processo decisionale e non anche la loro partecipazione *nel* processo stesso. E' il caso della Gran Bretagna, della Francia e, per certi versi, del Canada.

Nei regimi in cui, all'opposto, i partiti politici sono scarsamente strutturati o non sono più in grado di raccordare le proprie istanze con quelle della collettività che rappresentano (o aspirano a rappresentare), lo spazio dei gruppi di pressione è più ampio e la loro funzione tende a trasformarsi, divenendo veri e propri attori istituzionali. In questi sistemi la regolamentazione dei gruppi di pressione tende a renderli partecipi del processo decisionale anche per aumentare il consenso intorno alla decisione politica assunta.

Non a caso negli Stati Uniti d'America e nei paesi dell'America Latina dove i partiti sono prevalentemente macchine elettorali al servizio di leader carismatici, le norme sulle lobbies sono state approvate proprio per disciplinare la partecipazione di queste alla fase di elaborazione delle leggi in Parlamento.

Queste considerazioni "calate" sul versante della forma di governo ci conducono a far corrispondere ai 3 modelli di regolamentazione del fenomeno lobbistico prima descritti, 3 diverse *sotto-tipi* delle forme di governo: così, laddove il rapporto *lobby*/decisore pubblico è definito secondo lo schema della regolamentazione-trasparenza, la forma di governo parlamentare, presidenziale, semi-presidenziale (qualunque essa sia) potrà essere declinata "ad interessi trasparenti"; ove il rapporto è definito secondo lo schema della regolamentazione-partecipazione, la forma di governo potrà essere qualificata "a interessi garantiti"; ed in ultimo alla regolamentazione-strisciante corrisponderà una forma di governo "a interessi oscuri".

Tale riflessione, lo si ribadisce, non è certo finalizzata a ridefinire le categorie elaborate dalla dottrina in relazioni alle forme di governo, quanto piuttosto a evidenziarne una caratteristica che non solo non può più essere ignorata ma, a nostro avviso, ne influenza l'andamento, incidendo sul rapporto stesso tra i diversi organi costituzionali. I *sotto-tipi*, dunque, lungi dall'assumere un carattere prescrittivo della forma di governo, assolvono ad una funzione descrittiva; non devono, dunque, essere visti "come una camicia di forza in grado di ingabbiare la realtà in formule precostituite" [Volpi, 2007, 155].

In primo luogo, le forme di governo "a interessi trasparenti" sono quelle in cui il rapporto tra gli organi costituzionali e le componenti del sistema politico che influenzano tale rapporto si basa su norme volte a garantire la trasparenza nei processi decisionali. In altre parole con questa espressione si intendono quelle forme di governo in cui esistono norme comportamentali per i decisori pubblici che prevedano, quanto meno, la pubblicazione di tutti gli interessi di cui sono portatori, ma anche il libero accesso agli atti parlamentari e di governo, rigorose disposizioni in materia di incompatibilità, ineleggibilità, conflitti di interessi, norme sul finanziamento privato della politica finalizzate a rendere palesi nomi, interessi, risorse dei lobbisti.

Tale qualificazione ("a interessi trasparenti") è, dunque, una specificazione del tipo di relazione che si crea tra gli organi di governo, potendoci essere forme di governo parlamentari o presidenziali o semi-presidenziali "a interessi trasparenti", e questo perché la presenza degli interessi non fa venire meno il carattere parlamentare o presidenziale di una certa forma di governo. In questi termini possono essere definite le forme di governo della Gran Bretagna, del Canada, della Francia,

di Israele. La cifra che qualifica questi ordinamenti, pur con le debite differenze, sembra essere quella della trasparenza su cui si basa il modo di relazionarsi dei diversi organi costituzionali con le componenti del sistema politico (partiti e lobbies, *in primis*).

In queste forme di governo, dunque, i vari soggetti, anche non istituzionali, che influenzano la formazione dell'indirizzo politico sono pubblici nel senso che è possibile ricostruire la filiera del processo decisionale e comprendere quali interessi il decisore pubblico ha ritenuto di dover soddisfare e/o non assecondare.

Ciò è possibile soltanto grazie alla strumentazione giuridica introdotta appositamente dall'ordinamento mediante, da un lato, l'obbligo di registrazione degli interessi dei decisori e dei lobbisti e dei relativi incontri, il divieto di regali o contribuzioni di un certo valore, disposizioni specifiche sul conflitto di interessi e sul divieto di «revolving door» e, dall'altro, relazioni periodiche sull'attività svolta dai lobbisti, limiti al finanziamento della politica con rigidi requisiti di assoluta trasparenza, autorità di controllo indipendenti dal potere politico cui chiunque può rivolgersi per chiedere verifiche.

In secondo luogo, le forme di governo “a interessi garantiti” sono quelle forme di governo in cui i rapporti tra gli organi costituzionali e una componente essenziale e inevitabile del sistema politico (i gruppi di pressione) sono, per un verso, trasparenti, e, per un altro, biunivoci nel senso che i gruppi di pressione contribuiscono a determinare l'indirizzo politico secondo meccanismi e procedure codificate di confronto, consultazione, partecipazione. In questi contesti il luogo fisico della decisione non solo ha le pareti di vetro, sicché tutti possono guardare e conoscere cosa accade dentro, ma permette ai gruppi di pressione di sedere al tavolo dei decisori.

Chiunque, restando fuori dal luogo della decisione, può però vedere cosa accade dentro e decidere di conseguenza.

Al tempo stesso sono, così, garantiti anche gli “interessi” dei cittadini-elettori che possono, in qualsiasi momento, conoscere i fattori che hanno spinto i decisori ad assumere *quella* particolare scelta, nonché i soggetti che l'hanno influenzata e i meccanismi che l'hanno determinata. Sono queste, quindi, le cifre che qualificano una forma di governo in termini di “interessi garantiti” che caratterizza, a nostro avviso, gli Stati Uniti d'America, l'Austria, la Germania, l'Australia e, con qualche dubbio, le istituzioni dell'Unione Europea.

In questi contesti l'indirizzo politico non solo è influenzato ma è anche determinato da una partecipazione, regolata e trasparente, dei gruppi di pressione ai processi decisionali.

In tali ordinamenti, infatti, accanto agli strumenti per la trasparenza propri della precedente forma di governo, contemplano norme che, come si è accennato, consentono alle *lobbies* di determinare il contenuto dell'azione politica fin anche dal momento elettorale ovvero di negoziare pubblicamente con il decisore pubblico il contenuto della decisione mediante *hearings*, analisi di impatto, istruttorie legislative aperte.

L'indirizzo politico è così il frutto di un lavoro congiunto tra decisore pubblico e interessi (non a caso definiti «garantiti»), ferma restando solo in capo al decisore la responsabilità della decisione.

In terzo luogo, le forme di governo “a interessi oscuri” sono quelle forme di governo dove sono assenti o carenti o disapplicate le norme comportamentali per i decisori pubblici, dove non possono essere conosciute, nel dettaglio e con facilità di accesso, le fonti di finanziamento della politica, dove il decisore pubblico negozia con le *lobby* il contenuto della decisione stessa senza che ciò avvenga secondo regole chiare, certe, trasparenti, uguali per tutti. In questi ordinamenti, il rapporto tra gli organi costituzionali e le componenti del sistema politica che ne influenzano il potere è avvolto da un velo impenetrabile di oscurità: il luogo della decisione, lungi dall'aver pareti di vetro, ricorda una *brasserie* ottocentesca, piena di fumo e cattivo odore, dove, pur entrandovi, si fatica a distinguere le persone, le voci, i movimenti.

È il caso di Italia e Spagna ma anche degli ordinamenti dell'America Latina qui considerati.

Da questa analisi sommaria e semplificata, emerge come le *lobbies* non rappresentano un fattore distorsivo dei processi decisionali purché siano regolate secondo principi trasparenti e uguali per tutti. Volendo ricorrere ad una metafora è possibile evidenziare come i gruppi di pressione siano, nei sistemi democratici, come un fiume ricco d'acqua: la corrente di un fiume in piena può travolgere tutto quello che ha davanti, superare gli argini e inondare intere città, distruggendole.

Ciò accade se non c'è una corretta manutenzione del fiume; se sono stati costruiti argini troppo bassi; se non sono state rispettate le distanze di sicurezza tra il fiume e i centri abitati. In altre parole, se non ci sono regole o se quelle presenti non sono state rispettate, quel fiume può diventare pericoloso. Ma non è il fiume la causa del pericolo; sono le norme carenti o disapplicate (come avviene in Italia).

Ecco, i gruppi di pressione sono come il *nostro* fiume: possono offrire un contributo importante al processo decisionale, contribuendo a influenzare e determinare l'indirizzo politico (e quindi l'evoluzione della forma di governo di un Paese) a condizione che vi siano regole chiare ed omogenee, che impongano la massima trasparenza del processo stesso.

Riferimenti bibliografici

- I. ÁLVAREZ VÉLEZ, F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *Los lobbies en el marco de la Union Europea: una reflexion a proposito de su regulacion en Espana*, in *Teoria y Realida Constitucional*, 2015
- G. ANDREAZZA, *Il traffico di influenze*, in F. Cingari (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze, 2013
- G. AMATO, *Forme di stato e forme di governo*, Bologna, 2006
- S. BONINI, *Traffico di influenze illecite*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012
- E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government*, Rimini, 2014
- E. CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017
- E. CHELI, *Riflessi della transizione della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1994
- F. CINGARI, *Sul traffico di influenze illecite*, in *Diritto penale e processo*, 2015
- F. CINGARI, *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, in *Cassazione penale*, 2017
- M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. Mattarella, e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013
- V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, Firenze, 1969
- R. DE CARIA, *Le mani sulla legge": il lobbying tra free speech e democrazia*, Milano, 2017
- B. DE DONNO, *Cenni introduttivi sul tema della corruzione e della responsabilità penale delle società nel diritto comparato*, in B. Del Vecchio, P. Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014
- G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2007
- R. DI MARIA, *Rappresentanza politica e Lobbying: teoria e normativa. Tipicità ed interferenze del modello statunitense*, Milano, 2013.
- E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

- L. ELIA, *Forme di Stato e forme di governo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006
- E. ESPINOSA SALDANA-BARRERA, *El derecho de informacion en el Perú*, in AA.VV., *El derecho de acceso a la informacion publica en Iberoamerica*, Arequipa, 2009
- C. ESPOSITO, *I partiti politici nello Stato democratico* in Id., *Scritti giuridici scelti, II. Teoria generale dello Stato e diritto costituzionale prerepubblicano*, Napoli, 1958
- E. FERIOLI, *L'attività dei gruppi di pressione nell'Unione Europea*, in *Percorsi costituzionali*, 2012
- M. GIOIA, *Il delitto di traffico di influenze illecite: una fattispecie tecnicamente sbagliata*, in *Critica del diritto*, 2013
- J. LA PALOMBARA, *Clientela e parentela. Studio sui gruppi di interesse in Italia*, Milano, 1967
- M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001
- P. M. LUCIBELLO, *Il delitto di traffico di influenze illecite*, in A. D'Avirro (a cura di), *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013
- N. LUPO, *La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 2013
- V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.
- B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi: molte, oscure, complicate*, 2011
- F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Diritto penale e processuale*, 2013
- F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2016
- V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012
- V. MONGILLO, *Profili penali della rappresentanza di interessi: il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano*, in *Percorsi costituzionali*, 2016.
- C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973
- G.D. MOSCO, *La notte delle regole: responsabilità della politica e problemi di tecnica legislativa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013
- OCSE, *Lobbyists, Governments and Public Trust*, Vol. 3, Paris 2014
- P.L. PETRILLO, *Air e gruppi di pressione: un binomio possibile*, in *Rassegna parlamentare*, 2010.
- P.L. PETRILLO, *Le lobbies e la forma di governo italiana*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2012
- P.L. PETRILLO, *European Union and Pressure Groups. A legal perspective*, in M. Cartabia, N. Lupo, A. Simoncini (a cura di), *Democracy and subsidiarity in the EU*, Bologna, 2013
- P.L. PETRILLO, *Democrazie e lobbies: è tempo di regolare la pressione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 2015, n. 7
- P.L. PETRILLO, *Il dialogo in Parlamento tra politica e interessi organizzati*, in V. Lippolis e N. Lupo (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale*, in *Il Filangieri - Quaderno 2015-2016*, Napoli, 2017
- P.L. PETRILLO, C. HONORATI, *Il difficile percorso del diritto costituzionale al lobbying tra indeterminatezza normativa e traffico illecito di influenza*, in *Aperta Contrada*, 2016
- P.L. PETRILLO, *Teorie e tecniche del lobbying*, Bologna, 2019
- C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, 2006
- C. PIZZOLO, *Il lobbismo in America Latina, un lungo cammino da percorrere*, in *Percorsi costituzionali*, 2012
- P. RESCIGNO, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, Milano, 1959
- E. SCAROINA, *Lobbying e rischio penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016

- C. RIZZO, *Brevi considerazioni sul traffico di influenze illecite*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2017
- A. ROMANO, *Traffico di influenze illecite e lobbying*, in D. Forastieri (a cura di), *Stato Legale sotto assedio*, Roma, 2015
- S. SASSI, *Processo legislativo europeo e centri di influenza*, in *Percorsi costituzionali*, 2012
- S. SASSI, *I rappresentanti di interessi nel contesto europeo. Ruolo e sinergie con le istituzioni*, Milano, 2012
- J. A. SCHUMPETER, *The Theory of Economic Development: An Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle*, Oxford, 1961
- P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013
- P. VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cassazione penale*, 2016
- M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 2007
- G. ZAGREBELSKY, *La sovranità e la rappresentanza politica*, in AA.Vv., *Lo stato delle istituzioni italiane*, Milano, 1994

NICOLA PIGNATELLI

La natura delle funzioni dei partiti politici e delle situazioni giuridiche soggettive degli iscritti

SOMMARIO: 1. La natura giuridica del partito come soggetto privato titolare di funzioni private di rilevanza costituzionale. - 2. I poteri giuridici privati del partito. - 3. Gli interessi legittimi privati degli iscritti come dimensione del diritto costituzionale ex art. 49 Cost.

1. La natura giuridica del partito come soggetto privato titolare di funzioni private di rilevanza costituzionale

La definizione della natura giuridica del partito sembra imporre una semplificazione e comunque uno scioglimento della natura “anfibia”¹ o, per alcuni, multiforme², la cui mobilità è certamente connessa all’ambiguità, polivalenza³, elusività⁴, vaghezza⁵ e incompiutezza⁶ dell’art. 49 Cost.

La Costituzione, superando il modello di rappresentanza liberale ed evitando di relegare i partiti nella sfera di indifferenza, ha *riconosciuto* un *fatto* preesistente⁷, per quanto riconosciuto non direttamente come soggetto di una disposizione costituzionale (art. 49 Cost.) ma come oggetto di esercizio di un diritto individuale, riconducibile, in un rapporto di specialità, nell’alveo della libertà di associazione (art. 18 Cost.), quale ulteriore specificazione dell’art. 2 Cost.

Si tratta di definire quindi che cosa la Costituzione abbia riconosciuto come oggetto di tale libertà individuale dei cittadini, per quanto sia chiaro come il *riconoscimento costituzionale* abbia lasciato impregiudicato il *riconoscimento giuridico*; in sede Costituente si affermò espressamente come il riconoscimento costituzionale non dovesse essere confuso con il tema del riconoscimento giuridico e quindi della *personalità giuridica*, “che non era tema di diritto costituzionale”⁸.

In primo luogo, alcune certezze sussistono in merito a cosa *non* sia un partito e quindi a cosa non sia stato riconosciuto dall’art. 49 Cost. Il partito *non* è un *potere dello Stato*. Il riconoscimento costituzionale non ha determinato l’attribuzione di competenze costituzionali, così da poter essere

¹ G. ALPA, *Note sulla riforma dello Statuto giuridico dei partiti politici*, in *Pol. dir.*, 1993, 100, secondo cui “si tratta di due modi diversi e complementari di essere del partito politico, il quale presenta al tempo stesso due facce: l’una rivela che esso è protagonista (anche se oggi non più esclusivo) e pretende di essere protagonista della vita politica e istituzionale del paese; l’altra evidenzia che il partito è un organismo espresso dall’autonomia privata, libera di costituire enti intermedi, di assegnare loro scopi leciti, e di dotarli del supporto economico necessario per il perseguimento di tali scopi”. Sulla concorrenza tra diritto pubblico e diritto privato nella disciplina dei partiti cfr. S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, 705 ss.. Tale espressione è ribadita in dottrina. Cfr. F. BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, Milano, 2012, 127; S. CERRERI, G. STEGHER, *I partiti politici in Italia*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2018, 2.

² Cfr. P. VIRGA, *Il Partito nell’ordinamento giuridico*, Milano, 1948, 24.

³ V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Jus*, 1969, 111.

⁴ S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Partiti politici e società civile a sessant’anni dalla entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, 2009, 73.

⁵ G. PASQUINO, *Art. 49 Cost.*, *Art. 49 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992, 6.

⁶ S. BONFIGLIO, *L’art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: “rilettura” o “incompiuta” costituzionale?*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), 2018, 2.

⁷ V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, cit., 108.

⁸ Così le parole di Dossetti, richiamate da G. PASQUINO, *Art. 49 Cost.*, cit., 10. Sulla sorte degli emendamenti miranti ad introdurre la previsione del riconoscimento della personalità giuridica e l’attribuzione di competenze costituzionali cfr. P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, 73.

negata da parte della Corte costituzionale ai partiti la qualificazione di potere ai fini della attivazione di un conflitto di attribuzioni (art. 37 l. n. 87/1953)⁹.

Il partito *non* è un *organo dello Stato*, o una *istituzione dello Stato*, al di là della forza fattuale di incidenza sullo Stato¹⁰, posto che la Costituzione ha escluso in radice, come reazione antiautoritaria, l'incorporazione dei partiti nello Stato¹¹ (analogamente alla immedesimazione organica del P.N.F. con lo Stato fascista), garantendo così il pluralismo¹²; né il partito può essere ricondotto allo Stato, confondendo il partito stesso con il gruppo parlamentare¹³.

Il partito *non* è neppure un *Ente pubblico (non economico)*, quindi una persona giuridica pubblica (art. 11 c.c.), posto che sono del tutto carenti gli indici che il diritto vivente ha elaborato, in senso cumulativo, per tale qualificazione (assoggettamento ad un sistema di controlli pubblici, ingerenza dello Stato nella nomina dei dirigenti, esercizio da parte dello Stato di poteri direttivi, corresponsione di finanziamenti pubblici, costituzione ad iniziativa pubblica), pur in un quadro di progressiva plurifunzionalità e polivalenza della nozione, potenzialmente mutevole ai limitati fini di una normativa di settore¹⁴.

Pertanto la natura del partito deve essere ricostruita, in via residuale¹⁵, come un *soggetto privato (rectius, un ente collettivo privato o una "organizzazione propria della società civile"*¹⁶, della cui forma giuridica diremo), per quanto non certamente un soggetto privato che si risolve, come una monade autarchica, in un ordinamento ad esclusivo regime privatistico¹⁷; la giurisprudenza

⁹ Cfr. Corte cost. ord. n. 79/2006. In senso critico cfr. S. CURRERI, *Non varcate quella soglia!*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), (18 aprile 2006) 2006, 1 ss.

¹⁰ Cfr. sulla problematica G.U. RESCIGNO, *Partiti politici, Articolazioni interne dei partiti politici, diritto dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1964, 1430 ss.

¹¹ Cfr. P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 73. Una diversa lettura del tutto minoritaria, si trova in P. VIRGA, *Il Partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 89 ss., il quale, partendo dal riconoscimento della natura multiforme del partito (a) come associazione; b) organo; c) istituzione; d) elemento del sistema di governo), teorizza la qualificabilità del partito come organo nel procedimento elettorale. Cfr. anche G.D. FERRI, *Studi sui partiti politici*, Roma, 1950, 167 ss, che riconosce ai partiti la qualificazione di potere dello Stato, in cui si realizza una "sintesi ideale di organi statuali", con riguardo ai rapporti che si determinano con il gruppo elettorale, il gruppo parlamentare ed il *premier*.

¹² P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 73.

¹³ Peraltro, il gruppo parlamentare non può qualificarsi neppure come organo del partito. Cfr. su tali problematiche M.L. MAZZONI HONORATI, *Lezioni di Diritto parlamentare*, Torino, 1999, 120 ss. Cfr. anche A. SAIITA, *Contributo allo studio dello statuto costituzionale delle opposizioni e delle minoranze parlamentari*, Milano, 2000.

¹⁴ Cfr. in modo esemplare Cons. St., sez. VI, 26.5.2015, n. 2660, che afferma un principio generale di "pluri-qualificabilità" funzionale di ente pubblico: "È vero, infatti, che nel corso degli ultimi anni, la nozione di ente pubblico si è progressivamente "frantumata" e "relativizzata" (...) La nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può, infatti, ritenersi fissa ed immutabile. Non può ritenersi, in altri termini, che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente e in maniera immutabile la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione. Al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico. Si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica". Cfr. anche TAR Lazio, sez. III, 15 giugno 2015, n. 8376; Cons. Stato, sez. VI, 1.6.2016, n. 2326.

Appare, invece, soltanto una suggestione l'idea dei partiti come un'agenzia di *public utilities*. Cfr. F. DI MASCIÒ, *Come i partiti controllano lo Stato. Il patronage in Europa*, in *Riv. it. sc. pol.*, 2011, 291 ss.; A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it) n. 1/2017, 14.

¹⁵ Così E. BETTINELLI, *Alla ricerca del diritto dei partiti politici*, cit., 1005.

¹⁶ Così Corte cost. ord. n. 79/2006.

¹⁷ Per una ricostruzione meramente privatistica dei partiti cfr. P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Jus*, 1956, 1 ss.

costituzionale¹⁸ e la dottrina¹⁹ diffusamente hanno qualificato, anche di recente, il partito come un *soggetto privato titolare di funzioni pubbliche*, valorizzando la connessione tra la dimensione privatistica (soggettiva) e quella pubblicistica (oggettivo-teleologica).

Tuttavia, tale categoria appare più una figura descrittiva o “metaforica”²⁰ che una solida nozione dommatica.

È sintomatico che la dottrina pubblicistica quando ricostruisce il catalogo delle *funzioni pubbliche*²¹ annovera tra esse le tre funzioni classiche, ossia quella legislativa, quella esecutiva (della quale l'amministrativa è una *species*²²), quella giurisdizionale, oltre, almeno per alcuni, a quella “quarta”²³ di indirizzo-politico²⁴ e a quella giustiziale²⁵, non annoverando *mai* la funzione pubblica (o le funzioni pubbliche) dei partiti.

Di contro la categoria *soggetto privato (partito) titolare di funzioni pubbliche* emerge, in modo rapsodico, prevalentemente nella letteratura specificatamente dedicata ai partiti, essendo utilizzata come una formula onnicomprensiva e comunque non essendo mai accompagnata da una individuazione di quali siano le *funzioni pubbliche* del partito o comunque di quale sia il discrimine tra funzioni pubbliche e funzioni private dei partiti; tale evocazione sembra emergere peraltro quasi esclusivamente in riferimento alla dimensione elettorale e a quella preliminare di selezione delle candidature, ossia ad un singolo momento della vita del partito²⁶.

In realtà appare difficile ricondurre le *funzioni* del partito politico ai modelli classici delle funzioni pubbliche, diversamente da quanto solidamente può dirsi per i *soggetti privati che svolgono funzioni amministrative*²⁷ (siano esse funzioni amministrative in senso proprio o servizi pubblici oggetto di concessione, in entrambi i casi sottoposti a controllo pubblico) o per i *soggetti privati che svolgono funzioni giurisdizionali*²⁸ (in una logica di alternatività e parità di garanzie del diritto di difesa).

¹⁸ Cfr. Corte cost. ord. n. 79/2006, secondo cui “i partiti politici vanno considerati come organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche”.

¹⁹ Si vedano espressamente, tra gli altri, nella vasta letteratura scientifica, S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 178 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I partiti politici nell'ordinamento costituzionale*, in *Il Politico*, 1950, 11; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 142; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, cit., 161; F. RESCIGNO, *Il diritto di associazione in partiti e il finanziamento della politica*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di) *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, 521; A. POGGI, *La democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2015, 15; L. GORI, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 2018, 23 ss. Cfr. in giurisprudenza Tar Lazio, 14.10.2009 n. 989.

²⁰ Si rievoca la medesima espressione di V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, 137, che utilizzava per criticare la qualificazione dei partiti come “organi dello stato” nel procedimento elettorale, evidenziandone il senso “atecnico”.

²¹ Sulla complessa nozione di funzione pubblica Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. It.*, 1961, 686 ss.; M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, 1974; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969; F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, 1989, vol XIV.

²² Cfr. sulla problematica C. NAPOLI, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 118, primo e seconda comma*, Torino, 2011, 5 ss.

²³ A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del Diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988, 152.

²⁴ V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, 6 ss; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, 134 ss.

²⁵ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991.

²⁶ Più coerentemente G. PASQUINO, *Art. 49 Cost.*, cit., 18, distingue tra funzioni “sistemiche” (quella di selezione delle candidature) e “funzioni “partigiane” (scelta dei dirigenti, linea politica), pur non facendo corrispondere a tale distinzione una cesura tra funzioni pubbliche e funzioni private.

²⁷ Cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1935; M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, 685; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, 165 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, 251 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

²⁸ Cfr. il recente lavoro di F. MARONE, *Giustizia arbitrale e Costituzione*, Napoli, 2018.

Da queste due ipotesi si discostano, visto che l'elemento per esse caratterizzante "consiste nel conferimento ad un privato dell'esercizio di attribuzioni che sono proprie dello stato" (o comunque dell'Ente titolare) "e delle quali esso continua a rimanere titolare"²⁹. Per i partiti non può certamente ravvisarsi questa logica di titolarità e conferimento di essa: "manca infatti il presupposto inerente a tale figura: e cioè la sostituzione del partito a funzioni di per sé spettanti allo Stato, perché lo Stato non potrebbe mai surrogarsi al partito"³⁰.

In ogni caso anche la mancanza di una legge sui partiti palesa la carenza di una fonte attributiva specifica di funzioni qualificabili come pubbliche.

Più coerentemente con il quadro costituzionale ci sembra di poter affermare, in via generale, che il partito sia (prevalentemente) un *soggetto privato titolare di funzioni private di rilevanza costituzionale* (fatta eccezione, come si dirà, per le funzioni attribuite dalla legge nella competizione elettorale).

Tale qualificazione, che può ritenersi presupposta in generale dall'obbligo della Repubblica di favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale" (art. 118, comma 4, Cost.), e quindi in intima connessione con l'art. 49 Cost., si fonda sull'autonomia della nozione di *funzioni pubbliche* (esercitabili sia da soggetti pubblici che privati sotto il controllo pubblico) rispetto a quella di *funzioni private* ("attività") *di interesse generale* e quindi di *rilevanza costituzionale* (generalmente sottratte al controllo pubblico)³¹.

Tali *funzioni private* sono, infatti, certamente strumentali al soddisfacimento di interesse pubblici, *rectius* di interessi costituzionali, come lo stesso art. 49 Cost. riconosce attribuendo ad essi il ruolo di artefici della politica nazionale, per quanto tale soddisfacimento sia soltanto indiretto e subordinato al soddisfacimento di un interesse del partito, ossia dell'ente collettivo-gruppo³², in lotta per la conquista del potere politico³³. La prova fattuale della necessaria intermediazione dell'interesse del gruppo rispetto all'interesse generale è desumibile dalla impossibilità di determinare la politica nazionale e quindi gli interessi generali senza la conquista del potere politico *per* il gruppo. In questa prospettiva il partito si distingue anche dagli altri soggetti privati titolari di funzioni private di rilevanza costituzionale (art. 118, comma 4, Cost.), posto che per questi ultimi il soddisfacimento dell'interesse pubblico è concepito quale fine diretto e immediato. Il partito è quindi un soggetto privato che svolge funzioni private per soddisfare in via immediata un interesse del gruppo e quindi indirettamente, o se si preferisce, in via successiva interessi generali costituzionali (art. 49 Cost.).

Questa impostazione della natura del partito può fondarsi sull'idea di *metodo* di Mortati, secondo cui la distinzione tra la sfera privatistica e quella pubblicistica può essere apprezzata in relazione al "grado di immediatezza" del collegamento con l'interesse generale; la sfera del diritto pubblico "è

²⁹ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 215. Sulla impossibilità di riconoscere funzioni pubbliche in capo ai partiti cfr. anche S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, cit., 107; M. VOLPI, *Intervento*, in AA. VV., *Partiti politici e società civile*, cit., 321.

³⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit. 812, il quale aggiunge che "si dovrebbe altrimenti pensare alla figura di un esercizio privato di pubbliche funzioni 'necessario' non essendo mai possibile nel regime in atto l'assorbimento delle medesime nell'organizzazione pubblicistica".

³¹ Peraltro, la nozione di funzioni private può desumersi *a contrario* dallo stesso riconoscimento espresso in Costituzione della nozione di funzioni pubbliche (art. 54 Cost.). Così F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, 309. Oggi anche l'art. 119, comma 4, Cost. utilizza la nozione di funzioni pubbliche.

³² In questa prospettiva può essere distinto il *potere privato* nell'interesse primario del gruppo dalla *potestà*, esercitata nell'interesse altrui e dal *diritto soggettivo*, esercitato nell'interesse proprio.

³³ Tutta la complessità del rapporto tra interessi generali e interessi del gruppo è riassunta nell'espressione "parte totale" di C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1956, 25. Sulla valorizzazione del profilo della conquista del potere, come elemento caratterizzante dei partiti, cfr. da ultimo M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna*, cit., § 2.1.2.

appunto costituita dall'insieme di regole e dei poteri (..) che tendono alla *immediata* soddisfazione degli interessi ritenuti comuni a tutti la collettività", mentre la sfera del diritto privato "include i rapporti che interessano i singoli o i gruppi particolari, i cui effetti si ripercuotono sui soggetti titolari dei medesimi e non già, almeno in modo *diretto*, sull'intera società"³⁴. Tuttavia tali sfere "non sono delimitabili in modo rigido"³⁵, così da potersi individuare non soltanto soggetti privati che sono titolari di funzioni pubbliche ma anche soggetti privati titolari di funzioni private di interesse generale (*rectius*, di interesse costituzionale o strumentali all'attuazione di interessi costituzionali), peraltro con diversi gradi di relazione con l'interesse generale; nel caso del partito lo specifico "grado di immediatezza" è stato sopra prospettato, in una evidente condizione di confine³⁶.

In questi termini è possibile evitare una confusione tra la nozione di *funzione pubblica*, di cui può essere titolare anche un soggetto privato, e la nozione di *funzione privata di rilevanza costituzionale*. Sulla base di queste ragioni assumeremo quindi la categoria del partito come *soggetto privato titolare di funzioni private di rilevanza costituzionale*³⁷, la cui nozione può sintetizzare quel processo di funzionalizzazione costituzionale dell'autonomia privata (partitica), quale istituto di esercizio della sovranità statale (art. 1, comma 2, Cost.)³⁸, potendo peraltro fondare un'opzione di sostegno finanziario³⁹. La suddetta categoria è del tutto coerente anche in relazione al ruolo di selezione interna delle candidature, potendo, invece, scorgersi nella sola funzione (successiva) di presentazione delle liste (e più in generale nelle funzioni attribuite dalla legge nel momento elettorale) l'unico esercizio di una funzione pubblica in senso proprio⁴⁰.

³⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 37.

³⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 41.

³⁶ Cfr. in tal senso A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico nel contesto europeo*, Milano, 2015, 387.

³⁷ La valorizzazione della connessione tra natura privatistica del soggetto, natura privatistica dei poteri esercitati e natura costituzionalistica dei fini e degli interessi oggetto di soddisfacimento può essere desunta anche dalle diverse nozioni utilizzate dalla più autorevole dottrina: "istituzione sociale" (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 812), "organi dello Stato comunità" (V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, cit., 138), "poteri civici" (A.M. SANDULLI, *Società pluralista e rinnovamento dello Stato*, in *Quad. iust.*, Roma, 1968), "soggetti ausiliari del popolo" (M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Milano, 1972), "soggetti di diritto costituzionale" (A. BARBERA, *La democrazia 'dei' e 'nei' partiti, tra rappresentanza e governabilità*, Relazione al Convegno organizzato dal Cesifin e dal Centro di studi politici e costituzionali Piero Calamandrei - Paolo Barile - Firenze, 19 ottobre 2007, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), s.d. (2008), 1.

³⁸ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, cit., 10, secondo cui "l'autonomia del privato nel diritto costituzionale ha uno spiccatissimo carattere funzionale, proprio in quanto attiene all'esercizio della sovranità".

³⁹ Sulle relazioni tra natura del partito e scelta del modello di finanziamento si veda lo studio di F. BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, cit., 127 ss.; P. MARSOCCI, *La possibile disciplina (legislativa) dei partiti politici e il suo collegamento con il loro finanziamento*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 1/2017. Sul nesso tra ruolo costituzionale del partito e finanziamento pubblico cfr. S.U. civ. 18.5.2015 n. 10094.

⁴⁰ La selezione delle candidature è annoverabile, a nostro avviso, nell'alveo dell'esercizio dei *poteri privati*, pur di *rilevanza costituzionale*, in una situazione di "monopolio di fatto" (così S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Dig. disc. pubbl.*, cit., 719), nella quale la scelta dei singoli candidati è "un fatto interno proprio delle organizzazioni promotrici, estraneo pertanto al contenuto e allo svolgimento delle elezioni" (Corte cost. sent. n. 203/1975), non potendo quindi essere qualificato, per le ragioni generali già esposte, come esercizio di "funzioni pubbliche" (come genericamente afferma Corte cost. n. 79/2006, non soltanto in relazione alla funzione elettorale in senso stretto ma anche alla funzione di selezione delle candidature). Sul riconoscimento di un potere fattuale dei partiti cfr. anche Cons. St., sez. IV, n. 1053 dell'11.3.2018. In questa logica la stessa Corte costituzionale (ord. n. 256/2010) ha rilevato in modo chiaro come, in assenza di una espressa previsione legislativa, non possa assumere alcuna rilevanza esterna la violazione interna delle norme statutarie dei partiti ai fini della verifica della legittimità della presentazione delle liste, dovendo quindi ricondursi il rapporto tra aspirante candidato e partito alla dimensione civilistica (cfr. Corte cost. n. 43/2003), secondo il modello, sopra ricostruito, dell'autorità privata, la cui libertà, anche nel momento della selezione, è "funzionalizzata al soddisfacimento di un pubblico interesse, costituzionalmente tutelato" (così V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, cit., 137); rispetto a tale modello risulta del tutto compatibile anche la più recente affermazione, secondo cui la scelta delle candidature "è anche espressione della posizione assegnata ai partiti politici dall'art. 49 Cost." (Corte cost. sent. n.

Nell'ambito di tali funzioni è necessario tracciare un discrimine tra la dimensione della *funzione giuridica*⁴¹ del partito, che si concretizza nell'esercizio di *poteri giuridici* privati⁴², idonei a produrre effetti giuridici, potenzialmente lesioni e quindi pretese di tutela giurisdizionale, e una dimensione della *funzione politica*, intesa come azione del partito, nella logica della concorrenza politica, nell'esercizio di comportamenti, influenze e "poteri di fatto"⁴³, privi di un'idoneità strutturale a produrre effetti giuridici immediati e lesivi, spesso peraltro assorbiti nelle dinamiche degli organi costituzionali e della forma di governo⁴⁴, quindi sottratti alla reazione giurisdizionale.

Entrambe le funzioni sono certamente espressione del ruolo costituzionale che l'art. 49 Cost. riconosce ai partiti, come "soggetto costituzionale"⁴⁵ teso alla determinazione della politica nazionale, per quanto aventi natura diversa; in questa prospettiva la natura anfibia del partito non è apprezzabile soltanto in relazione al binomio diritto *privato*/diritto *costituzionale* ma anche a quello funzioni *giuridiche*/funzioni *politiche*.

Tuttavia, soltanto la prima dimensione evocata, relativa ai *poteri giuridici*, è quella giustiziabile.

35/2017; cfr anche Corte cost. sent. n. 1/2014). Ciò posto *a fortiori* non sembra condivisibile una lettura maggiormente evolutiva della più recente giurisprudenza costituzionale, nel senso della enucleazione (non semplicemente di una funzione pubblica ma) di una attribuzione costituzionale, quindi legittimante potenzialmente l'attivazione di un conflitto interorganico (in una logica analoga a quella affermata, pur in modo problematico al di là dello Stato-apparato, in merito al comitato promotore ex art. 75 Cost; cfr. Corte cost. sent. 68/1978). Nel senso da ultimo indicato cfr. L. GORI, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, cit., 51 ss. Sulla rilevanza pubblicistica della selezione delle candidature cfr. G. CERRINA FERONI, *La selezione dei candidati alle elezioni: il "giardino (sempre meno) segreto della politica"*, in *Rass. Parl.*, 2014, 843 ss. Sulla problematica delle selezioni delle candidature e dell'ordine di inserimento dei candidati nelle liste cfr. F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017, 179 ss.; M. ARMANNO, *Personale uguale libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2018, 151 ss.; I. LAGROTTA, *La crisi dei partiti e la democrazia in Italia*, Bari, 2018, 72 ss. Più in generale, per una analisi della giurisprudenza costituzionale sui partiti, cfr. G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 3/2016. Può, invece, prospettarsi una distinzione tra la funzione di selezione delle candidature, come *funzione privata di rilevanza costituzionale*, e quella di presentazione delle liste, come *funzione pubblica di rilevanza costituzionale*, posto che soltanto quest'ultima è sottoposta al controllo pubblico in sede di verifica dei requisiti elettorali. L'autonomia delle due funzioni è dimostrata da Corte cost. n. 256/2010. Cfr. anche Tar Lazio, 14.10.2009 n. 9895, secondo cui il partito è titolare solo di "alcune funzioni pubbliche". In questa logica riteniamo che la qualificazione di "funzioni pubbliche", prospettata da Corte cost. n. 79/2006, possa essere riferita esclusivamente alla funzione di presentazione delle liste. Qualche indicazione in tal senso può desumersi da Trib. Sulmona sent. 16.4.2013. Sulla necessità di non qualificare la funzione elettorale come statale ma come pubblica cfr. V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, cit., 137.

⁴¹ La nozione di funzione può essere definita come "il concretarsi del potere o della potestà, attraverso gli atti formalizzati dal diritto, nella realizzazione del fine o del soddisfacimento dell'interesse perseguito". Così F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, cit., 314.

⁴² L'ordinamento attribuisce il potere giuridico ad un soggetto (pubblico o privato) di operare nella realtà giuridica, producendo effetti. Cfr. sulla nozione di potere SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172 ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1949, 238 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 118 ss.; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 139 ss.; A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 2; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 7 ss. Sulle relazioni tra funzioni e poteri giuridici cfr. F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, cit., 303 ss.

⁴³ Cfr. C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, cit., 147. Cfr. anche S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, cit., 76, che mette in evidenza come tali poteri di fatto siano arrivati storicamente a convincere i partiti di essere i "destinatari di quasi tutte le norme contenute nella seconda parte della Costituzione", fino ad una pretesa di identificazione "con il Parlamento, con il Governo, con la stessa Pubblica amministrazione". Più in generale sulle relazioni tra partiti e forma di governo cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1970, XIX, 638 ss.; M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, 552 ss.

⁴⁴ Cfr. S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, cit., 80 ss. F. GALGANO, *Principio di legalità e giurisdizione civile nelle controversie interne ai partiti politici*, cit., 383, parla del partito come "artefice privato di decisioni politiche".

⁴⁵ A. BARBERA, *Intervento*, in AA. VV., *Partiti politici e società civile*, cit., 343.

In questa logica quindi ciò che rileva, fermo il momento genetico del partito, ossia il negozio associativo come negozio giuridico non patrimoniale⁴⁶, e quindi al di là degli equivoci derivanti dalle impostazioni contrattualistiche⁴⁷, sono le *funzioni private* che tale negozio, direttamente connesso all'esercizio di una libertà costituzionale ex artt. 18, 49 Cost., attribuisce agli organi del partito e quindi i *poteri giuridici privati*, idonei a produrre effetti giuridici rilevanti, finanche intesi, in alcuni casi, come poteri sostanziali, ossia come "potere di determinare una modificazione giuridica nella sfera di un altro soggetto, la quale si realizza a prescindere dal suo consenso"⁴⁸; più specificatamente il potere esercitato dal partito come gruppo organizzato ed "autorità privata"⁴⁹, caratterizzato da una strutturale non coincidenza e quindi un conflitto potenziale tra interesse del gruppo-partito e interesse del singolo iscritto⁵⁰.

Non vi è dubbio come la distinzione tra la dimensione dei poteri giuridici e la dimensione delle funzioni politiche appaia descrittivamente ardua.

Tuttavia, se ci si pone nella prospettiva degli iscritti e della tutela degli iscritti nei confronti del partito, l'art. 24 Cost. impone di ricercare quel discrimine e quindi di ricostruire il catalogo dei poteri, al fine di delimitare la sfera di sindacabilità, per quanto i poteri giuridici possano certamente assumere anche forti *connotati politici* (si pensi, all'esercizio del potere disciplinare in modo strumentale alla garanzia dell'indirizzo politico del partito, al potere di selezione delle candidature e più in generale al potere di adottare atti di indirizzo politico, produttivi di effetti giuridici, come nel caso della sfiducia di un segretario).

2. I poteri giuridici privati del partito

Una volta ricostruite la *natura* giuridica è quindi possibile indagare la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive.

Il partito politico, come già anticipato, ha un elemento *interno* caratterizzante, che attiene alla relazione giuridica, potenzialmente conflittuale, tra poteri giuridici privati del gruppo-partito e situazioni giuridiche soggettive dell'iscritto. Tale relazione si fonda su una inevitabile "disparità sostanziale"⁵¹, ossia su una posizione di supremazia del gruppo e di debolezza dell'iscritto, che

⁴⁶ Cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1978, 328, che riconduce l'atto costitutivo e lo statuto al di fuori della prospettiva contrattualistica, quindi del contratto di associazione, valorizzando il profilo personalista e non economico. Con specifico riferimento ai partiti cfr. S. LA CHINA, *L'iscrizione simulata ai partiti politici*, in *Annali Facoltà Giurisprudenza di Genova*, Milano, 1964, 58.

⁴⁷ Le teorie civilistiche che riconducono interamente il partito politico, come associazione, ad un contratto (art. 1322 c.c.) appaiono del tutto inadeguate. Cfr., ad esempio, G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, 15 ss. Nel senso di una valorizzazione del profilo contrattuale, anche nella dottrina costituzionalistica, Cfr. P. VIRGA, *Il Partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 39 ss.; C. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1965, 753. Più ragionevole, e peraltro compatibile anche con la nostra tesi, appare, invece, la dottrina civilistica che ha fissato un discrimine tra il momento strettamente *genetico* del partito, riconoscendo nell'atto costitutivo una espressione di volontà consensuale-contrattuale, e quello *organizzativo-funzionale*, riconoscendo, invece, nello statuto e negli atti privati applicativi una espressione di potere privato da parte di una autorità privata collettiva. In questo senso E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, 32 ss., 284 ss., 404 ss.

⁴⁸ A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 9.

⁴⁹ M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 46 ss., che peraltro precisa come la struttura teorica del potere privato non è indebolita neppure dal consenso del singolo al momento di adesione al gruppo, visto che l'adesione volontaria attiene alla fase genetica del gruppo e non anche a quella di esercizio del potere. Un cenno al potere privato nei partiti si legge in P. MARSOCCI, *Sulle funzioni costituzionali dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, 2012, 37.

⁵⁰ Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, cit., 194 ss. Tale conflitto può certamente concretizzarsi anche nel binomio poteri privati/diritti fondamentali. Si veda l'opera di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit. *passim*.

⁵¹ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 86.

distingue in modo netto l'autonomia collettiva, nella sua fase dinamica di esercizio del potere, dalla sfera dell'autonomia contrattuale, caratterizzata da posizioni di parità e simmetria⁵²; la disparità si concretizza quindi in una situazione di assoggettamento in seno ad una struttura organizzativa privata istituzionalizzata, ossia ad una "autorità privata"⁵³. Proprio da tale assoggettamento deriva la legittimazione all'esercizio del *potere privato*, che assume connotati del tutto evocativi del potere pubblico, e quindi dell'autoritarità, discrezionalità, definitività, esecutività e sanzionabilità⁵⁴. Peraltro il potere privato esercitato dall'autorità-partito (*rectius*, dalla istituzione-partito) produce *effetti giuridici*, non soltanto applicando regole giuridiche ma anche producendo regole giuridiche, che quindi non nascono direttamente dalla fonte espressione di autonomia privata (come in un negozio patrimoniale), ma sono prodotte in modo eteronomo da un ente collettivo (questo espressione nel momento genetico di autonomia privata), che si frappone come un "diaframma" tra il soggetto privato (singolo iscritto) e la regola stessa (espressione di potere)⁵⁵.

Più in generale lo schema [soggetto - consenso genetico – istituzione del gruppo/potere – effetto giuridico] spiega quindi la irrilevanza del consenso prestato nella fase adesiva al partito rispetto alle esigenze di tutela innanzi all'esercizio del potere.

Il *catalogo dei poteri privati* esercitabili dal partito è stato già autorevolmente delineato⁵⁶. In questa sede utilizzeremo una variante di quel catalogo. Più specificatamente i poteri privati catalogabili, a nostro avviso, sono i seguenti: a) il potere *costituente* (che si concretizza nell'atto costitutivo⁵⁷ e nello statuto del partito); b) il potere *regolamentare* (che si concretizza in "regolamenti privati"⁵⁸, recanti regole relative ad una specifica materia); c) il potere *amministrativo* (che si concretizza in atti deliberativi e di gestione); d) il potere di *controllo* (che si concretizza in decisioni o pareri, resi in una logica di garanzia su istanza degli iscritti o degli organi del partito); e) il potere *disciplinare* (che si concretizza in atti disciplinari); f) il potere *tributario* (che si concretizza in atti impositivi relativi ai contributi previsti per il partito); g) il potere di *indirizzo politico* (che si concretizza nella emanazione di atti di direzione politica, quali, a titolo esemplificativo, l'approvazione della linea politica, la sfiducia del segretario). Il *potere giuridico di indirizzo politico*, produttivo di effetti giuridici diretti sugli interessi dei singoli iscritti (si pensi all'interesse al rispetto delle regole sulla votazione della linea politica o all'interesse del segretario sfiduciato), deve essere tenuto distinto dalla *funzione politica*, della quale si è detto, non produttiva di effetti lesivi diretti.

Tali poteri sono quindi espressione di funzioni private, talune volte a *rilevanza meramente interna*, ossia incidenti esclusivamente sugli iscritti (si pensi al potere disciplinare), altre volte a *rilevanza interna ma con effetti anche esterni* (o di natura comune, come il diniego di ammissione, o di natura politico-costituzionale, come la selezione delle candidature); sembra più difficile

⁵² Cfr. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 92.

⁵³ M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, *passim*.

⁵⁴ Cfr. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 86. In questo senso M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 87 afferma come il potere privato può essere qualificato come privato solo "per quanto concerne la sua fonte e i soggetti cui spetta" poiché "all'atto del suo esercizio si realizza con quelle forme di cogenza e di autorità avvicinabili sostanzialmente alle categorie amministrativistiche in senso lato che sono proprie dei poteri di diritto pubblico".

⁵⁵ Cfr. E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., 5 ss., 39.

⁵⁶ P. VIRGA, *Il Partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 199 ss., che individua un elenco di "potestà" del partito come "istituzione".

⁵⁷ Anche nell'ipotesi in cui si ritenga di distinguere l'atto costitutivo, come espressione di autonomia contrattuale, dallo statuto, come espressione di potere privato (così E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., 32 ss., 39 ss., 404 ss.), è stato rilevato come in seno all'atto costitutivo siano rilevabili regole giuridiche della medesima natura dello statuto, quindi anch'esse espressione di potere (quindi modificabili con una maggioranza, pur qualificata rispetto alle deliberazioni ordinarie).

⁵⁸ Cfr. E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., 318 ss. il quale in realtà utilizza una nozione assai lata di regolamenti privati (nella quale riconduce anche l'atto costitutivo e lo statuto), riservando l'espressione "regolamenti subordinati" per quelli recanti regole specifiche in una certa materia.

configurare funzioni di *rilevanza esclusivamente esterna*⁵⁹. In ogni caso si tratta di poteri giuridici, che, in quanto tali, sono idonei a produrre effetti giuridici e quindi potenzialmente delle lesioni (più o meno immediate, in funzione della maggiore o minore precettività dell'atto prodotto dal potere).

Il profilo di tali poteri del partito, che appare in questa sede più rilevante, perché conforma la natura delle situazioni giuridiche soggettive degli iscritti (e anche dei terzi), è quello della *discrezionalità*⁶⁰. Proprio la discrezionalità impone esigenze di *limitazione del potere* e di *tutela dell'iscritto*, leso dai suddetti atti, in parte analoghe a quelle relative all'esercizio del potere pubblico⁶¹.

Tuttavia permane una differenza strutturale tra il *potere pubblico*, il cui dispiegarsi discrezionale tende al soddisfacimento di interessi pubblici predeterminati dalla legge e quindi al soddisfacimento di interessi privati compatibili, e il *potere privato* dei partiti, il cui dispiegarsi discrezionale (anch'esso) tende al soddisfacimento in via prioritaria dell'interesse del gruppo-partito, in potenziale conflitto e comunque non in coincidenza con gli interessi dei singoli, e soltanto di riflesso al soddisfacimento dell'interesse pubblico, presupposto dall'art. 49 Cost., alla determinazione della politica nazionale e quindi al funzionamento del circuito democratico.

3. Gli interessi legittimi privati degli iscritti come dimensione del diritto costituzionale ex art. 49 Cost.

Ciò posto, innanzi all'esercizio dei suddetti poteri privati sono enucleabili in capo agli iscritti *interessi legittimi privati*⁶², intesi come situazioni giuridiche sostanziali di vantaggio inattive, differenti rispetto al paradigma del diritto soggettivo⁶³, posto che il soddisfacimento di tali interessi (alla partecipazione ad un organo collegiale, all'esercizio di un voto, alla candidatura, ecc.) non dipende (soltanto) dal comportamento attivo dell'iscritto ma dall'esercizio discrezionale dei poteri attribuiti agli organi del partito, rispetto ai quali l'interesse del singolo è sacrificabile⁶⁴, per quanto

⁵⁹ Per una catalogazione, pur diversa, delle attività del partito e dei rapporti interni ed esterni cfr. E. BETTINELLI, *Alla ricerca del diritto dei partiti politici*, cit., 1003 ss.

⁶⁰ Cfr. C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nov. Dig. it.*, 1939, 76 ss.; ID., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, Milano, 1968, 1109.

⁶¹ G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: aspetti comuni e profili problematici*, in *Dir. pubb.*, 2003, 475 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 81 ss.

⁶² Si ritiene di utilizzare questa categoria, pur controversa in dottrina, vista la sua idoneità a descrivere assai efficacemente, come si vedrà meglio più avanti, le relazioni giuridiche tra il gruppo-partito e l'iscritto. Sui presupposti teorici della categoria degli interessi legittimi privati cfr. G. ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti in diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, II, 706; ID., *Interessi legittimi nel diritto privato*, in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1955, 345 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 174 ss. (con specifico riferimento alle associazioni v. 391 ss.); ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1993, 527 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. Norme soggetti e rapporto giuridico*, cit., 330; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 80 ss.; A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 679 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 45 ss. Nella dottrina costituzionalistica, invece, non sembra adeguatamente valorizzata tale situazione giuridica soggettiva, visto che spesso è dato per assunto che si tratti esclusivamente di diritti soggettivi. Cfr., a titolo esemplificativo, P. BARILE, *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 837 ss.

⁶³ Nel senso, invece, della qualificazione in termini di diritto soggettivo delle situazioni giuridiche degli iscritti cfr. C. LESSONA, *I diritti dei soci nelle associazioni private*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 378 ss.; G. CONDORELLI, *Ammissibilità del sindacato di merito da parte dell'Autorità giudiziaria delle deliberazioni di esclusione di un socio prese dagli organi di un'associazione non riconosciuta*, in *Dir. giur.*, 1951, 61.

⁶⁴ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. Norme soggetti e rapporto giuridico*, cit., 332, al fine di qualificare l'interesse legittimo privato affermano: "il soddisfacimento dell'interesse presupposto non dipende

anche all'interno del partito siano individuabili (in via eccezionale e minoritaria) in capo agli iscritti situazioni giuridiche qualificabili come di diritto soggettivo⁶⁵, quindi non dipendenti dal potere.

Tali interessi legittimi privati potranno quindi avere la consistenza di interessi *oppositivi* (cioè tesi alla conservazione di un bene giuridico attentato dall'esercizio del potere, come nel caso dei provvedimenti disciplinari) oppure la consistenza degli interessi *pretensivi* (cioè protesi all'acquisizione di un bene giuridico non posseduto e il cui soddisfacimento è strutturalmente condizionato alle discrezionali valutazione del potere, come nel caso della deliberazione sulla selezione delle candidature); alcuni di essi assumono peraltro la consistenza di *interessi legittimi privati di rilevanza costituzionale*, quando intimamente connessi alla stessa funzionalizzazione dell'art. 49 Cost.⁶⁶ (quali sono, ad esempio, l'interesse legittimo privato alla partecipazione ad un congresso, ad una votazione, alla determinazione della linea politica attraverso gli organi di partito, al legittimo esercizio del potere disciplinare ecc.).

Pertanto, può dirsi come *un* diritto costituzionale, *rectius* la libertà di associazione politica (art. 49 Cost.), legittimando la istituzione del partito e dei suoi poteri, possa generare una *molteplicità* di situazioni giuridiche derivate. In altre parole, il diritto costituzionale politico ex art. 49 Cost. è un generatore di interessi legittimi privati, che sostanziano quotidianamente e quindi processualmente il contenuto di esso, nella sua unitarietà apparente⁶⁷.

In questa logica possiamo ritenere, senza alcuna preoccupazione, come la Costituzione ammette che i diritti costituzionali non vivano in una corrispondenza biunivoca con i diritti soggettivi potendo assumere (anche) la consistenza sia di interessi legittimi pubblici, innanzi al potere pubblico⁶⁸, sia di interessi legittimi privati, innanzi al potere privato, come quello dei partiti.

Ciò posto, non vi è dubbio quindi come la "protezione giuridica" degli interessi legittimi privati "consiste nella *sottoposizione del potere a regole*, alla cui osservanza è condizionata la produzione dell'effetto giuridico"⁶⁹, ossia consiste, per quanto rileva ai presenti fini, nel sindacato giurisdizionale del potere alla luce dei parametri di legittimità di esso (siano esse norme *attributive* del potere siano esse norme di disciplina del *quomodo* del potere). Il potere privato dei partiti, come il potere pubblico, non è quindi un potere giuridico assoluto, necessitando di una ricostruzione proprio di quei limiti; non soltanto dei limiti interni ma anche dei limiti legislativi e costituzionali (imponendo un esame anche della idoneità dell'art. 49 Cost. a fungere da parametro diretto di legittimità). Soltanto la ricomposizione di essi può garantire la effettività della *legalità* del partito politico⁷⁰, per quanto quest'ultima problematica non si esaurisca in quella della *democraticità* del partito.

dal comportamento del soggetto che via aspira (...) ma da quello di un soggetto diverso (...) titolare di una situazione di diritto di dovere (potestà); dunque di una situazione assolutamente libera o, invece, necessitata sull'*an* ancorchè discrezionale sul *quomodo*, perché -in quanto coordinata al soddisfacimento di un'esigenza fondamentale prefissata dalla norma- tale da imporre al suo titolare la scelta della via più conveniente e congrua (...) per la realizzazione di tale esigenza".

⁶⁵ Si pensi al diritto soggettivo di recesso o ai diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del partito. Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, cit., 217 ss.

⁶⁶ Più in generale sulla esigenza di enucleare le situazioni giuridiche soggettive connesse all'art. 49 Cost. Cfr. S. BARTOLE, *Partiti politici*, cit., 71; L. GORI, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, cit., 43.

⁶⁷ Sulla connessione più in generale tra diritti politici e profili di tutela giurisdizionale cfr. M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, *La giustizia elettorale*, Napoli, 2013, 8 ss.

⁶⁸ Sulla problematica del rapporto tra diritti fondamentali e interessi legittimi (pubblici), sotto lo specifico profilo del riparto di giurisdizione, sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013.

⁶⁹ A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 52.

⁷⁰ Sulla legalità del partito politico cfr. A. SAITTA, *Il controllo di legalità della vita interna dei partiti: "se di una cosa non si può parlare, è bene tacere"*, in (link non più attuale) *Confronti costituzionali*, 2013.

Da questo modello sembra quindi emergere come la categoria del potere del partito sia il veicolo stesso del cedimento del diritto privato, innanzi al diritto costituzionale, posta la sua strutturale idoneità ad essere permeato e sindacato secondo parametri di legittimità (anche) costituzionali, essi stessi nati per limitare il potere, potendo determinare così un superamento delle difficoltà di utilizzo, ai fini del sindacato giurisdizionale delle decisioni dei partiti, delle clausole generali di matrice contrattuale (buona fede, dovere di correttezza, ecc.)⁷¹, inconferenti rispetto alla struttura del partito e delle sue relazioni giuridiche e politiche.

⁷¹ In realtà nel diritto vivente permane una ambiguità, mai risolta, tra l'evocazione di un modello contrattuale e quella di un modello istituzionale. Nel senso di una consapevolezza della inadeguatezza del modello contrattuale cfr. Trib. Roma ord. 11.9.2007. Per una serrata critica cfr. Cass. civ., ord. 13.6.2018 n. 15497, che afferma in modo chiaro, al fine di negare la configurabilità di un danno da candidatura rovinata, che la politica nei partiti non può essere ricondotta ad un negozio giuridico patrimoniale. In una diversa prospettiva, sull'utilizzabilità delle clausole generali ai fini del sindacato giurisdizionale del potere privato cfr. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 81 ss.

Brevi considerazioni su democrazia parlamentare, pluralismo e *lobbying**

SOMMARIO: 1. Premessa: rappresentanza politica vs. *lobbying*. – 2. Brevi cenni sulla regolamentazione del *lobbying* nel moderno Stato di democrazia pluralista_ tre esempi. – 2.1. Negli U.S.A. e nella U.E. – 2.2. In Italia, a livello regionale e statale. – 3. Decisione pubblica e *lobbying*: come “tracciare la pressione”? – 4. Sintesi: teorizzazione generale della “rappresentanza politica” e (necessaria) regolamentazione delle relazioni lobbistiche.

1. Premessa: rappresentanza politica vs. *lobbying*.

Com'è stato correttamente osservato dalla dottrina anglosassone, è difficile «tracciare una linea tra *lobbying* e amicizia»¹; una affermazione che ben evidenzia sia la natura personalistica e fiduciaria del rapporto che lega il *lobbier* al *lobbied*, sia la insufficienza delle tradizionali e tipiche categorie giuridiche a definire il relativo fenomeno; ed invero, sono essenzialmente tre le specie di soggetti che astrattamente hanno “accesso” (i.e. *access*) al decisore politico: il singolo elettore; il catalizzatore o collettore di preferenze elettorali; gli “amici” dell'eletto².

Non v'è chi non veda la sensibile differenza ricorrente fra i suddetti soggetti, in relazione all'influenza che ciascuno di essi può concretamente esercitare sul decisore medesimo; è anzi possibile – sul punto – operare una ulteriore distinzione fra chi esercita una attività c.d. “di pressione” entro canali di natura giuridico-istituzionale (i.e. le prime due predette categorie) e chi, invece, sulla base di un vincolo di natura personale ed – indi – scevro da limiti giuridici (se si eccettuano i vincoli imposti dalla legge penale).

Sotto questo profilo il *lobbying* – tanto nella sua forma “istituzionale”, tipicamente anglosassone, quanto in quella informale, più diffusa invece nell'Europa continentale – si presta ad essere analizzato quale strumento mediante il quale veicolare le istanze collettive presso il c.d. “Stato apparato”, affiancandosi ai tradizionali canali di rappresentanza politica “elettiva”; in tal senso, la analisi critica deve essere concentrata sulla compatibilità fra i meccanismi operativi della *lobbying activity* e le garanzie che – nel moderno Stato di democrazia pluralista – devono essere comunque assicurate rispetto alla (tendenziale) corrispondenza fra “interesse pubblico” ed agenda di governo, nonché alla tutela “eguale” dei diritti civili, sociali ed economici.

Alla ambiguità giuridica che connota le relazioni interpersonali si aggiungono, infatti, la complessa definizione e determinazione politica del c.d. “interesse generale” o “pubblico” nonché la opacità delle procedure di selezione degli interessi ritenuti socialmente (o collettivamente) rilevanti e di adozione delle politiche pubbliche per la loro attuazione; si tratta di attività proprie del decisore politico che, tuttavia, nel moderno Stato di democrazia pluralista sono state principalmente declinate attraverso la intermediazione socio-politica dei partiti, che hanno indi surrogato il ruolo e le funzioni del *decision maker*; e che in Italia – vieppiù – hanno letteralmente

* Il testo costituisce una rielaborazione ed un approfondimento degli argomenti sostenuti dall'Autore all'InsolvenzFest2019, organizzato dall'OCI (Osservatorio sulla Crisi di Impresa), Bologna 20-22/09/2019, in occasione del dibattito sul tema “Se le leggi le fanno le *lobbies*, per chi votano i cittadini?”; nonché la sintesi di alcune considerazioni sviluppate nei contributi in tema di *lobbying* che l'Autore medesimo ha prodotto nel corso del triennio 2016-2019.

¹ Cfr. A. S. MCFARLAND, *Common cause. Lobbying in the public interest*, Chatham House Publishing, Chatham (NJ), 1984.

² In questi termini M. MAZZONI, *Le relazioni pubbliche e il lobbying in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

monopolizzato lo spazio politico pubblico, seppur con le alterne vicende legate alla patologica transizione dalla c.d. “prima” alla c.d. “seconda” Repubblica³.

Ed è proprio in Italia che – a fronte della conclamata crisi della c.d. “democrazia dei partiti”, nonché della «perdita “fattuale” di centralità del partito» e della sua capacità di sintesi politico-programmatica nazionale – emerge dunque con maggior vigore, alle soglie della “terza” Repubblica, la questione problematica delle forme *alternative* o *complementari* della rappresentanza politica e della differenza fra responsabilità politica ed *accountability*⁴: è ancora possibile, insomma, «ridurre la responsabilità politica esclusivamente al potere di critica e di rimozione dei governanti, oppure proprio l’impiego di questa locuzione sta ad esprimere la particolare complessità della relazione fra governanti e governati in un ordinamento democratico?»⁵.

Se – nel contesto socio-politico italiano, perlomeno nel corso della Prima Repubblica – «i gruppi di pressione hanno [...] storicamente trovato [...] soprattutto [nei] partiti, un interlocutore privilegiato, capace di ben rappresentare le loro istanze», per cui «ciascun partito si faceva portatore delle istanze di precisi gruppi sociali, e correlativamente ciascun gruppo sociale aveva il proprio partito di riferimento», la successiva crisi dei partiti tradizionali – che ha coinciso con la nascita della Seconda Repubblica – ha invece determinato la elisione del partito quale intermediario (necessario) fra *lobby* ed istituzioni repubblicane⁶; per un verso, inducendo i lobbisti a contattare ed accedere *omisso medio* al decisore politico e, per altro verso, ponendo con maggiore intensità la questione della regolamentazione legislativa del relativo fenomeno.

2. Brevi cenni sulla regolamentazione del lobbying nel moderno Stato di democrazia pluralista: tre esempi.

2.1. Negli U.S.A. e nella U.E.

«In every democracy, *lobbying* is considered an essential part of the decision-making process. The existence of *citizens, associations and companies that mobilize to influence public decision-makers so as to gain an advantage*, demonstrates the dynamism of democracy, its pluralistic essence»⁷.

La superiore asserzione traduce bene la percezione della attività di *lobbying* propria delle democrazie di matrice anglosassone, che trova la massima espressione – di diritto positivo e costituzionale – nel I emendamento alla Costituzione U.S.A., sotto forma di «right to petition the

³ In argomento – tra le molte possibili – si suggerisce soltanto la lettura del classico E. BURKE, *Speech to the electors of Bristol*, 1774 (in <http://peter-moore.co.uk/blog/edmund-burke-speech-to-the-electors-of-bristol-1774>).

⁴ Sia consentito rinviare – sul punto – alle considerazioni licenziate in R. DI MARIA, *Esiste una sovranità “alternativa” o “complementare”? Brevi cenni sull’accreditamento delle lobby presso il Parlamento e la Commissione europei*, in *Notabilis*, (<https://www.notabilis.it/>) 2019.

⁵ Virgolettati tratti – rispettivamente – da A. POGGI, *È ancora attuale il dibattito sul “metodo” democratico interno dei partiti?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 24/2014, e G. PITRUZZELLA, *Responsabilità politica*, voce in *Dig. disc. pubb.*, vol. XIII, UTET, Torino, 1997, 289 e ss. In materia si vedano anche G. U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967; P. IGNAZI, *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Laterza, Roma-Bari, 2012; nonché – in termini più generali – M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione. L’equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Franco Angeli, Milano, 2012.

⁶ Sul punto si rinvia, per approfondimenti, a R. DE CARIA, *“Le mani sulla legge”: il lobbying tra free speech e democrazia*, Ledizioni, Milano, 2017.

⁷ Così P. L. PETRILLO, *In Italy today lobbying is regulated in an inconsistent manner and rules are not applied. Greater transparency is necessary for investors too, but this situation is convenient for politics. Interview with Pier Luigi Petrillo*, di N. Caranti, 29 luglio 2019, in *OBC Transeuropa* (<https://www.balkanicaucaso.org>): corsivi aggiunti. Dello stesso Autore si suggerisce la lettura di *Id.*, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Giuffré, Milano, 2011.

Government for a *redress of grievance*» (corsivo aggiunto, ndr.); e che è diametralmente opposta a quella più comunemente diffusa nell'Europa continentale – ed in particolare in Italia – di tipo invece “corruttivo”⁸.

Ed infatti la predetta attività è intesa – nelle ricordate democrazie anglosassoni – quale espressione dell'accesso trasparente al decisore politico da parte del cittadino-portatore di interesse; un accesso finalizzato a consentire sia la rappresentazione quanto più diretta possibile di tale interesse (c.d. “contact”) sia una decisione finale quanto più consapevole possibile da parte del *decision maker*, in base all'assunto per cui la trasparenza delle relazioni lobbistiche – ovvero la loro regolamentazione giuridica – assicura tanto la effettività dei principi democratico e di responsabilità politica, quanto la massima efficienza politico-economica dell'ordinamento giuridico-istituzionale⁹.

La *summa* delle superiori argomentazioni si ritrova, infatti, nel *Federal Regulation of Lobbying Act* che – introdotto nel 1946 come Titolo III del *Legislative Reorganization Act* – disciplinava originariamente l'attività di *lobbying* negli U.S.A.; in particolare tale provvedimento sanciva l'obbligo di registrazione in capo a chi «lobbied Congress» nonché, conseguentemente, i requisiti che costoro avrebbero dovuto possedere per potersi ivi iscrivere. Il sistema di “registrazione” dei lobbisti in sede istituzionale sarebbe poi stato ribadito anche nel successivo *Lobbying Disclosure Act* che – adottato nel 1995 e parzialmente emendato durante la presidenza di Barack Obama – rappresenta in atto la piattaforma regolativa del *lobbying* negli U.S.A. sì come ridefinita da alcuni e puntuali interventi correttivi della *Supreme Court*, in specie finalizzati ad assicurare il costante bilanciamento tra il «redress of grievance», il «freedom of speech» e la «equality» nell'esercizio dei diritti politici¹⁰.

Né è forse casuale che anche in un altro ordinamento avente natura “federale” – *rectius*, “confederale”¹¹ – sia stato adottato un modello di regolamentazione della attività di *lobbying* sostanzialmente analogo a quello statunitense *supra* sintetizzato: nel 2011 la U.E. ha infatti adottato il c.d. “Registro unico per la trasparenza”, attivo presso il Segretariato congiunto della Commissione e del Parlamento, destinato a raccogliere tutti i soggetti autorizzati ad accedere alle sedi ed ai soggetti istituzionali euro-unitari, in base ai relativi titoli di accreditamento nonché abilitati a

⁸ Per alcune considerazioni sulla diversa percezione della attività di *lobbying*, si vedano S. PANEBIANCO, *Il lobbying europeo*, Giuffré, Milano, 2000; M. C. ANTONUCCI, *Rappresentanza degli interessi oggi. Il lobbying nelle istituzioni politiche europee e italiane*, Carocci, Roma, 2012; e S. SASSI, *I rappresentati di interessi nel contesto europeo. Ruolo e sinergie con le istituzioni*, Giuffré, Milano, 2012.

⁹ Assunto peraltro apparentemente confermato – sul piano della efficienza economica – dagli studi della Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OECD) dai quali risulta che «the lack of regulation of lobbying costs at least 1 point of GDP, as the absence of rules in accessing public decision-makers discourages investments: an investor needs certainties, to know the behavior of the public decision-maker in advance, to be able to access the decision-maker on an equal footing and without the logic of clientele and kinship»; virgolettato tratto da P. L. PETRILLO, *In Italy today*, cit. (corsivi aggiunti).

¹⁰ Ai limitati fini del presente contributo può citarsi, qui, la ben nota (e controversa) sentenza *Citizens United v. FEC*, in cui il giudizio di bilanciamento tra il «[to] level playing field» – da un lato – e la libertà di parola sancita dal primo emendamento – d'altro lato – ha indotto la Corte Suprema ad affermare l'invalidità del primo emendamento da parte del Legislatore, garantendo alle *lobby* il diritto di proseguire la propria attività nell'agone politico e precludendo qualsivoglia intervento legislativo di natura “limitativa” che superi la soglia della c.d. mera “disclosure”. Per uno specifico approfondimento sul caso, sia consentito rinviare a R. DI MARIA e A. DORIA, *Il fenomeno del lobbismo negli Stati Uniti d'America: brevi considerazioni sugli strumenti di influenza delle lobbies e sulla evoluzione della relativa regolamentazione legislativa, fino alla sentenza “Citizens United v. FEC”*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 12 dicembre 2013. Per una trattazione più generale del tema, cfr. anche R. DI MARIA, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa. Tipicità ed interferenze del modello statunitense*, Franco Angeli, Milano, 2013.

¹¹ Sulla “natura” della U.E. si suggerisce la lettura di D. J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Mondadori, Milano, 1998, e G. BOGNETTI, *Federalismo*, UTET, Torino, 2001.

beneficiare delle iniziative di “consultazione” promosse dalle suddette Istituzioni: petizioni, *public hearing*; gruppi di lavoro parlamentari, etc.¹².

Proprio nella prospettiva analitica sovranazionale, la ricerca di una causa omogenea sottesa alla emersione del fenomeno del *lobbying* ha generato l’idea – sostanzialmente condivisa nella letteratura specialistica statunitense – che «the vast multiplication of interest and organized groups in recent decades is not a peculiarly American phenomenon» e che, appunto, «the cause of this growth lies in the increased complexity of techniques for dealing with environment, in the specialization that these involve, and in associated disturbances of the manifold expectations that guide individual behavior in a complex and interdependent society»; premesso che «complexity of technique [...] is inseparable from complexity of social structure», la riferita moltiplicazione dei c.d. “gruppi di interesse” è stata dunque collegata alla natura (tipicamente) “pluralista” dello Stato liberaldemocratico, nonché alla sfida lanciata, alle istituzioni politiche e rappresentative, dalla c.d. “civiltà moderna” ed – in specie – dalla complessità delle strutture socio-economiche che la contraddistinguono¹³.

La suddetta complessità non è riferita soltanto alle *political issue* connaturate alla rapida evoluzione della c.d. “società tecnologica” – per la corretta definizione delle quali è richiesta una specifica competenza tecnico-professionale, prodromica alla adozione di correlative e coerenti *public policy* – ma anche all’ordinamento giuridico-istituzionale *tout court* ed, in specie, al modello diffusamente applicato nel contesto del sunnominato “moderno Stato di democrazia pluralista”, appunto caratterizzato dalla (più o meno intensa) valorizzazione delle autonomie e della relativa potenziale (o auspicata) sinergia politica: «diversity of interests is a concomitant of specialized activity, and diversity of groups is a means of adjustment»¹⁴.

2.2. In Italia, a livello regionale e statale.

Per contro, l’ordinamento giuridico italiano è, in materia, ancora caratterizzato da tre fattori: la assenza di una legislazione organica del fenomeno lobbistico; la presenza – viceversa – di un disomogeneo profluvio di regole che, a vario titolo, mirano a fissare la condotta di lobbisti e rappresentanti di interessi; la (tuttavia) costante disapplicazione delle predette regole, intanto da parte degli stessi soggetti che ne hanno voluta la emanazione.

Tale condizione, di fatto e di diritto, è stata stigmatizzata – anche aspramente – da parte di quella dottrina che ha rilevato come «in Italy, the will of the political class [is] not to bring out the obscure relations between some lobbyists and them: *the lobbies today are a smokescreen of politics. Politics can accuse lobbies of anything*. It’s always the lobby’s fault if something doesn’t work. *If they were regulated, it would emerge that public decision-makers do in fact decide and support certain lobbies*, often favoring those that are less useful to the general interest»¹⁵; in tal modo evidenziando una certa ipocrisia dell’attuale modello italiano di “trasparenza” delle (e nelle) istituzioni: ed infatti «fare

¹² Cfr. il combinato disposto dal regolamento interno del Parlamento europeo, artt. 32, 197 *bis* e 201 e ss., e dagli artt. 11 TUE e 24 TFUE. Il suddetto Regolamento è disponibile al link: ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/transparency/transparency-register_it.

¹³ Virgolettati tutti tratti da D. B. TRUMAN, *The Governmental Process. Political interest and Public Opinion*, Alfred A. Knopf Ed., NY, II ed. 1971, 502 (corsivo aggiunto); l’Autore osserva che «this linkage we observe in industrialized societies the world over», appunto asseverando l’ipotesi che si tratti di un fenomeno comune a tutte le società c.d. “post-industriali”.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Virgolettati tratti – ancora una volta – da P. L. PETRILLO, *In Italy today*, cit. (corsivi aggiunti).

trasparenza non vuole dire fare comunicazione [bensì] *rendere tracciabile e comprensibile un processo, in maniera sistematica e continua*»¹⁶.

Ciò premesso, è comunque possibile rassegnare i percorsi normativi tracciati – in Italia – per la regolamentazione della attività dei rappresentanti di interessi, distinguendo due livelli: quello regionale e quello statale; e – nell’ambito di quest’ultimo – ulteriormente distinguendo il percorso “parlamentare” da quello “governativo”.

Per quanto possa apparire singolare, le prime iniziative in materia di *lobbying* sono state adottate non a livello statale, bensì a livello regionale; spigolando fra queste, emerge un *corpus* normativo – sufficientemente omogeneo e riconducibile alla «trasparenza dell’attività politica e amministrativa del Consiglio regionale» nonché alla «attività di rappresentanza di interessi particolari [...] nei processi decisionali pubblici» – deducibile dalla l. r. Toscana 5/2002, dalla l. r. Molise 24/2004, dalla l. r. Abruzzo 61/2010, dalla l. r. Calabria 4/2016 e dalla l. r. Lombardia 17/2016.

In specie, le nominate Regioni hanno disposto l’accreditamento dei «gruppi di interesse presenti nella società» al fine di «valorizza[rne] il ruolo in funzione dei principi» di «trasparenza dell’attività politica e amministrativa» nonché di «garanzia di accesso e di partecipazione per un numero sempre maggiore di soggetti», mediante il recepimento delle loro istanze se «compatibili con gli interessi della collettività»; ed hanno – di conseguenza – elaborato una definizione delle nozioni di “rappresentanza di interessi” (i.e. «ogni attività [...] svolta nei confronti dei decisori pubblici attraverso proposte, richieste, suggerimenti, studi, ricerche, analisi [o] qualsiasi altra forma di iniziativa o comunicazione orale o scritta [...] tramite la quale vengono perseguiti interessi leciti propri o di terzi, anche di rilevanza non generale e di natura non economica, al fine di incidere sui processi decisionali pubblici in atto, di avviarne dei nuovi ovvero di inibirne l’avvio») e di “gruppi di interesse” (i.e. «le associazioni e le fondazioni, ancorché non riconosciute, i comitati con finalità temporanee, i gruppi, le società e le persone giuridiche in genere, portatori di interessi leciti di rilevanza non generale, anche di natura non economica»), altresì prestabilendo sia i requisiti sia le informazioni che tali soggetti devono possedere per poter conseguire la registrazione, nonché gli effetti giuridici prodotti dall’accreditamento medesimo. Sicché, al fine di «garantire la massima trasparenza dei processi decisionali pubblici», tutti coloro che «intendono svolgere l’attività di rappresentanza di interessi presso i decisori pubblici» regionali devono provvedere ad iscriversi presso «un apposito elenco» o «registro» (tenuto presso il Consiglio; tranne che in Calabria, ove è tenuto presso la Giunta)¹⁷.

A livello statale è opportuno distinguere, invece, fra le iniziative di regolamentazione assunte in sede ministeriale e quelle assunte in sede parlamentare.

Quanto all’Esecutivo, ad oggi risultano le iniziative adottate dal Ministero del lavoro e dello sviluppo economico; dal Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo; dal Ministero dell’ambiente.

Tanto il MISE quanto il MIPAAFT sono ricorsi al modello – ampiamente diffuso – della “registrazione” dei rappresentanti di interesse, rispettivamente attivando un “registro per la trasparenza” ed un “elenco portatori di interesse”, in cui devono iscriversi tutti coloro che intendano mantenere relazioni istituzionali con i predetti Dicasteri, essenzialmente finalizzate alla loro consultazione nella fase preparatoria dei provvedimenti normativi di iniziativa ministeriale¹⁸.

I soggetti iscritti in entrambi i suddetti “albi” sono suddivisi per categorie: società di consulenza specializzate, studi legali, consulenti indipendenti; imprese ed associazioni di categoria, commerciali

¹⁶ Cfr. www.openpolis.it/cosi-il-registro-della-trasparenza-del-mise-non-serve-a-niente/ (corsivo aggiunto).

¹⁷ Cfr. art. 1, l. r. Toscana 5/2002; art. 1, l. r. Molise 24/2004; art. 1, l. r. Abruzzo 61/2010; art. 2, l. r. Calabria 4/2016; art. 2, l. r. Lombardia 17/2016.

¹⁸ Si vedano – rispettivamente – ai seguenti link: registrotrasparenza.mise.gov.it/index.php e www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/8707.

e professionisti; organizzazioni non governative; centri di studio, istituti accademici e di ricerca; organizzazioni rappresentative di chiese e comunità religiose; organizzazioni rappresentative di amministrazioni locali, regionali e comunali, altri enti pubblici o misti; associazioni di categoria; associazioni dei consumatori e degli utenti; nonché – più in generale – tutti i soggetti, pubblici e privati, con provato interesse nelle materie di competenza del relativo Ministero¹⁹.

Il MATTM ha invece recentemente adottato un modello sensibilmente diverso: la c.d. “agenda trasparente”: dall’1 settembre del 2019, infatti, «tutti gli incontri che il Ministro, i suoi collaboratori, i Sottosegretari, i Direttori generali avranno con i rappresentanti di soggetti giuridici, pubblici o privati, anche partecipati dallo Stato, di consorzi, di associazioni di categoria, di associazioni di protezione ambientale, di associazioni anche non riconosciute, di comitati di cittadini, di fondazioni, nonché coloro che professionalmente li rappresentano o svolgono nell’interesse di questi funzioni di consulenza, saranno registrati e resi pubblici sul sito internet del Ministero»²⁰; sicché si impone un obbligo di trasparenza “interno”, rendendo necessario – per chiunque assuma una decisione – dichiarare pubblicamente chi abbia incontrato e per quale fine.

Quanto invece al Legislativo, la Giunta per il regolamento della Camera dei deputati ha recentemente approvato (i.e. il 26 aprile 2016) la «regolamentazione dell’attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei deputati»²¹.

In estrema sintesi si tratta di un regolamento – composto da cinque paragrafi – in cui si fornisce la definizione di «attività di rappresentanza di interessi» – in specie, «svolta attraverso proposte, richieste, suggerimenti, studi, ricerche, analisi e qualsiasi altra iniziativa o comunicazione orale e scritta, intesa a perseguire interessi leciti propri o di terzi nei confronti dei membri della Camera dei deputati» (§II) – e se ne subordina l’esercizio alla istituzione, iscrizione e regolare tenuta di un apposito «registro dei soggetti che svolgono professionalmente [tale] attività [...] nei confronti dei deputati» (§I); ed in cui sono altresì indicati i c.d. “titoli di accreditamento” (i.e. dati anagrafici del rappresentante, indicazione degli interessi, requisiti personali) ed i relativi limiti alla iscrizione (§III)²².

3. *Decisione pubblica e lobbying: come “tracciare la pressione”?*

Sul modello implementato e sedimentato negli ordinamenti di matrice anglosassone ed altresì ereditato dall’U.E. anche in Italia, dunque, la regolamentazione dell’attività dei c.d. “gruppi di pressione” passa prevalentemente attraverso la “registrazione”, quale presupposto per l’accesso alle istituzioni ed il coinvolgimento (formale e sostanziale) nel processo decisionale.

Tanto premesso, ci si potrebbe allora chiedere in quali fasi del suddetto processo si innesti – e con quali modalità – il *lobbying* c.d. “istituzionale”.

Volendo utilizzare il procedimento legislativo quale modello paradigmatico – ed indi senza alcuna pretesa di completezza, ma a titolo meramente esemplificativo – può inferirsi quanto segue: è soprattutto nella fase antecedente, prima, e corrispondente, poi, alla c.d. “iniziativa” legislativa che si concentrano ed esplicano la maggior parte delle attività di pressione (i.e. *grass-roots lobbying*,

¹⁹ Scorrendo, ad esempio, il Registro del MISE: Istituto poligrafico e zecca dello Stato; Iliad Italia; Autogrill; Pirelli; Basf; General Electric; Nestlé; Amazon; Cassa depositi e prestiti; Rai; Mediaset; Sky; Viacom; Compagnia delle Opere; Philip Morris; Fastweb; Eolo; Open Fiber; British Petroleum; Electrolux; Telethon; Altroconsumo; Airc; Actionaid; WWF.

²⁰ Cfr. www.minambiente.it/comunicati/ambiente-il-ministero-diventa-una-casa-di-vetro-il-ministro-costa-che-ha-firmato-il.

²¹ Cfr. www.camera.it/rappresentanti/interessi/registro_rappresentanti.html.

²² Fra cui, di speciale rilevanza, «non aver ricoperto negli ultimi dodici mesi cariche di governo né aver svolto il mandato parlamentare», ovvero sia il c.d. “divieto di revolving doors”.

campagne di stampa ed uso dei *mass-media*, incontri di studio e ricerche, *dossier*, contatti con i parlamentari, etc.); laddove nella fase istruttoria-deliberativa tali “sollecitazioni” sono invece limitate alla sola partecipazione di “esperti” nelle Commissioni legislative permanenti, per la elaborazione ed introduzione di eventuali emendamenti al testo già presentato, oltretutto agli (altrettanto eventuali ed informali) contatti con i deputati ed i senatori. Osservazioni peraltro corroborate dalla totale assenza di alcuna previsione – in materia – nei Regolamenti parlamentari, in particolare nelle disposizioni ivi dedicate al procedimento legislativo, tanto in Commissione quanto in Aula, nelle quali infatti giammai si menzionano il coinvolgimento o la partecipazione dei rappresentanti di interessi.

Emergono così due ordini di interrogativi: deve ritenersi che siano i parlamentari a farsi portatori (in ultima istanza) degli interessi trasmessi dalle *lobby* e che, pertanto, l’influenza delle medesime sia efficace soltanto “per interposto deputato/senatore” (o meglio, Gruppo parlamentare)? E quanto è invece rilevante l’attività di *lobbying* sull’esercizio della funzione normativa del Governo, aldilà della necessaria “interferenza” parlamentare – ex artt. 76 e 77 Cost. – sulla medesima?

Pur senza dare una risposta alle superiori questioni – il che esorbita le finalità delle presenti, brevi, note – può intanto notarsi come al menzionato sistema di registrazione “soggettiva” (cfr. *supra*, §2.1 e 2.2) si sia più recentemente affiancato il ricorso al c.d. “Legislative Footprint” ovvero sia un *comprehensive public record* della influenza esercitata dai lobbisti su una specifica “porzione” della legislazione (i.e. *piece of legislation*): ne è un esempio il *paper* “EU Legislative Footprint”, recentemente pubblicato dal *Transparency International EU*²³.

In particolare, tale *Legislative Footprint* dovrebbe aggiungersi al summenzionato accordo inter-istituzionale del 2011 – nonché al Registro per la trasparenza ed all’accordo sulla c.d. “better regulation” (cfr. *supra*, 2.1) – al fine di rendere più trasparente il processo politico-decisionale ed, indi, favorire la responsabilizzazione delle istituzioni europee nei confronti dei cittadini²⁴.

Il *quid pluris* del *Legislative Footprint* consisterebbe, appunto, nella possibilità di fornire informazioni dettagliate su “chi” abbia esercitato influenza riguardo ad una determinata iniziativa legislativa, nonché su “come” e “quando” tale influenza sia stata esercitata, mediante sia la registrazione dei contatti avvenuti fra deputati, pubblici ufficiali ed amministratori – da un lato – e lobbisti – d’altro lato – sia la pubblicazione dei *dossier*, delle bozze dei provvedimenti normativi nonché della ulteriore attività di analisi e di *drafting* svolta dagli stessi lobbisti²⁵; in tal modo lo strumento *de quo* si configurerebbe quale (potenziale) risoluzione ad alcuni problemi classicamente emergenti in materia di regolamentazione del *lobbying*: la disomogenea rappresentanza dei gruppi di pressione (c.d. “level playing field”) e la connessa esigenza di una equilibrata attività di produzione normativa e di una bilanciata tutela degli interessi patrocinati; la prevalenza degli interessi di natura eminentemente economica su tutti gli altri eventualmente compensata, però, dalla interlocuzione istituzionale con una più ampia e non “settoriale” categoria di *stakeholder*; la divaricazione fra la

²³ Il *Transparency International EU* è l’ufficio a Bruxelles di una organizzazione internazionale – iscritta dal 2008 nel Registro per la trasparenza – che si occupa di contrasto alla corruzione: «the mission of TI-EU is to prevent corruption and promote integrity, transparency and accountability in EU institutions, policy and legislation».

²⁴ Letteralmente, 4: «The aim of such disclosure is to document the lobbyists’ influence on policies and legislation. Whether annexed to legislative reports or published in ‘real time’ on official websites, such initiatives serve to inform the public which interests have shaped draft and final legislation» (cfr. <https://transparency.eu/wp-content/uploads/2016/09/Transparency-05-small-text-web-1.pdf>).

²⁵ Cfr. *ibidem*, 6: «Only a combination of all such exercises can lead to a comprehensive picture of lobbyists’ influence on legislation». Viepiù nel *paper* – pubblicato nel 2015 – si sostiene che «legislative footprint can help improve the outcomes of public policy-making [and] by making it clear who policy-makers are speaking with, it can help to ensure consultation with a wider, more representative group of stakeholders and reduce the risk of “groupthink” in the decision-making process [and] can also improve accountability by allowing voters to monitor parliamentarians’ activities in real time» (sempre 6).

“responsabilità” politica dei parlamentari europei e la “responsività” della loro attività istituzionale – in termini di maggiore o minore corrispondenza all’orientamento del proprio elettorato – che potrebbe essere sensibilmente ridotta a fronte, appunto, dell’obbligo di pubblicizzazione delle relazioni intrattenute con i rappresentanti di interessi diversi.

Sicché un sistema istituzionale connotato dalla combinazione fra registrazione soggettiva e *Legislative Footprint* sembrerebbe idoneo sia ad implementare la massima trasparenza delle relazioni fra *lobby* ed istituzioni sia a migliorare la qualità della c.d. “regolazione”, in specie sotto il profilo della più stretta coerenza fra la *public issue* e la correlativa *political instance*, da un lato, ed il contenuto del provvedimento normativo infine adottato, d’altro lato²⁶.

4. Sintesi: teorizzazione generale della “rappresentanza politica” e (necessaria) regolamentazione delle relazioni lobbistiche.

La complessità (sociale, economica e politica) che ontologicamente connota lo Stato di democrazia pluralista e, nell’ambito del medesimo, le concrete modalità di svolgimento della democrazia parlamentare è perfettamente rappresentata dalla molteplicità degli interessi che emergono dalla società civile moderna nonché, vieppiù, dalla frammentazione di quest’ultima; ed è appunto sotto questo profilo che può interpretarsi la progressiva affermazione delle *lobby*: fenomeno fisiologicamente connesso alle predette complessità e frammentazione.

La attività di pressione sul decisore politico sembra essere così diventata un elemento irrinunciabile della operatività del moderno sistema democratico-parlamentare; sarebbe proprio la presenza delle *lobby* ad assicurare, anzi, il pluralismo tipico di una c.d. “società aperta” in quanto «componente rilevante del processo democratico» – ossia nuova forma «di partecipazione istituzionale della società civile organizzata» – con funzione «di [rap]presentazione delle componenti più organizzate e dinamiche» della collettività nonché di illustrazione degli «elementi indispensabili per la comprensione dell’impatto di determinate scelte» politiche²⁷.

Nella cultura giuridica fra il XIX ed il XX secolo era invero diffusa l’idea di una sostanziale coincidenza fra i concetti di “Stato” e di “legge”, nel senso che «la volontà dello Stato acquista la sua forma più elevata, quando viene espressa sotto il nome della legge» e che dalla predetta coincidenza derivasse, altresì, una altrettanto sostanziale sovrapposizione fra “Stato legislativo” e “parlamentarismo”; di talché la rappresentanza politica (elettiva) diveniva istituto strumentale alla espressione della volontà popolare, nonché funzionale alla legificazione – ossia alla giuridicizzazione – dei relativi interessi: ed infatti «nella democrazia parlamentare la volontà del Parlamento viene identificata con la volontà del popolo; in essa la semplice deliberazione di maggioranza del

²⁶ Sul collegamento fra crisi della rappresentanza politica e crisi della fiducia nella regolazione, si veda M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in *Historia et ius* (<http://www.historiaetius.eu/>) n. 9/2016, 1 e ss.; in specie sotto il profilo sia della «giustificazione delle regole» e della «tracciabilità» degli interessi loro sottesi, sia della «disciplina dell’istruttoria per l’adozione delle regole» e – quindi – della trasparenza del relativo processo di *decision-making* (ivi, 15-17). Sulla “manutenzione” e sulla “qualità” della legislazione, in relazione alla selezione politica degli interessi, si veda anche a M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011.

²⁷ Virgolettati tratti da T. E. FROSINI, *La democrazia e le sue lobbies*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2012. In argomento si rinvia anche a T. E. FROSINI, *Gruppi di pressione*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 228 e ss.; G. MACRÌ, *Lobbies*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche* (aggiornamento), Torino, 2012, 471-484; G. MACRÌ (a cura di), *Democrazia degli interessi e attività di lobbying*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2016; A. DI GREGORIO e L. MUSSELLI (a cura di), *Democrazia, lobbying e processo decisionale*, Giuffrè, Milano, 2015.

Parlamento può essere diritto e legge, *finché viene presupposto che essa contiene in sé le qualità della volontà popolare*»²⁸.

Proprio in ordine al suddetto raccordo funzionale fra interessi dei rappresentati (i.e. del popolo "sovrano") ed azione politica del rappresentante eletto, nelle riflessioni di Schmitt si evidenziava la (asserita) incapacità della forma di governo parlamentare a dare attuazione, sotto forma di «decisioni sovrane», ad una efficace identità democratica: ed in effetti – con l'affermazione del moderno Stato di democrazia pluralista – il «Parlamento di Schmitt, indissolubilmente legato al sistema se non aristocratico perlomeno oligarchico [...] da teatro di una discussione libera e costruttiva dei liberi rappresentanti del popolo [piuttosto] diventa il teatro di una divisione pluralistica delle forze sociali organizzate»²⁹. La definizione concettuale della rappresentanza politica elettiva non poteva non essere pertanto influenzata da quelle, concorrenti, del "ruolo" e della "collocazione" istituzionale del Parlamento, secondo due principali linee di tendenza culturali: da un lato, quella che lo configurava come «organo del popolo» in quanto strumento attraverso cui quest'ultimo poteva esercitare la propria "sovranità" e, d'altro lato, quello che lo considerava invece organo dello "Stato apparato" inserito, cioè, nella «struttura e nei procedimenti dell'ordinamento» giuridico-istituzionale³⁰.

E tuttavia, ben più fedele alla «forma costituzionale concreta» del Parlamento pareva essere quella che lo descriveva, piuttosto, come «interfaccia tra società civile e Stato» ovvero – nella formula adottata da Hegel – «porticato tra lo Stato e la società civile»³¹. Proprio sotto questo profilo, anzi, l'evoluzione storico-politica del parlamentarismo avrebbe poi naturalmente valorizzato la funzione di «contropotere» dell'organo rappresentativo della volontà popolare, il cui compito sarebbe dunque stato assicurare una «intima connessione fra la legittimazione democratica, la rappresentanza democratica e la predisposizione di meccanismi idonei all'effettività del principio di responsabilità»³².

Nella medesima prospettiva evolutiva, finanche la frammentazione dell'interesse generale in una molteplicità di interessi frazionali poteva allora essere ricondotta, univocamente, entro il canale della rappresentanza politica (elettiva) tramite la formazione e l'attività dei moderni partiti di massa, «i quali raggruppano gli uomini di una stessa opinione, per garantire loro [appunto] un effettivo influsso sulla gestione degli affari pubblici» nonché per consentire tanto la elaborazione della «volontà generale» – intesa quale «compromesso fra interessi opposti» – quanto la sua concreta realizzazione; in tal senso, dunque, nel sistema parlamentare la formazione stessa dell'ordine

²⁸ Sono ben note le argomentazioni di H. Kelsen, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, e di C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972. In particolare, estremamente efficace è la equivalenza riportata da quest'ultimo Autore, 225, per cui «diritto=legge; legge=la regolamentazione statale realizzata con la collaborazione della rappresentanza popolare», ovverosia «*lex est, quod populus jubet*». Tuttavia è altresì vero che, nell'ambito dei superiori argomenti, emergono poi alcune posizioni critiche contrapposte, espresse da entrambi i predetti Autori: laddove, per Kelsen, non si poteva dubitare del fatto «che il parlamentarismo non [fosse] l'unica possibile forma reale in cui nella realtà sociale odierna possa attuarsi l'idea della democrazia» e che, pertanto, «la condanna del parlamentarismo [sarebbe] al tempo stesso la condanna della democrazia», invece Schmitt rilevava che «il parlamentarismo non è la forma della integrazione, ma [...] è solo un metodo determinato di integrazione»; cfr. rispettivamente H. Kelsen, *La democrazia*, cit., 156-157, e C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione* (1928) citato da G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 67, nota 1.

²⁹ G. Azzariti, cit., 68-69. Le citazioni riportate dall'Autore sono tratte da C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione ed il custode della Costituzione* (1929).

³⁰ Orientamenti chiaramente evidenziati, in Italia, da A. Manzella, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 1991, 15-19. Sul punto si veda anche A. Marongiu, *Parlamento. Storia*, voce in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, 742 e ss.

³¹ Virgolettati – e citazione di Hegel – tratti sempre da A. Manzella, cit., 16-17. Non si entra, qui, nel merito della questione e, per un approfondimento, invece si rinvia, *ex multis*, a M. Mazzioti di Celso, *Parlamento. Principi generali e funzioni*, voce in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, 757 e ss.

³² Spunti offerti da F. Politi, *Parlamento*, voce in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Giuffrè, Milano, 2007, 682-683.

sociale (i.e. dell'ordinamento giuridico) doveva intendersi determinata, appunto, dalla «decisione della maggioranza dei titolari dei diritti politici, i quali esercitano il loro diritto nella Assemblea del popolo»³³.

È con l'avvento del moderno Stato di democrazia pluralista che si è assistito, quindi, alla valorizzazione del modello di c.d. "democrazia indiretta" ed al superamento dell'ideale di un «interesse generale superiore e trascendente gli interessi dei gruppi» ovvero di una «solidarietà di interessi di tutti i membri della collettività»; e che si è posto, di conseguenza, il tema problematico della sostituzione – o affiancamento – ai partiti politici di altri «gruppi sociali», quali ulteriori «fattori della formazione della volontà dello Stato»³⁴. Ed infatti sempre Kelsen – richiamando gli studi di Voegelin – rammentava che la «rappresentanza mediante organi eletti sulla base del suffragio libero e universale» non esaurisce «il problema della rappresentanza» in sé: alla rappresentanza caratterizzata dalla elezione popolare – appunto finalizzata a comporre l'assemblea legislativa nonché a garantire, per il suo tramite, la formazione progressiva dell'ordinamento – se ne aggiungerebbe infatti un'altra, invece connotata dalla «effettiva imputazione» degli atti del rappresentante alla società rappresentata – ovvero da una «causalità efficiente» ricorrente tra l'azione dello Stato e la volontà popolare – indipendentemente dal fatto che il relativo mandato fosse stato conferito democraticamente o no³⁵.

In ordine alla superiore diarchia si pone, dunque, la questione problematica inerente al valore ed alla (eventuale) collocazione istituzionale da riconoscere ai canali di rappresentanza politica "non elettiva", ovvero allo spazio che anche ad essi possa essere riconosciuto – nell'ambito dei meccanismi operativi dello Stato di democrazia pluralista – rispetto a quello ordinariamente occupato dalla rappresentanza di tipo elettivo; se, infatti, né il *discrimen* fra interesse generale ed interessi frazionali – infine diluito nelle speculazioni teoriche sul ruolo dei partiti politici – né il "fine" dell'attività di rappresentanza politica – volta comunque alla approvazione di atti giuridicamente vincolanti (i.e. leggi e regolamenti) – risultavano affatto decisivi per determinarne la natura, allora è forse su una (possibile) "tipizzazione" delle modalità di esercizio della rappresentanza non elettiva che potrebbe basarsi la sua (legittima) istituzionalizzazione nonché, vieppiù, la sua compatibilità con il consolidato modello statale di c.d. "democrazia occidentale"³⁶.

³³ Cfr. H. Kelsen, *La democrazia*, cit., 62 e 72.

³⁴ *Ibidem*, 68-69. Frequenti i riferimenti, in materia, a H. TRIEPEL (1928), *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlino, cui dunque si rinvia. Non casualmente, dalle medesime premesse assiologiche emergevano altresì – contrapposte al parlamentarismo classico – le ragioni sottese al "corporativismo": in specie, quella della transizione istituzionale da una organizzazione meramente «meccanica» del popolo – ossia basata su deliberazioni adottate "a maggioranza" – ad una invece «organica» che, con specifico riferimento alla formazione della volontà statale, consentisse indi la partecipazione alla decisione (finale) a ciascun «gruppo professionale», in ragione degli specifici interessi di cui lo stesso era portatore (in proposito sempre Kelsen, *ibidem*, 95-100, parlava di «rappresentanza professionale» e, tuttavia, osservava anche che una "assemblea" formata sulla base delle organizzazioni professionali non potrebbe che deliberare nel rispetto di un "meccanico" principio di maggioranza; in tal senso, quindi, una «organizzazione professionale non sarà mai in grado di sostituire completamente il Parlamento democratico, ma potrà esistere soltanto accanto ad esso [...] come organo puramente consultivo, non deliberativo»; 98-99).

³⁵ *Ibidem*, 203-219; il riferimento è a E. VOEGELIN, *The New Science of Politics*, Chicago, 1952, cui Kelsen attribuisce la superiore distinzione fra «rappresentanza elementare» o «in senso costituzionale», da un lato, e «rappresentanza esistenziale», d'altro lato. Sul pensiero di Voegelin si veda anche G. Duso (a cura di), *Filosofia politica e pratica del pensiero. Eric Voegelin, Leo Strauss, Hannah Arendt*, Franco Angeli, Milano, 1988.

³⁶ Proprio la attuale crisi del c.d. "Stato legislativo parlamentare" pare ridondare su uno dei pilastri del relativo modello istituzionale ovvero, appunto, sul principio di rappresentanza parlamentare politico-partitica: la *vis expansiva* del Governo, da un lato, nonché la conseguenziale e progressiva contrazione *de facto* della forza di "negoiazione" politica tradizionalmente – oltretutto costituzionalmente – garantita al Parlamento, d'altro lato, sembrerebbero indurre ad un ripensamento del valore "tipico" della rappresentanza istituzionale (governativa e para-governativa) rispetto a quella elettiva; e dunque, anche ad una riformulazione del processo di "traduzione" in atti giuridici degli interessi collettivi – ampiamente condiviso, ormai, fra Legislativo ed Esecutivo – nonché degli ulteriori canali istituzionali (non

È infine in ragione di tale, ultima, considerazione che appare vieppiù indiscutibile l'esigenza di riservare al fenomeno del *lobbying* una regolamentazione organica, utile ad assicurare la trasparenza del processo decisionale nonché a recuperare e ad implementare – dunque – il principio di responsabilità politica, univocamente riconducibile alla attività del “decisore politico” nei confronti del corpo elettorale, indifferentemente dalla natura (generale o frazionale) dell'interesse tutelato e dal canale (elettivo o non elettivo) di trasmissione istituzionale del medesimo.

elettivi) di elaborazione degli interessi frazionali, facenti capo ai diversi “corpi intermedi” che operano nell'ambito dell'ordinamento giuridico e che incidono, variamente, sulla determinazione ed attuazione dell'agenda politica nazionale. La questione è ampia, né può essere affrontata e risolta in questa sede; si rinvia dunque a A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, n. 4/2008, 854 e ss.; O. HÖFFE, *La democrazia ha un futuro?*, La Scuola, Brescia, 2011; H. H. HOPPE, *Democrazia: il dio che ha fallito*, Liberilibri, Macerata, 2005.

- IV -

IL GOVERNO PARLAMENTARE

LAURA BUFFONI
**La rappresentazione e il valore di legge.
Contro i dispositivi**

SOMMARIO: 1. La crisi. – 2. La rappresentazione del Parlamento nella Costituzione. – 2.1 La pubblicità e il principio democratico. – 2.2 La pubblicità e il principio rappresentativo. – 2.3 La rappresentanza/*rappresentazione* e l'immagine. – 2.4 L'iper-rappresentazione e l'idolo. – 3. La *legi-matica* e il «valore di legge». – 3.1 Valore e rappresentanza. – 3.2 La pro-fanazione dei dispositivi.

1. La crisi

È giudizio diffuso, sino ad essere divenuto un luogo comune, che la legge arretra a vantaggio di ciò che non è politico, la giurisdizione, il tecnico o l'economico. Le prestazioni del politico misurate con un altro metro (la verità o la performatività) sono inferiori alle potenze alternative, non 'funzionano'. Il politico è preso, sur-determinato, dal giudiziario, dal tecnico, dall'economico.

Dalla constatazione dell'arretramento del politico non si può, però, affatto dedurre che sia privo di 'valore', da non tenere in 'conto'. Quella perdita di campo, di *terra*, è un fatto. Ma dall'osservazione di questo fatto non se ne può trarre un giudizio di dis-valore sulla rappresentanza politico-parlamentare e sulla legge. Ancora prima della dottrina kelseniana della separazione tra essere e dover essere¹, a consigliarlo è la deduzione logica che funziona tra termini omogenei.

In ogni caso, al giurista positivo la Costituzione vigente impone di non arrendersi, di cercare un modo per far 'funzionare' il politico con il 'meccanismo' rappresentativo ed elettivo, senza rinunciare né al pluralismo né all'interesse/volontà generale.

Si è così guardato alla tecnica, alla sua applicazione al 'politico', come mezzo di soluzione della *crisi*. La mente corre in particolare alle tecniche di visibilità del Parlamento e di scrittura della legge.

Nel diritto parlamentare, alle tradizionali forme di pubblicità-descrizione si sono affiancate forme di pubblicità-propaganda quale rimedio allo svuotamento di contenuto della rappresentanza parlamentare e allo sfilacciarsi della relazione rappresentanti-rappresentati: accanto alla riproduzione diretta, mediante immagini, o indiretta, mediante trascrizione, dell'attività parlamentare si diffondono tecniche di comunicazione pubblica che ri-costruiscono, mediante forme narrative più dirette della scrittura dei resoconti, l'immagine del Parlamento.

Allo stesso modo, alla 'scienza' della legislazione è succeduta la 'tecnica' della legislazione. La *legi-matica* tende alla 'modellizzazione', alla 'standardizzazione', mediante la tecnica informatica, del ragionamento e della produzione legislativa ed alla verifica di fattibilità, di efficacia, della legge. Nei manuali è diffusa l'espressione «tecnici della legislazione» o «produttori normativi».

La tesi che argomento è che non possono essere i *dispositivi* tecnici a supplire alla crisi o all'aporia della rappresentanza politica e del suo prodotto, la legge, perché tra gli uni e le altre non vi è commensurabilità, non sono misurabili con la stessa unità di misura. Tutto al contrario, i dispositivi sono opposti e nemici della sostanza, del politico.

Tra le fonti di legittimazione della tecnica e del politico vi è incongruenza. Della tecnica può predicarsi la sincera *méfiance* per la politica e per le sue categorie e la radicale alterità rispetto alle forme di meta-narrazione fondativa, a cui appartiene la rappresentanza politica moderna². La prima

¹ H. Kelsen, *Una teoria fenomenologica del diritto*, Esi, Napoli, 1990, 39; Id., *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2013, 131. La confusione, nella dottrina costituzionalistica, tra essere e dover essere proprio sul tema della rappresentanza è colta da M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, n. 1, 25.

² J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, ed. XVII, 2006.

guarda ai mezzi, è agire strategico, strumentale, la seconda ai fini, si avvale – ove agisca per la città – dell’agire comunicativo-discorsivo.

In ogni caso, guardare alle prestazioni dei «dispositivi» à la Agamben per dare un futuro al Parlamento ed al suo atto politico tipico è un argomento tutto *economico*, che attinge alla logica del funzionamento, alla funzione tecnico-economico-macchinica del ‘fare’, degli ‘apparati’, tipica dell’Età delle leggi dell’economia, l’età di Epimeteo.

Ma l’argomento economico dell’utilità non pare affatto decisivo per il ‘politico’. Anzi ne è la negazione.

In una, la questione teorica da affrontare è se il «valore di legge», di cui discorre la Costituzione, possa essere una questione di resa della ‘macchina’ parlamentare o se piuttosto il Parlamento, quando diventa un meccanismo, un regime tecnico-operativo, quando è automatizzato, scompaia dall’universo rappresentativo e perda il suo valore.

Se così fosse, la pro-fanazione dei dispositivi sarebbe il solo possibile nuovo inizio, il punto di fuga, del politico per aprire ad un altro discorso sulla rappresentazione parlamentare.

2. La rappresentazione del Parlamento nella Costituzione

L’immagine pubblica del Parlamento è affidata dal diritto parlamentare a plurime forme di visibilità: pubblicità radiotelevisiva, pubblicità cartolare nella forma dei resoconti (stenografici e sommari), comunicazione istituzionale e giornalismo parlamentare, comunicazione interattiva sulla rete³.

Queste *tecniche* rappresentative del Parlamento pongono una questione di diritto costituzionale positivo: attuano la Costituzione? Sono coerenti con la rappresentatività propria del Parlamento?

Più precisamente, la *rappresentazione* del Parlamento mette in questione gli artt. 64 e 72, comma 3, della Costituzione: su queste vanno misurate le regole parlamentari di pubblicità.

L’art. 64, comma 2, della Costituzione prescrive che le «sedute» di ciascuna delle due Camere e del Parlamento a Camere riunite sono (devono essere) pubbliche e l’art. 72, comma 3, impone al regolamento la determinazione delle forme di pubblicità dei «lavori» delle Commissioni in sede deliberante.

La pubblicità delle sedute delle Camere rende immediata la percezione del Parlamento e non può non includere la pubblicità materiale, storica e fenomenica, dei lavori che si svolgono nell’Assemblea⁴. La pubblicità dei lavori è, invece, la soglia minima che deve essere garantita per le Commissioni in sede deliberante, le cui sedute non godono della garanzia costituzionale della pubblicità.

Potrebbe dirsi, ad una prima lettura del testo costituzionale, che tutte le forme rappresentative sono legittimo svolgimento di queste norme costituzionali, in quanto nessuna ha valore legale⁵ e,

³ Sulle nuove tecniche di comunicazione parlamentare cfr. l’analitica ricerca di P. CARETTI, M. MORISI (a cura di), *La pubblicità dei lavori parlamentari in prospettiva comparata. Speciale Seminario di studi e ricerche parlamentari “Silvano Tosi”*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2014, n. 2. Più di recente v. gli scritti in G.L. CONTI, P. MILAZZO (a cura di), *La crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione*, Pisa University Press, Pisa, 2017.

⁴ C. ESPOSITO, *Atti parlamentari*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 77 ss.

⁵ A partire da Corte cost., sentt. n. 9 del 1959 e 134 del 1969, ove si legge che «processi verbali, resoconti sommari e stenografici, messaggi del Presidente dell’Assemblea legislativi sono [...] mezzi di prova particolarmente autorevoli, a nessuno dei quali però è riconosciuta efficacia privilegiata. Giacché, se così fosse, la garanzia del rispetto delle norme costituzionali sarebbe concretamente rimessa all’organo attestante una verità incontrovertibile, anziché al giudice della costituzionalità delle leggi». Sul punto, P. COSTANZO, *Osservazioni in tema di pubblicità dei lavori legislativi*, in *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà: atti regolamenti e prassi della Camera nella VII legislatura*, Giuffrè, Milano, 1979, 493-4.

quindi, tutti i mezzi di comunicazione, formale e informale, tipizzati e non, sono ammissibili. Potrebbe aggiungersi che la *pubblicità* dell'attività parlamentare, l'apertura del Parlamento, delle sue sedute e dei suoi lavori, al *popolo*, è legata all'art. 1 della Costituzione e, con esso, alla attribuzione della titolarità della sovranità al popolo⁶ ovvero al principio fondamentale dell'art. 3 di partecipazione del cittadino all'organizzazione politica⁷. La pubblicità è ciò che rende presente il popolo rappresentato: immette un poco di identità, di immediata datià del popolo, nella forma politica rappresentativa.

A cascata, potrebbe pacificamente concludersi che la messa in pubblico dell'attività parlamentare, in tutte le sue forme, vecchie e nuove, inverte la Costituzione o, per lo meno, queste disposizioni costituzionali e accorcia lo scarto tra rappresentanti e rappresentati. E così chiudere la questione.

Ma la conclusione può essere revocata in dubbio e la questione restare tale ove si acceda ad un secondo livello di lettura del testo costituzionale e ci si interroghi sul senso pregnante della pubblicità di una assemblea parlamentare rappresentativa. Entra in gioco il legame pluri-verso tra pubblicità, principio democratico e principio rappresentativo che potrebbe ridimensionare la decisività delle nuove tecniche di visibilità del potere per uscire dalla crisi del Parlamento.

2.1 La pubblicità e il principio democratico

Non è in discussione il fatto, storicamente e teoricamente fondato, che la pubblicità del Parlamento è stata un portato della democratizzazione del parlamentarismo, della lotta per la sovranità popolare e, con essa, per l'elettività del Parlamento⁸. È vero che nel parlamentarismo inglese è stata la segretezza, il *privilege*, a consentire al Parlamento la contrapposizione all'assolutismo monarchico⁹. Ma le contingenti ragioni di quella segretezza sono indubitabilmente venute meno.

Dopo l'atto dell'elezione, dell'investitura, la democraticità della relazione tra governanti e governati esige per lo meno la conoscenza dell'attività parlamentare che sola ne consente la controllabilità. E ciò è ancora più essenziale per la democraticità, intesa volgarmente come esercizio concreto del potere da parte del popolo, della rappresentanza connessa con quella *contradictio in adiecto* che è il 'libero mandato': la segretezza dell'attività parlamentare interromperebbe qualsiasi relazione con i rappresentanti.

Non pare, però, che il senso, che più significa per il diritto costituzionale, del nesso tra pubblicità dei lavori parlamentari e democrazia sia quello, politologico, della retorica della visibilità e pubblicità del potere.

La pubblicità attiene all'*essenza* del parlamentarismo elettivo in un'accezione più pregnante.

Ora, si può giustificare il primato del Parlamento con la sovranità popolare. Ma non occorre attingere alle radicali critiche rousseauiane, marxiste o conservatrici-reazionarie della rappresentanza parlamentare per svelare la debolezza, dal punto di vista della sovranità popolare,

⁶ Tra i molti, legano la pubblicità alla democraticità del potere visibile, controllabile, à la Bobbio, L. GIANNITI, C. DI ANDREA, Art. 64, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2006, 1235; R. MORETTI, in T. MARTINES, G. SILVESTRI, C. DE CARO, V. LIPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2005, 185; G. F. CIAURRO, *La resocontazione dei lavori parlamentari*, in *Nuovi studi politici*, 1983, n. 3, 10-1.

⁷ A. MANZELLA, Art. 64 Cost., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1986, 37.

⁸ Con specifico riferimento alla Francia rivoluzionaria si veda l'ampio saggio di P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari (profili storico-comparatistici ed aspetti attuali)*, in *Rass. parl.*, 1980, 203.

⁹ *Ibidem*, 205. Il punto è pacifico negli studi storici: per tutti V. STRINATI, *La pubblicità dei lavori parlamentari dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Le Carte e la Storia*, 2008, n. 2, 24.

di quella legittimazione. È sufficiente la critica kelseniana, interna alla democrazia parlamentare: la volontà del Parlamento non può valere *come* volontà del popolo rappresentato, perché, con l'introduzione del libero mandato, il primo è giuridicamente indipendente dal popolo che lo elegge e perché «non esiste affatto una volontà del popolo in senso giuridico e, oltre a ciò, una volontà unitaria del popolo è una chimera»¹⁰ o, detto altrimenti, «il popolo nel suo complesso è muto»¹¹.

Se così è, la rappresentanza parlamentare, la rappresentanza di diritto pubblico, laddove imputa al popolo la volontà del Parlamento, è una «finzione giuridica»: la prova più evidente è che non vi è una *regola* di diritto costituzionale positivo che attribuisca alle deliberazioni del popolo il valore di legge e che disponga che il Parlamento, in casi eccezionali, può adottare leggi, imputandone gli effetti al popolo, *come se* fossero state poste dal popolo stesso¹².

Questa regola resta valida e probante anche per il diritto costituzionale vigente.

La Costituzione prescrive la *norma*, la regola costitutiva dell'art. 70: la legge è atto, deliberazione collettiva, del Parlamento. Al più, gli artt. 77, comma 1, e 87, comma 5, predicano il «valore di legge» o «valore» legislativo di decreti del Governo. Confermano che la legge, quindi l'atto dell'Assemblea rappresentativa, è costituita quale valore: nel valore *di* legge la legge non ha valore ma è il valore, l'ideal-tipo. L'art. 77, comma 1, aggiunge che a quel valore, a quell'unità di misura, la Costituzione equipara, ad una condizione, solo atti del Governo che, pur non essendo leggi, *valgono* come se fossero leggi. La condizione dell'*equi-valenza* tra decreti/atti del governo e legge è l'autorizzazione con deliberazione legislativa del Parlamento. Potrebbe obiettarsi che nella Costituzione vigente, in virtù dell'art. 75, il popolo partecipa della funzione legislativa mediante il referendum abrogativo, che è, almeno potenzialmente, fonte del diritto, più specificatamente atto con 'forza' (se non con 'valore') di legge, perché abrogare – sulla scia delle *Lezioni* di Crisafulli – non significa «*non disporre*» ma «*disporre diversamente*». Con la conseguenza che non avrebbe molto senso distinguere tra disporre in negativo e disporre in positivo. Ma, con poca originalità¹³, potrebbe replicarsi che, comunque, anche il referendum è atto *rappresentativo*, in quanto implica sempre forme di rappresentazione, di mediazione, che escludono l'immediata datità del popolo.

Contro Kelsen, potrebbe mettersi in questione che imputare al popolo la volontà del Parlamento sia davvero una «finzione» giuridica. Il dubbio è che Kelsen scambi per finzione la funzione costitutiva del diritto. In un discorso che qui può solo essere iniziato, il diritto è sempre artificio e costruzione. È il carattere auto-presupponente del diritto (e del linguaggio, del diritto come linguaggio, come pratica discorsiva), la sua potenza. È la performatività e costitutività del diritto (e del linguaggio): nel mondo del diritto gli eventi, i fatti, le cose, non (pre)esistono se non sono nominati, codificati, tradotti, qualificati, dal diritto e per ciò stesso costituiti. Il diritto romano aveva addirittura creato, «istituito», la natura: la realtà era artificio. A dire che anche il concetto di natura dipende sempre, per il diritto, dal modo in cui esso lo determina: neppure la natura è un «dato» già acquisito e, anche quanto lo si consideri dato, è il diritto che lo definisce, lo pre-suppone come dato e, quindi, lo pone come proprio presupposto. È la giuridicizzazione della natura, fondata sulla separazione romanistica tra persona e individuo, che corrisponde alla distinzione tra parole e cose. Cosicché anche il successivo movimento della naturalizzazione, personificazione, della realtà giuridica presuppone

¹⁰ H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2013, 793. L'idea dell'«indipendenza giuridica» del parlamento dal popolo è anche in H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. S. Cotta e G. Treves, Ed. di Comunità, Milano, 1963, 293 ss.

¹¹ *Ibidem*, 701. Realisticamente, *Id.*, *I fondamenti della democrazia*, in *Id.*, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, 194, nota che «non si può negare che il popolo, come massa di individui di differenti livelli economici e culturali, non ha una volontà uniforme, che solo l'individuo possiede un volere reale e che la cosiddetta «volontà popolare» è un modo di dire figurato e non una realtà».

¹² H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., 693 ss.

¹³ Attingendo alla nota tesi elaborata da M. Luciani, *Il referendum abrogativo. Commento dell'art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2005.

logicamente la costituzione della natura. La persona, nella tradizione romanistica, è un'operazione funzionale a costituire un punto di imputazione di obbligazioni e diritti. Ogni persona, da questo punto di vista, è persona giuridica. Tutto, a seguire Kelsen, sarebbe finzione. A ben vedere, però, potrebbe significare solo che è costituita, che è artificio, ma che è reale e non finta. Se torniamo alla volontà popolare, è allora piuttosto vero che non esiste una volontà del popolo come volontà naturale della collettività: le comunità umane non hanno volontà, ma agiscono e deliberano sulla base di regole accettate da quella comunità. Sono le regole che costituiscono quella volontà: e le regole sono artificiali, perché poste, ma non sono finte, sono reali.

In ogni caso, resta che nella Costituzione vigente tra rappresentanza parlamentare e sovranità del popolo vi è uno scarto. La rappresentanza parlamentare è legata organicamente, strutturalmente, alla sovranità del popolo mediante le elezioni, ma ne è funzionalmente indipendente¹⁴. Potrebbe persino dirsi che, nella rappresentanza libera dell'art. 67 della Costituzione, la sovranità è di chi rappresenta liberamente e non del popolo. Il senso del principio di sovranità popolare dell'art. 1 è allora quello opposto di disgiungere la sovranità dal circuito rappresentativo: proprio perché la sovranità è del popolo e non dello Stato, questa non si risolve nella rappresentanza parlamentare.

Il principio parlamentare si può, però, legittimare senza l'ausilio della rappresentanza del popolo. E i passaggi di questa legittimazione conducono diritto alla pubblicità del procedimento parlamentare.

Il primato del Parlamento può derivare dall'essenza del parlamentarismo come tecnica di «formazione della volontà normativa dello stato da parte di un organo collegiale eletto dal popolo in base al suffragio universale ed eguale, e quindi democraticamente, secondo il principio maggioritario»¹⁵ ed «il suo valore giustificato come mezzo specifico di tecnica sociale per la produzione dell'ordinamento statale»¹⁶. A sua volta, la formazione di una valida volontà statale in seno al Parlamento è connessa alla democrazia per il tramite del principio di maggioranza, che corrisponde al massimo di libertà politica che consente il diversificante principio della divisione del lavoro. Il principio di maggioranza non si giustifica, infatti, con il principio di uguaglianza, sostenendo cioè «che più voti hanno peso complessivo maggiore che meno voti»¹⁷, perché significherebbe la prevalenza della forza sul diritto. Piuttosto «soltanto l'idea che, se non tutti, deve comunque essere libera la maggior parte degli uomini, cioè che soltanto una minima parte di loro deve trovarsi in contraddizione con la volontà generale dell'ordinamento sociale, soltanto quest'idea conduce, su una via razionale, al principio di maggioranza»¹⁸. Ma – e questo è il punto decisivo di passaggio – la maggioranza crea la minoranza o meglio il diritto, il 'titolo' giuridico, all'esistenza di una minoranza, che sola consente, concettualmente, l'esistenza della maggioranza. Così facendo, il principio di maggioranza – e il co-implicato principio di minoranza – «crea la possibilità del compromesso»¹⁹. Non è chiaro se per Kelsen, alla fine, il compromesso sia argomentazione o negoziazione, sia agire discorsivo-comunicativo o agire strategico: è «approssimazione reale all'unanimità, richiesta dall'idea di libertà, nella produzione dell'ordinamento sociale da parte di chi a tale ordinamento è

¹⁴ La disgiunzione nel testo costituzionale tra la sovranità del popolo e la rappresentanza parlamentare poggia, teoricamente, sul *dispositivo* binario della persona giuridica, in cui il corpo politico non è mai interamente sovrapponibile a quello del sovrano, indagato nella riflessione filosofica più recente da R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Einaudi, Torino, 2014, 16 ss. e 105 ss.; ID., *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Einaudi, Torino, 2013, 7 ss., 41 ss. e 109 ss.

¹⁵ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano, 1982, 175.

¹⁶ *Ibidem*, 178.

¹⁷ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., 718.

¹⁸ *Ibidem*, 719.

¹⁹ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., 193.

assoggettato»²⁰, ovvero decisione ragionevole della maggioranza che rappresenta la volontà generale, ma anche, strategicamente, «accantonamento di ciò che divide in favore di ciò che unisce» ovvero «scambio», «contratto», «accordo»²¹. In ogni caso, il compromesso presuppone un incontro di ragioni o almeno un'intesa transattiva tra interessi particolari che non può darsi al di fuori di una comunità di discorso e di pre-condizioni discorsive: il compromesso è sempre il risultato di una discussione. Kelsen parla del procedimento parlamentare come di una «tecnica dialettico-contraddittoria, fondata su discorsi e repliche, argomentazioni e contro-argomentazioni [...] rivolto al raggiungimento di un compromesso»²². E specifica che il discorso che esige il «*procedimento parlamentare*» [...] «affinché i vari interessi dei gruppi rappresentati in parlamento possano esprimersi, manifestarsi come tali», è il «*pubblico dibattito*»²³.

La conclusione non pare mutare ove si ritenga che per Kelsen il compromesso sia il «presupposto e non il risultato del voto maggioritario», in quanto accordo sulla procedura, sull'accettazione della decisione di maggioranza: in ogni caso, quell'accettazione esige che la decisione sia approvata dopo un «corretto dibattito parlamentare»²⁴. Il confronto tra ragioni, la *procedura* parlamentare, è più precisamente l'oggetto, minimo, del compromesso parlamentare.

Kelsen, poi, lega pubblicità e popolo per legittimare democraticamente – e non solo tecnicamente – il principio parlamentare: «la pubblicità della procedura deve, in un certo qual senso, sostituire la mancanza di una formazione diretta della volontà statale nell'assemblea di tutto il popolo. Attraverso questa pubblicità, lo scontro delle opinioni che si manifesta nella procedura parlamentare deve essere portato negli strati più ampi del popolo, il quale non partecipa direttamente alla formazione della volontà statale, assicurandogli, per lo meno indirettamente, attraverso le ripercussioni dell'opinione pubblica sul parlamento, una certa influenza sulla produzione normativa»²⁵.

Ciò che, però, conta è che la pubblicità è principio fondamentale della democrazia parlamentare solo se è tutt'uno con la dialettica e il contraddittorio parlamentare.

Così, la pubblicità delle sedute di per sé non garantisce la pubblicità del dibattito: rendere immediata la presenza del popolo non rende *pubblica* la procedura parlamentare nella sfera del 'politico'. Possono aversi sedute pubbliche, ma decisioni private.

Tornando alla questione di diritto costituzionale positivo, è vero che non c'è una disposizione costituzionale che prescriva espressamente, come nella Costituzione di Weimar, che il Parlamento discuta pubblicamente.

Ma il testo costituzionale distingue tra sedute e lavori pubblici e, secondo l'art. 72 Cost., la *discussione* in Assemblea, nel luogo della pubblicità delle sedute e dei lavori, è la regola. Può trarsi che la pubblicità non inerisce la visibilità di una qualsiasi attività parlamentare, ma è il predicato di una attività che deve avere la qualità, il valore, del dibattito.

Le forme di pubblicità parlamentare contribuiscono al 'primato' del Parlamento o, ridimensionando l'obiettivo, ne attenuano la crisi solo se rendono pubblica la discussione e la deliberazione parlamentare e non già la mera decisione: deve mettersi in pubblico un dibattito tra 'ragioni', una discussione, per restare nella dimensione della pubblicità propria del politico.

²⁰ H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., 721.

²¹ H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, loc. ult. cit.; ma in termini sostanzialmente identici Id., *Democrazia*, in Id., *Il primato del parlamento*, cit., 30.

²² *Ibidem*.

²³ H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., 195. I corsivi sono testuali.

²⁴ P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino, 196-7, da cui sono tratti i virgolettati e 231 ss., che lega l'idea compromissoria della volontà generale, nei termini di una non incompatibilità, con l'idea della giustificazione (della deliberazione politica) attraverso la ragione pubblica.

²⁵ H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., 784-5.

Al contrario, se la pubblicità dell'attività parlamentare si dissocia dalla discussione, se quella pubblicità resta senza contenuto *pubblico*, le tecniche di comunicazione pubblica sono solo 'retorica' della sovranità popolare, quasi a significare che quando il Parlamento contava esso ambiva al *privilege*, quando non conta più attinge a forme rituali di pubblicità per alimentare la finzione della sovranità popolare. D'altronde, la pubblicità dei lavori parlamentari non fu messa in discussione dal fascismo²⁶. La pubblicità senza contenuto diventa, con disincanto, tecnica di immunizzazione del potere, una maschera di cui il potere si serve per legittimarsi attraverso le apparenti neutralizzazioni del modello discorsivo. Ma, al di là della maschera, vi sarebbe una sovranità che si pone come decisione politica pura e che si mette in pubblico solo per legittimarsi, secondo la logica del fatto compiuto.

Questo pare sufficiente per concludere che, se si misurano le plurime forme di pubblicità dell'attività parlamentare con la sfera della pubblicità propria del politico, quelle forme di per sé non garantiscono la pubblicità come «pubblico dibattito» in seno al Parlamento e, quindi, sono rimedi insufficienti per ricostituire il 'valore' del parlamentarismo.

2.2 La pubblicità e il principio rappresentativo

Ma la comunicazione pubblica delle attività parlamentari svela limiti costituzionali, ancora più invalidanti, ove si concateni la pubblicità del Parlamento degli artt. 64 e 72 della Costituzione con la sua *rappresentatività*.

Qui il rasoio critico delle tecniche di visibilità del Parlamento è la concezione della rappresentanza politica, come principio di forma politica, della dottrina schmittiana della Costituzione²⁷.

Non si nascondono le difficoltà teoriche di riorientare in ambiente pluralista la dottrina schmittiana della rappresentanza politica. Ma l'argomento del legame *esistenziale* tra pubblicità e rappresentanza implica la rappresentanza non solo come struttura giuridico-politica, ma anche estetico-cognitiva, che resta ineliminabile nella democrazia costituzionale pluralista.

In Schmitt la *pubblicità*, la *Öffentlichkeit*, è consustanziale alla rappresentanza perché la seconda è principio di forma dell'unità politica di un *popolo*, è rappresentazione di quell'unità non immediatamente ed identitariamente presente. Il legame tra pubblicità e rappresentanza è l'esistenza politica di un popolo, è *esistenziale*.

«Non c'è nessuna rappresentanza senza pubblicità, nessuna pubblicità senza popolo»²⁸: significa che così come non si dà nessuno Stato senza rappresentanza, allo stesso modo non c'è nessuno Stato, che è sempre *status*, condizione, dell'unità politica di un popolo, senza elementi di identità, cioè senza l'esistenza e presenza del popolo.

²⁶ Cfr. artt. 9 del regolamento del Senato (1938) e art. 22 del regolamento della Camera dei fasci e delle corporazioni (1939). Sulla pubblicità dei lavori parlamentari come «strumento di propaganda», come «pubblicità manipolata», con lo scopo di «creare forme di consenso», cfr. P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari*, cit., 295.

²⁷ Il legame tra il concetto di pubblicità e la rappresentanza in Schmitt non è riconducibile al principio democratico, perché la rappresentatività non implica la democraticità. Anzi, l'una e l'altra rinviano ai due principi politico-formali opposti, al principio della rappresentanza ed al principio dell'identità: il principio rappresentativo è un principio di forma politica aristocratico-oligarchico, che è apparso democratico solo per l'opposizione storica del Parlamento, come rappresentante del popolo unito politicamente, alla monarchia assoluta e la cui aristocraticità si è attenuata con il processo di democratizzazione del Parlamento, ma che resta di fondo aristocratico. Per Schmitt «il rappresentativo contiene cioè proprio il non-democratico» nella democrazia rappresentativa, ovvero «nella misura in cui il Parlamento è un rappresentante dell'unità politica, esso si trova in contrasto con la democrazia»: C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, tr. it. di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984288.

²⁸ C. SCHMITT, *op. cit.*, 274.

A sua volta «popolo è un concetto che diviene esistente solo nella sfera della pubblicità. Il popolo appare solo nella pubblicità; esso produce anzi la pubblicità. Popolo e pubblicità coesistono; nessun popolo senza pubblicità e nessuna pubblicità senza popolo. E precisamente il popolo produce la pubblicità con la sua presenza. Solo il popolo effettivamente riunito e presente è popolo e produce la pubblicità»²⁹.

La connessione pubblicità-popolo attribuisce valore alla forma rappresentativa parlamentare perché evita la sua radicalizzazione, la riduzione a pura decisione aristocratica e, di conseguenza, lo svuotamento di contenuto dello Stato, ovvero uno Stato senza popolo³⁰. Potremmo dire che il libero mandato rende possibile al Parlamento di *de-liberare* e la pubblicità è quel tanto di popolo che deve essere reso presente nella rappresentanza parlamentare. La rappresentanza ha bisogno di un poco del principio strutturale opposto dell'identità: anzi, più decisamente, la pubblicità deve inerire il Parlamento affinché questo sia rappresentativo, perché renda presente l'unità politica del popolo assente.

Proprio perché deve rappresentare l'unità politica di un popolo, non il popolo nella sua esistenza naturale e non individui privati, ma l'esistenza politica di un popolo come totalità, la rappresentanza parlamentare «può svolgersi solo nella sfera della pubblicità»³¹. E per questa stessa ragione la rappresentanza fa parte della sfera del 'politico': il rappresentante politico è un essere «presente pubblicamente» che rende visibile un essere invisibile che può essere rappresentato politicamente perché è «capace di una progressione nell'essere pubblico di un'esistenza»³². Il legame è tra rappresentanza, pubblicità e sfera del politico.

Il passaggio successivo porta alla necessità, per lo meno, della *pubblica* discussione, del *pubblico* dibattito³³.

La rappresentanza si impone quando non vi è omogeneità sostanziale: «dove tutto concorda, la decisione deve prodursi da sé senza discussioni e senza contrasti di interessi essenziali, poiché tutti vogliono la stessa cosa»³⁴. Il Parlamento e la procedura parlamentare pubblica, quindi rappresentativa, servono, invece, per costituire l'unità politica quando serve la «mediazione»³⁵ e, dunque, quando il popolo non può agire politicamente nella sua immediata identità.

Quando *rappresenta* veramente, allora, il Parlamento è il luogo di una «pubblica discussione» delle opinioni politiche e di «una pubblica deliberazione»³⁶. A metà tra il popolo immediatamente presente con sé stesso in quanto unità politica e la rappresentanza assoluta, vi è il Parlamento che trova «nella discussione pubblica la verità razionale e la giusta norma. La discussione è l'umano, il pacifico, il progressivo». Non deve essere «trattazione commerciale» o «calcoli»³⁷. Per contro, la segretezza non è rappresentativa, non è politica, potrebbe considerarsi non democratica³⁸. Le sedute, i comitati e le discussioni segreti attengono agli affari, al tecnico-economico e non al politico.

²⁹ *Ivi*, 319.

³⁰ Il che, per Schmitt, è un non-senso anche al di fuori della democrazia.

³¹ *Ivi*, 275.

³² *Ivi*, 277: il corsivo è nostro. Nel testo tradotto da A. Caracciolo mancano il corsivo e la virgola, che, nel testo in tedesco, precede *einer Existent*: cosicché, ritraducendo il passo, l'esistenza (l'uscire da) equivale alla progressione nell'essere pubblico e la pubblicità è esistenza.

³³ *Ivi*, 416.

³⁴ *Ivi*, 284.

³⁵ Si potrebbe pensare di porre a confronto la «mediazione» di cui discorre Schmitt con il «compromesso» kelseniano. Ma le questioni che così si solleverebbero meriterebbero uno studio autonomo.

³⁶ *Ivi*, 416.

³⁷ *Ivi*, 416 e 420.

³⁸ Schmitt porta il discorso alle estreme conseguenze anche con riguardo all'elezione individuale a suffragio segreto: quel metodo non è democratico, è espressione dell'individualismo liberale, che trasforma il cittadino, ossia la figura specificamente democratica, cioè politica, in un uomo privato (*ivi*, 321).

Se viene meno la pubblicità, se «l'assemblea plenaria pubblica non è più il luogo nel quale, sulla base della pubblica discussione, si forma la decisione», se il Parlamento decide con una consultazione segreta e «rende noto il risultato della deliberazione in una seduta pubblica nella forma di votazioni»³⁹, il suo carattere rappresentativo, in senso autentico, viene meno e non può assumere decisione politica.

Senza pubblicità, senza presenza del popolo come unità del tutto, il Parlamento diventa una macchina, un meccanismo, per decidere, ma scompare dall'universo rappresentativo o, che è lo stesso, la rappresentanza perde il suo «valore»⁴⁰. E la sfera del politico cede alla sfera privata.

Non è allora detto che tutte le tecniche comunicative che propagano l'immagine del Parlamento pertengano, di per sé, alla pubblicità propria della rappresentanza politica: se la rappresentanza parlamentare non sa rendere visibile l'esistenza politica del popolo, se lo Stato è senza popolo, la sua immagine ha poco a che fare con la pubblicità e, quindi, con la rappresentatività della sfera del politico.

Ma, soprattutto, le forme più recenti di pubblicità-propaganda che vanno sotto il nome di comunicazione 'pubblica' o 'istituzionale', che di sovente cercano una soluzione fuori dal dibattito parlamentare e che mutuano le tecniche di vendita del mercato, degli affari, del diritto privato, conducono lontano dalla pubblicità come dimensione del politico⁴¹. Il paradigma è quello economico del *marketing* pubblicitario. L'epilogo è la privatizzazione dello Stato e della pubblicità: ovvero il rovesciamento del senso più profondo della rappresentanza politica.

2.3 La rappresentanza/rappresentazione e l'immagine

Nel governo rappresentativo e democratico, per le forme specifiche di pubblicità delle sedute e dei lavori parlamentari si pone la questione della coerenza o almeno della compatibilità con il principio positivo della rappresentanza politica elettiva.

Il parlamentarismo implica, in una qualche misura, il pensiero della '*rappresentazione*'.

Nella rappresentazione, quale struttura teoretico-cognitiva della teologia, della filosofia e dell'arte, vive la tensione tra i registri dell'identità e dell'alterità-differenza, tra il visibile e l'invisibile, tra la copia e l'immagine originale, tra l'uno ed il molteplice, tra la prevaricazione dell'uno e il rischio dell'inutilità del molteplice.

Nella linea Hobbes-Schmitt-Leibholz la rappresentanza politica implica la stessa dualità: è stretta tra la presenza del rappresentante e l'assenza del rappresentato, dell'idea da rappresentare (sia essa il popolo, la nazione, etc.)⁴². La rappresentazione politica è rimando ad altro, non è solo stare al posto di qualcun altro, è costitutiva almeno dell'unità del popolo, della sua esistenza politica, se non proprio del popolo. Il rappresentante non è prodotto del consenso dei molti, ma viene a esistere in occasione del consenso, per cui il potere ha un plus-valore, nel senso che è un 'di più' rispetto al

³⁹ *Ivi*, 421.

⁴⁰ *Ivi*, 283.

⁴¹ Seppure con altri argomenti giunge a questa conclusione R. BIN, *Assemblee elettive e comunicazione istituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, 67 ss.

⁴² Sulla struttura logico-teoretica della rappresentazione politica, secondo la prospettiva di teologia politica, in queste poche battute si rinvia ai lavori di G. DUSO, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, FrancoAngeli Milano, 2003, 180; ID., *La rappresentazione e l'arcano dell'idea*, in *Il Centauro*, 1985, n. 15, 55 ss.; G. MAGRÌ, *Dal Volto alla Maschera. Rappresentazione politica e immagini dell'uomo nel dialogo tra Giardini e Schmitt*, FrancoAngeli, Milano, 2013, 275 ss.; M. COMETA, D. MARISCALCO (a cura di), *Rappresentanza/rappresentazione. Una questione di studi culturali*, Quodlibet, Macerata, 2014 e spec., sulla scia della monografia di Hasso Hofmann, il lavoro di P. COSTA, *La rappresentazione del politico: verità e metafora nei testi di sapere*, *ivi*, 47 ss.; G. A. DI MARCO, *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt*, Guida, Napoli, 1999, 490 ss.

consenso dei 'molti' (*plus* comparativo di *multus*). È un accrescimento o un eccesso dell'origine. Rinvia alla logica della trascendenza della persona *versus* l'immanenza del corpo: è logica binaria. Include sempre un differenziale, uno scarto, proprio del trarre dall'assenza la forma della presenza.

In Hobbes il popolo non esiste prima di essere rappresentato, è il rappresentante, «un solo uomo» o «una sola persona», che ricostruisce la moltitudine come popolo, come «una sola persona», «è l'unità di colui che rappresenta, non quella di chi è rappresentato, che rende una la persona; ed è colui che rappresenta che dà corpo alla persona e ad una soltanto»⁴³.

Secondo la teologia politica di *Cattolicesimo romano e forma politica*, la rappresentazione è il *presentificare*: il rendere presente l'assente, visibile l'invisibile. Vive nella logica del segno perché si rappresentano «idee» e non «cose»⁴⁴. È trascendenza, perché il rappresentato deve essere reso presente (il popolo come soggetto costituente o Dio) in quanto si dà solo come assenza, è invisibile per essenza. Ciò che è immanente, come il potere tecnico-economico, è irrappresentabile e, per questo, può essere oggetto solo di proiezione, di rispecchiamento, di riflesso⁴⁵.

Nella *Dottrina della Costituzione* la dialettica del concetto di rappresentanza «consiste nel fatto che l'invisibile è presupposto come assente ed è tuttavia al tempo stesso presente [...] qualcosa privo di valore, qualcosa di basso non può essere rappresentato. Ad esso manca la specie sviluppata di essere che è capace di emergere nell'essere pubblico, che è capace di una esistenza [...] un essere accresciuto è capace di rappresentanza». Più precisamente «rappresentare significa rendere visibile e illustrare un essere invisibile per mezzo di un essere che è pubblicamente presente», onde nella rappresentazione «si manifesta concretamente una più alta specie di essere»⁴⁶.

Nella prospettiva teologico-politica, dunque, il Parlamento, nel rappresentare la nazione, il popolo o qualsiasi altra ellissi, personifica, unifica, la moltitudine, che non ha altra volontà all'infuori (e prima) della volontà dei rappresentanti, perché non è possibile farsi rappresentare nella volontà e trasforma politicamente quella moltitudine in *un* popolo. Al più, la volontà del popolo è l'elezione. Ma dopo l'elezione la volontà è del rappresentante, la cui volontà è giuridicamente, artificialmente, imputata all'altro. La rappresentazione del politico è una eccedenza logica (rispetto al rappresentato), un «movimento di trascendimento»⁴⁷, un supplemento, irriducibile alla mera raffigurazione o al rispecchiamento. In una, la rappresentanza/rappresentazione risponde a una economia creativa, e non mimetica, implicata dallo scarto tra il visibile e l'invisibile, tra l'assente che deve essere presente proprio perché assente e la sua personificazione, sino a porre il dubbio che il fondamento, assente, si dà soltanto nel suo essere rappresentato. Alla fine, la rappresentanza costituisce il popolo o, per lo meno, costruisce la forma dell'unità politica.

Ci si potrebbe sbarazzare del modello teologico perché fuorviante: presuppone necessariamente l'assenza, o meglio l'invisibilità dell'essere, di ciò che viene reso presente pubblicamente, cioè presentificato ai fedeli col rito pubblico.

La questione potrebbe, però, riaprirsi perché, anche laddove si registra la fine del «teologico-politico, cioè di quel paradigma che identifica, raffigura, rappresenta l'essere-insieme nella forma dell'Uno. O, in altre parole, che presuppone una soggettività imperativa alla relazione tra gli uomini secondo le modalità tipiche della tradizione ontoteologica»⁴⁸, si accetta l'«arcano della

⁴³ T. HOBBS, *Levitano*, XVII, Roma-Bari, 2001, 134.

⁴⁴ C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, a cura di C. Galli, Bologna, Il Mulino, 1986, 49-50, 56 e 277.

⁴⁵ *Ibidem*, 35.

⁴⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 277.

⁴⁷ Così G. DUSO, *Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, n. 41, 28.

⁴⁸ R. ESPOSITO-J.-L. NANCY, *Dialogo sulla filosofia a venire*, in J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, Einaudi, Torino, 2001, XV. La discussione sulla fine del teologico-politico, che qui non può che essere maldestramente sfiorata, attraversa Benjamin, Derrida, Deleuze, fino a Nancy.

rappresentazione», perché è il divieto di rappresentazione che presuppone il paradigma – teologico-politico – *sacrificale*⁴⁹. La teoria dell'immagine di Nancy (immagine della violenza e violenza delle immagini, costruita sulla filosofia di Bergson) è particolarmente significativa, ai nostri fini, perché tratta della rappresentanza politica come *rappresentazione* in un discorso sull'*immagine*, che è anti-mimetica o, se anche mimetica (imitazione di una cosa), vale, comunque, da sé stessa. L'etimologia di *imago* è, infatti, in *imitor*, che si può avvicinare ad *aemulus*, emulo, rivale, non tanto nella riproduzione ma nella competizione per la presenza: l'immagine contende alla cosa la presenza, ne presuppone l'assenza, la mette in presenza, in *praes-entia*, in essere-davanti-a-sé, rivolta verso il fuori. Proprio come nel teologico-politico che Nancy critica ma non inverte, la rappresentazione non va pensata soltanto come un regime 'operativo' e 'tecnico', la 'macchina' parlamentare: «la rappresentazione non è un simulacro: non è la sostituzione della cosa originale – in verità non si riferisce a una cosa: è la presentazione di ciò che non si riduce a una presenza data e compiuta (o data come compiuta), oppure è la messa in presenza di una realtà (o di una forma) intellegibile attraverso la mediazione formale di una realtà sensibile»⁵⁰. Proprio per questo, perché non è copia della cosa, la rappresentazione, come forma mentale o intellettuale prima che politica, è «all'incrocio tra l'immagine e l'idea»⁵¹. Non è ripetizione della cosa assente, perché è nella presenza che la cosa assente viene ad assomigliarsi, ad essere sé stessa, ma per assomigliarsi essa si assembla: è comune (*simul*) la radice di *ressembler* (rassomigliare) e *rassembler* (assemblare, riunire...)»⁵².

Anche nel discorso aperto da Nancy, dunque, l'*assemblea* parlamentare può definirsi il luogo della messa in presenza della cosa, o meglio dell'idea, assente, da rappresentare politicamente. L'esito resta lo scarto tra il rappresentante e il rappresentato, che non si riconosce nell'immagine di sé, che non è copia⁵³.

Realisticamente, tutto ciò può indurre a dire che la rappresentanza politica non è in crisi, ma che, piuttosto, è da sempre aporetica, perché insolubile: l'aporeticità della rappresentazione, apparsa ideologia e finzione, deriva dalla sua stessa struttura logica, dalla sua trascendenza rispetto al mero rispecchiamento del rappresentato o perché il rappresentato non preesiste al rappresentante o perché, in ogni caso, non vi è somiglianza tra il rappresentante ed il rappresentato. E, quindi, non può che essere atto di *immaginazione*: si pensi a Rawls e alla rappresentanza che consente, con il ricorso al velo d'ignoranza, la costruzione del popolo basata non già su caratteristiche condivise, naturali o sostantive, delle persone, ma solo sulla qualità di cittadini liberi ed eguali⁵⁴.

Potrebbe concludersi che è bene che la rappresentanza politica, in *esistenziale* tensione tra identità e differenza, sia aporetica, perché esclude, da un lato, un potere totalmente sovrapposto alla società, guidato da una profonda logica dell'identificazione, dell'incarnazione e dell'immedesimazione, dall'altro, una appropriazione indebita di sovranità da parte di una frazione

⁴⁹ J.-L. NANCY, *Tre saggi sull'immagine*, Cronopio, Napoli, 2011, 66.

⁵⁰ *Ibidem*, 63.

⁵¹ *Ibidem*, 68.

⁵² *Ibidem*, 24, nota 15.

⁵³ L'archeologia del sapere di Foucault ha, del resto, dimostrato che la rappresentanza-rappresentazione ha sostituito la somiglianza come forma di conoscenza: M. FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, Bur, Milano, 2013, 50 ss.

⁵⁴ Sulla critica di Habermas a Rawls in *Conciliazione tramite uso pubblico della ragione*, in *Id.*, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 1998, 63 ss. e sulla risposta di Rawls, *Risposta a Jürgen Habermas*, in *Micromega*, suppl. 1995, n. 5, 51 ss., basti qui M. VATTER, *Il potere del popolo e la rappresentanza in Rawls e nel repubblicanesimo civico*, in *Filosofia politica*, 2010, n. 2, 263 ss.

del popolo⁵⁵. O, in ogni caso, la presa d'atto dell'aporia del governo rappresentativo potrebbe aiutare ad accettarne la componente aristocratica⁵⁶.

Ma l'una e l'altra conclusione paiono inconferenti rispetto alla (o, comunque, non risolvono la) questione che pone il diritto costituzionale vigente.

Se la Costituzione attribuisce la titolarità della sovranità al popolo, per ciò stesso, esclude la sovranità del rappresentante, cioè di chi sta al posto del popolo. Nella rappresentanza fondata su elezioni la rappresentanza politica non può incorporare un plus-valore dei rappresentanti rispetto ai rappresentati, perché i primi non possono esercitare più potere di quello che la logica democratica del rapporto tra governanti e governati giustifica. Deve mantenere il legame con il rappresentato, il popolo, che deve, in un qualche modo, preesistere per essere sovrano. Se c'è elezione c'è un popolo concreto che vuole o, per lo meno, sceglie e c'è una qualche forma di mandato. Semplificando, se c'è elezione, c'è una dipendenza strutturale tra rappresentato e rappresentante, perché c'è 'qualcuno' che preesiste al rappresentante e gli sopravvive e quella dipendenza, pena il suo annichilimento, non può non implicare una qualche corrispondenza, se non una *proiettività*⁵⁷, tra l'uno e l'altro. La *rappresentazione* parrebbe messa fuori gioco dal diritto positivo.

In virtù del libero mandato dell'art. 67, Cost., però, il Parlamento rappresenta nella separazione/indipendenza governanti-governati: dipende organicamente dal corpo elettorale, attraverso le elezioni, ma ne è funzionalmente indipendente⁵⁸. L'art. 1, Cost., contiene, del resto, l'esercizio della sovranità da parte del popolo nelle «forme e nei limiti della Costituzione». La *rappresentazione* potrebbe, dogmaticamente, rientrare in campo, in quanto se l'eletto deve rappresentare tutti e non solo chi lo ha eletto, se deve volere per la nazione, allora non può scoprire una volontà già pre-formata. Anzi, potrebbe argomentarsi che proprio perché *rappresentante* può decidere per la città, dopo che non vi è più somiglianza, aderenza, tra rappresentanti e rappresentati e dopo che non vi è più una unità politica che preesiste da riprodurre. Il pluralismo non può, infatti, che implicare *una* unità politica da costituire e non già l'unità precostituita da difendere. Il che, però, significa che quella rappresentanza non può e non deve rinviare ad una concezione mimetica, bensì, appunto, creativo-costruttiva di ciò che non le preesiste⁵⁹.

2.4 L'iper-rappresentazione e l'idolo

A qualsiasi esito si pervenga in ordine alla rappresentanza nella direzione ascendente del rapporto governati-governanti, il disvelamento della struttura logico-teoretica della rappresentanza pone problemi alla rappresentazione del Parlamento nella direzione discendente, che segue il momento dell'investitura, dell'elezione.

⁵⁵ Stigmatizza tali polarizzazioni P. ROSANVALLON, *Il politico, Storia di un concetto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, 35.

⁵⁶ C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2010, 156.

⁵⁷ Si mutua l'espressione da C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, n. 4, 849 ss.

⁵⁸ P. PINNA, *Il principio di leale collaborazione, l'indipendenza della magistratura e la separazione del potere*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1459-60.

⁵⁹ In questa prospettiva, si colloca il tentativo di P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Il Mulino, Bologna, 2005, che, per salvare il dispositivo rappresentativo e fare i conti con la rappresentazione dall'alto, ha provato a ripensarla come forza attiva e non reattiva, che *formieren* la persona sociale. È una concezione *costruttiva* della rappresentanza dinnanzi alle idee (popolo, nazione..) che non le preesistono e che trae la forza attiva dall'idea di rappresentazione come trascendenza.

La prima attiene al paradigma della democrazia della rappresentanza e la seconda a quello della democrazia della responsabilità. E ciò, almeno, a partire dalla nota tesi di Robespierre nel discorso pronunciato il 10 maggio 1793: dà per scontato, con Rousseau, che la volontà non può essere rappresentata, ma delinea la pubblicità dei lavori, intesa quale necessario loro svolgimento alla presenza del popolo, come strumento di responsabilità dei rappresentanti nei confronti del popolo sovrano che consente di restare egualmente lontani «sia dalle bufere della democrazia assoluta sia dalla perfida tranquillità del dispotismo rappresentativo»⁶⁰.

Quello che, però, le accomuna è il movimento del rendere presente l'invisibile che è presupposto come assente e che forse non pre-esiste – o, per lo meno, non pre-esiste nella medesima forma – prima della sua messa in presenza.

La *rappresentazione* del Parlamento dinnanzi alla Nazione, al popolo o a qualsiasi altra astrazione (ma forse anche dinnanzi ad una comunità concreta) non è mai mero rispecchiamento, copia, di ciò che si mette in presenza, ma vive della mediazione di realtà sensibili. Già le forme cartolari di pubblicità delle attività parlamentari sono forme indirette, mediate, dalla scrittura di testi che non hanno valore legale⁶¹. Le immagini teletrasmesse manipolano il fatto, l'oggetto. La mediazione aumenta nelle forme di comunicazione istituzionale governate dal ruolo dei giornalisti parlamentari, degli addetti all'ufficio servizi, dalla selezione dei dati da diffondere attraverso la rete. La meta-rappresentazione diviene, alla fine, iper-rappresentazione. Amplifica – a rigore – la lontananza dai rappresentati, ne moltiplica, con condizionamenti reciproci, le immagini, le riproduzioni.

Vale a dire che la rappresentazione pubblicitaria del Parlamento è ricostruzione di un filtro di ufficialità, è ricostruzione di immagine, è una narrazione, in cui, ricorrendo ad Hobbes, gli 'attori' si sostituiscono agli 'autori'. In una, è immaginazione e non percezione⁶².

Ciò significa che le forme di pubblicità della rappresentanza parlamentare in direzione discendente sono vittima del medesimo paradosso che affligge la rappresentanza politica in senso ascendente.

È allora, per lo meno, singolare cercare soluzione alla crisi del Parlamento, intesa come crisi del rapporto mimetico, di immedesimazione tra rappresentanti e rappresentati, nelle regole parlamentari della sua auto-rappresentazione. Ciò avrebbe, infatti, senso solo ove la sua rappresentazione fosse ascrivibile ad una economia mimetica.

Soprattutto, però, si pone radicalmente la questione di diritto costituzionale positivo da cui siamo partiti: gli artt. 64 e 72 della Costituzione, legati al governo rappresentativo fondato sull'elezione e alla sovranità del popolo, del rappresentato, consentono al Parlamento di intervenire sulla percezione (o meglio sull'immagine) di sé, se questo intervento è necessariamente manipolativo? Consentono di costruire una immagine, anzi, necessariamente, più immagini, potenzialmente diverse dalla realtà, intesa come fisicità immediatamente presente, dei lavori parlamentari?

Si potrebbe tagliare corto e dire che questo è un falso problema e che tutte le forme rappresentative sono ammissibili in quanto, in fondo, questo dilemma non è davvero risolvibile: per il popolo assente non esistono lavori parlamentari nella loro realtà materiale e fenomenica, ma questi sono conosciuti già modificati dalla loro rappresentazione, diretta o più o meno indiretta. Tanto più che nessuna forma di pubblicità dei lavori ha valore legale.

In ogni caso, fa riflettere: in fondo davvero il 'politico' non può uscire dalla categoria della rappresentanza/rappresentazione e dai suoi paradossi. Ed è curioso che alla fine il Parlamento, che

⁶⁰ M. DE ROBESPIERRE, *Sul governo rappresentativo*, tr. it. a cura di A. Burgio, Manifestolibri, Roma, 1995, 29-33.

⁶¹ La parzialità dei resoconti stenografici, che non può che aumentare in quelli sommari, è stigmatizzata, fin dagli albori del Regno d'Italia, da P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari*, cit., 298.

⁶² Sulla scia di Husserl, tra immaginazione e percezione vi è la stessa differenza che corre tra *Re-präsentation* e *Präsentation*: la prima allude alla presenza nell'assenza, alla presenza nella rappresentazione, la seconda alla presenza immediata della cosa ai sensi, alla presenza *reale*.

di quel paradosso rappresentativo era il 'soggetto' attivo, ne divenga il soggetto passivo: ci si chiede, infatti, quali regole devono presiedere alla percezione di quell'istituzione e quindi, dal lato attivo, alla sua non distorta rappresentazione.

Chiudendo il cerchio, la rappresentanza politica, che non riesce (forse perché non può riuscire e, in ogni caso, non ci riesce più nelle società pluraliste⁶³) ad essere mimetica, ma non può neppure essere nel governo democratico, secondo il modello elitista, creativa dell'unità politica o, almeno, non del popolo che, in qualche misura, poiché sovrano, deve pre-esistere, non può trovare una soluzione nella rappresentazione del rappresentante, che – rendendosi *visibile* – ricostruisce nella fase discendente il rapporto con il rappresentato, in quanto quella mimesi non è, teoricamente e materialmente (perché sempre sensibilmente mediata da altri), possibile.

La conclusione è che tutte le forme di percezione o rappresentazione del Parlamento e, più in generale, la c.d. comunicazione *pubblica* sono narrazioni, costruzioni di forme e come tali sono tutt'uno con la ragione della crisi del Parlamento: l'aporia della struttura logica della rappresentazione, che, per non trasfigurarsi in identità, non può essere riproduzione, immediata datità, ma che, proprio perché eccedenza, oltre la somiglianza, risentirà sempre dello scarto tra originale e copia. Ma quello scarto, in una forma di governo rappresentativa, non può essere colmato.

Si potrebbe andare oltre e porre la questione se queste tecniche comunicative, questi dispositivi di visibilità del Parlamento, lo trasformino, per restare alla dialettica tra il visibile e l'invisibile, in un idolo e non già in un'icona⁶⁴: il pericolo è – e qui torna l'ipoteca teologico-politica del discorso – l'idolatria, gli dei falsi. L'idolo non riproduce, ma offre l'unico originale: l'ufficio dell'idolo consiste nel dividere l'invisibile in una parte che si riduce al visibile e in una parte che si offusca come non-mirabile. L'idolo è un «dio fabbricato», è «un'immagine che si ritiene abbia valore per sé stessa e non per quello che rappresenta, un'immagine che è di per sé una presenza divina»⁶⁵.

È immanenza e, quindi, non può essere rappresentativo. Nell'icona, invece, è il visibile a procedere dall'invisibile. L'icona cerca di rendere visibile l'invisibile come tale, lo *rappresenta*: cerca di far sì che il visibile continui a rinviare ad altro da sé, senza però che questo altro possa mai riprodursi, poggia sulla trascendenza dell'invisibilità del Dio, sullo scarto che non deve essere abolito. L'idolo separa visibile ed invisibile, l'icona li unisce perché si fonda sull'ipostasi, sulla rappresentazione concreta di una realtà astratta o ideale (personificazione), sulla persona di colui di cui reca i segni, di colui che vi è iscritto. Tutto questo discorso ha a che fare con la rappresentazione cristologica (Cristo come icona del Dio invisibile), ma anche – e qui funziona il legame teologico-politico – con la rappresentazione politica, non ridotta a immanenza e imperniata sul dispositivo binario della persona giuridica.

Il punto dolente è che l'idolo tanto più maschera l'invisibile quanto più si avvolge di visibilità: potrebbe allora consumarsi un altro paradosso, quello di una ricerca affannosa di visibilità del Parlamento che, inintenzionalmente, lo *trasfigura* da icona del popolo invisibile a idolo (simulacro in Lucrezio) che si sostituisce al (Dio, popolo, nazione...) l'invisibile.

Con il che non è detto che la rappresentazione del Parlamento non abbia via di uscite tra il tutto-idolo o il senza-immagine, il divieto sacrificale di rappresentazione.

Implica, però, non caricare le tecniche di visibilità di alcuna aspettativa.

⁶³ Forse la rappresentanza in senso ottocentesco non è scomparsa: semplicemente non è mai esistita nel senso in cui la si è comunemente intesa.

⁶⁴ J.-L. MARION, *L'essere, l'idolo, il concetto*, in G. DALMASSO (a cura di), *Di-segno, la giustizia nel discorso*, JacaBook, Milano, 1984, 181 ss.; ID., *L'idolo e la distanza. Cinque studi*, JacaBook, Milano, 1979.

⁶⁵ J.-L. NANCY, *Tre saggi sull'immagine*, cit., 58.

3. La legi-matica e il «valore di legge»

La tecnica di scrittura automatizzata della legge, quale rimedio alla sua s-valutazione, pone questioni, teoriche e dogmatiche, non molto dissimili.

Quella linea di ricerca applicata à *la page* che è la 'tecnica della legislazione', la legi-matica, guarda alla legge come a un regime 'tecnico', economico, operativo⁶⁶. Ma il dubbio è che il punto di vista della legge e della sua rappresentatività, il 'punto politico', posto di fronte alla tecnica e all'economia – legata alla prima o come mezzo o come fine – resti muto.

Dal punto di vista dogmatico, il ragionamento prende le mosse dal «valore di legge», dalla costituzione nel testo vigente della legge quale 'valore'.

La Costituzione discorre di «valore» e di «forza» di legge. Le ipotesi interpretative sono sostanzialmente due.

L'ipotesi dominante, crisafulliana, è quella di dedurre dalla forza il suo trattamento, il suo valore che è, quindi, dalla prima condizionato e, comunque sia, di sciogliere il valore nella forza⁶⁷. La forza è l'idoneità (attiva) a porre nuove norme giuridiche, nonché la capacità (passiva) di resistere alle norme giuridiche disposte da fonti non equiparate ovvero non sovraordinate. La forza di legge è l'efficacia creativa di diritto, la qualità degli effetti della legge. La forza – indistinta dal valore – di legge esprime la *posizione* della legge nella *Stufenbau* e per esclusione quella delle altre fonti. Così la forza di legge preesiste al conseguente regime giuridico, al suo 'trattamento', vale a dire alla sindacabilità nel giudizio di legittimità costituzionale, che può anche definirsi valore di legge. La *force de la loi* è un dis-positivo, un meccanismo di funzionamento della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico.

L'altra ipotesi è quella di distinguere il 'concetto' di valore da quello di forza, seppure la Costituzione paia confonderli⁶⁸. Si è identificata la forza con la «*particolare potenza*», con la possibilità di «innovare» l'ordine legislativo, con ciò che la legge «è *in grado* di fare o non fare» e il «*valore giuridico* della legge», che sarebbe ciò che conta, ciò in cui si risolve la forza, con il «*regime tipico* dell'atto», ovvero con il «*trattamento* che l'atto riceve in seno all'ordinamento»⁶⁹. A rovescio, gli atti con forza di legge si convertono tutti in atti con valore di legge: la forza di legge della lettera dell'art. 77, comma 2, è, infatti, intesa come valore, con la conseguenza che il governo può porre in

⁶⁶ Paiono, però, ascrivibili alla centenaria tradizione della scienza della legislazione piuttosto che alla *tecnica* legislativa gli studi del Prof. Costanzo sul linguaggio e sulla scrittura della legge: v. P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Jovene, Napoli, 2009, 184, che distingue la questione della qualità della legge, della sua intellegibilità ed accessibilità, dalle «tecniche legislative», intese come «passaggi procedurali nel confezionamento della legge e pertanto destinate ad essere assorbite nella dimensione del costituzionalmente indifferente alla stregua della disciplina parlamentare»; ID., *Introduzione ai lavori*, in *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Atti dell'incontro di studio svoltosi a Messina, 14 dicembre 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, 15 ss.; ID., *La lingua delle aule parlamentari, la lingua della Costituzione e la lingua della legge*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2015, n. 3.

⁶⁷ Sulla preminenza teorica e dogmatica della «forza di legge» V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, ed. 1984, 351; ID., *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, 959 ss.; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964, 2 ss.; ID., *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi (A proposito dei regolamenti «liberi» posteriori ed anteriori alla costituzione)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 3 ss.; seppure con accentuazione del profilo gerarchico-gradualistico, G. QUADRI, *La forza di legge*, Giuffrè, Milano, 1979. In linea di continuità R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 106.

⁶⁸ A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 ss.; C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi ed oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, 1078 ss.; ID., *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 836 ss.

⁶⁹ A.M. SANDULLI, *Legge*, cit., 273 ss.

essere, in forma di decreti-legge, «provvedimenti concreti non partecipanti della funzione legislativa, e cioè sprovvisti della forza di legge»⁷⁰. Così, però, si finisce per riscrivere sia l'art. 77, comma 2, che l'art. 134 della Costituzione, che, letteralmente, si riferiscono alla forza e non al valore⁷¹. In ogni caso, escluso che l'art. 134 sia regola costitutiva (né *thetic*-costitutiva né *ipothetic*-costitutiva) della forza/valore di legge, in quanto pre-suppone il proprio oggetto⁷², si finisce per dedurre inammissibilmente il concetto normativo di valore di legge dal fatto che l'atto sia ritenuto dalla Corte costituzionale oggetto del proprio sindacato.

In questa diversa declinazione della seconda ipotesi si è provato a superare l'obiezione, ammettendo che la forza sia uno «pseudo-concetto»⁷³, più precisamente un «concetto ultimo»⁷⁴ di cui non si può ricercare alcun senso, ma ricercando in concreto gli elementi costitutivi del 'valore' legislativo originario, tratto dalla Costituzione e di quello derivato dalla legge, così da definire un criterio euristico per gli atti sindacabili dalla Corte⁷⁵. Così si supera la tautologia di definire atti sindacabili dalla Corte quelli dotati del valore di legge, se il valore risulta proprio da tale sottoponibilità. Resta, però, che anche qui – predicata la forza-efficacia di legge quale attributo del singolo atto, dell'atto individuo e non del tipo – si identifica il valore di legge come «valore giuridico della legge» con l'esclusiva suscettibilità della legge di costituire oggetto di giudizio di conformità a Costituzione, di cui la legge è ordinario e necessario svolgimento. Ma l'art. 134 si riferisce alla forza di legge.

Si reimpone la questione in questi termini.

Non si nega che il dittico valore/forza di legge ordini, secondo il grado, o almeno l'intensità, di normatività, gli atti giuridici e, quindi, sia parte di un regime tecnico. Ma, dogmaticamente, il testo lascia un interstizio all'*auto-nomia*, in senso proprio, del valore (di legge) dalla forza. Teoricamente, per il diritto, accostare, identificare, valore e forza rasenta l'ossimoro.

Nella Costituzione l'art. 134, comma 1, lett. a), dispone che la forza di legge dell'atto sia il presupposto dell'ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale⁷⁶. Quindi, pare più corretto legare la forza di legge (e non il valore) al suo trattamento, al suo regime tipico di dichiarazione di invalidità da parte della Corte costituzionale. Cosicché la forza di legge consiste nella esecutorietà da parte delle autorità esecutive e nell'applicabilità da parte dei giudici, prima del sindacato della

⁷⁰ *Ivi*, 276.

⁷¹ L'obiezione era già in V. CRISAFULLI, *Appunti di diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, a cura di A. BALDASSARE, A. CERRI e F. MODUGNO, Bulzoni, Roma, 1968, 57; G. QUADRI, *op. cit.*, 23.

⁷² Obiettava l'indeducibilità della forza o del valore di legge dalla sindacabilità degli atti da parte della Corte V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 960. L'obiezione è stata ripresa da G. QUADRI, *op. cit.*, 2, nota 4, 3, nota 7, 22 e 23-4, che ha rilevato che «la forza di legge è dunque in rapporto di *presupposizione* con la sottoponibilità dell'atto al sindacato della Corte; la sua definizione deve necessariamente precedere, e non può in alcun modo identificarsi con il sindacato di costituzionalità. La sindacabilità dell'atto da parte della Corte costituzionale è cioè la *conseguenza* del fatto che l'atto è dotato di forza di legge» (i corsivi sono testuali). Pur aderendo all'ipotesi crisafulliana, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 108, ha ritenuto invece che, se le disposizioni che conferiscono ad atti diversi dalla legge formale forza di legge fossero sufficienti per estendere il regime tipico della forma di legge, gli artt. 75 e 134 conterrebbero norme ridondanti: al contrario sono quelle norme che equiparano, quindi costituiscono la forza di legge.

⁷³ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, 18, nota 24; *Id.*, *Legge*, in *Id.*, *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, 38 ss.; *Id.*, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 561 ss.

⁷⁴ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 6.

⁷⁵ *Ivi*, 17.

⁷⁶ Ascrive la determinazione dell'oggetto del giudizio costituzionale alla primarietà della fonte ai presupposti teorici della dottrina pura del diritto, se non al modello di *Verfassungsgerichtsbarkeit* progettato, A. CARDONE, *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Giuffrè, Milano, 2007, 398 ss..

Corte⁷⁷. L'art. 77 consente, invece, di fondare una distinzione tra l'una e l'altro e autorizza il giurista, senza abbandonare il proprio ufficio, alla ricerca di senso di quella differenza. È l'unica disposizione che nel proprio corpo usa differentemente valore e forza, distinguendo atti che in altri luoghi sono indistinti. A seguito della delegazione delle Camere i decreti hanno «valore di legge ordinaria». Quando, invece, il Governo adotta decreti in casi straordinari di necessità e di urgenza, sotto la sua responsabilità, si tratta di «provvedimenti provvisori con forza di legge». Escluso che il secondo comma dell'art. 77 sia un'eccezione al primo comma, che a sua volta è un'eccezione all'esercizio della funzione legislativa da parte delle Camere, la differenza è che i primi abrogano la legge ordinaria, innovano l'ordine legislativo, laddove i secondi, data l'eccezionalità, la contingenza e concretezza e quindi la provvisorietà, la derogano o, forse, presupponendone la vigenza, la sospendono⁷⁸. È l'opposto della identificazione sandulliana della forza con la potenza: il decreto-legge è *provvedimento* perché *provvisorio*, quindi la sua forza è esattamente inidoneità a modificare per il futuro il diritto legislativo; il decreto delegato modifica con effetti permanenti il diritto legislativo. Può darsi il caso di atti che hanno il valore ma non la forza di legge, come i regolamenti delegati⁷⁹ e, viceversa, atti che hanno la forza ma non il valore di legge, come il decreto-legge. Ma il tipo di sindacato per la Costituzione dipende dalla forza, non dal valore. Dunque, l'art. 77 esclude che il Governo possa adottare provvedimenti di necessità che non abbiano la forza di legge, nel senso, cioè, che non siano sottoposti al regime proprio degli atti di quella specie. È una conclusione non contraddetta dall'art. 87, comma 5, che aggiunge ai «decreti aventi valore di legge» i regolamenti: i decreti con forza di legge sono per lo meno regolamenti. È confermata dall'art. 75: l'«abrogazione» si riferisce a atti che hanno «valore di legge» perché, a rigore, si abroga solo ciò che non è provvisorio, che è permanente; ciò che è eccezionale, provvisorio, termina da sé.

Il valore è allora di certo qualcosa di diverso – o di 'più', se si presuppone l'inferiorità della fattualità per il diritto⁸⁰ – della forza. Intuitivamente, quella differenza è ravvisabile nella previa

⁷⁷ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 838, nota 27, che chiama forza di legge quel che Sandulli designa come valore. Evita però la tautologia in cui cade Sandulli, in quanto identifica la condizione negativa necessaria, anche se non sufficiente, degli atti con forza di legge nella natura di atti pubblici che non siano giurisdizionali o amministrativi, quali quelli politici e di governo, in ordine ai quali, diversamente, non vi sarebbe sindacato e quella positiva nella provenienza da organi di governo: C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi ed oggettivi*, cit., 1078 e ID., *Decreto-legge*, 838, nota 29.

⁷⁸ Per tutti, sulla scia di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., che, però, giungeva ad ammettere con decreto-legge la sospensione della Costituzione, P. PINNA, *Lo stato d'eccezione e il decreto-legge*, in *Diritto @ Storia* (<http://www.dirittoestoria.it/>), 2014, n. 12, 7. Pare giungere alla medesima conclusione, seppure discorre di abrogazione e reviviscenza delle disposizioni, appunto provvisoriamente, abrogate, anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1986, 239: «i provvedimenti provvisori, prima della loro conversione in legge, non possono fondare situazioni giuridicamente consolidate. La stessa abrogazione di preesistenti discipline legislative statuita da decreto legge, cede il passo alla reviviscenza di quelle disposizioni non appena si accerti la mancata conversione». Ma, anche ad ammettere la reviviscenza delle disposizioni abrogate in caso di abrogazione della disposizione abrogante, pare assai più semplice immaginare la reviviscenza di una disposizione nel caso della sua sospensione (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II, I, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative), Appendice di aggiornamento*, Cedam, Padova, 1993, 32).

⁷⁹ Con C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., nota 32, non possono che rovesciarsi le conclusioni cui perveniva A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Nss. D.I.*, VII, 1961, 530 ss.), secondo cui nei regolamenti «delegati» (o «liberi», secondo la denominazione del Sandulli) sarebbe rinvenibile la forza di legge, ma non anche il «valore» di legge.

⁸⁰ Al contrario per C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 836-8 e ID., *Elemento soggettivi*, cit., 1079, la specifica caratteristica della legge ordinaria, indicata con il termine «valore», lo specifico «valore della legge ordinaria», è un *minus* rispetto alla forza di legge dell'art. 77, in quanto il governo provvede «con forza di legge oltre il valore delle leggi ordinarie». L'art. 77 non attribuisce ai decreti del Governo, privi di delegazione, «una presunta particolare forza di legge ordinaria», ma «distinta nella seconda parte la forza di legge (di qualsiasi specie di legge in generale) dallo specifico valore della legge ordinaria, riconosca che il Governo possa adottare in caso di necessità e di urgenza provvedimenti aventi la forza della legge in generale e cioè comune alle leggi statali di ogni specie, ordinarie o costituzionali, ed inoltre alle leggi regionali». Alla medesima conclusione perviene L. ELIA, *Dal conflitto di attribuzione al conflitto di norme*, in *Giur. cost.*, 1965, 149, nota 8.

delegazione delle Camere e precisamente nell'autorizzazione con deliberazione legislativa del Parlamento. Ha, in qualche modo, a che vedere con l'Assemblea *rappresentativa* eletta dal popolo, con la rappresentanza democratica. La distinzione trova conferma nella circostanza che nella tradizione, nella legge n. 100 del 1926, si predicava la forza di legge di entrambi i decreti.

Il testo, se autorizza la posizione della questione, non è, però, sufficiente per chiuderla.

Teoricamente, il valore/forza di legge evoca questioni complicate, almeno per chi scrive. Per il diritto, tra valore e forza non vi è una graduazione di potenza, di intensità, misurabile con il più e il meno. Sono, piuttosto, grandezze incommensurabili, incomparabili.

La forza di legge rinvia all'essere, al fatto, all'effettività. Si muove sul piano esistenziale. È irrelata rispetto alla validità del diritto prodotto e del suo modo di produzione. Al più riguarda la sua realizzazione, la sua applicazione⁸¹. È un assoluto, è, hegelianamente, un «concetto ultimo» che non richiede la ricerca di un «senso»⁸². È, con altro lessico, un tipico dispositivo. È un po' il discorso sulla sovranità: se la legge ha valore perché promana dal sovrano, chiunque esso sia, non ha valore ma *forza*, perché è, perché esiste come forza originaria la cui potenza e volontà sono irresistibili. È la linea che da Montaigne, passando per Pascal e Benjamin, giunge a Derrida, ove la 'forza' di legge rivela la violenza fondatrice del diritto e, più precisamente, della legge, rappresentata in violenza conservatrice. La 'forza' di cui dispone la legge ricorda alle istituzioni rappresentative, alla democrazia parlamentare, la violenza da cui sono nate. Ma dice sempre meno nello Stato che si è allontanato dalla forza-violenza della sua instaurazione, della sua origine.

Al contrario, se si tenta una genealogia del valore, si scopre che il valore è, originariamente, concetto relazionale⁸³. Il valore ha un'origine economica, nel senso che misura e compara beni diversi: il valore è il parametro perché li correla ma non ne dipende. Il suo etimo – *valeo* – rinvia, più che alla forza fisica, al «poter disporre» (*walten* nelle lingue germaniche). Ma soprattutto, accanto al significato di virtù e potenza, è significativo che il corrispondente greco sia *axia*, che «ha il senso economico della stima e dell'apprezzamento di un bene da parte di un soggetto che se ne serve» e che, ipotecandone il senso anche oltre l'economia, rinvia alla dignità, al concetto speculativo di valore (*Würde* in Kant e poi *Wert*): in ogni caso, permane implicito nel termine «il rapporto col soggetto che apprezza, sia economicamente, sia teoreticamente o eticamente»⁸⁴. Come nell'economia, nella semiologia o nella linguistica⁸⁵, il valore «ha a che fare con un sistema di equivalenza fra due cose differenti: un lavoro e un salario, un significante e un significato». Quindi, «perché vi sia segno (o «valore economico»), occorre «poter scambiare cose dissimili (un lavoro e un salario, un significante e un significato)» e d'altro lato «confrontare cose similari». Il che può anche significare che valore implica sempre la ricerca di «senso», di «significato», l'«essenza», di

⁸¹ Sulla forza-effettività come fondamento *fattuale* della (che perciò non fonda la) *normatività* V. ANGIOLINI, *Una rimeditazione sulle relazioni tra «norma» ed «effettività»*, in AA. Vv., *La necessaria discontinuità. Immagini nel diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1990, 150. Guarda alla 'forza di legge' come al punto di vista che si dispiega nel giudizio di chi applica la legge M. FIORAVANTI, *Lettura. GUSTAVO ZAGREBELSKY, La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, n. 39, 588.

⁸² F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 6, che però emargina la nozione di 'forza' di legge, diluendola in efficacia, poiché nello Stato costituzionale «è venuta meno la sovranità illimitata dello Stato». Ma anche la Costituzione è legge...

⁸³ Secondo C. ESPOSITO, *Decreto legge*, cit., 838, invece, la forza è concetto relazionale. Seppure per ragioni diverse, anche per G. QUADRI, *La forza di legge*, cit., 15 ss., la forza di legge è «concetto di relazione», che rinvia alla posizione della legge rispetto agli altri atti-fonte dell'ordinamento.

⁸⁴ C. ROSSO, *Figure e dottrine della filosofia dei valori*, Guida, Napoli, 1973, 373-5, da cui ho tratto i virgolettati.

⁸⁵ Lo studio della semiologia e della linguistica, sia che si consideri la prima come una parte della seconda o viceversa, è uno studio di diritto e per il diritto: il diritto è sempre segno, unità di significante e significato e, più nello specifico, è linguaggio e il linguaggio ha sempre un che di obbligante, di normativo, di giuridico

una parola, di una proposizione⁸⁶. Ma il valore non è propriamente la significazione, è fissato al termine di quella doppia determinazione tra ciò che è dissimile e ciò che è simile: il valore proviene «dalla situazione reciproca delle parti della lingua». Per questo, la significazione «partecipa della sostanza del contenuto, mentre il valore partecipa della sua forma»⁸⁷.

Nel trapasso al diritto, il valore è legato alla validità. Il valore è normatività, appartiene al mondo del dover essere, della validità. Il valore è tale in forza di un fondamento e di un giudizio, appunto, di validità. La sua specifica forma di esistenza è la validità. La relazione tra validità e valore è kelseniana: le *Rechtsnormen* (le norme giuridiche), prodotte dall'autorità giuridica, sono valide oppure no⁸⁸; «la proposizione, il cui scopo è di indicare che il comportamento è o non è conforme alla norma presupposta, è un giudizio di *valore*», allora «la norma presupposta costituisce il *valore*»⁸⁹. Ma, per una singolare convergenza, anche in un giovane Schmitt il valore è (deve essere) «costituito da una norma»⁹⁰. È fondato da una norma, non è fatto, non è «potenza»⁹¹. Più tardi ripeterà che la sua forma di esistenza è la validità, ma aggiungerà che reclama la posizione-imposizione⁹²: ogni valore è (valido) in forza di un'ottica prospettica, di un particolare punto d'osservazione o di vista già posto, che diviene propriamente un «punto di attacco»⁹³, virando nella direzione della volontà.

Il valore di legge è allora un altro modo di guardare al tema della validità della legge. E se la Costituzione pone le condizioni della validità non ha più senso discutere di forza (efficacia) di legge, perché l'efficacia è diversa dalla validità.

Il valore di legge è tradizionalmente diviso tra sostanza e forma ovvero tra legge in senso materiale e legge in senso formale⁹⁴: la legge è valore per la qualità del suo contenuto, per la sua capacità rappresentativa dell'idea di popolo/Nazione oppure, soprattutto se relativizzata dalla Costituzione che, oltre a costituirla e regolarla, da un lato, le sottrae il «dominio del valore», dall'altro, la reintegra in una posizione di «indipendenza dal valore»⁹⁵, per il procedimento (di formazione o di sindacato) ovvero per il *rango*?

Nella prima declinazione, la legge è, vale, per il suo contenuto, con la deduzione di una definizione, regola, materiale di legge; nella seconda la legge è tale per la sua forma e per il suo regime, con indifferenza per il suo contenuto.

La questione pare così malposta.

Teoricamente, la relazione tra forma e sostanza è un'indecisione o una decisione indecidibile, nel senso che non deve essere *de-cisa*. Il superamento della recisione tra forma e sostanza del diritto, la duplicità del diritto, è ormai divenuto luogo comune⁹⁶. Ma, soprattutto, il proceduralismo sostantivo o, specularmente, il sostanzialismo procedurale è il solo fondazionalismo ammissibile in

⁸⁶ C. ROSSO, *op. cit.*, 376 e 377.

⁸⁷ Così, attingendo a Saussure, R. BARTHES, *Elementi di semiologia*, Einaudi, Torino, 43-4.

⁸⁸ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1975, 87-90.

⁸⁹ Id., *Causalità e imputazione, Causalità ed imputabilità*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 209 (il corsivo nel testo è nostro).

⁹⁰ Cfr. uno Schmitt singolarmente normativista, in cui il diritto è 'norma', in C. SCHMITT, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, Il Mulino, Bologna, 2013, 84.

⁹¹ *Ivi*, 46 e 57.

⁹² Sul nesso valore-validità C. SCHMITT, *Tirannia dei valori*, cit., 52-3.

⁹³ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 53, 55-7.

⁹⁴ O forse, sulla scia della critica kelseniana al carattere equivoco della denominazione «legge in senso formale», meglio sarebbe scrivere «"forma di legge" in cui possono figurare, non solo le norme generali, ma anche altri contenuti»: H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 2000, 107.

⁹⁵ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tip. Veneziana, Roma, 1984, 124.

⁹⁶ Per tutti G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 15 ss. Nella teoria generale, sul rapporto dialettico tra forma e sostanza per la comprensione globale del diritto M. G. LOSANO, *Introduzione* (1975), in H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino, 2000, XXX ss.

ambiente pluralista⁹⁷: il proceduralismo non asseconda la sua propensione disgregante e non si riduce a nichilismo; il valore attenua la propria natura tirannica che tende ad annichilire il pluralismo ed, al contempo, non si s-valuta totalmente, pena lo sgretolamento di qualsiasi principio sostanziale. Tutto ciò sostiene una teoria interpretativa del valore di legge che, attingendo all'idea di procedura sostantiva, ove la forma della decisione non si oppone alla sostanza, superi l'alternatività tra l'una e l'altra. Il valore di legge è, cioè, diverso dalla forza e non coincide con la forma separata dalla sostanza.

Dogmaticamente, se valore di legge si riferisse solo alla pura forma di adozione (della legge ordinaria), alla forma legislativa, non avrebbe senso l'art. 77, comma 1, Cost., ove il valore è predicato – quale rapporto di equi-*valenza* tra decreto e legge – di un decreto del Governo, seppure adottato previa delegazione delle Camere. In questo senso il decreto legislativo delegato non è legge, che è il valore, l'idealtipo, il parametro a cui commisurare il differente, perché non è la deliberazione di un organo rappresentativo eletto a suffragio universale diretto, ma ciononostante partecipa della medesima genealogia del valore. La previa legge delle Camere fonda, cioè, la somiglianza, che non è né identità né differenza⁹⁸. È *come se* fosse legge, perché solo le differenze si somigliano.

Può allora già dirsi che nel valore *di* legge la legge è il valore: la legge è l'unità di misura del valore di atti diversi dalla legge che, pur non essendo leggi, *valgono* per la Costituzione – che tutte equipara – come se fossero leggi. Il valore di legge è, cioè, costruito nella Costituzione come un rapporto di 'equivalenza' tra decreti/atti del governo e legge ordinaria, in cui la forma non è separata dalla sostanza comune che permette di esprimere, nell'equivalenza, il valore di una cosa attraverso un'altra, di commensurare: il valore di legge è espressione di qualcosa che è stato reso comparabile, è espressione del bisogno di essere parificati nella differenza, è elemento differenziale.

È un valore che dipende dalla forma. Il punto è trovare quella forma che è anche sostanza.

3.1 Valore e rappresentanza

Il valore, la misura dell'equivalenza, è stato contenutisticamente ricostruito come proiezione della rappresentanza politica elettiva nel sistema delle fonti del diritto⁹⁹: ovvero il valore è stato pensato come *primarietà* della fonte e la primarietà fondata, giustificata, sulla rappresentanza elettiva. Bisogna, però, intendersi sul nesso tra rappresentanza e valore di legge.

Potrebbe argomentarsi, accedendo ad una lettura di moralità politica del testo costituzionale, che se la nostra Costituzione discorre di 'valore' e definisce 'legge' solo l'atto prodotto da certi organi secondo certi procedimenti è perché accorda loro un valore – assiologico – preminente. La scelta costituzionale, voluta, intenzionale, si fonda sull'attribuzione di valore ad alcune forme politiche e non ad altre e si fonda sulla presupposizione di valore del rappresentato, il popolo.

Ma non pare questa la via corretta per legare il valore di legge alla rappresentanza nel governo democratico. E ciò non tanto per la radicale messa in questione del gius-moralismo¹⁰⁰, ma, più in

⁹⁷ M. ROSENFELD, *E' realmente possibile la giustizia procedurale pura?*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, 138; Id., *Venti domande su giustizia e procedure*, ivi, 99-101; Id., *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, Berkley, 1998, trad. it. G. Pino, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, Il Mulino, Bologna, 2000, 201. Non molto dissimile è la proposta teorica di V. OTTONELLI, *I principi procedurali della democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2012, sebbene la medesima si auto-ascriva al proceduralismo 'puro', di cui tenta una ridefinizione.

⁹⁸ V. VITIELLO, *Dissomigliante somiglianza. Premessa a E. JABÈS, Il libro delle somiglianze. «Il libro è luogo di somiglianza di ogni libro»*, Moretti & Vitali editori, Milano, 2011, 10.

⁹⁹ Per la diffusa valorizzazione del nesso tra rappresentanza e legge basti qui, per tutti, L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Istit. Enc. Ital., 1990, 1 ss.

¹⁰⁰ Per tutti, A. CARRINO, *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Mimesis, Milano, 2019.

superficie, perché l'argomento incontra gli stessi limiti e le stesse obiezioni della fondazione del primato del Parlamento sulla sovranità del popolo.

Il legame tra valore e rappresentanza è, infatti, piuttosto inscritto nella struttura teoretica della rappresentanza/*rappresentazione*, ma per ciò stesso è, a rigore, disgiunto dalla sovranità del popolo e, quindi, dal governo rappresentativo democratico.

Nella teologia politica, il valore attinge alla logica dell'eccedenza e della trascendenza propria della rappresentazione di un'idea. Il rappresentante deve essere capace di rappresentare ed il rappresentato, per suo conto, deve essere capace di progredire nell'esistenza pubblica, politica, deve avere «valore»: non si può rappresentare ciò che è privo di valore¹⁰¹.

È quindi teoricamente sostenibile che la rappresentanza politica sia *rappresentazione*, eccedenza, costituzione della moltitudine in popolo (o Nazione), che così può esistere politicamente, nell'orizzonte elitista della rappresentazione della teologia politica, aristocraticamente sciolta, come principio della forma politica (in contrapposizione al principio di identità), dalla democrazia. Lì la deliberazione legislativa può essere valore, può valere, se la rappresentanza politica eccede il rappresentato, perché diversamente non potrebbe volere, non potrebbe deliberare, ma solo scoprire, conoscere.

La Costituzione, però, attribuisce la sovranità al popolo, che, quindi, deve in quale misura pre-esistere per essere sovrano e condizionare quella trascendenza. Tra l'idea assente e quella messa in presenza deve esserci corrispondenza. La rappresentazione teologico-politica risponde, tutto al contrario, ad una logica «catecontica»¹⁰²: il potere rappresentativo è un potere che frena, ritarda, contiene, ma per ciò stesso comprende in sé, la presenza immediata, immanente, dell'idea, e, al contempo, alimenta di continuo, nella rappresentazione, l'idea assente, che trascende dalla presenza pura e semplice. In ogni caso, il «semplice rappresentare implica interpretare. Rappresentare non può ridursi ad eseguire – e già il solo interpretare comporta l'indicare un senso, aprire una prospettiva e volere *condurre* lungo essa»¹⁰³.

Né risolve la questione nel diritto positivo contrapporre, all'interno della dimensione del teologico-politico, alla rappresentanza-rappresentazione come logica catecontica dell'identità-conservazione-finitudine la differente logica, sempre catecontica, della stasiologia, come pensiero escatologico dell'apertura, del frammezzo, della possibilità dell'alterità. La legge *vale* perché partecipa di questa diversa logica catecontica che, seppure *stasis* tra valori¹⁰⁴, resta interna a quella dimensione.

Lontano dal paradigma onto-teologico-politico, potrebbe sostenersi che «la rappresentazione non presenta mai qualcosa senza esporne il *valore* o il senso minimo – se non altro il *valore* o il senso minimo dell'essere-là, davanti a un soggetto [...] la rappresentazione [...] presenta ciò che è assente dalla presenza pura e semplice, il suo essere in quanto tale, il suo essere o la sua verità»¹⁰⁵. Nella rappresentazione è in questione il rapporto con un'assenza e con «un *absenso* di cui ogni presenza si sostiene»¹⁰⁶. Non pare, però, un discorso così radicalmente diverso dal teologico-politico. Quella critica riconosce che è impensabile «una qualsiasi forma politica senza figura e rappresentazione» e che la «semplice inversione del teologico-politico nel suo contrario – in un'assoluta neutralizzazione

¹⁰¹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 277.

¹⁰² M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013, spec. 118 ss., che lega la fine del *katéchon* paolino, dell'età di Prometeo, alla perdita da parte degli ordinamenti catecontici della capacità di rappresentare il bene comune, transcendendo la somma degli interessi particolari.

¹⁰³ M. CACCIARI, *op. cit.*, 19.

¹⁰⁴ V. T. GAZZOLO, *Rappresentazione e stasiologia. Due logiche catecontiche*, in AA. Vv., *Il Potere che frena. Saggi di teologia politica in dialogo con Massimo Cacciari*, Aracne, Roma, 2015, 30 ss.

¹⁰⁵ J.-L. NANCY, *Tre saggi sull'immagine*, cit., 68. Il corsivo è nostro.

¹⁰⁶ *Ibidem*, 70.

tecnica – rischia di restare presa nella stessa piega metafisica che intende debellare. Non è, la secolarizzazione, il portato rovesciato della teologia politica? [...] E' questo il motivo per cui non è possibile sacrificare il paradigma sacrificale senza ricadere nella sua dialettica di soggezione e di assoggettamento»¹⁰⁷. Se, invece, si ritiene che la politica non sia più «un luogo di messa-in-forma o di messa-in-presenza dell'incommensurabilità o di una qualsiasi altra unità d'origine e di fine [...] Alla politica spettano lo spazio e la spaziatrice, ma non la figura»¹⁰⁸, il presupposto è la mancanza di 'fondamento', della presenza che dovrebbe fondare ciò che è. Il che la rende inutile per interpretare il diritto costituzionale, che è tutt'uno con la fondazione, il fondamento.

Se si rinuncia tanto alla teologia politica quanto alla critica de-costruzionista, perché la rappresentazione è proprio ciò che allontana il (e non che avvicina al) fondamento, il cui 'valore' dovrebbe essere es-posto, la conclusione per il diritto costituzionale vigente non può però implicare l'abbandono della primarietà, della particolare 'potenza', della superiorità, della legge. Se non altro, nella pariteticità tra i diversi atti pubblici, non vi è spazio per il concetto relazionale di valore di legge, per una fonte che è positivamente qualificata «valore» e che è l'unità di misura e fondamento di altre fonti, quindi *vale* più di quelle.

Se allora si attinge al concetto di valore, che esiste solo nella dimensione della normatività, per costruire una dottrina interpretativa del «valore di legge» nel diritto posto, rileva che il 'valore' ha a che vedere con la validità perché si vale in forza di un parametro di validità che attribuisce valore.

La legge è costituita dalla Costituzione, che pone il 'valore di legge' quale *tertium comparationis* che consente il giudizio di equi-valenza tra le fonti. Anzi, la Costituzione è tale perché, almeno, costituisce il legislatore e la legge, li 'struttura'. Guardata in questo modo, la Costituzione è la norma presupposta – e quindi logicamente superiore – che costituisce il valore di legge perché è fondamento e perciò parametro di validità della legge, fonda il giudizio di valore di legge e, al contempo, costituisce la legge quale parametro di validità. È quel tanto di trascendenza e di absolutezza che fonda la validità della legge. La legge ha bisogno, per essere valida, di una fonte di autorità trascendente se la si intende come comando e non come rapporto tra cose, à la Montesquieu. Se «è semplicemente ciò che pone in relazione due cose, e perciò è relativa per definizione [...] non aveva bisogno di alcuna fonte assoluta di autorità e poteva descrivere lo "spirito delle leggi" senza neppure porre lo spinoso problema della loro validità assoluta. [...]»¹⁰⁹.

Ma se la Costituzione è la norma presupposta dalla legge, è la norma da cui deriva la legge, quella norma presupposta costituisce – kelsenianamente – il valore e se predica il valore di legge, quel valore – intrinseco al diritto positivo – non può che essere eziologicamente concatenato, legato geneticamente, alla Costituzione, che ne è origine e calco. È la Costituzione che pone e istituisce la legge, che ne fonda il giudizio di valore, che la qualifica come valore e che, quindi, *trasmette* valore alla legge e ai decreti costituiti equi-valenti. Il valore è ciò che lega Costituzione e legge e che consente di derivare, di dedurre la seconda, la regola della seconda, dalla prima.

È punto controverso della teoria costituzionale se la Costituzione si risolva nel testo (documento) costituzionale e se coincida con tutto il testo, ma dopo le rivoluzioni borghesi del Settecento non è più controverso che, pur ponendosi le distinzioni, la Costituzione sia anche (se non esclusivamente) deliberazione dell'Assemblea rappresentativa, del Parlamento: la Costituzione è la prima legge parlamentare¹¹⁰. Più precisamente la Costituzione è la legge, la deliberazione prodotta dai

¹⁰⁷ R. ESPOSITO, J.-L. NANCY, *Dialogo sulla filosofia a venire*, cit., XV.

¹⁰⁸ *Ivi*, XVIII.

¹⁰⁹ H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963, 216-7.

¹¹⁰ Nella dottrina italiana la dimostrazione più esauriente della tesi secondo la quale «la costituzione non è che una specie di legge (con speciale materia) di fronte alla quale vigono quindi tutti i principi generali sulla nascita, vita e abrogazione degli atti legislativi» è stata data, come noto, da C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist., Padova, 1964, 18 ss. e 204, su cui concordava V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 960, nota 76.

rappresentanti del popolo, che costituisce ciò che prima non c'era, un nuovo ordine giuridico. È un documento scritto, consapevolmente e razionalmente costruttivista del nuovo ordine, della nuova unità politica. Non può che costruire il nuovo potere ponendo sé stessa come modello: quale esercizio del potere costituente non può cioè che costituire la legge, il potere ordinario e permanente, sempre come potere costitutivo dell'assemblea rappresentativa. Costituzione e legge partecipano allora della medesima genealogia del valore, che è tutt'uno con la loro forma che è anche sostanza¹¹¹. Ciò che le accomuna è, infatti, la derivazione da un'assemblea rappresentativa del popolo, fondativa e, quindi, necessariamente costitutiva¹¹². A catena, ne deriva che nell'ordine posto la legge, come la Costituzione, pone regole *costitutive*¹¹³: non ordina o amministra ciò che già esiste per il diritto, ma – attingendo alla filosofia del diritto analitica – costituisce il concetto, la fattispecie astratta e ipotetica e quindi modifica il diritto legislativo vigente. Gli atti che ne hanno il medesimo 'valore', ma non già quelli che ne hanno la 'forza, ne condividono la pari *costitutività*. A dire che, per la Costituzione, il decreto legislativo, stante la previa legge di delega, ha – a differenza del decreto-legge – un contenuto parimenti costitutivo della legge parlamentare: può prevedere e non solo provvedere.

Potrebbe porsi la questione se la diversa quantità si converta in differente qualità: se, cioè, in forza del meccanismo rappresentativo, è comunque qualitativamente diverso creare nuovo diritto e conservare diritto senza porre nuovi fini, un po' come la relazione in Benjamin tra la violenza creatrice di diritto e la sua *rappresentazione* (dimenticata dai Parlamenti) nella violenza che conserva il diritto¹¹⁴.

In ogni caso, non toglie che interrogarsi sulla ragione per la quale il testo costituzionale qualifichi la legge come 'valore' apra ad una dottrina normativa dell'art. 70 (e per lo meno degli artt. 76 e 77, comma 1) della Costituzione e ad una concezione materiale della legge.

La posta in gioco non è ciò che è legge. Nella prospettiva dell'essere legge è la deliberazione legislativa delle Camere. La ricerca del valore di legge pone, invece, la questione, necessariamente normativa, di cosa deve essere legge, di cosa debba essere posto con legge o con l'atto di cui la Costituzione prescrive il pari 'valore'. Dal punto di vista del diritto costituzionale positivo, riempie di contenuto la regola costitutiva dell'art. 70: prescrive che cosa, quale sostanza, deve necessariamente assumere la forma della legge o dell'atto che, diverso per forma, ha il valore di legge. Potrebbe così revocarsi in dubbio che la Costituzione prescriva la sola forma della legge, in quanto prescrivendo una determinata forma ne implica anche una sostanza.

È in gioco la legge come norma con determinate 'qualità'. In un discorso che qui può solo essere avviato, il valore è la capacità della legge, attingendo alla forma rappresentativa, di costituire diritti e di definire il contenuto concreto dell'unità politica¹¹⁵, in cui la comunità politica si riconosce sotto

¹¹¹ Seppure con argomenti diversi, si avvicina ad una genealogia 'unitaria' del valore di legge, che includerebbe, oltre alle leggi ordinarie dello stato e leggi regionali, le leggi costituzionali, F. MODUGNO, *Legge*, cit., 26-7: ciò che le unisce sarebbe la «medesimezza» della «forma» di legge, ovvero l'identità dei soggetti deliberanti o, per lo meno, la loro natura «rappresentativa», che ne giustifica lo stesso regime tipico, lo stesso 'valore'. Ma quella unitarietà non arriva ad includere la Costituzione: ID., *L'invalidità della legge*, II, cit., 20-39: se infatti la legge ordinaria rappresenta il necessario sviluppo del valore costituzionale, come svolgimento dialettico, ovvero mediato attraverso una necessaria negazione, il valore di legge non potrà che essere, prima e indipendentemente dal giudizio, precisamente l'opposto del valore costituzionale, ossia l'oggetto del giudizio, ciò che propriamente si oppone al parametro.

¹¹² Per l'articolata argomentazione di questo passaggio v. P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino, 2018, 61 ss. e spec. 152-4.

¹¹³ Attingendo a Searle, P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, FrancoAngeli, Milano, 2015, 149 ss. Si tratta di distinguere la regola materiale della costitutività da quella, nota, dell'astrattezza e generalità o della novità della norma prodotta dall'assemblea rappresentativa elettiva.

¹¹⁴ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Einaudi, Torino, 2014, 17.

¹¹⁵ Per tutti, nel dibattito costituzionalistico sulle implicazioni teoriche del nesso tra rappresentanza ed unità politica e, più precisamente, sulla costitutività, artificialità, della rappresentanza dell'unità del corpo politico M. DOGLIANI, *La*

l'egida della ragionevolezza e sotto il controllo del giudice costituzionale, che giudica la legge. Non lo può fare il regolamento, che può solo regolare ciò che già è costituito e non lo può più fare la Costituzione, che tutto ha originato e tutto contiene.

Non so se la teoria normativa del valore *di* legge possa dire qualcosa sul valore *della* legge nella teoria generale del diritto e, quindi, andare oltre il fatto della sua crisi e della sua s-valutazione. A rigore, il diritto costituzionale autorizza la domanda, relativa, comparativa, sul valore *di* legge ma non già quella, assoluta, irrelata, sul valore *della* legge, che è quella che interessa la teoria generale. Nel valore di legge la legge è il valore: la legge è l'unità di misura del valore di atti diversi dalla legge che, pur non essendo leggi, valgono per la Costituzione – che tutte equipara – come se fossero leggi. Il valore non è distinto dalla legge ma è la legge. Nel valore della legge la legge ha un valore: si presume che la legge riceva da qualcosa il suo valore e che questo qualcosa sia un principio di moralità politica cui il testo costituzionale allude.

Una *dottrina* del valore di legge può, però, almeno rideterminare il rapporto tra il politico e l'impolitico, sia esso amministrazione, giurisdizione, tecnica o economia.

3.2 La pro-fanazione dei dispositivi

Nel movimento di rendere presente l'invisibile la legge costituisce, crea, l'assente: il politico non riproduce l'esistente, l'immanente, l'*oikonomico*; è sempre trascendenza¹¹⁶. Anzi, la legge *vale* proprio perché non si riduce ad amministrazione o a polizia¹¹⁷.

Ma allora i 'dispositivi' tecnici sono irrelati rispetto alla legge.

La tecnica è immanenza, è funzionamento, è meccanismo. È dis-positivo à la Agamben più che à la Foucault, almeno nella lettura di Deleuze, e, comunque, anche il dispositivo deleuziano è immanente. In una ricerca archeologica della sua genealogia, delle sue 'segnature', è *positività*, è – secondo la traduzione greca del latino *dis-positio* - *oikonomía*¹¹⁸. Non è essere, sostanza, ma amministrazione, ordinabilità, è «pura attività di governo senza alcun fondamento nell'essere»¹¹⁹. Il *Ge-stell* dell'ultimo Heidegger, che definisce l'essenza della tecnica come la «completa ordinabilità di tutto ciò che è presente»¹²⁰, corrisponde al latino *dispositio* e al greco *oikonomía*. È un dispositivo, inteso come «un insieme di prassi, di saperi, di misure, di istituzioni il cui scopo è di gestire, governare, controllare e orientare in un senso che si pretende utile i comportamenti, i gesti e i pensieri degli uomini»¹²¹. Ai dispositivi pertiene il paradigma *economico* della gestione, dell'esecuzione e dell'efficacia, del governo pratico che «non mira ad altro che alla propria riproduzione»¹²².

rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto, in *Democrazia e diritto*, 2014, n. 2, 14; ID., *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna, 2015, 269 ss. e spec. 273-4.

¹¹⁶ Non sono poi in grado di affrontare la questione, posta da Husserl e proseguita da Sartre, se il trascendente (distinto dal trascendentale) sia «un prodotto di immanenza»: il virgolettato è tratto da G. DELEUZE, *Immanenza. Una vita ...*, Mimesis, Milano-Udine, 2010, 12.

¹¹⁷ A questa conclusione giunge anche la teoria della rappresentazione elaborata da M. CACCIARI, *op. cit.*, 38, che auspica il risveglio dei poteri catecontici, giunti al loro tramonto nell'Età delle leggi dell'economia, l'età di Epimeteo.

¹¹⁸ G. AGAMBEN, *Oikonomía. Il Regno e la Gloria*, in ID., *Homo sacer. Edizione integrale. 1995-2015*, Quodlibet, Macerata, 2018, 485.

¹¹⁹ G. AGAMBEN, *Che cos'è un dispositivo?*, Nottetempo, Roma, 2006, 17.

¹²⁰ M. HEIDEGGER, *Bremer und Freiburger Vorträge*, trad. it. F. Volpi, *Conferenze di Brema e Friburgo*, Adelphi, Milano, 2002, 54.

¹²¹ G. AGAMBEN, *ult. op. cit.*, 20.

¹²² *Ivi*, 32.

Il fare della tecnica è divenuto, attingendo alla, dimenticata, distinzione greca e soprattutto aristotelica, *praxis*, azione, volontà e non *poiesis*, produzione nella presenza, portare in essere: la tecnica ha in sé i propri fini, i propri limiti e le regole del proprio funzionamento e, quindi, non è produttiva, perché porta nella presenza soltanto sé stessa¹²³. Non concepisce, non riconosce un 'ulteriore', altro, rispetto a sé: è *apostasia*. Non ha parametri di giudizio. La *techne*, perduta la maniera greca, è *esperienza*, non è verità e dis-velamento. È conoscenza del particolare e non dell'universale, del generale.

Teoricamente, applicarla alla politica, significa ridurre anche questa a pura azione, a prassi, a economia, senza fondamento nell'essere, nella sostanza, senza un Fine.

Se il Parlamento diventa una *macchina*, un *meccanismo*, per decidere, scompare dall'universo rappresentativo e perde il suo *valore*¹²⁴. E la sfera del politico, dell'umano, cede alla sfera privata, ai «calcoli»¹²⁵.

Dogmaticamente, spezza la continuità tra sovranità e governo, iscritta nell'ordine costituzionale vigente della relazione tra potere legislativo o sovrano e potere esecutivo, in cui il Regno e il Governo devono, come nel paradigma provvidenziale, coincidere o legarsi¹²⁶.

Le tecniche di scrittura *automatizzata* della legge sono manifestazione di quella riduzione e di questa rottura, frattura.

La critica non è tanto alla *legis-tica*, intesa etimologicamente come *techne* della legge¹²⁷. È la perdita del significato greco originario di *arte*, *techne* come *poiesis*, arte superiore, che la trasforma in mera azione, pratica. Nulla toglie che si possa recuperarne il senso originario di sapere, di dis-velamento e intendere la legistica come sapere, 'scienza' della legge.

La critica è alla *legi-matica*. È evidente, nel neologismo, l'allusione alla *matema-tica*, alla matematizzazione dei fatti umani, all'uso degli algoritmi, delle serie numeriche. Ma è, appunto, una allusione, un gioco di parole, perché della matematica ha perso la *mathesis*, la tensione al sapere universale.

Potrebbe, radicalmente, mettersi in questione che proprio la tecnica di scrittura moderna, la video-scrittura, la scrittura informatica, sia all'origine della perdita di qualità non solo della redazione del testo, della lettera, della cosa, ma anche della formulazione del pensiero, dell'idea. La scrittura non è trascrizione della voce, della parola e, per quella via, manifestazione di un pensiero già formato, ma è tutt'uno con la creazione del pensiero. Il pensiero non è indipendente dalla sua manifestazione. All'opposto, il modo di scrivere, la *tecnica* di scrittura (l'archiscrittura), lo determina, lo costituisce¹²⁸. Invertendo Cartesio, ci si dovrebbe porre il problema se non sia la nuova tecnica di scrittura la causa e non già il rimedio alla crisi della scrittura della legge.

In ogni caso, la legimatica è, intenzionalmente, meccanismo di produzione della legge, funzionamento immanente che non tollera trascendenza. È automatismo, è produzione, è industria. Ma per ciò stesso non è pro-getto, quindi non può pre-vedere.

Nella legi-matica si consuma il paradosso del politico che, per uscire dalla propria crisi, si introduce comodamente nelle fauci del lupo.

¹²³ G. AGAMBEN, *L'uomo senza contenuto*, Quodlibet, Macerata, 1994, 103 ss.

¹²⁴ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 283.

¹²⁵ *Ivi*, 420.

¹²⁶ Mutuo la doppia struttura, i due poli tra loro solidali, del dispositivo economico-provvidenziale, come paradigma del governo democratico, da G. AGAMBEN, *Oikonomia*, cit., 506 e 507.

¹²⁷ Per lo meno, nella ampia declinazione di E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.

¹²⁸ Contro Cartesio, M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 236 ss.

La pro-fanazione dei dispositivi, la loro disattivazione, è l'unico modo, il «contro-dispositivo»¹²⁹, per tornare al «valore di legge» come rappresentanza/rappresentazione della città, del bene comune, del generale-universale. Più radicalmente, la rappresentanza politica e quel tanto di sovranità del popolo che include non sopravvivono alla macchina delle leggi, alla separazione tra sovranità e governo. Si passa da crisi a crisi senza soluzioni di continuità.

L'inoperosità del dispositivo tecnico-ontologico è un'operazione tutta 'politica'. Implica la questione teologico-politica della conciliazione tra il governo divino e l'autogoverno delle creature ovvero pone la domanda di come il governo possa coincidere con la natura delle cose, con l'ontologia, e tuttavia intervenire in essa. È vero che l'attività di governo è già, nell'ordine teologico, scissa in potere di deliberazione razionale e potere di esecuzione e che la genealogia teologica della struttura della macchina governamentale manifesta che non vi è una sostanza del potere, ma solo un'economia, in quanto non sono gli effetti (il Governo) a dipendere dall'essere (dal Regno), ma l'essere consiste nei suoi effetti¹³⁰.

Ma se ciò può essere una feconda linea di studio per 'pensare' il governo e la sua 'economia', almeno per ora, non è consentito dal diritto costituzionale vigente.

¹²⁹ G. AGAMBEN, *Che cos'è un dispositivo?*, cit., 28.

¹³⁰ G. AGAMBEN, *Oikonomia*, cit., 503, 512 e 636-7.

La modifica del sistema elettorale secondo la proposta di legge dell'attuale maggioranza

SOMMARIO: 1. La nuova proposta di legge di modifica del sistema elettorale. – 2. Eliminazione dei collegi uninominali e liste bloccate. – 3. Soglia di sbarramento. – 3.1. La stabilità del Governo. – 3.2. L'organizzazione interna alle Camere. – 4. Diritto di tribuna. – 5. Collegamenti tra liste, "capi" di forze politiche, parità di genere, pluricandidature, collegi all'estero.

1. La nuova proposta di legge di modifica del sistema elettorale

È in discussione alla Camera l'ennesima proposta di modifica del sistema elettorale¹. Presentata dopo una lunga trattativa dai partiti che sostengono attualmente il Governo essa si caratterizza per la conservazione dell'impianto proporzionale, la fissazione di una più elevata soglia di sbarramento, nonché l'eliminazione dei collegi uninominali e la generalizzazione del sistema delle liste bloccate. Si introduce, inoltre, un "diritto di tribuna" per quelle formazioni politiche che non raggiungono le soglie di sbarramento, ma che superano dei quozienti minimi entro alcune circoscrizioni². Si sopprimono poi tutti i riferimenti alle "coalizioni di liste" contenute nella normativa elettorale vigente, si elimina la necessità di indicare il "capo" della forza politica per le liste concorrenti, si stabilisce il principio dell'alternanza di genere nella collocazione dei candidati entro le liste bloccate.

Lo scopo di tali modifiche è chiaramente indicato nella relazione di accompagnamento, ove si scrive che esse sono proposte "al fine di meglio garantire il pluralismo territoriale e politico della rappresentanza". Questa finalità – si specifica – "è resa più rilevante anche alla luce dell'approvazione della legge costituzionale che riduce il numero dei parlamentari".

Giusto lo scopo dichiarato, si tratta di verificare se le modifiche proposte siano effettivamente in grado di conseguirlo, e in che modo; ovvero se vi siano soluzioni alternative idonee e meglio capaci ad ottenere i risultati auspicati.

2. Eliminazione dei collegi uninominali e liste bloccate

Gli interventi più incisivi concernono senz'altro: a) l'eliminazione dei collegi uninominali e la preferenza per il sistema delle liste bloccate; b) la rimodulazione delle soglie di sbarramento.

Per quanto riguarda il primo profilo vi sono due rilievi da formulare. Il primo collegato alla pregressa giurisprudenza costituzionale, il secondo – anch'esso assai rilevante – riferibile alla congruità con il fine politico perseguito o almeno dichiarato.

L'abolizione della quota dei collegi uninominali a parità di collegi plurinominali impone di aumentare il numero dei candidati inseriti nelle liste bloccate³. Si prevede, infatti, che l'attuale tetto di quattro candidati come numero massimo per ogni singola lista in ciascuno dei collegi

¹ Attualmente AC n. 2329 d'iniziativa del deputato Brescia

² Secondo il testo attualmente in discussione (AC n. 2329) il diritto di tribuna spetterebbe alle forze politiche che ottengono almeno tre quozienti in due regioni per la Camera e almeno un quoziente nella circoscrizione regionale per il Senato.

³ L'attuale sistema elettorale (legge n. 165 del 2017) prevede che il 37% dei seggi sia assegnato in collegi uninominali, con un sistema maggioritario a turno unico; il 61% dei seggi sia ripartito proporzionalmente tra le liste bloccate presentate dalle forze politiche o dalle coalizioni; infine il 2% dei seggi è assegnato nei collegi esteri in modo proporzionale con un sistema di lista con voto di preferenza.

plurinominali possa essere raddoppiato. Si passa dunque ad un sistema con liste se non lunghe, certamente assai meno brevi⁴.

Ora è ben nota la giurisprudenza costituzionale sul punto (sentenza n. 1 del 2014, ripresa dalla successiva n. 35 del 2017). Se essa viene riferita al sistema che si vuole introdurre si deve ammettere che, sebbene non sia univocamente interpretabile, lascia spazio a non poche criticità e timori sulla costituzionalità della soluzione indicata. Infatti, la Consulta è stata chiara nell'affermare che sono incostituzionali quei sistemi a liste bloccate che: *“non consent[ono] all'elettore alcun margine di scelta dei propri rappresentanti, prevedendo un voto per una lista composta interamente da candidati bloccati”*, rafforzando tale dichiarazione con la constatazione che in tal modo *“alla totalità dei parlamentari, senza alcuna eccezione, manca[...] il sostegno della indicazione personale degli elettori, in lesione della logica della rappresentanza prevista dalla costituzione”*. Una situazione questa che è anche quella che si rinviene nella proposta qui in discussione.

Però, poi, la stessa Corte puntualizza che il sistema di liste senza possibilità di indicazioni o scelta da parte degli elettori che ha portato a dichiarare l'incostituzionalità della legge n. 270 del 2005, ha operato nel caso di specie *“nell'ambito di circoscrizioni molto ampie e in presenza di un numero assai elevato di candidati, potenzialmente corrispondenti all'intero numero dei seggi assegnati alla circoscrizione, perciò difficilmente conoscibili dall'elettore”*. Aggiungendo, inoltre, che la particolare situazione sottoposta al suo esame – quella della legge 270 – non poteva essere comparata *“né con altri sistemi caratterizzate da liste bloccate solo per una parte dei seggi (quest'esimente – sia detto per inciso – che potrebbe essere fatta valere nei confronti dell'attualmente vigente sistema “misto”, non può invece essere utilizzata nel nostro caso, essendo quest'ultimo un sistema a liste bloccate per la totalità dei seggi); né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e della libertà del voto (al pari – conclude significativamente la Consulta – di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)”*.

Ed è questo il nostro caso. Ciò che si deve dunque accertare è se il sistema promosso dall'attuale proposta di legge rispetti le indicazioni fornite dalla Corte (circoscrizioni territorialmente ridotte, numero dei candidati esiguo, loro effettiva conoscibilità).

La questione può essere controversa e non voglio preannunciare esiti o dare risposte che solo la Corte potrà fornire quando sarà – e lo sarà certamente – chiamata a chiarire i suoi precedenti. Mi limito in questa sede ad evidenziare l'esistenza di tale criticità costituzionale e ad invitare il Parlamento alla cautela per evitare il rischio di ricadere nella ennesima imbarazzante situazione di vedere il proprio operato non passare al vaglio della Corte. Il legislatore accorto dovrebbe perseguire altre strade.

Quel che appare certo – la Consulta lo ha detto a chiare lettere – è che ogni margine di dubbio sul punto sarebbe spazzato via se si adottasse un sistema completamente uninominale.

E qui si inserisce la seconda questione che vorrei sollevare. Rilievo non più legato alla costituzionalità, bensì alla congruità della normativa in esame con gli obiettivi prospettati, e più in generale con le effettive esigenze del tempo.

⁴ La qualificazione delle liste come “lunghe” o “brevi” appare del tutto indeterminata. Da qui i problemi di costituzionalità che subito verranno richiamati nel testo. In realtà, come anche vedremo, la giurisprudenza costituzionale fa riferimento ad un altro criterio, quello della conoscibilità del candidato. Anch'esso un canone in sé piuttosto sfumato. Peraltro, se riferito a candidati la cui elezione dipende dal risultato di lista potrebbe essere addirittura forviante. Valido solo per il capolista, poiché è l'unico sicuro di essere eletto qualora la lista superi la soglia ed ottenga un seggio. Negli altri casi la “conoscibilità” del candidato può servire a fare eleggere chi li precede nella lista, non direttamente allo stesso se non nel caso in cui la lista riesca ad ottenere un consenso tale da giungere sino a farlo eleggere.

Se il fine della legge è quello dichiarato di “garantire il pluralismo territoriale e politico della rappresentanza”, il sistema di distribuzione proporzionale dei seggi in collegi uninominali appare quello più idoneo, anche considerando che esso assegna all’elettore certamente un elevato margine nella scelta dei propri rappresentanti e assicura la conoscibilità dei candidati, così come preteso dalla Consulta.

Non v’è dubbio, infatti, che la scelta uninominale salvaguarda una stretta vicinanza dei candidati con gli elettori del collegio e dunque un collegamento diretto con il territorio. Un’opzione univocamente uninominale (superando dunque il sistema misto attuale in senso opposto rispetto alla scelta operata) imporrebbe inoltre una moltiplicazione dei collegi, tanto più utile in previsione della riduzione del numero dei parlamentari. L’intero territorio nazionale verrebbe suddiviso in piccoli collegi, in via di principio tanti quanti sono i seggi da distribuire (400 per la Camera, 200 per il Senato secondo la riforma costituzionale approvata⁵). In tal modo si instaurerebbe un rapporto tra elettori ed eletti di maggiore colleganza, tanto a garanzia della effettiva rappresentanza territoriale, quanto a salvaguardia del pluralismo politico di questa stessa rappresentanza.

Si consideri, inoltre, che un tale sistema rappresenterebbe un fattore di forte responsabilizzazione delle forze politiche nella definizione delle liste e delle singole candidature, ma si porrebbe anche in un giusto equilibrio con il necessario rispetto della volontà dell’elettore, garantendo a questi di poter scegliere tra i candidati presentati dalle diverse forze politiche nel singolo collegio.

Permarrebbe, infatti, in capo ai partiti il potere di presentazione delle candidature uninominali (s’intende che spetterà poi alle singole forze politiche stabilire le modalità di individuazione dei candidati, potendosi adottare liberamente ogni diversa procedura in proposito: selezionati dagli organi dirigenti, in base a primarie interne, sulla base di consultazioni on line nelle piattaforme di partito, o altro), ma sarà questa in ogni caso una scelta non ambigua, univoca e determinante per conseguire il successo individuale (nel collegio per il singolo candidato), ma anche collettiva (per il conseguimento del maggior numero di seggi nella distribuzione proporzionale spettante al singolo partito o forza politica). Infatti, sarà la “cifra individuale” riportata dai singoli candidati, che varrà per conquistare il collegio, ma anche per contribuire al successo del partito nel riparto proporzionale dei seggi da assegnarsi complessivamente alla forza politica collegata.

Vorrei evidenziare inoltre come la riduzione dell’ambito territoriale dei collegi appare una misura importante in una fase di distacco (“glaciazione”) sociale e debolezza strutturale della rappresentanza politica. La necessità di riattivare il circuito della rappresentanza in un tempo in cui il popolo sembra sempre più distante dalle istituzioni democratiche – come dimostra lo spaventoso calo di partecipazione al voto – appare essenziale.

Piccoli collegi dove il confronto tra le forze politiche è materialmente visibile, nonché sono più chiaramente identificabili le proposte di questi perché non solo trasmesse da leader nazionali - forse carismatici ma certamente lontani - ma anche dai rappresentanti locali in competizione tra loro: è questo un modo – credo utile, oggi più di ieri – per avvicinare la politica ai cittadini, ma anche per dare una legittimazione popolare reale e autonoma ai nostri rappresentanti nelle istituzioni democratiche.

Il sistema peraltro appare collaudato e ha conseguito risultati lineari, in conformità con gli obiettivi qui indicati. Il modello è quello della legge n. 29 del 1948 (riproposta per un periodo per l’elezione dei consigli provinciali, tra il 1993 e il 2011).

⁵ La perfetta coincidenza tra distribuzione dei seggi e collegi uninominali è falsata dall’esistenza dei collegi esteri, tutt’altro che “piccoli”, anzi proprio la riduzione del numero dei parlamentari esteri (da 12 a 8 per la Camera e da 6 a 4 per il Senato) renderà ancora più ampie tali circoscrizioni elettorali. Come si accennerà alla fine di questo scritto, sarebbe questo un’altra ragione per giungere ad abolire questo tipo di rappresentanza parlamentare. Ma, evidentemente, ciò esula dalla riflessione su sistema elettorale a costituzione vigente.

Era il sistema per l'elezione del Senato:

- con piccoli collegi uninominali, tanti quanti i seggi assegnati alla Regione,
- candidati tra loro collegati in base all'appartenenza ad una medesima forza politica;
- assegnazione diretta del seggio a chi ottiene un suffragio superiore al 65%, a garanzia della rappresentanza diretta delle minoranze linguistiche (una soluzione idonea tutt'ora per affrontare il problema della Valle d'Aosta e del Trentino);
- per i restanti seggi (ovvero la quasi totalità) riparto con criterio proporzionale in base alla "cifra individuale" riportata dai singoli candidati (i voti riportati in rapporto al numero degli elettori del collegio).

Un sistema che non assicura la vittoria al candidato che ottiene anche solo un voto in più in ogni collegio, che sarebbe all'origini di tante distorsioni iper-maggioritarie, ma assicura un'effettiva valorizzazione dei territori e il pluralismo politico della rappresentanza.

Per molti il difetto maggiore di un sistema uninominale utilizzato entro un assetto proporzionale è rappresentato dal fatto che non si assicura il seggio al candidato che consegue la maggioranza relativa dei voti entro il singolo collegio. Ed in effetti, la distribuzione proporzionale s'impone sulla candidatura all'uninominale, prevale cioè l'indicazione al partito rispetto a quello alla persona. Questo può apparire intollerabile entro una prospettiva di personalizzazione della rappresentanza, che è propria dei sistemi maggioritari, non invece entro una visione più complessa di una rappresentanza istituzionale che sia anche sociale. L'elettore, dunque, con il suo voto sicuramente contribuisce (pro quota) al successo della lista, sceglie inoltre un rappresentante. Non ha la certezza di far ottenere il seggio per il suo candidato in base ai risultati di collegio, ma si sarà assicurato in ogni caso un confronto diretto con colui che la forza politica ha indicato come rappresentante di quel territorio, mentre ciascun candidato – quale che sia il risultato personale – sarà rappresentante tanto del partito di appartenenza quanto degli elettori del territorio. L'alternativa delle liste bloccate (nell'ipotesi prospettata sino all'elevato numero di otto) appare peggiore: il voto dell'elettore per il candidato è "al buio", mentre quest'ultimo dovrà rispondere solo al partito che lo ha inserito in lista.

3. Soglia di sbarramento

La seconda modifica che si vuole introdurre è relativa alla rimodulazione delle soglie di sbarramento⁶.

In questo caso credo si debba anzitutto considerare come la assai consistente riduzione del numero dei parlamentari stabilita dalla nuova legge costituzionale, che – salvo del tutto improbabili sorprese referendarie – entrerà in vigore prima delle prossime elezioni, comporterà già di per sé l'introduzione di una soglia naturale e un innalzamento di fatto rispetto a quelle attualmente previste. La conquista di un seggio per le forze minori è tanto più arduo quanto più si riduce il numero dei seggi disponibili. Ridurre a 200 membri la composizione del Senato (400 per la Camera) costituisce dunque già un vantaggio per le forze maggiori e una soglia implicita per quelle minori che dovranno ottenere un numero maggiore di voti per assicurarsi un minor numero di eletti. Questa è la ragione per la quale soglie elevate in Europa si hanno nei casi di Assemblee elettive assai numerose. In Germania la soglia del 5% si pone a fronte di una Camera bassa (il *Bundestag*) composta da oltre 700 membri.

⁶ Secondo quanto previsto dal testo attualmente in discussione (AC n. 2329) accedono al riparto le liste che hanno superato la soglia del 5 per cento dei voti validi espressi a livello nazionale, oppure la soglia del 15 per cento dei voti validi espressi nella Regione in cui sono presentate liste espressione di minoranze linguistiche. Nel sistema vigente la soglia è del 3 per cento per le singole liste (al 10 per cento per le coalizioni di liste), mentre è stabilita la soglia del 20 per cento per le liste regionali rappresentative delle minoranze linguistiche.

La prima riflessione da fare riguarda allora non tanto il valore assoluto della soglia, ma il suo impatto anche in considerazione della riduzione del numero dei parlamentari, onde evitare che un troppo elevato sbarramento produca un sacrificio eccessivo del pluralismo politico.

La domanda di fondo da porsi è comunque un'altra, di natura certamente politica, ma che riguarda propriamente la visione di democrazia. Ci si deve in sostanza chiedere se nel panorama politico italiano – ritenuto oggi eccessivamente frammentato – sia opportuno escludere la maggior parte dei voti conquistati da forze medio-piccole.

Tra le ragioni che militano a favore di un contenimento della soglia, se non la sua eliminazione, ve ne è una che dovrebbe essere presa in considerazione visto il nuovo assetto costituzionale legato alla riduzione dei membri del Parlamento. La ragione di fondo a sostegno degli sbarramenti (ma parallelamente anche dei premi che hanno contrassegnato la legislazione elettorale italiana) è rappresentata dalle esigenze di favorire, da un lato, la governabilità (maggioranze stabili); dall'altro, entro il Parlamento, la funzionalità dell'organo e il più ordinato svolgimento dei lavori.

Tanto l'una quanto l'altra finalità nel nuovo contesto costituzionale e ordinamentale che si sta edificando dovrebbero però essere conseguite in altro modo: non più immaginato come un effetto meccanico di soglie di sbarramento, ma il frutto di coerenti politiche nazionali e di una più adeguata organizzazione delle assemblee parlamentari.

3.1. La stabilità del Governo

Nei sistemi proporzionali la stabilità delle maggioranze è affidata, infatti, alla solidità delle coalizioni dei governi, senza possibilità di scorciatoie o di forzature sui numeri parlamentari; viene meno la distorsione della rappresentanza e si riaspande la logica e la dinamica parlamentare. L'indirizzo politico sarà definito in sede parlamentare quando il Governo si presenterà per ottenere la fiducia motivata da entrambe le Camere, mentre la stabilità e l'incisività dell'azione del Governo dipenderà dal *continuum* Parlamento-Governo secondo i classici canoni della forma di governo parlamentare. È questo un dato strutturale della nostra forma di governo che è stato perlopiù occultato sia dalla retorica della democrazia maggioritaria, sia dalla torsione leaderistica impressa al nostro sistema politico, che hanno provato - in verità senza successo - a imporre maggioranze elettorali extraparlamentari. Patti preelettorali tra diverse forze politiche necessari per vincere la competizione nei diversi collegi maggioritari, ma non in grado di governare una volta conseguita la vittoria "tattica" nelle urne. Ora, l'abbandono di sistemi elettorali che puntano alla distorsione della rappresentanza reale fanno tornare in evidenza i delicati problemi politici dei governi di coalizione. In fondo lo dimostrano le più recenti turbolenze causate dalla non raggiunta omogeneità all'interno delle diverse forze che sostengono il Governo: nonostante all'inizio della attuale legislatura il Governo fosse sostenuto da sole due forze politiche, le differenze programmatiche tra di esse, le avverse sensibilità culturali delle due componenti, hanno finito per paralizzare l'azione del Governo. Situazione analoga si è poi riprodotta successivamente quando l'esecutivo è stato sostenuto da ben quattro forze politiche senza un chiaro ed omogeneo programma comune. Dovremmo avere imparato ormai già dal passato che la stabilità dei Governi non è data dalle regole elettorali, ma da solidi accordi politici definiti tra le forze di maggioranza che, dopo le elezioni, decidono di governare assieme. In mancanza di questo - in assenza di una visione programmatica di respiro della maggioranza che si appresta a governare, senza un recupero della solidarietà di coalizione tra forze diverse, ciascuna con una propria identità politica e culturale - finiranno inevitabilmente per prevalere i tatticismi dei leader e le manovre di palazzo, sino alla caduta del Governo strutturalmente "debole".

Ora, abbandonata l'illusione delle forzature maggioritarie, dovremmo affrontare senza più pregiudizi la vera questione dei governi di coalizione. È sul piano della determinazione degli indirizzi politici e in base alla capacità delle forze politiche di rispettare con lealtà e solidarietà gli accordi definiti in sede di formazione del Governo che si vince o si perde la sfida della governabilità del Paese. Dopo un trentennio di illusione maggioritaria, di ingegneria elettorale, di alterazioni della rappresentanza reale, sarebbe saggio tornare alla realtà della politica e alla necessità di riscoprire la categoria del "compromesso" tra diversi. Se si vuole effettivamente garantire "il pluralismo territoriale e politico della rappresentanza", nelle democrazie pluraliste, in particolare in quelle che adottano una forma di governo parlamentare, diventa necessario assicurare la capacità di far governare assieme le diverse forze che si coalizzano per realizzare "la politica generale del Governo" di cui è responsabile il Presidente del Consiglio, il quale deve mantenere "l'unità di indirizzo politico e amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri". Un'unità d'indirizzo e un coordinamento nelle attività che deve coinvolgere non solo gli organi di governo, ma tutti i soggetti e le diverse forze che lo sostengono.

3.2. *L'organizzazione interna alle Camere*

L'introduzione di un'elevata soglia di sbarramento, oltre alla pretesa (che si è rivelata assai fragile, se non del tutto infondata) di facilitare e stabilizzare la scelta del Governo, dovrebbe essere motivata dagli effetti che verrebbero a determinarsi entro il Parlamento. Anche in questo caso si ritiene che la riduzione della frammentazione politica determinata dall'esclusione delle forze minori dall'accesso in Parlamento, agevolerebbe il "governo" dell'Assemblea, ovvero – e per meglio dire – il corretto e migliore funzionamento dei lavori parlamentari. È in realtà questa una esigenza che si collega ad un insieme di fattori che richiedono profondi cambiamenti rispetto alla situazione attuale, ma non sono collegati all'introduzione di soglie di sbarramento.

In via di principio, possiamo ritenere che già la riduzione del numero dei componenti permetterà di per sé una maggiore "governabilità" delle Assemblee. Organizzare i lavori di un collegio ridotto numericamente a 200 senatori ovvero a 400 deputati può ritenersi meno complesso che non in passato.

Ma è chiaro che spetterà alla riforma dei regolamenti parlamentari assicurare che il basso numero si traduca in maggiore efficienza e non, invece, nel suo opposto, in un'ulteriore e più grave inadeguatezza. Anche in questo caso sarebbe opportuno cogliere l'occasione delle trasformazioni dell'assetto costituzionale indotto dalla riduzione del numero dei parlamentari per ripensare i limiti riscontrati nel più o meno recente passato. È la filosofia della "democrazia decidente" che ha dominato l'organizzazione dei lavori parlamentari nell'ultimo ventennio che ha reso "ingovernabili" le Assemblee e paralizzato la dialettica politica in Parlamento. Ora, con meno membri, le due Camere hanno l'occasione per tornare a far discutere le diverse forze politiche di maggioranza e di opposizione nel luogo istituzionalmente preposto allo "scontro" politico in democrazia: il Parlamento. Secondo una retorica diffusa le Camere sarebbero in crisi per incapacità di decisione (da qui le ferree regole di contingentamento e accelerazione dei lavori sia in Commissione sia in Aula), nella realtà invece le nostre Assemblee legislative sono precipitate in una crisi di ben diversa natura, collegata alla loro emarginazione nell'ambito della forma di governo a scapito dell'organo Governo che ha assunto una sua assoluta prevalenza. È la "fuga" dal Parlamento, di cui parlava già Leopoldo Elia agli inizi del secolo, il vero problema. Se anziché ridurre ulteriormente la dialettica politica parlamentare riuscissimo a esaltarne la centralità forse daremmo nuova vita all'organo che istituzionalmente è preposto a conseguire il "compromesso", con effetti di stabilizzazione del sistema politico nel suo complesso.

Se, dunque, si volesse realmente affrontare la questione della più efficiente organizzazione dei lavori e del ruolo del Parlamento non si dovrebbe puntare ad una ulteriore semplificazione dei lavori, ovvero auspicare una minore rappresentatività dei soggetti presenti e del numero delle forze politiche, bensì, al contrario, bisognerebbe con coraggio intervenire con misure regolamentari ben incisive e spingersi a proporre una razionalizzazione della nostra forma di governo parlamentare rivendicando una maggiore autonomia del Parlamento dal Governo (limitando le richieste di fiducia, la decretazione d'urgenza, la possibilità di condizionare i lavori parlamentari in modo esorbitante), nonché meccanismi volti a far discutere realmente e in modo approfondito i rappresentanti eletti in seno all'organo legislativo (riaffermando la centralità dei lavori in commissione, riducendo il contingentamento dei tempi, regolando in modo ampio la possibilità di presentazione degli emendamenti, limitando ai casi estremi le pratiche ostruzionistiche, rafforzando gli strumenti di controllo e indirizzo del Parlamento). In questo quadro limitare la presenza delle forze politiche minori elevando la soglia di accesso nella competizione elettorale sembra essere sbagliato, rappresentando una soluzione contraria ad una logica inclusiva della democrazia parlamentare.

4. Diritto di tribuna

Nella proposta di legge l'innalzamento della soglia di accesso si accompagna con l'introduzione di un diritto di tribuna, proprio al fine di non penalizzare troppo le forze minori.

I due profili sono evidentemente legati. Qualora si eliminasse la soglia o la si riducesse evidentemente il problema non si porrebbe più: ciascuna lista verrebbe ad esprimere una forza parlamentare pari alla rappresentanza reale, e la diversa capacità di ciascun gruppo di incidere all'interno dell'istituzione sarebbe collegato direttamente al consenso elettorale conseguito. Ove invece si conservasse un'alta soglia e si affiancasse il diritto di tribuna come strumento di "recupero" delle liste minoritarie, c'è effettivamente da chiedersi se questa rappresentanza "dimidiata" sia funzionale all'attività parlamentare. Ci si interroga cioè su come i parlamentari "tribuni" potrebbero integrarsi con i gruppi maggiori.

Il rischio di una presenza quasi solo simbolica di questi rappresentanti delle formazioni minori credo sia reale. Senza potere evidentemente costituirsi in gruppo autonomo, ridotti a singoli esponenti, essi presumibilmente confluiranno nel gruppo misto, non potrebbero operare in tutte le commissioni, né realmente incidere sul calendario dei lavori.

Vero è che questa è già oggi la situazione per le forze minori e per le minoranze linguistiche ovvero per i parlamentari che si iscrivono al gruppo misto nel corso della legislatura, ma ora il diritto di tribuna verrebbe attribuito ad una formazione nazionale che si presenta in quanto tale alle elezioni e che pur se non riesce a raggiungere la soglia di sbarramento ha però una certa consistenza avendo ottenuto quantomeno tre quozienti in almeno due regioni alla Camera e almeno un quoziente nella circoscrizione regionale al Senato. Si consideri, inoltre, che nel sistema previsto questi eletti "di tribuna" si istituzionalizzerebbero, il numero sarebbe variabile e non si può escludere che possa riguardare una percentuale non irrisoria di parlamentari (ove ci fossero molte forze politiche al di sotto della soglia per accedere alla distribuzione proporzionale, ma al di sopra del minimo necessario per ottenere un seggio). Ciò inciderebbe sul riparto proporzionale dei restanti seggi, potendo giungere ad incrinare la logica di sistema prescelta, ma soprattutto pone un problema del ruolo effettivamente esercitato da questa tipologia di parlamentari. Anche per questo caso è allora auspicabile che si rivedano i regolamenti parlamentari per stabilire regole o deroghe, per assicurare una possibile partecipazione effettiva di questi soggetti politici al complesso della attività, a tutti gli organi e gli uffici del Parlamento.

Sebbene la domanda di fondo sia un'altra: qual è il senso costituzionale di un diritto di tribuna entro una democrazia parlamentare? L'idea che il Parlamento sia un "teatro" dove ad alcune forze sia assegnato il compito di mera rappresentazione delle istanze minoritarie, senza poter incidere, se non marginalmente, sulla formazione delle volontà dell'organo, mal si concilia con una matura visione dei Parlamenti che operano entro ordinamenti pluralisti. Semmai, entro un tale contesto, ben si comprende la scelta che privilegia la ripartizione proporzionale dei seggi tra tutte le forze politiche espressione della divisione pluralistica della società. Senza eccessivi sbarramenti e senza tribune, ciascuno rappresentato secondo il consenso effettivamente conseguito. Scriveva Hans Kelsen, nel lontano 1925, che nelle democrazie parlamentari il principio di maggioranza è lo strumento tecnico per giungere al compromesso necessario alla decisione parlamentare, aggiungendo però significativamente che affinché esso possa essere fatto valere "non basta che ci sia comunque una minoranza in Parlamento ma è della massima importanza che tutti i gruppi politici vi siano rappresentati in ragione della propria forza"⁷. Questa appare oggi in Italia una prospettiva ancora troppo radicale.

5. Collegamenti tra liste, "capi" di forze politiche, parità di genere, pluricandidature, collegi all'estero

Vorrei in conclusione soffermarmi rapidamente su alcuni ulteriori aspetti, di minore impatto generale, previsti nella proposta di modifica del sistema elettorale.

Anzitutto è da apprezzare la scelta di eliminare sia l'indicazione presente nella vigente normativa del collegamento di coalizione, sia quella del "capo" della forza politica.

Per quanto riguarda la prima esclusione è da rilevare come la necessità di indicare prima delle elezioni la coalizione e i collegamenti tra diverse forze politiche ha portato in passato, in presenza di un sistema tendenzialmente maggioritario, ad alleanze preelettorali di convenienza, coalizioni costruite per vincere, ma non utili per governare. Coalizioni che si sono dissolte il giorno dopo le elezioni. Ebbene in un sistema elettorale di stampo proporzionale, l'eliminazione di tale colleganza fittizia elimina un elemento di possibile inganno ovvero di confusione.

Per quanto riguarda invece l'eliminazione dell'indicazione del "capo" della forza politica, essa è da apprezzare anzitutto perché riporta il linguaggio ad una maggiore sobrietà democratica: i "capi" non sono espressioni appropriate, ne dovrebbero trovare cittadinanza nei regimi ove governano i tanti.

Ma poi era anch'essa una indicazione fuorviante, fissava il presente (il breve periodo della campagna elettorale, sino al giorno delle elezioni), ma non teneva conto del passato (forze politiche senza "capi" che si inventavano un "capo" senza scettro pur di poter presentare le proprie liste) e del futuro (di "capi" caduti più o meno rapidamente nella polvere dopo le elezioni – fossero anche state vittoriose - ne abbiamo visti più d'uno). Dunque, un'opera di pulizia necessaria.

Sono, inoltre, da apprezzare la conservazione delle misure relative alla parità di genere, malgrado l'esperienza e le statistiche dimostrano che non abbiano sortito gli effetti di riequilibrio auspicati. Semmai dovesse venir seguita la via in precedenza indicata dei collegi tutti uninominali, dovrebbe essere riprodotta ed adattata all'alternanza nei collegi, con una semplificazione che, sebbene non riuscirebbe neppure il questo caso a garantire il risultato del riequilibrio, ne favorirebbe però l'esito.

Non può che essere valutata negativamente, invece, la conservazione della possibilità di candidature plurime (sino a cinque). Certamente nel caso di sistemi uninominali ciò non sarebbe più

⁷ Così H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo* (1925), tr. it. *Il primato del Parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1982, 195.

concepibile, contravvenendo palesemente alla logica di collegamento del candidato con il territorio: un *unico* territorio, non certo moltiplicabile per cinque.

Da ultimo rilevo un'assenza. Nella proposta di legge che riordina il sistema elettorale non viene inclusa nessuna nuova regolamentazione delle elezioni nei collegi esteri. L'attuale normativa è da tutti ritenuta lacunosa e per molti aspetti insufficiente. Sarebbe utile cogliere l'occasione per intervenire proponendo un miglioramento radicale, tenuto conto peraltro anche qui dalla riduzione del numero dei parlamentari esteri e dell'eccessivo ampliamento dei rispettivi collegi. Anche in questo caso, però, la domanda di fondo è quella più radicale: a che servono i seggi dei rappresentanti degli italiani all'estero? Peccato che non si possano abolire con legge ordinaria.

«Una modifica di carattere lessicale»: la sottile differenza fra *non inferiore e maggiore* all'origine del *referendum* elettorale del 1993

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Referendum* e Parlamento: un rapporto articolato. – 3. La difficile elaborazione di una normativa di risulta di senso compiuto. – 4. Un emendamento insolito, un rinvio presidenziale irrituale e l'approvazione della legge Mancino. – 5. Il quesito referendario e la sua riformulazione. – 6. Conclusione.

1. Premessa

Le buone pratiche di redazione dei testi normativi evocate dal titolo sono state l'oggetto di molte importanti ricerche di Pasquale Costanzo¹: un omaggio per sottolineare il significato dell'adesione ad una raccolta di scritti che ha per ideale filo conduttore gli studi e gli interessi del suo destinatario. L'oggetto di questo saggio riguarda la volontà del Parlamento nel consentire lo svolgimento del *referendum* elettorale del 1993 e, solo in misura minore, le questioni linguistiche alla base della ammissibilità del corrispondente quesito referendario. In ogni caso, in quella vicenda il tema di fondo era una *piccola* modifica lessicale, ancor più marginale per il fatto di essere contenuta nella legge Mancino, unanimemente definita una *leggina* e approvata proprio nei giorni del deposito del quesito². Una modifica che, per quanto minima, ebbe un'influenza decisiva sull'ammissibilità del quesito referendario che diede impulso alla transizione da un sistema elettorale proporzionale ad uno prevalentemente maggioritario, in uno degli snodi evolutivi più significativi della storia delle istituzioni della Repubblica³.

2. Referendum e Parlamento: un rapporto articolato

La presenza del *referendum* abrogativo nel quadro della democrazia rappresentativa disegnata dalla Costituzione suggerisce di vedere in esso un contrappeso e non un'alternativa all'esercizio della funzione legislativa svolta dal Parlamento⁴. Nondimeno, il *referendum* si carica di una valenza oppositiva nei confronti dell'atto legislativo «a causa dell'oggettiva alternatività della volizione che le due fonti esprimono»⁵ anche se – come è stato efficacemente messo in luce – non si può prescindere da una funzione di «coordinamento sostanziale» fra la consultazione popolare e l'attività normativa di origine parlamentare⁶.

¹ Senza proporre una bibliografia completa, un riferimento essenziale può essere P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'Ue)*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Jovene, Napoli, 2009, 177 ss.

² Formalmente la legge 23 gennaio 1992, n. 23. La definisce *leggina* ad esempio A. GIGLIOTTI, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Giuffrè, Milano, 2009, 195 ss.

³ Da ultimo in proposito v. V. LIPPOLIS, *Le elezioni del 1994*, in *Il Politico*, 2019, n. 2, 188 s.

⁴ Ho cercato di inquadrare la questione in questi termini in A. GRATTERI, *La legittimazione democratica dei poteri costituzionali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 119, in linea con quanto espresso da N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, 47, secondo cui «democrazia rappresentativa e democrazia diretta non sono due sistemi alternativi» poiché «in un sistema di democrazia integrale le due forme di democrazia sono entrambe necessarie ma non sono, di per sé considerate, sufficienti» in quanto si pongono in un virtuoso *continuum*.

⁵ Così M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, vol. I, t. II, Zanichelli-II foro italiano, Bologna-Roma, 2005, 191.

⁶ Così A. MANGIA, *Referendum*, Cedam, Padova, 1999, 311.

Sin dall'approvazione della legge 25 maggio 1970, n. 352, il rapporto fra legislatore e *referendum* si è caratterizzato per la sua ambivalenza: da un lato, l'evidente timore del Parlamento di subire una volontà del corpo elettorale divergente rispetto all'indirizzo politico di maggioranza; dall'altro, il tentativo di scaricare direttamente sugli elettori le scelte legislative che non possono essere politicamente composte all'interno della maggioranza o di cui è sconveniente assumere la responsabilità decisionale⁷.

Si spiegano in questo quadro sia il compromesso alla base della legge sul divorzio sia la tecnica dello scioglimento anticipato in funzione anti-referendaria.

La prima circostanza è quella del noto "scambio" promosso da Amintore Fanfani nel 1970: la Democrazia Cristiana pone termine alle pratiche ostruzionistiche che avevano impedito l'approvazione della legge sul divorzio e i partiti laici si impegnano ad approvare la legge di attuazione dell'art. 75 della Costituzione per consentire il successivo svolgimento di un *referendum* abrogativo sulla medesima legge sul divorzio⁸. Con l'approvazione della legge n. 352 del 1970 il Parlamento non si limita ad attuare doverosamente il dettato dell'art. 75 della Costituzione. Sono passati ormai più di vent'anni dall'entrata in vigore della Carta e ogni adempimento legislativo, pur se necessario, non può che apparire tardivo. Piuttosto, il Parlamento, con l'approvazione della normativa di attuazione del *referendum* abrogativo, accetta di subordinare un suo specifico provvedimento legislativo (la legge sul divorzio) al vaglio del corpo elettorale. Prevale un atteggiamento accentuatamente pragmatico e, in sostanza, in questa prima vicenda che lega il divorzio all'attuazione dell'art. 75 Cost., lo strumento referendario esercita un'influenza sul procedimento di formazione della legge che sarà poi sottoposta al voto popolare nella prospettiva di stabilizzare una maggioranza divisa sul punto, ovvero di scaricare le tensioni che l'approvazione di una legge controversa avrebbe potuto causare all'interno della coalizione di governo⁹.

La seconda circostanza si innesta sulla discussa norma contenuta nell'art. 34, secondo comma, della legge n. 352 del 1970, che dispone che in caso di scioglimento anticipato delle Camere il *referendum* già indetto è sospeso per trecentosessantacinque giorni¹⁰.

La pratica politica ha mostrato nel tempo una accentuata propensione del Parlamento (e del Governo tramite la sua maggioranza) ad utilizzare lo strumento della sospensione in funzione di

⁷ Sul dibattito e sulle differenti proposte avanzate in vista dell'approvazione della legge n. 352 del 1970 v. E. BETTINELLI, *Corsi e ricorsi nella progettazione legislativa sul referendum abrogativo*, in *Quaderni costituzionali*, 1985, 316 ss.

⁸ In proposito v. A. BARBERA-A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, il Mulino, Bologna, 2003, 37 s.; A. CHIMENTI, *Storia dei referendum – Dal divorzio alla riforma elettorale*, Laterza, Bari-Roma, 1999, 26 s.; sui termini del compromesso parlamentare che vedeva nel *referendum* una sorta di prova di appello per il partito di maggioranza relativa che venne a trovarsi in minoranza sulla rilevantissima questione politica della legge sul divorzio v. P. BERRETTA, *Il referendum abrogativo negli sviluppi della prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1985, 368 s.; G. ROLLA, *Il referendum abrogativo e l'esperienza del 12 maggio 1974*, in *Diritto e società*, 1975, 227 ss. Per una sintesi efficace delle posizioni anche dottrinali emerse a contorno dell'approvazione della legge n. 352 del 1970 v. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, 266 ss.

⁹ In questo senso v. F. CUOCOLO, *Note introduttive sul referendum*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, vol. VI, 164, che vede fra le funzioni del *referendum* quella di perseguire «una maggiore stabilità del Governo, consentendo che questioni rilevanti ma delimitate vengano tenute fuori dalla piattaforma programmatica governativa, consentendo al Parlamento una decisione svincolata dall'indirizzo del Governo».

¹⁰ La sospensione ex art. 34 si accompagna all'art. 31 della legge n. 352 secondo cui «Non può essere depositata richiesta di referendum nell'anno anteriore alla scadenza di una delle due Camere e nei sei mesi successivi alla data di convocazione dei comizi elettorali». È assai critico il giudizio di S. GALEOTTI, *L'ultimo ostacolo all'operatività del referendum abrogativo, la determinazione della nuova data del referendum indetto e poi sospeso*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, t. II, Giuffrè, Milano, 1974, 1157.

1159 ss.; sul punto v. anche G. ROLLA, *Il referendum abrogativo e l'esperienza del 12 maggio 1974*, cit., 237. Per una complessiva ricostruzione della normativa sulla sospensione e delle criticità ad essa connesse v. M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, cit., 527 ss.

depotenziamento (presunto) della consultazione popolare. Uno “scioglimento referendario” si è infatti avuto nel 1972 e nel 1976¹¹ oltretutto nella paradossale esperienza del 1987, quando il Governo presieduto da Amintore Fanfani non ottenne la fiducia iniziale delle Camere che, determinate ad evitare lo svolgimento del *referendum*, assistettero ad una plateale confusione di ruoli fra maggioranza e opposizione¹².

Questa prassi fu inaugurata sin dalla indizione del *referendum* sul divorzio, quando nel 1972 – nonostante il compromesso parlamentare che aveva portato all’approvazione della legge di attuazione dell’art. 75 Cost. – la maggioranza di governo preferì concludere anticipatamente la legislatura per procrastinare la data del *referendum*¹³. Come ha stigmatizzato Anna Chimenti la Democrazia Cristiana, dopo aver realizzato che non avrebbe avuto la forza di emendare in Parlamento la legge «pur di impedire il voto sul divorzio, ha accettato, d’accordo con gli altri partiti, di interrompere per la prima volta nella storia della Repubblica una legislatura»¹⁴.

3. La difficile elaborazione di una normativa di risulta di senso compiuto

Il rapporto dialettico fra *referendum* abrogativo e democrazia parlamentare si è connotato, nelle occasioni sopra ricordate, ora per una maggiore tensione oppositiva ora per un maggior coordinamento. Nella vicenda del *referendum* elettorale del 1993 questi due elementi si mescolano sino a confondersi a causa delle ambiguità di una serie di decisioni del Parlamento che possono essere lette sia in una prospettiva di inconsapevolezza sia, come vorrei argomentare, in una prospettiva di silente arrendevolezza di fronte a una sorta di ineluttabilità dello stimolo riformatore referendario.

La ricostruzione di quel che avvenne dietro le quinte dei lavori parlamentari nel corso dell’*iter* della legge Mancino (legge 23 gennaio 1992, n. 33) è dovuta, in larghissima misura, agli appunti pubblicati in forma di cronistoria da Peppino Calderisi, uno dei promotori del *referendum*¹⁵.

¹¹ Sulla relazione fra i primi due scioglimenti anticipati e il *referendum* v. A. BALDASSARRE, *Il referendum abrogativo nel sistema costituzionale: un bilancio*, in P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, 478 s.

¹² In proposito v. G. MAMMARELLA, *L’Italia contemporanea (1943-1992)*, il Mulino, Bologna, 1993, 533, che ricorda come il colmo della confusione e dell’ambiguità si raggiunse con il voto favorevole alla fiducia di socialisti e socialdemocratici, contrari alla formazione di un governo monocolore democristiano ma favorevoli al *referendum*, mentre i democristiani si astennero allo scopo di accelerare lo scioglimento delle Camere e la sospensione del procedimento referendario. Sullo scioglimento anticipato in funzione antireferendaria v. S. LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016, 249 ss. Da tempo si sottolinea l’importanza della prassi, da cui si ricava un importante ruolo dei partiti politici, nello studio dello scioglimento parlamentare che difficilmente può essere inquadrato dalla dottrina con il solo ricorso ai principi costituzionali, sul punto v. P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari. II. Studio sui presupposti e i limiti dello scioglimento nell’ordinamento repubblicano italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, 277 ss.

¹³ È stato evidenziato che fra le ragioni in favore dello scioglimento anticipato del 1972 prevalse «la volontà quasi generale di evitare il referendum sul divorzio e le sue temute conseguenze sugli schieramenti politici», così G. MAMMARELLA, *L’Italia contemporanea (1943-1992)*, cit., 368.

¹⁴ A. CHIMENTI, *Storia dei referendum*, cit., 33. Osserva L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana*, cit., 249, che «lo scioglimento fu disposto un giorno dopo l’indizione del referendum: con il trasparente intento di determinare la sicura applicazione dell’art. 34 della legge 352»; nello stesso senso v. L. CARLASSARE, *Art. 88. Il Presidente della Repubblica*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, t. II, Zanichelli-II foro italiano, Bologna-Roma, 1983, 43 ss.; F. BASSANINI, *Lo scioglimento delle Camere e la formazione del Governo Andreotti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 943 ss.

¹⁵ Parte di quegli appunti sono pubblicati in G. CALDERISI, *Tutti i retroscena del referendum*, supplemento a *Epoca*, 8 aprile 1993, 51 ss.; una versione ampliata è pubblicata online: G. CALDERISI, *La storia segreta dei referendum che*

Nel febbraio del 1991, in seguito alla pubblicazione della sentenza n. 47 del 1991 che dichiarava inammissibile il primo tentativo di *referendum* elettorale che mirava ad una trasformazione in direzione maggioritaria del sistema elettorale per il Senato (oltretutto di quello previsto per i comuni), i promotori dell'iniziativa referendaria si accingevano a dar vita ad un nuovo quesito che, sulla scorta delle indicazioni emerse dalle motivazioni della sentenza, avrebbe potuto superare il vaglio di ammissibilità¹⁶. Una delle soluzioni tecniche più accreditate era quella elaborata da Serio Galeotti che, tuttavia, scontava il difetto di un'infelice testo della normativa di risulta.

Il quesito preparato da Galeotti si incentrava «sulla eliminazione della disposizione antiuninominalistica espressa dalle parole “al 65% dei votanti” (art. 17, secondo comma, della legge 6 febbraio 1948, n. 29), lasciando integro, nei suoi poteri di proclamazione degli eletti, l'ufficio elettorale circoscrizionale, che costituisce la struttura funzionale operativa del collegio elettorale uninominale. Ebbene, il quesito [...] suscitò perplessità e dubbi in seno al Comitato dei promotori per via della inusuale espressione lessicale “un numero di voti validi non inferiore” che sarebbe residuata, dopo l'abrogazione, in conseguenza della [...] proposta abrogativa»¹⁷. La debolezza di un quesito così formulato era evidente a molti; Fulco Lancaster si esprime in proposito parlando di «gravi problemi di chiarezza» dovuti «ad una disposizione tronca» che avrebbe reso del tutto incerto il giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale¹⁸. In effetti è indubbio che la disposizione così formulata (in caso di esito favorevole all'abrogazione) avrebbe reso inintelligibile il significato dell'enunciato *non inferiore* senza che ad esso fosse accostato alcun parametro specificativo¹⁹. Né sembrava convincente il tentativo di Serio Galeotti di affidarsi al principio generale di conservazione dell'atto per cui «nel dubbio le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno» in modo tale che il testo dell'art. 17, secondo comma, risultante dalla abrogazione parziale avrebbe assunto «un significato preciso, pienamente idoneo a produrre l'effetto giuridico di far proclamare eletto il candidato che ha ottenuto “il maggior numero di voti validi”», sulla base dell'assunto (non motivato) per cui l'enunciato *non inferiore* avrebbe la funzione di comparativo assoluto²⁰.

cambieranno l'Italia, nell'archivio storico di *Radicali Italiani* (<http://old.radicali.it/>) 15 aprile 1993; una ricca ricostruzione con testimonianze dirette è presente in A. BARBERA-A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 133 ss.

¹⁶ Sul giudizio di ammissibilità svolto dalla Corte costituzionale sui quesiti qui esaminati v. M. COSULICH, *La sentenza n. 32 nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di referendum elettorale*, in *Quaderni regionali*, 1993, 131 ss.

¹⁷ Così S. GALEOTTI, *Intervento*, in F. LANCHESTER (a cura di), *I referendum elettorali. Seminario di studio e documentazione*, Bulzoni, Roma, 1992, 53 ss.; sulla genesi del quesito referendario formulato da Serio GALEOTTI v. A. BARBERA, *Il contributo di Serio Galeotti alle riforme istituzionali*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, 73 ss.

¹⁸ F. LANCHESTER, *L'innovazione istituzionale forzata: il referendum abrogativo tra «stimolo» e «rottura»*, in F. LANCHESTER (a cura di), *I referendum elettorali. Seminario di studio e documentazione*, cit., 30. Secondo M. COSULICH, *La sentenza n. 32 nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di referendum elettorale*, cit., 149, questa era «la maggiore incongruenza del quesito»; in questo senso, pur se più sfumato, v. anche il giudizio di A. BARBERA, *Il contributo di Serio Galeotti alle riforme istituzionali*, cit., 77.

¹⁹ P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum: un nuovo atto*, in *Giur. cost.*, 1993, 2274, sottolinea che la normativa di risulta sarebbe stata «assai poco comprensibile» e di incerta interpretazione. Sull'ambiguità della locuzione *non inferiore* v. V. BARNATO, *I referendum elettorali: analisi dei quesiti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, 732, che sottolinea come non si possa sciogliere interpretativamente il senso dell'espressione che potrebbe riferirsi sia al candidato che ha ottenuto più voti sia a tutti i candidati tranne il meno votato.

²⁰ Così Serio GALEOTTI nel *Parere* presentato dal Comitato promotore dei referendum elettorali alla Corte costituzionale e pubblicato in F. LANCHESTER (a cura di), *I referendum elettorali. Seminario di studio e documentazione*, cit., 225 s. (il *Parere* è estratto da S. GALEOTTI, *Un referendum abrogativo sulla legge elettorale del Senato*, in *Parlamento*, 1989/9, 11 ss.).

4. *Un emendamento insolito, un rinvio presidenziale irrituale e l'approvazione della legge Mancino*

In quello stesso periodo il Senato stava discutendo un disegno di legge promosso da Nicola Mancino²¹ che proponeva un emendamento alla medesima legge elettorale per il Senato (legge 6 febbraio 1948, n. 29). In particolare, si trattava di modificare l'art. 17 della legge al fine di calcolare la cifra elettorale dei candidati nei collegi uninominali sulla base dei voti validi e non dei votanti, in modo da neutralizzare l'incidenza delle schede bianche al momento della definizione della graduatoria dei candidati appartenenti a ciascun gruppo politico in ambito regionale. Una modifica del tutto marginale che però creava inaspettatamente l'occasione di intervenire sul testo della norma da sottoporre a *referendum* in modo da agevolare il perseguimento del fine desiderato dai referendari.

Racconta Calderisi che, nel corso di una telefonata (relativa al possibile impatto del disegno di legge Mancino sul quesito referendario) con il sen. Lorenzo Strik Lievers, ebbe un'idea a dir poco temeraria: «perché non provare ad introdurre una piccola modifica lessicale così da rendere semplicissima la formulazione del quesito referendario?». Calderisi prosegue nel raccontare che Strik Lievers gli dette quasi del pazzo e che non si poteva ragionevolmente ritenere che al Senato fossero tutti così ingenui da non cogliere il senso di un emendamento di tal fatta. In ogni caso Calderisi ebbe la meglio e convinse il collega a presentare un emendamento al disegno di legge in discussione.

L'approvazione di quell'emendamento fu la chiave di volta che consentiva al quesito "maggioritario" per il Senato di ambire al superamento del vaglio di ammissibilità della Corte costituzionale. Si trattò di un'approvazione rocambolesca, nel corso di un *iter* legislativo accidentato e, allo stesso tempo, agevolato dall'assenza di una espressa voce contraria²². A distanza di alcuni anni, depositata la polvere della polemica contingente, lo stesso Calderisi ebbe modo di affermare che l'abrogazione referendaria «fu realizzata grazie a una leggina fatta *ad hoc* dal legislatore ordinario per rendere possibile il ritaglio referendario»²³.

La presentazione dell'emendamento²⁴ avvenne in un clima di calcolata sobrietà nel corso della seduta pomeridiana del Senato del 27 febbraio 1991 e precedette di pochi minuti il voto per l'approvazione finale del disegno di legge Mancino. Chiamato ad illustrare la sua proposta, la cui portata in quella fase era incomprensibile a un gran numero di parlamentari, il senatore Strik Lievers si limitò ad affermare che «l'emendamento si illustra da sé in quanto meramente tecnico; si tratta infatti di una modifica di carattere lessicale che, a mio avviso, rende più evidente la *ratio* della norma»²⁵. Con il parere favorevole del relatore, il *referendario* Cabras, e senza una presa di posizione del Governo, l'emendamento fu facilmente approvato.

Nella proposta contenuta nel disegno di legge Mancino, il secondo comma dell'articolo 17 della legge 6 febbraio 1948, n. 29, era così modificato: «Il presidente dell'Ufficio elettorale circoscrizionale, in conformità dei risultati accertati, proclama eletto il candidato che ha ottenuto *un numero di voti validi non inferiore al 65 per cento del totale dei voti validi espressi nel collegio*»²⁶.

²¹ A.S. 1776.

²² Il ruolo essenziale di questa modifica normativa è sottolineato da A. GIGLIOTTI, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, cit., 195 ss.

²³ G. CALDERISI, *Dal referendum del 1993 all'attuale quesito referendario*, in R. BIN (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario*, Giappichelli, Torino, 1999, 53.

²⁴ Emendamento 1.1 a firma dei senatori Strik Lievers, Tossi Brutti, Galeotti, Pieralli, Corleone, Boato, Modugno, Tagliamonte.

²⁵ Senato della Repubblica, Resoconto stenografico, 27 febbraio 1991 (seduta pomeridiana), 6.

²⁶ Il corsivo, corrispondente alla parte emendata, è aggiunto.

In conseguenza dell'emendamento Strik Lievers la seconda parte sarebbe stata sostituita con «il maggior numero dei voti validi espressi nel collegio, comunque non inferiore al 65 per cento del loro totale». In un'aula distratta il gioco di parole di Calderisi e Strik Lievers ebbe successo nonostante una sua non incontestabile maggior chiarezza ed una inverosimile maggior aderenza alla immutata *ratio* della legge n. 29 del 1948. L'unica novità era rappresentata dagli scopi eterogenei al testo normativo che si ripromettevano di perseguire i promotori del *referendum* abrogativo²⁷. La disattenzione dell'aula determinò una diffusa incapacità di cogliere le conseguenze dell'emendamento e lo stesso senatore Strik Lievers, durante la dichiarazione di voto finale, affermò che si era di fronte a un Senato che «non sta dimostrando un grande interesse verso il dibattito sul disegno di legge che modifica il suo stesso sistema di elezione» perché la *leggina* che si sta approvando è «la minuzia delle minuzie»²⁸. E chissà se la sottile presa in giro fu ragionata o involontaria.

Un primo colpo di scena si ebbe il giorno successivo, quando la votazione finale fu annullata per un errore materiale nel computo del numero legale. Una questione apparentemente banale ma che ritardò sino al 30 maggio l'approvazione finale da parte del Senato a causa delle preoccupazioni, tardive ma radicate, di chi temeva per il proprio seggio senatoriale a causa del mancato computo delle schede bianche. Nel corso della seduta del 28 febbraio fu sollevata la questione relativa al numero legale ed alcuni senatori del gruppo socialista chiesero «un breve differimento di questa votazione in modo da consentire alle forze politiche di effettuare quest'ulteriore approfondimento e di poter esprimere *causa cognita* la propria opinione». Una richiesta irrituale che spostava il baricentro della questione dal piano formale a quello sostanziale e che non poteva non allarmare i referendari, al punto che il senatore Mazzola sentì il dovere di giustificarsi, non richiesto, sul contenuto della legge in approvazione e di minimizzarne la portata: «[non è] una riforma elettorale, *non è una legge che nasconde qualcosa*»²⁹. Infine, il testo fu approvato il 30 maggio con 106 voti favorevoli, 53 contrari e 8 astenuti, con un buon numero di voti contrari ragionevolmente dovuti ad una sorta di spirito di conservazione dei dettagli della legge elettorale da parte dei senatori che, a torto o a ragione, potevano temere una modifica dello *status quo*.

La legge fu poi approvata in un identico testo anche dalla Camera il 1° agosto 1991 con 235 voti a favore, 120 astensioni e nessun voto contrario. Un livello di contrapposizione politica assai tenue e comprensibile alla luce del carattere apparentemente tecnico dell'intervento normativo (che riguardava precipuamente il Senato).

Prima che il Presidente della Repubblica promulgasse la legge fu pubblicata sulla stampa quotidiana la notizia della reale portata della norma approvata dalle Camere: *la Repubblica* dell'8 agosto titolava *Referendum più facile grazie ad una leggina sull'elezione al Senato*, lo stesso giorno su *La Stampa* figurava un articolo intitolato *Un «trucco» favorirà i referendum*³⁰. Nonostante le smentite di rito dei diretti interessati la questione era chiara: «i promotori del referendum [...]

²⁷ In questo senso M. COSULICH, *La sentenza n. 32 nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di referendum elettorale*, cit., 149, che esplicitamente riconduce il contenuto della legge Mancino alla *vera finalità* di favorire l'ammissibilità del quesito da parte della Corte costituzionale. Secondo P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum: un nuovo atto*, cit., 2275, la legge Mancino può essere considerata un intervento di *cosmesi legislativa* il cui effetto è stato «la "razionalizzazione" del quesito abrogativo, sotto il profilo della "linearità" del quadro normativo di risulta».

²⁸ Senato della Repubblica, Resoconto stenografico, 27 febbraio 1991 (seduta pomeridiana), 12.

²⁹ Senato della Repubblica, Resoconto stenografico, seduta antimeridiana del 28 febbraio 1991, 32 s.

³⁰ I due articoli, pubblicati rispettivamente a 10 e 6, riprendono le notizie pubblicate il giorno precedente dall'agenzia AdnKronos. Racconta Calderisi che la notizia era trapelata fra i cronisti parlamentari e, in particolare, Maria Teresa Meli e Augusto Minzolini ne erano a conoscenza, in proposito v. G. CALDERISI, *La storia segreta dei referendum che cambieranno l'Italia*, cit.; nello stesso senso A. BARBERA, *Il contributo di Sergio Galeotti alle riforme istituzionali*, cit., 78 s.

adesso non potranno più temere la bocciatura della Consulta a causa della “macchinosità” del quesito referendario»³¹.

Erano queste le premesse per un nuovo, forse inatteso, colpo di scena: il Presidente della Repubblica non procedette alla promulgazione della legge e la rinviò alle Camere con un messaggio firmato il 16 agosto 1991 dalla suggestiva località dolomitica di Tambre d’Alpago. Il messaggio di rinvio alle Camere del Presidente Cossiga era motivato con uno specifico, ma non particolarmente incisivo, riferimento alla questione tecnica delle modalità di calcolo delle schede bianche e, soprattutto, dalla opportunità di un intervento organico di riforma della legge elettorale. Nel messaggio del Presidente della Repubblica si legge infatti: «non posso esimersi dal considerare come un intervento sui meccanismi elettorali andrebbe, più opportunamente, correlato alla riforma del bicameralismo, tuttora in discussione presso il Parlamento». Quel che resta, dopo la mancata promulgazione della legge, è in sostanza un invito a che il Parlamento si faccia carico di una profonda riforma del sistema rappresentativo. Non lo si può dimostrare ma è come se il messaggio presidenziale fosse accompagnato da un sottotesto secondo cui il Parlamento non dovrebbe lasciare campo libero all’iniziativa referendaria ed essere protagonista di ogni decisione legislativa in materia di sistema elettorale³².

Quel sottotesto sembra riemergere al momento dell’approvazione finale della legge 23 gennaio 1992, n. 33, da parte del Parlamento. Nel corso del travagliato *iter* della legge – come si è visto – la connessione fra la riformulazione lessicale della legge elettorale per il Senato e l’ammissibilità del quesito referendario non è mai stata esplicitata. Tuttavia, al momento di riapprovare la legge rinviata alle Camere dal Presidente della Repubblica, la questione era nota, i quotidiani ne avevano parlato, e solo un Parlamento arrendevole o volutamente accondiscendente alle istanze referendarie poteva approvare – sostanzialmente all’unanimità – la norma su cui si reggeva l’intero impianto del quesito referendario.

In Senato, il relatore Cabras, sostenitore dell’iniziativa referendaria, mise in relazione il *referendum* abrogativo e l’esigenza di una riforma organica del sistema elettorale. Nel suo discorso, da un lato, riemerge il tema sollevato dal Presidente nel messaggio di rinvio per cui sarebbe auspicabile una capacità di autoriformarsi del sistema politico-istituzionale anche attraverso l’approvazione di una nuova legge elettorale; dall’altro, di fronte all’inerzia del Parlamento, l’unica strada riformatrice percorribile coincide con il *referendum* elettorale. Anche se gli aspetti tecnici e normativi legati all’approvazione dell’emendamento Strik Lievers non vengono direttamente citati, la resa del Parlamento di fronte alla soluzione referendaria è ormai pressoché esplicita nelle parole del relatore: «il fatto che rimanga a disposizione dei cittadini per esprimere un’indicazione, una voglia di cambiamento e di trasformazione solo il *referendum*, costituisce infatti una limitazione che rimette in causa criticamente l’attendibilità, la compatibilità dei partiti politici rispetto agli umori e agli orientamenti popolari. È questo un grave elemento di crisi e di debolezza del sistema politico.

³¹ Così in *La Stampa*, 8 agosto 1991, 6.

³² La notizia del rinvio presidenziale ebbe un significativo risalto sulla stampa quotidiana dove riemerse il legame fra la legge Mancino e l’ammissibilità del quesito referendario, in termini molto espliciti si v. *Il capo dello Stato boccia la miniriforma del Senato*, in *Corriere della Sera*, 27 agosto 1991, 7. Nello stesso articolo compare anche una esplicita accusa al Presidente della Repubblica da parte di uno dei sostenitori del *referendum*, il senatore Franco Mazzola, che «chiede polemicamente se per caso Cossiga non abbia interpretato estensivamente le proprie prerogative “perché a qualcuno che pure l’aveva votata in Parlamento la legge non piace più”». Anche la dottrina costituzionalistica ha avanzato l’ipotesi che la consapevolezza del *favor* referendario della legge Mancino non sia stata estranea al rinvio del Presidente Cossiga, nonostante una diversa motivazione del messaggio di rinvio, così A. BARBERA, *Il contributo di Sergio Galeotti alle riforme istituzionali*, cit., 79; M. COSULICH, *La sentenza n. 32 nell’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di referendum elettorale*, cit., 149. A. BARBERA-A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 134, affermano che «rimase il dubbio che l’intervento del Quirinale fosse stato sollecitato da parte di oppositori dell’iniziativa referendaria».

Pertanto, pur condividendo il rimpianto contenuto nel messaggio presidenziale per le mancate e più vaste riforme di indirizzo generale, bisogna concludere che, ahimè, questo passa il convento della disponibilità delle forze politiche che è molto al di sotto delle esigenze»³³.

Un atteggiamento, a dir poco, di benevola condiscendenza nei confronti della consultazione popolare che, pur se temuta, fu di fatto voluta dal Parlamento e dalla maggioranza di governo rappresentata in aula dai sottosegretari alla Presidenza del Consiglio, Francesco D'Onofrio, e per l'interno Valdo Spini che non ritennero di aggiungere alcunché al momento della chiusura del dibattito parlamentare³⁴.

In questo clima, la Camera dei deputati riapprovò la legge il 9 gennaio 1992: 383 voti favorevoli, 3 contrari e 4 astenuti e il Senato fece lo stesso il 16 gennaio con 177 voti favorevoli e 2 astenuti. Con la seconda definitiva approvazione si ebbero anche la promulgazione e la pubblicazione della legge 23 gennaio 1992, n. 33, soltanto pochi giorni prima dello scioglimento con cui il 2 febbraio si pose termine alla X legislatura con un anticipo di alcuni mesi sulla sua scadenza naturale.

5. Il quesito referendario e la sua riformulazione

Il 14 gennaio 1992, due giorni prima dell'approvazione conclusiva da parte del Senato, il comitato promotore del *referendum* depositò le sottoscrizioni popolari con cui si chiedeva di sottoporre al voto del corpo elettorale il c.d. quesito Galeotti formulato sulle disposizioni originarie della legge n. 29 del 1948. La legge Mancino non era ancora stata approvata e il quesito doveva necessariamente avere per oggetto una disciplina legislativa in vigore.

In seguito all'entrata in vigore della legge Mancino l'Ufficio centrale per il referendum, con l'ordinanza 10 dicembre 1992, dispose il trasferimento del quesito sul testo novellato ai sensi dell'art. 39 della legge n. 352 del 1970 in modo che, sulla base di quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 69 del 1978, «se l'abrogazione degli atti o delle singole disposizioni cui si riferisce il referendum venga accompagnata da altra disciplina della stessa materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, il referendum si effettui sulle nuove disposizioni legislative».

Secondo l'Ufficio centrale la modifica dell'art. 17, secondo comma, della legge n. 29 del 1948 da parte della legge n. 33 del 1992 «al di là di modeste diversità lessicali» lascia invariato «il contenuto normativo fondamentale» della disposizione; pertanto, è possibile adattare al nuovo testo il quesito diretto ad abrogare il *quorum* del 65 per cento.

Un'operazione manipolativa formalmente efficace che, tuttavia, si scontra sul piano logico con la difficoltà di enucleare dal quesito originario un intento univoco, stante l'oscurità lessicale della normativa di risulta³⁵.

Come è stato correttamente osservato il quesito referendario «diveniva, d'un tratto, perfettamente idoneo a raggiungere lo scopo che il Comitato [promotore] si prefiggeva: introdurre il maggioritario uninominale a turno unico attraverso un semplice *referendum* abrogativo»³⁶.

³³ Senato della Repubblica, Resoconto stenografico, 18 dicembre 1991 (seduta pomeridiana), 38 s.

³⁴ È ragionevole ritenere che, per esperienza e competenze, Francesco D'Onofrio e Valdo Spini fossero ben consapevoli della portata dell'emendamento promosso da Strik Lievers. Un cenno in questa medesima direzione si ricava da G. CALDERISI, *La storia segreta dei referendum che cambieranno l'Italia*, cit.

³⁵ I brani dell'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum sono estrapolati da C. AMADEI, *Segni dei tempi. La resistibile ascesa di un referendum*, in *Politica del diritto*, 1993, 358 s., che si esprime in termini recisamente critici rispetto alla traslazione del quesito poiché grazie «a una modifica della legge da parte del Parlamento e del quesito referendario da parte della Corte di Cassazione, una richiesta di referendum ancor meno chiara di quella bocciata nel febbraio 1991 acquista un significato preciso».

³⁶ Così A. GIGLIOTTI, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, cit., 198.

Un risultato dovuto a una serie di circostanze casuali, a un'intuizione geniale, alla straordinaria fortuna dei promotori³⁷, al mancato coordinamento del giudizio di legittimità da parte dell'Ufficio centrale per il referendum con il giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale³⁸ e, soprattutto, alla volontà del Parlamento che con l'approvazione della legge Mancino spianò la strada alla riformulazione del quesito.

6. Conclusione

Secondo una efficace espressione utilizzata dalla dottrina costituzionalistica, in occasione dei *referendum* elettorali del 1991-1993 si sarebbe concretizzata una funzione promozionale del *referendum*: il popolo con il suo intervento diretto agisce per «indurre il Parlamento a farsi promotore di una legge che [rispecchi] le esigenze sociali e soprattutto politiche della cittadinanza»³⁹.

Si può anche immaginare di essere di fronte a un procedimento di natura circolare (*dal referendum al Parlamento al referendum*) proprio con riferimento al più incisivo fra i *referendum* elettorali. Il *referendum* del 18 aprile 1993 fu infatti possibile soltanto grazie ad un provvedimento legislativo (la legge Mancino) con cui, di fatto, un Parlamento riluttante ad approvare una riforma elettorale organica acconsentì che fosse il corpo elettorale ad esprimersi sulla scelta fra il mantenimento del sistema proporzionale e l'innovazione di un sistema (prevalentemente) maggioritario.

Numerose circostanze, descritte nelle pagine che precedono, sembrano suggerire che in Parlamento ebbe la meglio una tacita volontà di “resa”. Approvare la legge Mancino, così come emendata sulla base dell'intuizione di Peppino Calderisi, voleva dire rimuovere fattivamente il principale ostacolo all'ammissibilità del quesito referendario.

Quell'intento non poteva però essere esplicitato perlomeno per due ordini di ragioni: in primo luogo, è presumibile – con tutte le prudenze del caso – che molti parlamentari che votarono in favore della legge si sarebbero comportati diversamente se avessero avuto una piena consapevolezza del merito del provvedimento legislativo; inoltre, il sistema dei partiti su cui ancora si reggeva il Parlamento, pur se in una fase crepuscolare, non poteva ammettere *apertis verbis* la sua incapacità di avviare un rinnovamento istituzionale che, invece, poteva essere avviato dall'esterno a condizione di non confessare la propria “complicità”.

In questo ebbe un ruolo forse determinante Giuliano Amato che, prima, da vicepresidente del Partito socialista evitò una contrapposizione in Parlamento al momento della riapprovazione della legge Mancino nel gennaio 1992 e, poi, da Presidente del Consiglio non prese posizione sul *referendum* abrogativo per la legge elettorale del Senato ed evitò la partecipazione del Governo al contraddittorio davanti alla Corte costituzionale nel giudizio di ammissibilità (dove significativamente non furono presentate memorie attraverso l'Avvocatura dello Stato)⁴⁰.

Le esigenze di rinnovamento politico-istituzionale erano diffusamente riconosciute nei primi anni Novanta; tuttavia, senza l'impulso esterno del *referendum* e senza un atteggiamento quantomeno

³⁷ Così, forse ingenerosamente, C. AMADEI, *Segni dei tempi. La resistibile ascesa di un referendum*, cit., 351, che omette di valutare lo sforzo intellettuale che accompagnò l'opera manipolativa dei referendari.

³⁸ In proposito v. le considerazioni di E. BETTINELLI, *Referendum abrogativo e riserva di sovranità*, in *Politica del diritto*, 1975, 321 ss., che – prima della sentenza n. 69 del 1978 – sottolinea il rischio di rimettere a un organo terzo rispetto al circuito corpo elettorale/Parlamento l'individuazione dell'oggetto del *referendum*.

³⁹ T.E. FROSINI, *Riforme elettorali e referendum*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), 1992, n. 1, 56.

⁴⁰ In questo senso la testimonianza diretta di A. BARBERA, *Il contributo di Serio Galeotti alle riforme istituzionali*, cit., 79 ss.

collaborativo del Parlamento che approvò la legge Mancino, e in un momento successivo del Governo (presieduto da Giuliano Amato), l'occasione di cambiamento che si ebbe con la trasformazione delle leggi elettorali nel 1993 non si sarebbe probabilmente concretizzata⁴¹.

Consulta Online

⁴¹ Sul rapporto collaborativo fra legislatore e *referendum* abrogativo v. anche le considerazioni di R. BIN, *Scivolando sempre più giù*, in R. BIN (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario*, Giappichelli, Torino, 1999, 29 s., che a proposito della legge Mattarella sottolinea che essa fu redatta con l'intento (di alcuni) di essere successivamente manipolabile per via referendaria, sul punto specifico v. anche G. CALDERISI, *Dal referendum del 1993 all'attuale quesito referendario*, cit., 55.

Prime considerazioni sulla legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Parlamento (in seduta comune) e l'esercizio di compiti elettorali: quali gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari? – 2.1. L'elezione di un terzo, ossia cinque, dei componenti della Corte costituzionale. – 2.2. L'elezione di un terzo dei membri del Consiglio Superiore della Magistratura. – 2.3. L'elezione del Presidente della Repubblica. – 3. La riduzione del numero dei parlamentari sul procedimento di revisione costituzionale. – 4. Considerazioni finali.

1. Introduzione¹

Il presente lavoro ha ad oggetto un primo esame della proposta di legge costituzionale A.C. 1585 approvata in via definitiva in seconda deliberazione dalla Camera dei deputati l'8 ottobre 2019 e pubblicata nella *G.U.* n. 240 del 12 ottobre 2019, soggetta a *referendum* confermativo ex art. 138 Cost.²

Nel corso della storia repubblicana, sono state molteplici le proposte di revisione costituzionale³ miranti alla diminuzione del numero dei componenti delle assemblee elettive. Finora, tali disegni di legge hanno affiancato alla riduzione dei parlamentari⁴ altri interventi di riforma: il superamento del

** Si riprendono qui, con sviluppi e aggiornamenti, le considerazioni già esposte in *Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari su alcune funzioni "di garanzia" esercitate dal Parlamento*, in E. Rossi (a cura di) *Meno parlamentari, più democrazia?* Pisa University Press, 2020.

¹ Lo scritto è dedicato al Prof. Pasquale Costanzo, anche nel ricordo dei primi stimolanti confronti avuti con lui in occasione del percorso di studi genovese svolto all'interno del Dottorato di ricerca in Metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi. Nell'ambito della vasta produzione scientifica del Professore, mi sono giovata, in particolare, dei lavori in materia di servizi sociali, cui mi sono avvicinata già negli anni di dottorato, e, più di recente, di quelli sulle riforme costituzionali.

² Per un commento alla riforma, si vedano, tra gli altri, P. COSTANZO, *Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2020/I, 75; G. CERRINA FERONI, *Riduzione del numero dei parlamentari e applicabilità delle leggi elettorali (audizione presso la Commissione I Affari Costituzionali)*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it); n. 3, 2019; F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), n. 2/2019; G. DI PLINIO, *Un "adeguamento" della costituzione formale alla costituzione materiale. Il 'taglio' del numero dei parlamentari, in dieci mosse*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 7/2019; G. TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma opportuna? (ricordando Paolo Carrozza)*, in *Le Regioni*, 2/2019, 375 ss.; D. PORENA, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 14/2019; E. ROSSI, *La riduzione del numero dei parlamentari*, in *Quad. cost.*, 2019, 423 ss. Possono tenersi, altresì, presenti le audizioni svolte il 21 ed il 25 novembre 2018 rese in Commissione Affari costituzionali del Senato.

³ Già la c.d. Commissione Bozzi, alla metà degli anni ottanta, propose una riduzione del numero dei parlamentari (peraltro senza formulare una precisa proposta numerica); lo stesso accadde per la c.d. Commissione D'Alema, nel 1997, la quale propose un numero di Deputati tra 500 e 600 e 200 Senatori; il testo di riforma della Seconda Parte della Costituzione respinto al *referendum* del 2006 indicava invece 518 Deputati e 212 Senatori; la riforma costituzionale bocciata al *referendum* del 4 dicembre 2016 suggeriva invece di mantenere inalterato il numero dei Deputati, mentre riduceva a 95 il numero dei Senatori (elettivi di secondo grado).

⁴ Da questo punto di vista è interessante notare che, se estendiamo la nostra indagine anche al periodo di vigenza dello Statuto albertino, l'effettiva evoluzione del numero dei componenti della "prima" Camera è stata costantemente interessata da aumenti del numero dei componenti. E ciò in corrispondenza anche dell'aumento del numero di abitanti del nostro Paese (è utile ricordare che, se agli albori dello Stato italiano la popolazione era di circa 28 milioni di abitanti, adesso siamo giunti a 60,5 milioni). L'unica eccezione si è verificata durante il periodo fascista: nel 1929, infatti, si passò

bicameralismo perfetto (attraverso una diversificazione delle funzioni di Camera e Senato), la revisione dei criteri di composizione della seconda Camera (finalizzata a irrobustire la rappresentanza territoriale), il rafforzamento degli strumenti di democrazia diretta e l'introduzione di nuove forme di partecipazione popolare⁵.

La proposta di legge A.C. 1585 ha, invece, come unico obiettivo il taglio lineare del numero dei deputati da 630 a 400 e dei senatori elettivi da 315 a 200⁶.

Le ragioni di tale scelta possono rintracciarsi nel c.d. Contratto per il governo del cambiamento, sottoscritto nel 2018 dal Movimento 5 stelle e dalla Lega, laddove, con riferimento alle riforme istituzionali, si è sottolineata la necessità di adottare "un approccio pragmatico e fattibile", finalizzato a realizzare "alcuni interventi limitati, puntuali, omogenei, attraverso la presentazione di iniziative legislative costituzionali distinte ed autonome".

Alla luce di tale orientamento si proponeva proprio di "partire dalla drastica riduzione del numero dei parlamentari: 400 deputati e 200 senatori"⁷. In tal modo, si affermava, "sarà più agevole organizzare i lavori delle Camere e diverrà più efficiente l'iter di approvazione delle leggi, senza intaccare in alcun modo il principio supremo della rappresentanza [...]. Sarà in tal modo possibile conseguire anche ingenti riduzioni di spesa poiché il numero complessivo dei senatori e dei deputati risulterà quasi dimezzato". Analogo riferimento alla riduzione del numero dei parlamentari è contenuto nel Documento di Economia e Finanza del 2019, ove si legge che la revisione costituzionale in discorso "oltre a determinare positivi risultati in termini di riduzione delle spese, mira a favorire un miglioramento dei processi decisionali delle Camere, rendendoli più tempestivi ed efficaci"⁸. Efficienza e risparmio di spesa, dunque, le finalità dichiarate.

Lasciando da parte i riflessi della riforma sul procedimento legislativo, per cui sembra necessaria una revisione tutt'altro che puntuale dei Regolamenti parlamentari, capace di ridisegnare lo scenario in cui operano gruppi parlamentari e Commissioni permanenti⁹, lo scopo di questo contributo è approfondire gli effetti dell'assottigliamento del numero dei componenti le Camere su alcune funzioni particolarmente rilevanti, considerate di garanzia, attribuite dalla Costituzione al Parlamento. Ci si riferisce, in particolare, a quelle relative alle elezioni del Presidente della Repubblica, di un terzo dei componenti del Consiglio superiore della Magistratura, di un terzo dei

da una Camera di 535 membri a una di 400. Mette conto di evidenziare che lo stesso numero di Deputati cui fa riferimento la proposta di legge in commento era, nel 1929, riferita ad una popolazione di circa 20 milioni di abitanti inferiore a quella odierna. Così E. Rossi, *Il numero dei parlamentari in Italia dallo Statuto albertino ad oggi*, in E. Rossi (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia*, cit., 30.

⁵ Sul punto, con precipuo riferimento alla proposta di riforma costituzionale Renzi-Boschi respinta dal referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, si vedano le osservazioni di P. COSTANZO, *Democrazia diretta e partecipazione popolare (c'è posto anche per internet?)*, in P. COSTANZO (a cura di), *Referendum costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla riforma Renzi-Boschi* (Serie: Gli Speciali della Giurisprudenza Italiana), Wolters Kluwer, Milano, 2016, 2 ss.

⁶ Inoltre, dispone sul numero fisso di 5 senatori di nomina presidenziale. Sul punto, da ultimo, V. CASAMASSIMA, *Cosa cambia per i senatori a vita?* in E. Rossi (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia*, cit., 71 ss.

⁷ Sempre nell'ambito del contratto di governo venivano poi proposte, tra le varie altre misure di carattere puntuale, l'introduzione del vincolo di mandato per i parlamentari, il potenziamento degli istituti di democrazia diretta (quali: abolizione del quorum strutturale per il referendum abrogativo, introduzione del referendum propositivo, introduzione della pronuncia obbligatoria del Parlamento sui disegni di legge di iniziativa popolare), l'abolizione del CNEL.

⁸ Nello stesso senso si veda anche la nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza deliberata dal Consiglio dei Ministri il 27 settembre 2018, laddove si evidenziava che l'obiettivo di fondo delle riforme istituzionali fosse riconducibile al "miglioramento della qualità delle decisioni da realizzare rendendo più ampia ed effettiva la partecipazione dei cittadini alla vita politica e favorendo una maggiore efficacia dell'attività del Parlamento". Si veda la Nota di aggiornamento al DEF 2018, 111-112.

⁹ Sul punto, L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, in E. Rossi (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia*, cit., 140, e ancora *ivi*, G. TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma parziale (fin troppo)*, 224.

membri della Corte costituzionale. Inoltre, si prenderà in considerazione la possibile incidenza della riforma sul procedimento di revisione costituzionale disciplinato dall'art. 138 della Costituzione.

2. Il Parlamento (in seduta comune) e l'esercizio di compiti elettorali: quali gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari?

Uno degli ambiti in cui la riduzione del numero di deputati e senatori può produrre effetti più consistenti è dunque quello delle elezioni attribuite dalla Costituzione al Parlamento in seduta comune. Quest'ultimo costituisce, come noto, un collegio imperfetto¹⁰, composto da Camera e Senato (e, nel caso delle elezioni del Presidente della Repubblica, da componenti ulteriori).

Tra le elezioni la cui competenza è attribuita a tale organo, ricordiamo:

2.1. L'elezione di un terzo, ossia cinque, dei componenti della Corte costituzionale

Come noto, l'art. 135 Cost. stabilisce che la Corte costituzionale sia composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative. Tale sistema a "elezione plurima" è finalizzato a far sì che la Corte possa operare sulla base di culture e sensibilità diverse: la "materialità" politica, da un lato, e la capacità tecnica, dall'altro, derivante – quest'ultima – dai requisiti professionali richiesti per essere eletto giudice. Nelle intenzioni dei Costituenti tali elementi, insieme, avrebbero dovuto garantire una posizione di terzietà dell'organo, sia rispetto alle parti, sia rispetto alle maggioranze politiche contingenti¹¹.

Considerando che una delle attribuzioni più importanti della Corte è giudicare sulla legittimità costituzionale delle leggi, è evidente che deve escludersi un'elezione totalmente attribuita al Parlamento, che rischierebbe di configurarla come una "terza Camera" rispetto alle due chiamate ad eleggerla. Dunque, l'elezione parlamentare di un terzo dei giudici costituzionali garantisce la continuità del circuito democratico, senza intaccare la neutralità della Corte. Eppure, come è stato evidenziato¹², i criteri di composizione della Corte hanno rappresentato un costante oggetto di attenzione da parte delle proposte di revisione costituzionale di questi anni¹³.

Per capire se e come la riforma costituzionale possa incidere su questa particolare attribuzione del Parlamento in seduta comune è utile richiamare brevemente il sistema di elezione e di sostituzione dei giudici costituzionali così come si è concretizzato finora.

Ogni giudice è nominato per un mandato di nove anni¹⁴, decorrenti dal giorno del giuramento, e non è rieleggibile. Anche la durata del mandato, superiore a quella di ogni altro mandato elettivo previsto dalla Costituzione, ha la finalità di assicurare l'indipendenza dei giudici, in particolare da

¹⁰ Nel senso che non decide il proprio ordine del giorno, ma può deliberare solo sulle questioni che attengono alle sue specifiche funzioni.

¹¹ Ed in effetti, come è stato osservato, l'azione svolta finora dalla Consulta appare "di grande rilevanza istituzionale, avendo contribuito considerevolmente alla tutela e all'ampliamento delle libertà individuali e al rinnovamento della struttura organizzativa dello Stato": così P. COSTANZO, *Corte costituzionale: i nuovi impegni per gli anni a venire*, in P. COSTANZO (a cura di), *Referendum costituzionale*, cit., 94.

¹² Tra gli altri, da E. ROSSI, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, Pisa University Press, 2016, 165.

¹³ Tra gli altri, G. PICCIRILLI, *Il procedimento di elezione dei giudici costituzionali "a camere separate" nella legge costituzionale approvata il 12 aprile 2016*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), Focus Riforma costituzionale, 20 aprile 2016.

¹⁴ La originaria durata del mandato era di 12 anni.

quelle istituzioni politiche che designano una parte dei componenti. Se un giudice cessa dal mandato anticipatamente, per morte o dimissioni o decadenza, viene sostituito ad opera dello stesso organo che aveva designato il suo predecessore. Anche nel caso di scadenza ordinaria del mandato, provvede alla sostituzione l'organo che ha nominato il giudice. La sostituzione avviene entro un mese dalla cessazione¹⁵; nel frattempo, la Corte continua a funzionare "a ranghi ridotti" in quanto l'art. 135, comma 4, Cost. ha escluso espressamente che possa farsi luogo in tal caso alla *prorogatio* dei giudici cessati dalla carica.

Con particolare riferimento alla componente di nomina parlamentare, l'art. 3 della legge cost. n. 2/1967 stabilisce che i giudici della Corte costituzionale sono eletti a scrutinio segreto e con la maggioranza dei due terzi dei componenti l'Assemblea. Per gli scrutini successivi al terzo, è sufficiente la maggioranza dei tre quinti degli stessi componenti. L'alto *quorum* richiesto¹⁶ risponde all'intento di eleggere personalità qualificate e il più possibile rappresentative, tali da raccogliere un significativo consenso parlamentare. In realtà, di fronte alla prassi consolidata di accordi tra i partiti finalizzati alla designazione delle candidature¹⁷ ed al relativo sostegno parlamentare, pare difficile negare la coloritura politica delle relative scelte¹⁸. Fino ai primi anni Novanta del secolo scorso si riteneva consolidata una sorta di convenzione secondo cui la presentazione delle candidature a giudice costituzionale si avvicinava tra i principali partiti politici in modo da facilitare il raggiungimento della maggioranza richiesta¹⁹. Cambiati gli attori politici e con un quadro politico particolarmente fluido, tale convenzione stenta a trovare una ridefinizione stabile e condivisa, mentre si producono ritardi spesso assai significativi nell'elezione dei giudici eletti dal Parlamento²⁰ (a fronte invece della celerità con cui provvedono di norma sia il Presidente della Repubblica, sia le supreme magistrature).

Come incide su questo sistema la proposta di riforma costituzionale di riduzione dei parlamentari?

La diminuzione del numero complessivo dei parlamentari fa sì che si passi dalla richiesta di una maggioranza di 630 voti nei primi tre scrutini, ad una di 400; mentre dal quarto scrutinio, da 567 voti a 360 voti.

In astratto, senza cioè considerare qui subito l'essenziale rilievo della composizione politica in esito al sistema elettorale per un collegio più ristretto di quello attuale, pare di potersi affermare che

¹⁵ Così stabilisce l'art. 5 della legge cost. n. 2/1967. Si tratta di un termine di carattere ordinatorio, sprovvisto di sanzioni.

¹⁶ Si noti che, dal quarto scrutinio in poi, la maggioranza richiesta è più alta di quella necessaria per l'elezione del Capo dello Stato.

¹⁷ Sul punto G.L. CONTI, *art. 135*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2621 e ss.

¹⁸ Così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 43 e ss.

¹⁹ Ciò non impedì al Presidente Segni di pronunciare un discorso al Parlamento in cui chiese di evitare ritardi nella elezione di giudici di nomina parlamentare. In tempi più recenti Cossiga ha addirittura paventato l'ipotesi dello scioglimento anticipato delle Camere, sulla scia di un'ipotesi prospettata da Calamandrei e da Mortati.

²⁰ Tali ritardi hanno inevitabilmente provocato conseguenze anche sui lavori della Corte: in un caso, addirittura, la trattazione di una questione, già fissata per l'udienza (del 26 marzo 2002), fu rinviata in quanto l'inerzia del Parlamento nel provvedere alla sostituzione dei giudici Guizzi e Mirabelli fece sì che la Corte si trovasse ad operare in mancanza del *quorum* di 11 giudici previsto dall'art. 16, comma 2, della legge n. 87/1953. Il parlamento in seduta comune provvide solo nell'aprile 2002, dopo circa 18 mesi, con l'elezione dei giudici De Siervo e Vaccarella. Sul punto, S. PANIZZA, *Composizione, organizzazione e funzione della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino, 4 ss. Ma le *vacationes* più lunghe sono state altre: dalla fine del mandato del giudice Vincenzo Caianiello al giuramento del suo successore Annibale Marini passarono più di venti mesi (per la precisione, dal 23 ottobre 1995 e al 9 luglio 1997); ancora di più dalle dimissioni di Giuseppe Frigo al giuramento di Luca Antonini (dal 7 novembre del 2016 al 26 luglio 2018). Entrambi i periodi connotati da una forte instabilità politica e dalla conseguente difficoltà di trovare accordi politici.

la diminuzione del numero dei parlamentari, al netto dell'influenza che sulla composizione delle Camere possa avere la legge elettorale ed il sistema di relazione tra partiti, non avrà ricadute dirette sulla elezione dei giudici di nomina parlamentare. E ciò perché, alla diminuzione del numero dei componenti del collegio, corrisponde proporzionalmente la diminuzione del numero dei parlamentari necessari al raggiungimento del *quorum*. Tuttavia, si potrebbe, in astratto, affermare che la diminuzione del numero dei componenti del collegio consentirebbe a talune forze politiche (o a singoli *leaders*) di far prevalere un determinato candidato o un altro. Riducendo i numeri, infatti, è sufficiente influenzare un numero più limitato di parlamentari a votare in un verso piuttosto che in un altro. Anche se questa possibilità dovrebbe essere temperata dalla minore base di partenza su cui, in un Parlamento i cui membri sono ridotti di circa 1/3, le medesime forze politiche possono contare.

Per quanto riguarda i ricordati ritardi del Parlamento nella elezione dei giudici di nomina parlamentare, non è stato però nel tempo proposto tanto di diminuire i componenti del collegio quanto di prevedere piuttosto l'elezione simultanea di tutta la componente di derivazione parlamentare. Un simile meccanismo, infatti, secondo alcuni, potrebbe facilitare il raggiungimento di accordi tra le varie forze politiche presenti in Parlamento.

2.2. L'elezione di un terzo dei membri del Consiglio Superiore della Magistratura

Anche in questo caso, il Parlamento in seduta comune è chiamato ad eleggere solo una quota dell'organo collegiale. L'art. 104 Cost., infatti, dopo aver richiamato i membri di diritto, prevede che "Gli altri componenti [siano] eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio".

Secondo quanto stabilito dalla legge n. 44 del 2002, il Consiglio Superiore della Magistratura è attualmente composto da 27 membri. Oltre ai tre membri di diritto, sedici (membri togati) sono eletti da tutti i magistrati, e otto dal Parlamento in seduta comune (membri laici). A parte la componente di diritto, è stato, dunque, esclusa una soluzione completamente togata, ed anche quella paritetica non ha trovato miglior accoglimento, sicché è stato realizzato il compromesso di far mitigare la prevalenza della componente togata dall'intervento riservato al Parlamento²¹ e l'immissione nell'organo di componenti con determinate caratteristiche professionali²².

Come incide, in questo caso, la riforma costituzionale in commento?

La scelta operata dal legislatore ordinario (art. 22, legge n. 195 del 1958) è stata quella di richiedere una maggioranza qualificata per l'elezione dei membri laici del Consiglio Superiore della Magistratura: 3/5 dei componenti nei primi due scrutini, 3/5 dei votanti nei successivi. Per i primi due scrutini, quindi, con la riforma si passerebbe da una maggioranza di 570 parlamentari a una di 360.

Per i successivi, occorre considerare che l'art. 46, comma 1 del Regolamento della Camera²³ prevede per la validità delle sedute la presenza della maggioranza dei componenti. Ne deriva che dal terzo scrutinio, considerando il raggiungimento del numero legale (che passa da 476 a 301) ed

²¹ S. PANIZZA, *art. 104*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2007 e ss.; M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), n. 1/2020 e, *ivi*, S. BENVENUTI, *Brevi note sull'affaire CSM: vecchi problemi, ma quali soluzioni?*

²² In relazione alla componente c.d. laica, la Corte costituzionale ha chiarito che essa ha una "funzione equilibratrice", che può essere esercitata grazie alle competenze professionali che vanno a mitigare la componente tecnica (sent. n. 168/1963).

²³ Regolamento che si applica anche al Parlamento in seduta comune.

ipotizzando l'assenza di astenuti, la maggioranza richiesta va da 286 (3/5 di 476) a 181 votanti (3/5 di 301).

Anche in questo caso, fatta salva la riserva già espressa in punto di qualità della rappresentanza e forse della stessa caratura democratica del sistema, non pare di potersi evidenziare conseguenze direttamente connesse alla diminuzione del numero dei parlamentari: all'abbassamento del numero dei componenti del collegio, diminuirebbe proporzionalmente il numero di deputati e senatori necessari al raggiungimento dei *quorum* previsti.

Ma, a differenza di quanto visto sopra per l'elezione dei giudici della Corte costituzionale, la necessaria elezione contestuale dell'intera componente laica (il CSM viene rinnovato integralmente ogni 4 anni), potrebbe comunque agevolare l'accordo politico sulle personalità da eleggere da parte del Parlamento in seduta comune.

2.3. L'elezione del Presidente della Repubblica

Nella riforma costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari, non vi è una disposizione che ridefinisca la composizione delle delegazioni regionali secondo i criteri fissati dall'art. 83 Cost. Tale disposizione prevede ai commi 2 e 3 che all'elezione del Presidente della Repubblica partecipino tre delegati per ogni Regione (ad eccezione della Valle D'Aosta, con un solo delegato) eletti dal Consiglio regionale in modo che sia assicurata la rappresentanza delle minoranze.

Tale votazione ha luogo, per i primi tre scrutini, a maggioranza di due terzi dell'assemblea mentre dal quarto è sufficiente la maggioranza assoluta. Si tratta quindi di una elezione indiretta e caratterizzata dalla richiesta di un'alta maggioranza. Entrambi questi elementi sono in linea con il proposito di connotare il Presidente della Repubblica come organo *super partes*, imparziale e di garanzia costituzionale²⁴.

In questo quadro, la partecipazione dei delegati regionali ha la finalità di allargare la base elettorale del Presidente²⁵, attraverso il coinvolgimento delle maggiori articolazioni della Repubblica. Non avendo un peso decisivo, i delegati regionali avrebbero però un ruolo prevalentemente altamente simbolico, in quanto è per loro tramite che le autonomie territoriali partecipano alla scelta del soggetto chiamato a rappresentare l'Unità nazionale. Questa occasionale funzione simbolica è confermata dal fatto che i delegati non sono chiamati formalmente a far parte del Parlamento in seduta comune parte di fronte al quale il Presidente neoeletto giura fedeltà alla Repubblica²⁶.

Ma anche il descritto profilo non potrebbe essere pretermesso, se si vuole ragionare a tutto campo dell'incidenza della riforma costituzionale relativa alla riduzione del numero dei parlamentari sulla elezione del Capo dello Stato. Al proposito, si rivela però preliminarmente necessario analizzare più da vicino la modalità di scelta dei delegati da parte delle singole Regioni e richiamare quella che è stata la prassi adottata finora.

Come ricordato, l'art. 83, comma 2, prevede che l'elezione dei delegati avvenga in modo da assicurare la rappresentanza delle minoranze. Quali minoranze? Essendo il numero dei delegati così

²⁴ Tra gli altri, S. GALEOTTI, *Il presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantistica del capo dello Stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, Milano, 1992.

²⁵ Così F. CUOCOLO, *Note a margine dell'elezione presidenziale*, in *Dir. e soc.*, 1978, n. 4, 681 e ss.

²⁶ L'art. 91 Cost. prevede infatti che il Presidente della Repubblica, prima di assumere le sue funzioni, presta giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione dinanzi al Parlamento in seduta comune, senza alcun riferimento alla presenza dei delegati. A questo proposito pare interessante rilevare che dal discorso di insediamento del Presidente Pertini in avanti, tutti i Presidenti hanno rivolto il loro discorso anche ai delegati regionali. Fa parziale accezione il discorso del Presidente Scalfaro del 1992, il quale si rivolge agli "onorevoli parlamentari", ringraziando poi le varie componenti che avevano partecipato alla sua elezione, e quindi anche "i signori delegati".

limitato, è impossibile che ci si riferisca a tutte le minoranze espressione di forze politiche all'interno del Consiglio regionale. Inoltre, il richiamo alla necessità che sia rappresentata la minoranza, porta ad escludere la possibilità che siano eletti personalità eminenti, espressione della società civile, che però siano estranee al Consiglio, in quanto in questo caso sarebbe difficile indicare il partito di appartenenza. Oggetto della garanzia costituzionale, dunque, pare più la scelta della tecnica di voto (il voto limitato) piuttosto che il risultato in sé.

Dato che sono le stesse Regioni a decidere - con i regolamenti consiliari o con apposita delibera²⁷ - come comporre la quota loro riservata, risulta che la modalità più diffusa sia quella dell'elezione del Presidente della giunta e del Presidente del consiglio regionale (o del capogruppo del partito di maggioranza in consiglio), per quanto riguarda la maggioranza²⁸, e, per quanto riguarda le minoranze, di un consigliere di opposizione.

Poiché, all'evidenza, tale sistema ha finito per essere condizionato dal quadro politico nazionale, ne è derivata la marginalizzazione del ruolo dei delegati i quali, non solo sono inidonei a pesare realmente sull'elezione del Presidente della Repubblica²⁹, ma restano soggetti all'influenza e alla strategia dei partiti politici rappresentati in Parlamento.

Cosa cambia con la riforma costituzionale in esame?

In occasione dell'ultima elezione del Presidente della Repubblica svoltasi (29-30 gennaio 2015), le maggioranze erano pari a: 673 voti (maggioranza dei due terzi dell'Assemblea) e 505 voti (maggioranza assoluta), essendo il numero complessivo degli elettori pari a 1009 (630+321+58).

La prevista riduzione del numero dei parlamentari comporterebbe una variazione nell'assemblea degli elettori: 600 parlamentari, 5 senatori a vita ed i 58 rappresentanti delle Regioni, sortendone un leggero potenziamento della componente espressa dai Consigli regionali, che passerebbe a rappresentare, in termini assoluti, l'8,7% dell'intero collegio elettorale presidenziale (anziché l'attuale 5,8%)³⁰.

Con riferimento ai singoli scrutini, le maggioranze richieste dall'articolo 83 della Costituzione sarebbero così rideterminate: 442 voti necessari ai primi tre (due terzi dell'Assemblea); 332 voti dal quarto (maggioranza assoluta), essendo il numero degli elettori pari a 663. Il peso relativo dei delegati regionali varierebbe, dunque: dall' 8,6% al 13,1% nei primi tre scrutini; dal 11,5 % al 17,5% negli scrutini successivi.

Come evidenziato nel corso dell'*iter* della legge al Senato, i 58 delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica avrebbero quindi un peso maggiore di oggi soprattutto dal quarto scrutinio³¹.

²⁷ Già prima della riforma del Titolo V del 2011, si riteneva che le modalità di individuazione dei delegati da parte delle singole regioni rientrassero nella materia "organizzazione interna della Regione", e dovesse essere dunque rimessa all'autonomia statutaria. In realtà nessuno statuto, neanche quelli delle regioni speciali, dedicò una specifica attenzione alla materia. La situazione non è mutata dopo l'approvazione dei nuovi Statuti regionali: solo alcuni contengono un richiamo alla materia (ad es. art. 16 St. Calabria; art. 23 comma 2 St. Lazio), mentre, più genericamente gli statuti rinviavano al Consiglio regionale le attribuzioni conferite da disposizioni costituzionali.

²⁸ Il delegato della Valle d'Aosta è di solito il Presidente della Regione.

²⁹ Così, ad es.; L. PALADIN, *Il Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 165 e ss.

³⁰ Si vedano veda G. CERRINA FERONI, *Riduzione del numero dei parlamentari*, cit., 4; F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari*, cit., 26; G. DI PLINIO, *Un "adeguamento" della costituzione formale*, cit., 16.

³¹ A tal proposito, si tengano presenti le osservazioni di M. LUCIANI, *Audizione del 27 marzo 2019 presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati*, e di C. FUSARO, *Audizione del 21 novembre 2018 presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica*. A tal proposito pare utile ricordare che dal 1948 ad oggi solamente due Presidenti sono stati eletti al primo scrutinio: Cossiga nel 1985 e Ciampi nel 1999. Tutti gli altri sono stati eletti dal quarto in avanti, quando quindi la maggioranza richiesta è quella assoluta.

Tale incremento potrebbe essere neutralizzato – ovviamente mediante una riforma costituzionale³² – portando da 3 a 2 dei delegati regionali (così la componente regionale tornerebbe a rappresentare il 5,9% degli elettori presidenziali), con l'avvertenza che se non fosse modificata anche la garanzia delle minoranze espressa dall'art. 83, comma 2, si avrebbe una sovra rappresentazione di queste ultime in probabile disarmonia con il quadro costituzionale di fondo³³.

3. La riduzione del numero dei parlamentari sul procedimento di revisione costituzionale

L'ulteriore interrogativo che pare opportuno porsi riguarda la possibile incidenza della riduzione del numero dei parlamentari sul complesso procedimento di riforma costituzionale. Come noto, la scelta in favore della rigidità costituzionale e del tipo di procedimento ha un preciso significato di *garanzia* della Costituzione, e quindi di stabilità dei valori che vi sono espressi³⁴.

Il doppio binario previsto dall'art. 138 Cost.³⁵ per la revisione della Costituzione medesima³⁶ è frutto di una grande saggezza: la via principale per modificare la Costituzione è il consenso di uno schieramento di forze politiche ampio (2/3 dei componenti), ampio come il compromesso³⁷ che ha consentito alla Costituzione di nascere. Ma, allo stesso tempo, si è prevista la possibilità che la modifica della Costituzione sia decisa dalla sola maggioranza (assoluta), salvo l'eventualità per le minoranze di ricorrere al corpo elettorale³⁸, in funzione "oppositiva" rispetto alla scelta espressa dal Parlamento³⁹.

Quale possibile conseguenza ha su tale procedimento, e sugli interessi costituzionali che esso tutela, la riduzione del numero dei parlamentari?

³² Si veda a tal proposito la proposta di legge costituzionale A.C. 2238 che, all'art. 2, mira a ridurre a due i delegati per regione.

³³ In generale, di contraddizioni della riforma con il sistema costituzionale nel suo complesso e con i suoi stessi principi, ragiona P. COSTANZO, *Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari*, cit.

³⁴ Tra i moltissimi contributi scientifici sul tema, v. C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 392; S.M. CICONETTI, *Revisione costituzionale*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 135.

³⁵ L'art. 138 Cost. stabilisce che le leggi di revisione della Costituzione (e le altre leggi costituzionali) "sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione. Le leggi stesse sono sottoposte a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata, se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. Non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi componenti".

³⁶ Sul punto, da ultimo, G. PICCIRILLI, *La fase parlamentare del procedimento di formazione della legge di revisione: questioni assodate e problemi aperti*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>) 24 dicembre 2018.

³⁷ Dunque, se la rigidità costituzionale ed il suo significato intrinseco di garanzia della Costituzione, vanno letti in stretta correlazione con la natura compromissoria del testo costituzionale, dovrebbe guardarsi con attenzione a quelle ipotesi di modifiche costituzionali - anche numericamente e contenutisticamente significative - che sono state proposte mediante il ricorso a procedure *in deroga* al regime ordinario della revisione. Si pensi a quanto previsto dai disegni di legge costituzionale del 1993, del 1997 e del 2013.

³⁸ Sul punto, tra gli altri, R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 614.

³⁹ Già all'interno della Commissione Forti si sottolineò l'importanza che alle regole sulla revisione fosse attribuito il precipuo compito di dar luogo ad un procedimento aggravato capace, ad un tempo, di garantire la stabilità delle disposizioni costituzionali e la loro modificabilità.

Anche in questo caso non pare ravvisarsi alcun effetto diretto. Riducendosi il numero complessivo dei parlamentari, è anche ridotto il numero di coloro il cui consenso è necessario per approvare un eventuale legge di revisione costituzionale⁴⁰. Ma tali variazioni non cambiano l'equilibrio complessivo tra le forze politiche di maggioranza e di opposizione, e quindi non pare alterata la funzione di garanzia che l'art. 138 Cost. esprime.

Si può forse affermare che potrebbe essere più facile, in un Parlamento più leggero, convincere a votare, in un senso o in un altro, un numero ridotto di persone e risulti, dunque, possibile per i *leader* dei partiti, orientare il consenso, ottenendo i numeri necessari (anche) a modificare la Costituzione. Lo stesso può valere per la richiesta di *referendum*: anche in questo caso potrebbe risultare più semplice, per una forza politica, persuadere 1/5 dei componenti di una Camera a richiedere il *referendum*, in modo da riaprire il procedimento e chiamare in gioco il corpo elettorale.

Ciò soprattutto in presenza di partiti a forte caratterizzazione leaderistica, in cui i singoli parlamentari godono di scarsa autonomia e di insufficiente collegamento con i rappresentati. Ma una valutazione di questo tipo non può essere condotta senza prestare attenzione al concreto assetto dei partiti e dunque all'articolazione del sistema elettorale. Invero, ciò che è cambiato più visibilmente negli ultimi due decenni è il rapporto tra il sistema politico e la disposizione costituzionale sopra richiamata. L'art. 138 Cost. è nato e per molti anni ha operato in un clima politico in cui nessuno schieramento partitico avrebbe potuto sperare di arrivare, da solo, a raggiungere la maggioranza assoluta dei voti. E quindi anche il conseguimento di questo primo traguardo avrebbe posto la necessità di un confronto e di un compromesso tra più forze politiche. Il problema delle c.d. "riforme a colpi di maggioranza"⁴¹ è emerso successivamente all'approvazione delle riforme costituzionali del 2001 (approvata dalla sola maggioranza di centro sinistra), del 2006⁴² (approvata dalle sole forze di centro-destra) e del 2013⁴³ (anch'essa approvata perlopiù con i voti della maggioranza di centro-sinistra). In tutti i casi si trattava di interventi di revisione organica⁴⁴ della Costituzione, finalizzati a incidere sulle regole fondamentali del gioco democratico. In queste occasioni si è da più parti riproposta la necessità di un innalzamento dei quorum previsti dall'art. 138 Cost. sul presupposto che il cambiamento dell'assetto dei partiti e della legge elettorale impone di salvaguardare, appunto, il principio di rigidità costituzionale⁴⁵.

⁴⁰ Camera dei Deputati: per la maggioranza dei 2/3 si passa da 420 a 267 deputati; per la maggioranza assoluta, da 316 a 201 deputati. Senato della Repubblica: per la maggioranza di 2/3 si passa da 214 a 137 senatori; per la maggioranza assoluta da 161 a 103 senatori.

⁴¹ R. BIN, *Riforme costituzionali "a colpi di maggioranza": perché no?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it).

⁴² Sul punto C. PINELLI, *Sul referendum del 25-26 giugno 2006*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2006, 611 e ss. Si vedano anche le osservazioni di A. RUGGERI, *La "controriforma" e la decostituzionalizzazione della Costituzione*, in F. BASSANINI (a cura di), *Costituzione, una riforma sbagliata: il parere di sessantatré costituzionalisti*, Passigli, Firenze, 2004, 261, in quale, con riferimento alla revisione costituzionale progettata dal centro-destra, osserva che "sta ormai per prendere (se già non ha definitivamente preso...) piede una regola perversa che vuole riconosciuto ad ogni forza politica (o coalizione di forze) il diritto (in)naturale a rifare a propria immagine e somiglianza la Costituzione o, quanto meno, una parte cospicua di essa".

⁴³ Sull'iter parlamentare della riforma del 2013, si veda E. ROSSI, *Una Costituzione migliore*, cit., 23 e ss.

⁴⁴ Si ricordano, a titolo di esempio, le leggi costituzionali nn. 1/2000 e 1/2001 che hanno modificato rispettivamente l'art. 48 Cost. l'una e gli artt. 56 e 57 Cost, l'altra, per consentire il voto degli italiani all'estero; o anche la legge cost. n. 2/2001 che introdotto l'elezione diretta dei Presidenti delle Regioni speciali: tutte approvate con la sola maggioranza assoluta (in almeno una delle due Camere).

⁴⁵ Si vedano, in particolare, le riflessioni di A. D'ATENA, *Sette tesi per il riavvio delle riforme costituzionali (ottobre 2006)*, in *ISSIRFA* (<http://www.issirfa.cnr.it/>), 1 ss., L. ELIA, *Intervento*, in G. AZZARITI, M. LUCIANI (a cura di), *Le riforme costituzionali dopo il referendum del 25-26 giugno 2006*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2006; R. TARCHI, *Il sistema delle garanzie*, in T. GROPPI, P.L. PETRILLO (a cura di), *Cittadini, governo, autonomie. Quali riforme per la Costituzione?*, Milano, 2005, 77 e ss.

4. Considerazioni finali

In sintesi, in relazione all'analisi sin qui condotta, non pare che la riduzione del numero dei parlamentari possa alterare vistosamente nella sua materialità l'esercizio delle funzioni analizzate. E ciò proprio anche perché tale diminuzione non è accompagnata da una modifica delle maggioranze via via richieste dalle diverse disposizioni costituzionali e dunque opera in modo proporzionale rispetto a queste ultime.

Lo stesso vale per gli altri procedimenti in cui il Parlamento o le singole Camere sono chiamate a deliberare con maggioranze qualificate: si pensi all'approvazione della legge di amnistia e di indulto, per la quale l'art. 79 Cost. richiede la maggioranza di 2/3 dei componenti di ciascuna Camera, o all'approvazione dei Regolamenti parlamentari, per la quale l'art. 64 Cost. richiede la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera.

Qualche elemento problematico in più si pone in relazione all'elezione del Presidente della Repubblica, all'interno della quale il peso dei delegati parlamentari diventa più preponderante, soprattutto a partire dal quarto scrutinio. Anche in questo caso, la storia costituzionale ci dimostra che finora i delegati non hanno espresso una posizione comune, di matrice territoriale, ma hanno operato su una logica di appartenenza politica.

Non pare, dunque, di poter ravvisare evidenti riflessi negativi sulle funzioni svolte dal Parlamento riunito qui analizzate, ma neanche tangibili elementi di miglioramento nell'esercizio delle stesse funzioni, sicché sembra che, almeno per una delle finalità perseguite dalla riforma - l'efficienza - essa non trovi realizzazione⁴⁶.

Cionondimeno, preme evidenziare che la riforma in commento arriva dopo una serie di tentativi di alleggerimento complessivo delle assemblee elettive che, se hanno stentato ad attecchire finora a livello nazionale, hanno invece alterato in modo tangibile la rappresentanza a livello territoriale⁴⁷.

Con riferimento, in particolare, agli enti locali e alle Regioni, le previsioni del d.l. 2/2010, del d.l. 138/2011 ed il d.l. n. 174/2012 hanno prodotto una significativa riduzione dei membri dei Consigli⁴⁸. Tali interventi, accompagnati dalla diminuzione dei trasferimenti di risorse e, più in generale, da disposizioni tendenti ad aumentare la funzionalità degli enti (pensiamo ai provvedimenti in materia di esercizio associato delle funzioni, per i comuni), hanno richiamato costantemente la finalità del contenimento dei costi degli apparati pubblici⁴⁹. L'alleggerimento del numero dei componenti delle assemblee elettive a livello nazionale pone, evidentemente, questioni diverse e dalle implicazioni più ampie, ciò nondimeno il *trend* che emerge consente di porre in evidenza la matrice comune che caratterizza questi interventi: ossia il ritenere la rappresentanza un costo che si può e si deve abbattere. Del resto, nel caso in cui il *referendum* confermativo dovesse avere esito positivo, l'Italia diventerebbe il Paese europeo con il rapporto più basso tra eletti ed elettori (150 mila abitanti per

⁴⁶ Sui limitati effetti della riforma in relazione al taglio della spesa pubblica si vedano le considerazioni di A. MARCHETTI, *Sulla riduzione dei "costi della politica"*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia*, cit., 143 nonché R. TARCHI, *Presentazione*, in R. TARCHI (a cura di), *Parlamenti e parlamentarismo nel diritto comparato, Itinerari della Comparazione* - Quaderni della Rivista Dpceonline, Milano, 2020, 15.

⁴⁷ P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Fascicolo Speciale, 2019, 88

⁴⁸ Riduzione che in alcuni casi è arrivata anche al 40%: pensiamo al Consiglio regionale della Liguria e della Calabria, passati da 50 a 30 consiglieri secondo i parametri indicati dal d.l. 138/2011.

⁴⁹ A tal proposito, e con precipuo riferimento alla riduzione del numero dei consiglieri per le Regioni ordinarie, la Corte costituzionale nella sentenza n. 198/2012 ha affermato che la disposizione contenuta nell'art. 14, comma 1, del d.l. n. 138/2011, "stabilisce, in coerenza con il principio di eguaglianza, criteri di proporzione tra elettori, eletti e nominati ... nel quadro della finalità generale del contenimento della spesa pubblica".

deputato, a fronte, ad esempio dei 116 mila abitanti per deputato di Francia e Germania, dei 133 mila abitanti per deputato della Spagna, dei 101 abitanti per deputato mila del Regno Unito)⁵⁰.

Quello che emerge è il farsi strada di un approccio demagogico⁵¹, non attento alle implicazioni che da certe revisioni costituzionali possono derivare, ma che - in quella che è stata efficacemente definita *l'ossessione riformatrice*⁵² - si accontenta di fondarsi su presunti effetti non attentamente ponderati e verificati.

Da questo punto di vista, non pare privo di importanza ricordare quanto scritto nella relazione finale del Presidente della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali istituita nell'XI Legislatura con la l. cost. 1/1993 nella quale si legge che "si era vicini ad un accordo per quanto riguarda la diminuzione del numero dei membri della Camera da 630 a 400 e del Senato da 315 a 200 e per una certa distinzione dei compiti fra le due Camere"; tuttavia, mancando un'intesa su una riforma compiuta, "si è preferito [...] non affrontare il tema della riforma del Parlamento se non nella sua interezza. Modifiche parziali avrebbero potuto infatti apparire monche e contraddittorie"⁵³.

Tali conclusioni ci ricordano che scegliere il numero di membri elettivi del Parlamento non dovrebbe costituire una scelta punitiva o casuale nei confronti della classe politica, com'è accaduto per la riduzione dei rappresentanti nei consigli delle autonomie territoriali, bensì "una costruzione razionale diretta a minimizzare il potenziale iato [...] tra forza intrinseca del dato puramente aritmetico e credibilità e autorevolezza delle istituzioni agli occhi degli elettori rappresentati"⁵⁴.

⁵⁰ Sul punto rinvia a Servizio Studi del Senato, Riduzione del numero dei parlamentari, Dossier n. 71 del 16 ottobre 2018, 18 ss.

⁵¹ Così R. TARCHI, *op. cit.*, 15.

⁵² Sui processi di revisione costituzionali susseguitesesi negli ultimi decenni si veda, da ultimo, P. BIANCHI, *L'ossessione riformatrice. Alcune osservazioni sul processo di revisione costituzionale permanente*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), n. 2, 2019

⁵³ Camera dei deputati n. 3597, Senato della Repubblica n. 1789, Relazione del Presidente della Commissione Nilde Jotti, 5.

⁵⁴ P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri ... cit.*, 88.

Stefania Mabellini
La “controversa questione” dei vitalizi e del loro giudice:
le dimensioni parallele dello Stato e delle Regioni

SOMMARIO: 1. Il diverso destino dei vitalizi, tra Assemblee regionali e Camere parlamentari - 2. Vitalizi ed indennità *ex art.* 69 Cost. - 3. Indennità e vitalizi tra legge ordinaria e regolamento parlamentare - 4. Lo statuto *costituzionale* dei regolamenti parlamentari - 5. L'autodichia come corollario dell'autonomia delle Camere?

1. Il diverso destino dei vitalizi, tra Assemblee regionali e Camere parlamentari

La questione dei vitalizi erogati in favore di soggetti che abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive si conferma, nell'attuale fase politica, un fronte particolarmente delicato, sia per le Regioni che per lo Stato, segnato dal susseguirsi di vistosi interventi normativi approvati rispettivamente dalle Assemblee regionali¹ e dalle Camere parlamentari².

Non sorprende, quindi, che in un paio di occasioni sia giunta anche all'esame della Corte costituzionale, che in un caso si è già pronunciata (si tratta della sent. n. 108 del 2019), mentre nell'altro dovrà farlo nei prossimi mesi (reg. ric. n. 14 del 2020).

Quanto alla sentenza n. 108, essa ha ad oggetto la disciplina introdotta dalla l. reg. T.-A.A. n. 4 del 2014, recante “Interpretazione autentica dell'articolo 10 della legge regionale 21 settembre 2012, n. 6 (Trattamento economico e regime previdenziale dei membri del Consiglio della Regione autonoma Trentino-Alto Adige) e provvedimenti conseguenti”, la quale, anticipando la stagione di interventi sul tema, ridetermina in senso peggiorativo l'importo dei vitalizi dei consiglieri regionali e stabilisce un tetto alla cumulabilità di tali assegni con analoghi trattamenti percepiti per avere ricoperto talune cariche elettive³. A suscitare il dubbio di legittimità del giudice *a quo* è l'incisione

¹ Come noto, con la l. n. 145 del 2018 lo Stato ha imposto alle Regioni, ai fini del coordinamento della finanza pubblica e del contenimento della spesa pubblica, di provvedere alla rideterminazione dei trattamenti previdenziali e dei vitalizi già in essere nei confronti di coloro che abbiano rivestito le cariche di Presidente della Regione, di Consigliere regionale o di Assessore regionale, sulla base di criteri e parametri definiti con intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano (art. 1, commi 964, 965, 966 e 967), seguita il 3 aprile 2019 da una intesa in Conferenza Stato regioni e province autonome. Hanno dato seguito alla legge statale, oltre alle altre citate nel testo, le ll. rr. V.d.A. n. 6 del 2019; Lombardia n. 10 del 2019; Veneto n. 19 del 2019; F.-V.G. n. 8 del 2019; Piemonte n. 21 del 2019; Liguria n. 12 del 2019; Emilia-Romagna n. 4 del 2019; Marche n. 14 del 2019; Umbria n. 3 del 2019; Toscana n. 27 del 2019; Lazio n. 9 del 2019; Abruzzo n. 9 del 2019; Molise n. 6 del 2019; Campania n. 7 del 2019; Basilicata n. 13 del 2019; Puglia n. 20 del 2019; Calabria n. 13 del 2019; Sardegna n. 11 del 2019.

² L'Ufficio di Presidenza della Camera – nonché, a stretto giro, il Senato – hanno deliberato la rideterminazione, secondo il metodo di calcolo contributivo, della misura degli assegni vitalizi e delle quote di assegno vitalizio dei trattamenti previdenziali *pro rata*, nonché dei trattamenti previdenziali di reversibilità di coloro che hanno rivestito la carica di parlamentare, relativi agli anni di mandato svolti fino al 31 dicembre 2011 (rispettivamente, deliberazioni dell'Ufficio di Presidenza n. 14 del 12 luglio 2018 e del Consiglio di Presidenza n. 6 del 16 ottobre 2018). Cfr., in argomento, E. GIANFRANCESCO, *La fine della XVII legislatura e la questione dei vitalizi dei parlamentari*, in *Quad. cost.*, 2017, 886 ss.; J. ROSI, *Prime osservazioni sui recenti provvedimenti di rideterminazione degli assegni vitalizi per gli ex parlamentari e per i consiglieri regionali*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2018; G. VASINO, *Alcune riflessioni sulla “riforma” dei vitalizi parlamentari tra vecchie questioni e nuove criticità*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2018.

³ Sulla cumulabilità la Corte costituzionale si pronuncia con l'ord. n. 111 del 2019, concludendo per la manifesta inammissibilità della questione prospettata in ragione del difetto di rilevanza, in quanto non risulterebbero adeguatamente chiarite nelle ordinanze *a quibus* le concrete modalità di interazione tra la riduzione dell'assegno vitalizio e l'applicazione del tetto alla cumulabilità dei trattamenti.

retroattiva della normativa regionale sulle operazioni di calcolo della cosiddetta “attualizzazione” di una parte dell’assegno vitalizio degli ex consiglieri regionali, che viene ritenuta in contrasto con il principio del legittimo affidamento tutelato dall’art. 3 Cost.

La disciplina regionale, in effetti, realizza un’incursione nel passato non di poco conto, non limitandosi ad incidere su un rapporto patrimoniale di durata attraverso la previsione di diversi criteri di calcolo della prestazione da corrispondere per l’avvenire a quanti abbiano già maturato il diritto, ma, assai più incisivamente, spingendosi a sostituire i nuovi parametri ai vecchi anche per il passato, con la conseguenza di determinare in capo ai destinatari l’obbligo di restituzione delle somme *indebitamente* – secondo la ri-valutazione, o meglio «retrovalutazione»⁴, operata dalla legge successiva – percepite. Una previsione, questa, che, agendo su «effetti giuridici già maturatisi in passato»⁵, potremmo, senza difficoltà, ricondurre alla categoria, tradizionalmente cara alla dottrina e alla giurisprudenza tedesche⁶, ma che poco ha attecchito nella giurisprudenza costituzionale italiana⁷, della retroattività propria e che può essere considerata «la forma principale e comunque più certa di retroazione»⁸.

Ebbene, è noto che, rispetto alla questione sollevata, la Corte costituzionale abbia concluso nel senso dell’infondatezza⁹.

Di tutt’altro tenore la seconda questione. In questo caso, alla Corte costituzionale si rivolge il Governo, il quale presenta un ricorso avverso la legge della Regione Sicilia n. 19 del 2019, “Disposizioni per la rideterminazione degli assegni vitalizi”, che, con una disciplina “a scadenza” (ovverosia limitatamente ad un periodo di cinque anni dall’entrata in vigore della legge), stabilisce una riquantificazione degli assegni vitalizi secondo il sistema contributivo. Riquantificazione non solo temporanea, ma, ad avviso del ricorrente, anche troppo limitata, e che pertanto non conseguirebbe gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica.

⁴ Così, G. PACE, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, 1944, 143.

⁵ In questi termini, ancora, G. PACE, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, cit., 132. Cfr., inoltre, P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, II ed., Parigi, 1960, 224, per il quale «Le législateur n’a jamais garanti d’ailleurs aux particuliers la jouissance indéfinie dans l’avenir des droits qu’ils possèdent à un moment de la durée; mais ce qu’il doit garantir au contraire, c’est que ce qui s’est passé sous une loi précédente demeurera de la compétence de cette loi: et c’est toute la portée de la règle de non-rétroactivité».

⁶ V., sulla nozione di *echte* e *unechte Rückwirkung*, la sent. BverG del 31 maggio 1960 (BVerfGE 7, 89); nonché, con qualche cambiamento terminologico, sentt. BverG del 14 maggio 1986 (BVerfGE 72, 200) – seguita da BverG 3 dicembre 1997 (BverGE 97, 67) e 5 febbraio 2002 (BverGE 105, 17) –, che parlano, rispettivamente, di “Rückbewirkung von Rechtsfolgen” e “tatbestandliche Rückanknüpfung”. Cfr., G. KISKER, *Die Rückwirkung von Gesetzen. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*, Tübingen, 1963, 54 ss.; J. ILIOPOULOS-STRANGAS, *Rückwirkung und Sofortwirkung von Gesetzen*, Baden-Baden, 1986, 39 ss. V., inoltre, F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 3 ss.; L. ANTONINI, *Manovra fiscale: proroga di termini di decorrenza scaduti. Retroattività irragionevole?*, in questa *Giur. cost.*, 1990, 1323 ss.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (Parte Prima)*, in *Giur. it.*, 2007, 1826 ss.; D.U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell’esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell’attività del legislatore*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2008, 899 ss.

⁷ Un timido riferimento alle categorie della retroattività si rinviene nella sent. n. 397 del 1994, in cui si afferma incidentalmente che «la sovrana volontà del legislatore nell’emanare dette leggi – sia che queste abbiano effetti *meramente retrospettivi* sia che di *vera e propria retroattività* si tratti – incontra una serie di limiti che la Corte ha da tempo individuato» (corsivo aggiunto).

⁸ Così, ancora, G. PACE, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, cit., 132. Criticamente, M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (Parte Prima)*, in *Giur. it.*, 2007, 1826 ss.

⁹ Sia consentito rinviare a S. MABELLINI, *La retroattività “riparatrice”, ovvero ... si preannuncia un nuovo fronte nel difficile dialogo tra Corte costituzionale e Corte EDU in tema di legislazione retroattiva?*, in *Giur. cost.*, 2019, 1937 ss.

È degno di rilievo che, pressoché contestualmente alla presentazione del ricorso governativo sulla legge siciliana, si stia svolgendo, sul fronte statale, l'esame nella Commissione contenziosa del Senato sui ricorsi presentati contro la delibera presidenziale diretta, a sua volta, a rideterminare gli assegni vitalizi per gli ex parlamentari.

Anche in questa circostanza, come per la disciplina, sopra ricordata, del Trentino-Alto Adige, la normativa travolge retrospettivamente effetti giuridici già maturati in passato, ri-valutandoli.

Tuttavia, mentre nel primo caso la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi, nel secondo è quantomeno improbabile che ciò si verifichi.

Infatti, a differenza delle Regioni – dove non è si percorsa la via del regolamento consiliare, il quale comunque appare ragionevolmente assimilabile alla delibera legislativa del Consiglio e, pertanto, assoggettabile al sindacato di costituzionalità¹⁰ –, sul fronte statale, nonostante un iniziale tentativo di intervento con legge¹¹, la rideterminazione dei vitalizi è stata, infine, decisa con atti adottati dai rispettivi Uffici di Presidenza, attingendo al florido sottobosco di fonti normative a disposizione delle Camere parlamentari.

Una scelta, questa, ispirata dalla straordinaria flessibilità dello strumento, ma che, oltre che discutibile in sé, risulta non priva di problematiche ricadute applicative, evidenziando, peraltro, una volta di più, una perdurante – e forse non più giustificabile – differenza con la situazione delle Regioni.

2. Vitalizi ed indennità ex art. 69 Cost.

Vero è che la disciplina dei vitalizi dei parlamentari, fin dalla loro istituzione¹², è stata rimessa, con non accidentale continuità, alle fonti interne delle Camere, sembrando così favorire l'instaurarsi di una prassi in tal senso¹³.

Vero è, inoltre, che i dubbi di legittimità costituzionale della disciplina dei vitalizi per violazione della riserva di legge¹⁴ ex art. 69 Cost. – del resto, nient'affatto unanimemente condivisi in

¹⁰ Cfr., A. D'ATENA, *Diritto regionale*, IV ed., Torino, 2019, 310 ss. V., inoltre, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969, 885 ss., che li considera equiparati alle leggi regionali, ovvero alla stregua di atti aventi forza di legge. In senso contrario, pur con alcuni tentennamenti, sembra, però, esprimersi la risalente giurisprudenza costituzionale: sentt. nn. 14 del 1965, 18 del 1970 e 288 del 1987. Cfr., problematicamente, sul punto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1976, 312 s.; T. MARTINES, *Il Consiglio regionale*, Milano, 1980, 65 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale di Diritto pubblico, I, Diritto pubblico generale*, V ed., Bologna, 1997, 188 s.; nonché, più di recente, M. AIROLDI, *I regolamenti delle Assemblee legislative*, Torino, 2012, 151 ss.

¹¹ A.S. n. 2888 e connessi, “Disposizioni in materia di abolizione dei vitalizi e nuova disciplina dei trattamenti pensionistici dei membri del Parlamento e dei consiglieri regionali”, approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati il 26 luglio 2017 e Assegnato alla 1ª Commissione permanente (Affari Costituzionali) in sede referente l'1 agosto 2017 (XVII Legisl.).

¹² Come noto, l'istituzione di una Cassa di previdenza per il Senato e per la Camera dei Deputati è avvenuta con disposizioni dei rispettivi Uffici di Presidenza nel 1954 e nel 1956.

¹³ V., A. PACE, *Parere pro-veritate* sullo schema di delibera concernente la cessazione dell'erogazione degli assegni vitalizi e delle pensioni a favore degli on. Senatori che abbiano riportato condanne definitive per reati di particolare gravità (AP 15-01), del 18 marzo 2015.

¹⁴ Cfr., U. ZAMPETTI, *Art. 69*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1986, 241 ss.; nonché, sul punto, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969, 476 s.; N. LUPO, *La disciplina dei vitalizi e della previdenza dei parlamentari: alcuni nodi relativi alle fonti del diritto*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 3/2017, 5, evidenzia come «nel caso del trattamento economico, vi è, evidentemente, anche il riflesso sulla fiscalità generale» che dà ragione della scelta di «rimettere non alla singola Camera, bensì al legislatore le opzioni di fondo in proposito». In questo senso, inoltre, G. CONTINI, *Indennità parlamentare*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 106 ss.

dottrina¹⁵ – sono sembrati spazzati via – indulgendo, forse, ad una interpretazione un po' troppo drastica di quella che parrebbe, più plausibilmente, una «mera presa d'atto»¹⁶ – dalla sentenza della Corte costituzionale n. 289 del 1994, in cui, per tracciare «le diversità tra assegno vitalizio e pensione», si evidenzia la particolare natura dei «vitalizi spettanti ai parlamentari cessati dal mandato, dal momento che questo particolare tipo di previdenza» conserva «*un regime speciale che trova il suo assetto non nella legge, ma in regolamenti interni delle Camere*»¹⁷.

Tuttavia, non può sottovalutarsi che, dell'indennità¹⁸ ex art. 69 Cost., il vitalizio condivide la *ratio* giustificativa, essendo, tanto l'una quanto l'altro, trattamenti economici conseguenti all'esercizio del mandato parlamentare, sia esso tuttora in corso ovvero cessato¹⁹.

Del resto, la stessa Corte di Cassazione ha recentemente riconosciuto, ancorché allo scopo di giustificare la sottoposizione all'autodichia, che il vitalizio altro non sarebbe che «la proiezione economica dell'indennità parlamentare per la parentesi di vita successiva allo svolgimento del mandato», di modo che la sua corresponsione sarebbe «sorretta dalla medesima *ratio* di sterilizzazione degli impedimenti economici all'accesso alle cariche di rappresentanza democratica del Paese»²⁰.

Per di più, quella diversità tra i due istituti, la pensione e l'assegno vitalizio, pure evocata nella sentenza della Corte costituzionale sopra citata, sembra essere stata progressivamente superata dalla stessa disciplina parlamentare, non solo nella forma, attraverso l'introduzione, nei regolamenti approvati nel 2012, dell'espressione «pensionistico» a qualificare i trattamenti economici erogati per i parlamentari cessati dalla carica, ma anche nella sostanza, con l'inasprimento dei requisiti di accesso e il passaggio al metodo contributivo²¹.

Non meno sintomatica della percezione di una certa affinità tra le due prestazioni economiche è la proiezione, sullo stesso trattamento vitalizio, di una forma di trattenuta analoga al contributo

¹⁵ Per la riflessione per la quale i vitalizi, non essendo contemplati nell'art. 69 Cost., risulterebbero un istituto di pura creazione regolamentare, pertanto non ricadenti nella riserva di legge in esso disposta, v., ad esempio, M. AINIS, *Parere pro-veritate* sullo schema di delibera concernente la cessazione dell'erogazione degli assegni vitalizi e delle pensioni a favore degli on. Senatori che abbiano riportato condanne definitive per reati di particolare gravità, del 24 marzo 2015.

¹⁶ Così, N. LUPO, *La disciplina dei vitalizi e della previdenza dei parlamentari: alcuni nodi relativi alle fonti del diritto*, cit., 10.

¹⁷ Punto 3 *Cons. in dir.* (corsivo nostro).

¹⁸ Sull'incerta natura dell'indennità parlamentare, alternativamente ricostruita come rimborso delle spese sostenute durante il mandato ovvero come regolare retribuzione, v., U. ZAMPETTI, *Art. 69*, cit., 241 ss., il quale rileva (pag. 244) che «la natura sostanzialmente retributiva dell'indennità parlamentare è resa (...) evidente dall'esistenza per i deputati e i senatori di un vero e proprio trattamento di quiescenza, che viene erogato a carico del bilancio interno di ciascuna Camera, nel quale confluiscono i contributi obbligatori di previdenza trattenuti d'ufficio sulle indennità parlamentari all'atto della loro corresponsione»; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Bologna, 2003, 259 ss.

¹⁹ Cfr., U. ZAMPETTI, *Art. 69*, cit., 245 ss.; G. CERRINA FERONI, *Audizione resa il 4 ottobre 2017 innanzi alla Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, nel corso dell'esame del disegno di legge n. 2888 e connessi (abolizione dei vitalizi)*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 3/2017.

²⁰ Corte di Cassazione, SS.UU. civ., ord. n. 18265 del 2019. Cfr., S. GALDIERI, *Vitalizi dei parlamentari ed autodichia: alcune considerazioni a margine dell'ordinanza n. 18265/2019 della Corte di Cassazione*, in *Diritti Comparati* (www.diritticomparati.it).

²¹ V., G. CERRINA FERONI, *Audizione resa il 4 ottobre 2017 innanzi alla Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, nel corso dell'esame del disegno di legge n. 2888 e connessi (abolizione dei vitalizi)*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 3/2017; E. GIANFRANCESCO, *La fine della XVII legislatura e la questione dei vitalizi dei parlamentari*, in *Quad. cost.*, 2017, 886 ss.

di solidarietà previsto dalla disciplina legislativa a carico delle pensioni più elevate²², espressamente disposta nel 2017 dall’Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati²³.

Non sembra, quindi, irragionevole ritenere che la riserva di legge disposta dall’art. 69 Cost. si estenda a comprendere anche la disciplina del sistema previdenziale disposto a favore degli *ex* parlamentari²⁴, tanto più che, come osservato, tali prestazioni hanno un impatto sulla finanza pubblica²⁵.

3. Indennità e vitalizi tra legge ordinaria e regolamento parlamentare

Occorre però prendere atto del diverso orientamento delle Assemblee, che hanno preferito, come accennato, attingere al microcosmo degli atti normativi parlamentari piuttosto che ricorrere alla soluzione legislativa, con le conseguenti ricadute in termini di regime giuridico. Ci si riferisce non solo alla sottrazione al sindacato di costituzionalità, ma anche alla prerogativa dell’autodichia, che potrebbe essere esercitata su soggetti, i quali o hanno cessato dalla carica da tempo o non hanno mai avuto rapporti diretti con le Camere, in quanto titolari di un trattamento di reversibilità²⁶.

Ebbene, che, per la regolazione del trattamento pensionistico, la via legislativa, dapprima avviata, sia stata poi abbandonata in favore del diverso percorso regolamentare, è emblematicamente rappresentativo della relazione tra le due fonti.

Non si può fare a meno di osservare, infatti, quantomeno incidentalmente, che, quello tra legge ordinaria e regolamento parlamentare, pure tradizionalmente descritto come rapporto di competenza²⁷, appaia, in effetti, irriducibile al mero schema della reciproca esclusione, nel cui paradigma si può forse ricondurre solo la materia di cui all’art. 72 Cost.²⁸. Piuttosto, non infrequenti sono gli «intarsi»²⁹ tra le due fonti, secondo una dinamica più simile a quella del concorso libero³⁰.

²² Sent. Corte cost. n. 173 del 2016.

²³ Si tratta della delibera adottata il 22 marzo 2017. Sulla questione si è pronunciata la sent. n. 213 del 2017, con la quale la Corte costituzionale afferma che la disciplina statale «non impone affatto l’applicazione del “contributo di solidarietà”», bensì «demanda all’autonomia degli organi costituzionali di provvedere ad un risparmio di spesa, anche tramite interventi sui trattamenti di quiescenza del proprio personale».

²⁴ Cfr., E. GIANFRANCESCO, *La fine della XVII legislatura e la questione dei vitalizi dei parlamentari*, cit., 886 ss.

²⁵ V., U. ZAMPETTI, *Art. 69*, cit., 263 ss. In senso analogo, cfr., G. CONTINI, *Indennità parlamentare*, cit., 106 ss.

²⁶ V., E. GIANFRANCESCO, *La fine della XVII legislatura e la questione dei vitalizi dei parlamentari*, cit., 886 ss.

²⁷ Cfr., V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L’ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. riv. e agg. da F. CRISAFULLI, Padova, 1993, 159 ss. e 234.

²⁸ Come ricorda la sent. n. 78 del 1984: «è “secondo le norme del suo regolamento” che ognuna delle due Camere esamina i disegni di legge (art. 72, primo comma, Cost.); è ancora il regolamento di ognuna delle due Camere che può persino stabilire “procedimenti abbreviati” (art. 72, secondo comma, Cost.); è sempre il regolamento di ognuna delle due Camere che “può altresì stabilire”, tanto i “casi”, quanto le “forme”, in cui i disegni di legge possono addirittura essere approvati in commissione, anziché nel *plenum* (art. 72, terzo comma, Cost.) », precisando inoltre che «relativamente alla disciplina del procedimento legislativo, i regolamenti di ogni Camera in quanto diretto svolgimento della Costituzione, sono esercizio di una competenza sottratta alla stessa legge ordinaria». Cfr., V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 805 s.; A. MANZELLA, *Art. 64*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1986, 20 ss.; S.P. PANUNZIO, *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati delle Camere e giustizia politica nello Stato costituzionale di diritto*, in *Giur. cost.*, 1978, 256 ss.; S. LABRIOLA, *La riserva di regolamento delle Camere parlamentari e una (pretesa) potestà speciale di interpretazione della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1984, 1208 ss.

²⁹ Cfr., A. MANZELLA, *Art. 64*, cit., 20 ss.

³⁰ V., G.G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, 1986, 339 ss., per il quale (pag. 340 s.) «trattandosi di fonti parimenti dotate di carattere primario, in assenza di esplicite regole *ad hoc*, un’eventuale

Cosicché, vi è chi, rinunciando ad ogni perimetrazione in astratto dei confini rispettivamente assegnati al regolamento parlamentare e alla legge, conclude che, per la definizione dello spazio legittimamente occupabile da ciascuna fonte, non si «potrebbe prescindere da quello che in un determinato momento storico è il ruolo del Parlamento nella costituzione vivente»³¹. Tale «ruolo» offrirebbe, in definitiva, lo strumento per misurare di volta in volta se «l'espansione dell'autonomia regolamentare sia o no preordinata all'esplicazione della situazione d'indipendenza delle funzioni primarie delle Camere»³².

In questa prospettiva, all'ampliamento delle funzioni del Parlamento, che si registra in particolare sul fronte del controllo politico, parrebbe corrispondere anche una dilatazione della fonte regolamentare su ambiti materiali che dovrebbero ritenersi, in principio, rimessi alla competenza della legge³³. Ne deriverebbe quello che è stato definito un «equilibrio instabile tra le due fonti», dipendente dall' «autolimitazione del legislatore», in relazione sull' «opportunità di una “gestione ordinaria” ovvero di una “gestione parlamentare” di determinate funzioni»³⁴.

Ma non è tutto. Come è noto, infatti, si deve registrare l'abbandono, nella sistematica delle fonti parlamentari, del criterio formale, con la conseguente estensione a fonti le più diverse³⁵, tutte accomunate dall'unico elemento del mancato rispetto delle forme prescritte ex art. 64 Cost., dell'identica forza costituzionalmente attribuita ai regolamenti parlamentari cosiddetti “generali”, questi soli adottati nel rispetto di siffatte prescrizioni. Con la conseguenza di riconoscere nell'art. 64 Cost. un varco all'ingresso, tra le fonti primarie, dell'intero “sistema” dei regolamenti parlamentari³⁶.

antinomia non potrebbe che risolversi con gli ordinari criteri della *lex specialis* e della *lex posterior*. Al riguardo, N. LUPO, *La disciplina dei vitalizi e della previdenza dei parlamentari: alcuni nodi relativi alle fonti del diritto*, cit., 5, che cita, al riguardo, «alcuni casi di efficace, e talvolta persino elegante, coordinamento tra tali fonti. Il primo caso fu quello in materia di parere parlamentare sulle nomine dei vertici degli enti pubblici (legge n. 14 del 1978). Altri ve ne sono stati riguardo alle sessioni di bilancio (legge n. 468 del 1978, e successive modifiche), o anche alle procedure europee (legge n. 86 del 1989). Si veda, sul punto, anche il parere del Cons. di Stato, n. 2016 del 2018 Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018, circa la riforma della disciplina dei cosiddetti “vitalizi” spettanti ai parlamentari cessati dal mandato.

³¹ Cfr., A. MANZELLA, Art. 64, cit., 22. Su questo aspetto, più di recente, cfr., E. FRONTONI, *Lo statuto giuridico dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti del diritto alla luce di recenti modifiche e dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2018, 12 ss.

³² Cfr., ancora, A. MANZELLA, *ibidem*. Identifica come materia riservata ai regolamenti quella che «si suole indicare – con espressione inevitabilmente un po' vaga – come attinente all'autorganizzazione di ciascuna Camera e ai modi di esercizio delle sue funzioni, con particolare riguardo – nell'art. 72 – alla disciplina del procedimento legislativo», V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, cit., 160.

³³ In questo senso, G.G. FLORIDIA-F. SORRENTINO, *Regolamenti parlamentari*, in *Enc. giur.*, XXVI, 1991, 20.

³⁴ Cfr., G.G. FLORIDIA-F. SORRENTINO, *Regolamenti parlamentari*, cit., 20. V., A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 46 ss. Sull'integrazione, piuttosto che separatezza, tra le due fonti v., inoltre, A. LO CALZO, *Il controllo di legittimità costituzionale sugli atti normativi interni di Camera e Senato (a margine della sentenza n. 213 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2018/I, 27.

³⁵ Cfr., sulla «recisione nel diritto parlamentare del legame fra “forma” e “forza”», R. IBRIDO, *“In direzione ostinata e contraria”. La risposta della Corte costituzionale alla dottrina della sindacabilità dei regolamenti parlamentari*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2014, 10. V., inoltre, C. BERGONZINI, *La piramide rovesciata: la gerarchia tra le fonti del diritto parlamentare*, in *Quad. cost.*, 2008, 743, per la quale «ad un'osservazione approfondita delle dinamiche parlamentari (...), emergono diversi elementi che contraddicono la struttura gerarchica appena delineata, fino a rovesciarla; al punto da legittimare l'impressione che all'interno delle Camere la “vera” fonte siano i precedenti, i quali concorrono a formare sia le prassi, sia la giurisprudenza parlamentare, spesso prescindendo da qualsiasi considerazione relativa ai limiti costituzionali e regolamentari, per rispondere invece a logiche essenzialmente politiche e soddisfare esigenze il più delle volte contingenti».

³⁶ Cfr., G.G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, cit., 340; G.G. FLORIDIA-F. SORRENTINO, *Regolamenti parlamentari*, cit., 16 ss. afferma che «alcuni di questi regolamenti parlamentari minori costituiscono, insieme con regolamenti parlamentari veri e propri, due sotto-sistemi di norme che, nell'ordinamento generale dello

Tale apertura è tutt’altro che priva di conseguenze.

Si realizza, infatti, un interscambio tra fonti – le leggi e i regolamenti “generalisti” ovvero tra quelle e i regolamenti “minori”³⁷ – che, ancorché considerate in qualche misura “concorrenti”, non sono affatto equivalenti dal punto di vista del regime giuridico. E quanto più si amplia lo spazio normativo occupato dal complesso dei regolamenti – finendo per sovrapporsi a quello della legge, con le conseguenti incisioni anche su soggetti diversi dalle forze parlamentari³⁸ –, tanto più problematiche divengono le deroghe al regime proprio delle fonti di rango primario, ovverosia soggezione al sindacato di costituzionalità³⁹ e tutela giurisdizionale.

Problematiche destinate ad intensificarsi quando ad intervenire sono i regolamenti “minori”, che, come noto, non sono approvati in Assemblea, ma corrispondono a mere delibere dell’Ufficio di Presidenza (o, al Senato, del Consiglio di Presidenza), scontando così un *deficit* di rappresentatività e di tutela delle opposizioni, che si è ben evidenziato anche nelle modifiche normative della composizione dell’organo di Presidenza, approvate, in particolare al Senato, nell’ultimo ventennio⁴⁰. Più in generale, del resto, la questione del rispetto delle prerogative delle minoranze parlamentari si è stata posta, di recente, anche davanti alla Corte costituzionale⁴¹.

4. Lo statuto costituzionale dei regolamenti parlamentari

Lo speciale *status* dei regolamenti parlamentari è il risultato di un mosaico che si compone, invero, di assai pochi, ancorché significativi, tasselli.

Stato, si presentano come un unico complesso tutto quanto dotato dell’efficacia delle norme primarie», A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Artt. 1-9, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, II ed., Bologna-Roma, 2011, 576 s.

³⁷ V., C. DI SERI, *I regolamenti “minori”*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2018.

³⁸ Cfr., M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, 1990, 138. V., A. LO CALZO, *L’autodichia degli organi costituzionali: il difficile percorso dalla sovranità istituzionale dell’organo alla garanzia della funzione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 3/2015, 13, per il quale «per evitare una lesione delle posizioni giuridiche dei terzi occorrerebbe configurare le attività degli organi costituzionali coperte da sovranità e supremazia esclusivamente nell’ambito delle scelte e delle valutazioni politiche; soltanto in relazione a questo tipo di attività è possibile ipotizzare una sottrazione al controllo giurisdizionale, che sarebbe incompatibile con la garanzia di libertà di azione conferita al potere politico sovrano»; in questo senso, v., già, A. CLARIZIA, *La funzione amministrativa delle Camere*, Rimini, 1984, 230 ss.

³⁹ Sulla sottoponibilità al sindacato della Corte costituzionale come connotato caratterizzante la normazione primaria (nello specifico, ai fini dell’idoneità a soddisfare i requisiti della riserva di legge), v., S. FOIS, *La riserva di legge: lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, 300 ss.; ID., *Norme anteriori e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1968, 1077 ss. Cfr., inoltre, S.P. PANUNZIO *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati delle Camere e giustizia politica nello Stato costituzionale di diritto*, in *Giur. cost.*, 1978, 269 ss.

⁴⁰ V., E. GRIGLIO-G. PERNICIARO, *Proporzionalità e rappresentatività nell’organizzazione parlamentare. Un caso emblematico: il Consiglio di Presidenza del Senato*, in *Rass. parl.*, 2010, 896 ss.; R. DI CESARE, *Il Consiglio di Presidenza del Senato tra principio rappresentativo e principio maggioritario: i problemi sollevati dalle modifiche successive al regolamento*, in *Amministrazione In Cammino* (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>). V., inoltre, sul punto, G. LAURICELLA, *La riserva di regolamento parlamentare tra regolamento “maggiore” e regolamenti “minori”*, in *ordine alla deliberazione n. 14 del 12 luglio 2018 dell’Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it).

⁴¹ Basti ricordare l’ord. n. 17 del 2019, in cui, pur concludendo per l’inammissibilità, la Corte coglie l’occasione per ribadire un monito già formulato in passato (sent. n. 32 del 2014) in ordine agli «effetti problematici dell’approvazione dei disegni di legge attraverso il voto di fiducia apposto su un maxi-emendamento governativo» concludendone che «una perdurante usanza» come quella in esame «costituisce un fattore non privo di significato all’interno del diritto parlamentare, contrassegnato da un elevato tasso di flessibilità e di consensualità. Ciò non può giustificare, però, qualunque prassi si affermi nelle aule parlamentari, anche *contra Constitutionem*».

Abbandonato, fin dalla sent. n. 9 del 1959, il «feticcio» degli *interna corporis*⁴², la tesi prevalente ha ascrivito i regolamenti parlamentari al novero fonti del diritto⁴³, vuoi in considerazione della loro previsione in Costituzione, vuoi in ragione della competenza loro riconosciuta in materia di integrazione del procedimento legislativo, ed altrettanto prevalente è risultato il riconoscimento del loro rango primario⁴⁴.

A questa acquisizione – condivisa in seguito dal Giudice di Strasburgo⁴⁵, ma enunciata *expressis verbis* dalla Corte costituzionale solo nel 2014 con la sent. n. 120⁴⁶ – non è, però, seguita la conclusione, pure autorevolmente sostenuta⁴⁷, della sottoponibilità degli stessi al sindacato di costituzionalità.

La Corte, infatti, come noto, ha, per un verso, disconosciuto la natura di atti con forza di legge ex art. 134 Cost. dei regolamenti parlamentari⁴⁸, per l'altro ha ricondotto alla «logica» del sistema, al centro del quale si colloca il Parlamento, la preclusione di ogni sindacato sugli atti di autonomia normativa di cui all'art. 64 Cost.⁴⁹.

⁴² V., P. BARILE, *Il crollo di un antico feticcio in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in *Giur. cost.*, 1959, 240 ss.; nonché C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, ivi, 622 ss.

⁴³ Cfr., V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 792 ss. V., inoltre, S.P. PANUNZIO, *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati delle Camere e giustizia politica nello Stato costituzionale di diritto*, in *Giur. cost.*, 1978, 256 ss.; S. PRISCO, *Sui regolamenti parlamentari come "atti aventi forza di legge"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 406 ss.; S. LABRIOLA, *La riserva di regolamento delle Camere parlamentari e una (pretesa) potestà speciale di interpretazione della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1984, 1208 ss.; ID., *I regolamenti parlamentari tra teorie sulla sovranità e domestica giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 424 ss.; G. GEMMA, *Regolamenti parlamentari: una "zona franca" nella giustizia costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1985, 1774 ss.

⁴⁴ Cfr., A.M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giur. it.*, 1977, 11, pt. 1, 1831 ss.; S.P. PANUNZIO, *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati delle Camere e giustizia politica nello Stato costituzionale di diritto*, in *Giur. cost.*, 1978, 260 ss.; A. MANZELLA, *Art. 64, cit.*, 18 ss. Sulla dissociazione tra primarietà e forza di legge, v., ancora, A.M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giur. it.*, 1977, 11, pt. 1, 1831 ss.; nonché G.G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, cit., 274 ss.

⁴⁵ Per la Corte EDU i regolamenti parlamentari soddisferebbero i quesiti previsti dall'art. 6, par. 1, CEDU, che richiede tribunali "costituiti per legge" (sent. Corte EDU, 28 aprile 2009, *Savino e altri c. Italia*). Cfr., sul punto, G. BUONOMO, *L'autodichia parlamentare di nuovo in Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2013, 133 ss.

⁴⁶ ... nella quale si afferma che i regolamenti parlamentari «sono fonti dell'ordinamento generale della Repubblica, produttive di norme sottoposte agli ordinari canoni interpretativi, alla luce dei principi e delle disposizioni costituzionali, che ne delimitano la sfera di competenza».

⁴⁷ Cfr., V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 792 ss.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, II, 1, VI ed. riv. e agg. da F. CRISAFULLI, Padova, 1993, 159 ss. In senso diverso, v., A.M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giur. it.*, 1977, 11, pt. 1, 1831 ss.; S. GALEOTTI, *Osservazioni sui regolamenti parlamentari come figura estranea agli atti aventi forza di legge, di cui all'art. 134 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1981, 1117 ss.

⁴⁸ Afferma la Corte, nella sent. n. 154 del 1985, che con l'art. 134 Cost. «il Costituente ha segnato rigorosamente i precisi ed invalicabili confini della competenza del giudice delle leggi nel nostro ordinamento, e poiché la formulazione ignora i regolamenti parlamentari, solo in via d'interpretazione potrebbe ritenersi che questi vi siano ugualmente compresi. Ma una simile interpretazione, oltre a non trovare appiglio nel dato testuale, urterebbe contro il sistema». Sul riconoscimento, nei regolamenti parlamenti, della forza di legge come condizione per esercitare il sindacato di legittimità costituzionale, v., V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, cit., 162 s. V., inoltre, sul punto, S. LABRIOLA, *I regolamenti parlamentari tra teorie sulla sovranità e domestica giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 440 ss.

⁴⁹ Sent. n. 154 del 1985. Cfr., G.G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, cit., 299 ss., il quale rileva (pag. 316) come la Corte si sia rifugiata «nell'invocazione di dogmi discutibili e comunque indimostrati» ed inoltre (pag. 314) pare abbia voluto «cancellare sotto ogni profilo, il conformarsi dell'istituzione parlamentare alla legalità costituzionale, in nome di una "sovranità" dell'organi peraltro male intesa alla stregua dell'art. 1 Cost.». V.,

Siffatta neutralizzazione del principio di legalità costituzionale in relazione alle fonti camerali – inedita per le stesse leggi di revisione costituzionale –, determina l’effetto di costruire un universo normativo parallelo a quello costituzionale⁵⁰.

Emblematica in questo senso la sent. n. 78 del 1984 (confermata in seguito dalla 391 del 1995 e dall’ord. n. 149 del 2016), con la quale la Corte costituzionale ha tratto, dalla potestà di ciascuna Camera di disciplinare il procedimento legislativo «in tutto ciò che non sia direttamente ed espressamente già disciplinato dalla Costituzione», la conclusione che essa goda di «un margine piuttosto ampio all’interpretazione ed attuazione del pensiero del Costituente in materia e che l’interpretazione ed attuazione in parola [siano] di esclusiva spettanza di ciascuna Camera»⁵¹.

Il risultato che ne deriva è la preclusione per la stessa Corte costituzionale della possibilità di interpretare le disposizioni della Costituzione sul procedimento legislativo in modo diverso da quanto abbiano fatto le Camere attraverso i regolamenti parlamentari.

Esito, questo, che, a ben guardare, sembra in decisa controtendenza rispetto alla più generale ritrazione delle zone franche dal giudizio di costituzionalità, che può, invece, constatarsi nell’ultimo decennio.

Basti pensare all’estensione del sindacato costituzionale sui presupposti di straordinaria necessità ed urgenza del decreto-legge⁵², sulla legislazione elettorale⁵³ nonché sugli stessi “atti politici”⁵⁴.

D’altro canto, non può dimenticarsi che l’introduzione nella Carta costituzionale dello strumento del conflitto di attribuzione esprimeva nettamente l’intento dei Costituenti di giurisdizionalizzare anche i conflitti tra gli organi politici, favorendo l’espansione del principio di legalità costituzionale.

Né la più recente apertura della Corte costituzionale nei confronti del conflitto di attribuzione come strumento per ricomporre la legalità costituzionale dei regolamenti parlamentari, come pure l’affermazione della loro soggezione alla Costituzione rispetto alla definizione della sfera di competenza e della salvaguardia dei diritti fondamentali⁵⁵ consentono di ritenere persuasivamente risolta la questione del controllo di costituzionalità del regolamento parlamentare⁵⁶. Tutt’altro.

inoltre, S.M. CICONETTI, *La insindacabilità dei regolamenti parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1985, 1411 ss.; N. OCCHIOCUPO, *“Sovranità” delle Camere e “diniego di giustizia” nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 245 ss.

⁵⁰ Evidenzia che «la condizione d’insindacabilità ad essi garantita dalla (invero discussa) giurisprudenza della Corte sembra suggerire» l’inserimento dei regolamenti parlamentari «fra le fonti primarie (se non addirittura fra le fonti costituzionali) o fuori da ogni gerarchia» A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Artt. 1-9 disp. prel.*, cit., 568).

⁵¹ V., inoltre, sul punto, S. LABRIOLA, *I regolamenti parlamentari tra teorie sulla sovranità e domestica giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 436, per il quale in tal modo «si nega ogni valore precettivo alla norma costituzionale, la quale è posta ma, ai fini dell’esercizio della potestà regolamentare delle Camere, risulta *tamquam non esset*».

⁵² ... a partire dalle sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008.

⁵³ Sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017.

⁵⁴ Si veda la sent. n. 81 del 2012 in cui la Corte costituzionale afferma che «gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall’ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l’ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un’azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l’esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell’atto, sindacabile nelle sedi appropriate».

⁵⁵ Sent. n. 120 del 2014.

⁵⁶ Come rilevato da G.A. FERRO, *Autodichia parlamentare e camouflage dei conflitti interorganici (all’ombra della CEDU)*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2015, 21, «non sembra con tutta franchezza che il giudizio per conflitto risponda pienamente all’indicata finalità di tutela dei diritti fondamentali». V., inoltre, F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, in R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale i giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 71

La Corte costituzionale, infatti, rinnovando quel medesimo indirizzo inaugurato nella sent. n. 154 del 1985, continua a riconoscere, nei regolamenti, una forza normativa non conseguente dalla fonte così come essa è disciplinata dalla Costituzione, ma piuttosto dalla posizione dell'organo Parlamento nel sistema politico-istituzionale, in quanto espressione della volontà popolare⁵⁷.

La posizione dei regolamenti parlamentari verrebbe, così, a tradurre, ancora una volta, la «logica» del sistema.

In questo contesto, non appare retorico l'interrogativo se la norma costituzionale abbia un «valore meramente ricognitivo di un potere che le Camere avrebbero anche in assenza di essa»⁵⁸.

D'altra parte, la Corte costituzionale ha, ad altro riguardo, riconosciuto alla legge n. 1077 del 1948, recante "Determinazione dell'assegno e della dotazione del Presidente della Repubblica e istituzione del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica", un «carattere meramente ricognitivo» dell'autonomia normativa della Presidenza della Repubblica, ritenendo quest'ultima sorretta «da un implicito fondamento costituzionale»⁵⁹.

A ben guardare, però, il presupposto di cui, in questa prospettiva, non può fare a meno è la riesumazione della tesi dell'autolegittimazione del Parlamento sovrano. L'immagine che si scorge attraverso queste argomentazioni è, in altre parole, quella della "sovranità" parlamentare di stampo ottocentesco, espressione di una rappresentanza omogenea e di un potere politico pienamente libero.

L'argomento della sovranità del Parlamento – si badi – è fondato su una salda ed autorevole tradizione. Che però esso, ancorché dotato di una incomparabile forza evocativa, possa considerarsi tuttora convincente in un ordinamento a Costituzione rigida, che di quel potere politico costituisce fondamento e limite, è tutt'altro che scontato.

Deve, peraltro, constatarsi, che, nell'attuale assetto costituzionale, il Parlamento «non è più l'unico oracolo di una volontà popolare del tutto trascendente» e che il regolamento parlamentare altro non è che una delle forme in cui quella sovranità si manifesta⁶⁰.

Senza contare che la Carta costituzionale affianca, al Parlamento, ulteriori espressioni della sovranità popolare, non solo attraverso il circuito della rappresentanza politica regionale, ma anche tramite gli istituti della democrazia diretta. I quali, peraltro, sono in condizione di entrare in

ss.; T.F. GIUPPONI, *La Corte e la "sindacabilità indiretta" dei regolamenti parlamentari: il caso dell'autodichia*, in *Quad. cost.*, 2014, 675 ss.; F.G. SCOCA, *Autodichia e indipendenza delle Camere parlamentari*, in *Giur. cost.*, 2014, 2091 ss.

⁵⁷ Cfr., G.G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, cit., 299 ss.; S.P. PANUNZIO, *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati delle Camere e giustizia politica nello Stato costituzionale di diritto*, cit., 284 ss.

⁵⁸ Così, V. DI CIOLO-L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Milano, 2013, 31. V., inoltre, sul punto, M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, in *Giur. cost.*, 2014, 2108, che evidenzia come, nella concezione della Corte in relazione allo statuto di indipendenza delle Camere, «i regolamenti parlamentari risultano (...) espressione di un potere normativo che non ha fonte nella Costituzione, ma nell'autonomia politica delle Camere, e che di conseguenza pretermette il rispetto della Carta e la certezza del diritto applicabile alle supreme esigenze della vita politica parlamentare»; nonché ID., *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, 1990, 26, la quale, ricostruendo il concetto di autolegittimazione del diritto parlamentare classico, evidenzia che «la c.d. sovranità del Parlamento esprime al massimo grado l'autolegittimazione delle Assemblee elettive, e porta di conseguenza alla ribalta il carattere puramente "dichiarativo" delle norme costituzionali riguardanti il potere regolamentare».

⁵⁹ Sent. n. 129 del 1981

⁶⁰ Cfr., M. MANETTI, *Regolamenti parlamentari*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 651. V., inoltre, S.M. CICCONETTI, *La insindacabilità dei regolamenti parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1985, 1428 ss.; S. LABRIOLA, *I regolamenti parlamentari tra teorie sulla sovranità e domestica giurisdizione*, cit., 449 ss.; N. OCCHIOCUPO, *"Sovranità" delle Camere e "diniego di giustizia" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 245 ss.

collisione proprio con il regolamento parlamentare, data l’idoneità di quest’ultimo di sottrarsi al controllo da essi esercitato⁶¹.

5. L’autodichia come corollario dell’autonomia delle Camere?

L’esenzione dal sindacato di legittimità costituzionale del regolamento parlamentare ha sostanzialmente offerto riparo a quello che ne rappresenta uno degli aspetti maggiormente caratterizzanti e problematici, l’autodichia⁶², istituto debolmente fondato sui regolamenti maggiori⁶³ e disciplinato nei “minori”⁶⁴, che, riservando agli organi interni delle Camere la giurisdizione sui rapporti di lavoro del personale dipendente⁶⁵, incide su taluni diritti costituzionali dei singoli, non in ragione della carica di parlamentare da essi ricoperta, ma del rapporto di impiego anche occasionalmente intrattenuto con la Camera.

Come noto, la Corte costituzionale, non da oggi, ritiene che l’autonomia degli organi costituzionali si esprima «anzitutto sul piano normativo, nel senso che agli organi in questione compete la produzione di apposite norme giuridiche, disciplinanti l’assetto ed il funzionamento dei loro apparati serventi; ma non si esaurisce nella normazione, bensì comprende – *coerentemente* – il momento applicativo delle norme stesse, incluse le scelte riguardanti la concreta adozione delle misure atte ad assicurarne l’osservanza»⁶⁶.

Più di recente, arrestando un ancora incompiuto ripensamento⁶⁷, la Corte respinge nuovamente i dubbi sulla legittimità di tale prerogativa, in quanto ritenuta dagli stessi «organi

⁶¹ Ci si riferisce ovviamente alla sottrazione del regolamento parlamentare, diversamente dalla legge, al referendum abrogativo. In argomento, v., S. LABRIOLA, *I regolamenti parlamentari tra teorie sulla sovranità e domestica giurisdizione*, cit., 458 ss.

⁶² Emblematica la sent. n. 154 del 1985, nella quale si condivide con il giudice *a quo* di dubbio di «compatibilità dell’autodichia delle Camere con i principi costituzionali in tema di giurisdizione», sulla base della considerazione che «indipendenza ed imparzialità dell’organo che decide, garanzia di difesa, tempo ragionevole, in quanto coesenziali al concetto stesso di una effettiva tutela, sono indefettibili nella definizione di qualsiasi controversia», salvo poi neutralizzarlo attraverso il pregiudiziale dubbio sulla sindacabilità dei regolamenti parlamentari. Cfr., tra i molteplici contributi in materia, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969, 832 ss.; S.P. PANUNZIO, *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati delle Camere e giustizia politica nello Stato costituzionale di diritto*, cit., 256 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Autodichia*, in *Enc. giur.*, Roma, IV, 1988, 2 ss.; G.G. FLORIDIA-F. SORRENTINO, *Regolamenti parlamentari*, cit., 8 ss.; A. D’ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Milano, 2004, 1 ss.

⁶³ Art. 12, comma 6, e art. 12, comma 1, rispettivamente dei regolamenti di Camera e Senato. V., F.G. SCOCA, *Autodichia e indipendenza delle Camere parlamentari*, in *Giur. cost.*, 2014, 2095 ss.

⁶⁴ A tali regolamenti la Corte di Strasburgo ha, come noto, riconosciuto la qualifica di “legge” ai sensi dell’art. 6, par. 1, CEDU, che impone la garanzia di tribunali “costituiti per legge” (sent. CEDU, 28 aprile 2009, *Savino e altri c. Italia*), su cui, cfr., S.M. CICONETTI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e autodichia parlamentare*, in *Giur. it.*, 2010, 1271 ss. V., inoltre, M. AIROLDI, *I regolamenti delle Assemblee legislative*, Torino, 2012, 86 ss.

⁶⁵ Sull’allargamento dell’autodichia ben oltre le controversie di lavoro, v., F.G. SCOCA, *Autodichia e indipendenza delle Camere parlamentari*, in *Giur. cost.*, 2014, 2095 ss.; ID., *L’autodichia “costituzionalizzata” e il nuovo sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1 ss.; M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l’autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l’autodichia)*, *ivi*, 2103 ss.

⁶⁶ Sent. n. 129 del 1981. Corsivo nostro.

⁶⁷ V., la sent. n. 120 del 2014, in cui, per la Corte, se la sottrazione alla giurisdizione valga «per i rapporti di lavoro dei dipendenti e per i rapporti con i terzi, è questione controversa, che, in linea di principio, può dar luogo ad un conflitto fra i poteri (...). L’indipendenza delle Camere non può, infatti, compromettere diritti fondamentali, né pregiudicare l’attuazione di principi inderogabili». Cfr., tra i molteplici contributi, L. BRUNETTI, *Un significativo passo avanti della giurisprudenza costituzionale sull’autodichia delle Camere*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); G. BUONOMO, *Il diritto pretorio sull’autodichia, resistenze e desistenze*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); R. DICKMANN, *Tramonto o rilegittimazione dell’autodichia delle*

costituzionali (...) – sulla base di una risalente tradizione per le Camere, in virtù di più recenti orientamenti per il Presidente della Repubblica – *una delle condizioni per il dispiegarsi della propria autonomia* e, perciò, per il libero ed efficiente svolgimento delle proprie funzioni», oltre che «un *razionale completamento* dell'autonomia organizzativa degli organi costituzionali in questione, in relazione ai loro apparati serventi, la cui disciplina e gestione viene in tal modo *sottratta a qualunque ingerenza esterna*»⁶⁸.

La Corte, invero, non argomenta le ragioni per le quali la competenza giurisdizionale sarebbe «*svolgimento dell'autonomia normativa* che la Costituzione riconosce esplicitamente o implicitamente alle Camere e al Presidente della Repubblica», concentrandosi, piuttosto, sull'esigenza di preservare una volta di più – con la sola espunzione, ma solo «in via di principio», delle questioni non «puramente interne» – la posizione costituzionale della Camera e la

Camere?, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10/2014; A. GIGLIOTTI, *Autodichia e sindacabilità dei regolamenti parlamentari nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2015, 245 ss.; M.C. GRISOLIA, *L'autonomia degli organi costituzionali e i limiti alle loro prerogative. Un tema ricorrente in lenta trasformazione*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2015; T.F. GIUPPONI, *La Corte e la "sindacabilità indiretta" dei regolamenti parlamentari: il caso dell'autodichia*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); E. GRIGLIO, *Le assemblee parlamentari, giudici in causa propria, ma non a titolo esclusivo? I seguiti della sent. n. 120/2014 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2015; R. IBRIDO, *"In direzione ostinata e contraria". La risposta della Corte costituzionale alla dottrina della sindacabilità dei regolamenti parlamentari*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2014; A. LO CALZO, *Il principio di unicità della giurisdizione costituzionale e la giustizia domestica delle Camere*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10/2014; R. LUGARÀ, *I regolamenti parlamentari al vaglio di costituzionalità: la Consulta indica la strada*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2014; M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2014; A. RUGGERI, *Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una pronunzia-ponte della Consulta (a margine di Corte cost. n. 120 del 2014)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org) 2014 (10.05.2014); L. TESTA, *La Corte salva (ma non troppo) l'autodichia del senato. Brevi note sulla sent. Corte cost. n. 120 del 2014*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10/2014.

⁶⁸ Sent. n. 262 del 2017. Cfr., G. BARCELLONA, *I "paradisi normativi" e la grande regola dello Stato di diritto: l'autodichia degli organi costituzionali e la tutela dei diritti dei "terzi"*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); L. BRUNETTI, *Giudicare in autonomia: il nuovo vestito dell'autodichia*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); G. BUONOMO, *La Corte, la sete e il prosciutto*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); ID., *L'autodichia degli organi costituzionali è a sua volta costituzionale in laCostituzione.info* (<http://www.lacostituzione.info/>); L. CASTELLI, *Il "combinato disposto" delle sentenze n. 213 e n. 262 del 2017 e i suoi (non convincenti) riflessi sull'autodichia degli organi costituzionali*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 1/2018; G. D'AMICO, *La Corte adegua la sua autodichia alla "propria" giurisprudenza ma fino a che punto?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); F. DALLA BALLA, *I paradossi dell'autodichia*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 15/2018; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale consolida l'autodichia degli organi costituzionali*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 24/2017; A. LO CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia: dal binomio autonomia normativa-autodichia alla Corte di Cassazione come giudice dei limiti della giurisdizione domestica*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 1/2020; N. LUPO, *Sull'autodichia la Corte Costituzionale, dopo lunga attesa, opta per la continuità*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); M. MANETTI, *Quell'oscuro oggetto del desiderio: l'autodichia degli organi costituzionali nei confronti dei propri dipendenti*, in *Giur. cost.*, 2017, 2838 ss.; M. MANGANARO, *L'autodichia come "manifestazione tradizionale" dell'autonomia degli organi costituzionali: le aspettative deluse dopo Corte cost. n. 120/2014*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2018; G. MAROLDA, *Fumata nera per il punto di equilibrio tra l'autonomia costituzionale delle Camere e del Presidente della Repubblica e il potere giudiziario. Breve nota alla sentenza n. 262/2017 della Consulta*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); E. RINALDI, *La Corte costituzionale e l'autodichia: ci sono dei giudici per i dipendenti delle Camere e della Presidenza della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2017, 2844 ss.; E. FRONTONI, *Lo statuto giuridico dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti del diritto alla luce di recenti modifiche e dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2018; F.G. SCOCA, *L'autodichia "costituzionalizzata" e il nuovo sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1 ss.

conseguente «esclusione di qualunque potestà definitiva alternativa da parte del diritto comune»⁶⁹.

Per di più, partendo da tale speciale “posizione costituzionale”, sembra breve il passo per fondare l'autodichia finanche in relazione a norme che, ancorché non contenute in fonti di autonomia camerale, siano in qualche modo ritenute manifestazione del “diritto singolare” delle Assemblee, così svincolandole dal rispetto del principio dell'unicità della giurisdizione.

Passo, questo, bensì breve, ma quanto mai significativo, che la Corte di Cassazione non si è, infatti, trattenuta dal fare, ammettendo l'autodichia non solo sul terreno consueto – ma, come visto, pur sempre problematico – dei vitalizi, ma anche su quello, ancor più scivoloso, dell'indennità, la cui disciplina, come già ricordato, è dalla Costituzione riservata alla legge⁷⁰.

A ben guardare, queste più recenti pronunce, ribadendo che il principio dell'unicità della giurisdizione, neutralizzato per le controversie di cui sia parte la Camera, resti invece saldamente operativo per analoghe controversie che coinvolgano i consiglieri regionali⁷¹, non si discostano di molto dall'orientamento espresso nella risalente sent. n. 66 del 1964, nella quale la Corte, pronunciandosi sulla giustizia domestica esercitata dall'Assemblea regionale siciliana, mette in rilievo come l'indipendenza riconosciuta al Parlamento sia ben altra cosa rispetto all'autonomia concessa ai Consigli regionali.

Quanto a questi ultimi, infatti, il potere di regolamento, loro attribuito per assicurare il libero esercizio delle funzioni legislative, offrirebbe sì «la possibilità di dettare norme di organizzazione dei servizi e degli uffici e di disciplina dei rapporti coi dipendenti secondo l'autonomo apprezzamento che l'Assemblea fa delle proprie esigenze», senza, però, che, dal canto suo, il sindacato giurisdizionale sulla conformità dei singoli atti a queste norme possa «turbare quella libertà».

Tale assunto, quello cioè delle rispettive posizioni costituzionali del Parlamento e dei Consigli regionali, l'uno di sovranità, l'altra di autonomia, presupposto o riproposto dalla Corte nelle sue

⁶⁹ Così, ancora la sent. 262, ove si richiama la n. 379 del 1996 (corsivo nostro). Similmente in relazione all'autodichia della Corte dei conti (sent. n. 135 del 1975). La Corte costituzionale conclude, invece, in senso diverso, in relazione al sindacato giurisdizionale sugli atti del Consiglio Superiore della Magistratura, nella sent. n. 44 del 1968. In essa si afferma che «la sottoposizione delle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura ad un controllo di stretta legittimità da parte di un organo appartenente al potere giurisdizionale non [sarebbe], di per sé, tale da condurre necessariamente a vanificare o comunque ad attenuare l'efficacia della funzione garantista cui esse adempiono». In relazione alla sent. n. 120, rileva M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2014, 8, che «non è la prima volta che la Corte adotta *in subiecta materia* una motivazione, per così dire, suicida, nella quale la definizione del proprio rapporto con le Camere fa premio sul dovere dell'argomentazione». Come opportunamente rilevato (F.G. SCOCA, *Autodichia e indipendenza delle Camere parlamentari*, in *Giur. cost.*, 2014, 2100), «la disciplina della organizzazione interna di qualsiasi organismo, sia pubblico sia privato, sia di rango elevato e ampie dimensioni sia di modesto livello, può riguardare, volendole riconoscere la maggiore estensione possibile, oggetti di diritto sostanziale, giammai profili giurisdizionali e processuali».

⁷⁰ Corte di Cassazione, SS.UU. civ., ordd. nn. 18265 e 18266 del 2019, per le quali «le controversie relative alle condizioni di attribuzione e alla misura dell'indennità parlamentare e/o degli assegni vitalizi per gli ex parlamentari non possono che essere decise dagli organi dell'autodichia, la cui previsione risponde alla medesima finalità di garantire la particolare autonomia del Parlamento e quindi rientra nell'ambito della suindicata normativa di “diritto singolare”, la cui applicazione consente il superamento anche del principio dell'unicità della giurisdizione».

Cfr., in argomento, A. LO CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia: dal binomio autonomia normativa-autodichia alla Corte di Cassazione come giudice dei limiti della giurisdizione domestica*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 1/2020.

⁷¹ Cass. SS.UU., ord. n. 14920 del 2016.

pronunce, anche le più recenti⁷², ha, però, perduto – semmai ne abbia avuta in passato – ogni consistenza, rivelandosi in definitiva un anacronismo⁷³.

Infatti, delle due, l'una. O ci si riferisce al Parlamento come manifestazione della sovranità dello Stato, o al Parlamento come espressione della sovranità popolare.

Nel primo caso, a fronte di un ordinamento dotato di Costituzione rigida, sarebbe un errore prospettico, come si osserva, pretendere di conservare l'attributo della sovranità in capo allo Stato⁷⁴. Al quale, invece, non pare possa riconoscersi nulla più che una posizione di supremazia sugli altri soggetti presenti sul territorio statale e, al più, di rappresentanza generale della Nazione come, pure, affermato nelle sentt. nn. 106 e 306 del 2002. Se, invece, si ascrive al Parlamento l'espressione della sovranità popolare, ebbene, non può ragionevolmente dubitarsi che anche le Assemblee regionali siano a pieno titolo manifestazione di quella medesima "sovranità popolare" che si vorrebbe esclusiva del Parlamento⁷⁵, tanto più a seguito della riforma del titolo V Cost., dalla quale risultano aboliti i controlli di merito sulla legislazione regionale e ridimensionate le forme di partecipazione del Parlamento alla determinazione dell'indirizzo politico regionale, tipica della potestà legislativa concorrente.

In entrambi i casi, ad ogni modo, che tale "sovranità" possa realizzarsi ai danni del diritto di agire e di resistere in giudizio, ovverosia del «diritto al giudice» – ascritto ancora di recente dalla stessa Corte tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale persino in grado di precludere l'ingresso di norme del diritto internazionale consuetudinario contrastanti⁷⁶ – meriterebbe ben altra argomentazione.

Che, peraltro, il giudice interno – ma, si badi, non "speciale"⁷⁷ – in questione – ancorché "promosso" dalla Corte di Strasburgo⁷⁸ e ritenuto legittimato a sollevare l'incidente di

⁷² V., A. BURATTI, *Conferme sull'assetto processuale dei conflitti in tema di insindacabilità dei consiglieri regionali (ed anacronismi argomentativi sulla "posizione rispettiva" del Parlamento e dei Consigli regionali)*, in *Giur. cost.*, 2007, 2941.

⁷³ ... per riprendere A. BURATTI, *Conferme sull'assetto processuale dei conflitti in tema di insindacabilità dei consiglieri regionali (ed anacronismi argomentativi sulla "posizione rispettiva" del Parlamento e dei Consigli regionali)*, in *Giur. cost.*, 2007, 2941 ss. V., in argomento, nel quadro dell'ordinamento previgente, S. BARTOLE, *La "posizione" rispettiva di consigli regionali e camere*, in *Giur. cost.*, 1968, 2588 ss.

⁷⁴ V., A. D'ATENA, *Il versante interno della sovranità statale. Problemi vecchi e nuovi*, in *Id.*, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, 2007, 6 s.

⁷⁵ V., le sentt. nn. 106 e 306 del 2002. Nella prima si afferma che «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*» (corsivo nostro). V., B. DI GIACOMO RUSSO, *La Corte costituzionale e il nomen iuris Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2003, 643 ss.; N. LUPO, *Dalla Corte costituzionale uno "stop" (definitivo) ai Parlamenti regionali*, in *Amministrazione In Cammino* (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>)

⁷⁶ ... il riferimento è ovviamente alla sent. n. 238 del 2014, nella quale si ribadisce la qualificazione del diritto di difesa come principio supremo, che già aveva condotto la Corte in passato (sent. n. 18 del 1982) a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme del Concordato tra la Santa Sede e l'Italia (art. 34, commi 4, 5 e 6) e della relativa disciplina esecutiva (ll. nn. 810 e 847 del 1929).

⁷⁷ V., la sent. n. 262 del 2017, per la quale esplicitamente, «non essendo stati configurati gli organi di autodichia quali giudici speciali, avverso le loro decisioni non sarebbe neppure configurabile – come richiesto in via subordinata dalla ricorrente – il ricorso ex art. 111, settimo comma, Cost.». Cfr., R. DICKMANN, *La Corte costituzionale consolida l'autodichia degli organi costituzionali*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 24/2017; F.G. SCOCA, *L'autodichia "costituzionalizzata" e il nuovo sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1 ss. Anche M. MANETTI, *Quell'oscuro oggetto del desiderio: l'autodichia degli organi costituzionali nei confronti dei propri dipendenti*, in *Giur. cost.*, 2017, 2840, evidenzia l'atteggiamento della Corte diretto a «schivare ad ogni costo la qualifica di giudici speciali e le conseguenze che essa comporta nel nostro sistema: non solo la indipendenza che la legge deve assicurare ai medesimi giudici, ex art. 108, comma 2, Cost., ma anche la ricorribilità in Cassazione, ex art. 111, comma 7. Cost., delle loro pronunce».

⁷⁸ Sent. 28 aprile 2009, *Savino e altri c. Italia*, in cui la Corte di Strasburgo non ha posto in discussione l'istituto dell'autodichia in sé, quanto piuttosto le modalità di composizione degli organi di giustizia domestica della Camera

costituzionalità come giudice *a quo*⁷⁹ – non sia quello appartenente alla «funzione giurisdizionale così come regolata dagli artt. 101 e seguenti della Costituzione», in altre occasioni evocato dalla Corte medesima quale contenuto della garanzia di cui all’art. 24 Cost., non è in discussione⁸⁰.

E pare difficile continuare a giustificare – come si è fatto nel 1996 in relazione al «principio di legalità ed ai molteplici valori ad esso connessi»⁸¹ – che l’autonomia delle Camere e il «preminente valore di libertà del Parlamento»⁸² possano ancora postulare l’inibizione, per taluni cittadini, del rimedio giurisdizionale⁸³.

(nella specie, della Sezione giurisdizionale), per difetto del requisito di imparzialità oggettivi. V., G. PELELLA, *Si consolida l'autodichia parlamentare dopo il vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rass. parl.*, 2009, 1077 ss., per il quale (pag. 1090) la pronuncia «si segnala per le rilevanti affermazioni a sostegno della legittimità del giudice domestico all'interno di organi parlamentari e, più specificamente, della compatibilità dell'autodichia rispetto ai principi fondamentali del giusto processo».

⁷⁹ ... in quanto chiamati a svolgere, in posizione *super partes*, funzioni giurisdizionali per la decisione di controversie (nella specie, quelle tra la Camera dei deputati e i pensionati suoi ex dipendenti), secondo quanto affermato nella sent. n. 213 del 2017.

⁸⁰ Ancora, sent. n. 66 del 1964, nella quale si precisa che la giustizia domestica rappresenta «un limite al diritto che a tutti l’art. 24 della Costituzione riconosce», che «quando parla del diritto di “agire in giudizio”, non può non riferirsi alla funzione giurisdizionale così come regolata dagli artt. 101 e seguenti della Costituzione». Il rischio che il giudice “domestico” possa diventare «troppo facilmente» un «giudice “addomesticato”» è evidenziato da S.P. PANUNZIO, *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati delle Camere e giustizia politica nello Stato costituzionale di diritto*, in *Giur. cost.*, 1978, 298.

⁸¹ Sent. n. 379 del 1996.

⁸² Ancora, sent. n. 379 del 1996.

⁸³ Cfr., C. DELLE DONNE, *Autodichia degli organi costituzionali e universalità della giurisdizione nella cornice dello Stato di diritto: la Corte costituzionale fa il punto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 141 ss.

MARINA PIETRANGELO
Alcune note sugli usi linguistici del legislatore statale
nella produzione normativa recente

SOMMARIO 1. Premessa. – 2. La “forma” della legge come memoria del ciclo regolatorio. – 3. Osservazioni sparse sul linguaggio della legge nella produzione normativa recente. – 3.1. Sul lessico. – 3.2. Sulle formule standardizzate. – 4. Per concludere.

1. Premessa

Il linguaggio del legislatore muta nel tempo, come ogni altro linguaggio settoriale. Alle regole codificate e consolidate nell'uso, infatti, possono affiancarsi nuovi registri linguistici, ai quali i legislatori ricorrono sia per registrare nuovi fenomeni sociali sia anche per imporre nuovi modelli culturali. Nelle parole del diritto positivo possiamo ritrovare la nostra società storicizzata e al contempo i segni delle trasformazioni sociali accolte e legittimate (o respinte) dai decisori pubblici. Gli usi linguistici dei nostri legislatori sono osservabili da molteplici angolazioni. Certamente essi occupano un posto di rilievo negli studi sui metodi e sulle tecniche per il miglioramento della qualità della produzione normativa. Oggetto di questo breve scritto sono, dunque, gli usi linguistici del legislatore statale nella produzione normativa recente.

Ai temi della qualità della regolazione Pasquale Costanzo ha dedicato numerosi e pregevoli studi, oltre che una intensa attività formativa, ideando sul finire degli anni Novanta uno specifico corso di dottorato di ricerca dedicato esattamente a “Metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi”¹. A ciò si aggiunga la meritoria opera di documentazione e di approfondimento scientifico denominata “Codice di *drafting*”, che raccoglie tutte le risorse italiane, europee e internazionali in tema di tecniche normative (dalle regole codificate in manuali o altri atti istituzionali alla dottrina giuridica), liberamente accessibili online sul portale *Tecniche Normative* da lui progettato e diretto².

Nella sua ampia produzione scientifica sui metodi della buona legislazione si rintracciano sia lavori fondamentali sull'inquadramento giuridico della materia complessivamente considerata³, sia

¹ Il Dottorato di ricerca in *Metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi* è nato nell'anno accademico 1996-97 su iniziativa di Pasquale Costanzo, che ne è stato il coordinatore, presso l'Università di Camerino (cicli XII e XIII). In un secondo tempo (cicli dal XIV al XXII), il dottorato ha avuto come sede l'Università degli studi di Genova. Sulla formazione in materia di tecniche legislative, v. P. COSTANZO, *Le tecniche legislative nella formazione universitaria. Relazione al seminario Formazione per le tecniche legislative, Torino 17-18 giugno 1999*, in *Iter legis*, n. 4/1999, 72 ss.; R. PAGANO, *La formazione dei redattori di testi legislativi: la esperienza dell'ISLE*, in *Iter legis*, n. 3 /1999, 110 ss. Chi scrive ha frequentato presso l'Università degli studi di Genova il dottorato di ricerca diretto dal Pasquale Costanzo.

² Il portale *Tecniche Normative* è un aggiornato e ricco canale di documentazione in lingua italiana in materia di tecniche legislative (o *drafting* normativo). Nella sezione “Studi” del portale – che ospita anche una Rivista scientifica – sono pubblicati saggi originali sui temi della qualità della legislazione. La pubblicazione *on-line* delle risorse sul *drafting* a cura di Pasquale Costanzo costituisce di fatto la prosecuzione della prima opera di documentazione avviata da Rodolfo Pagano, direttore del Centro per la documentazione automatica della Camera dei deputati dal 1977, data della sua costituzione, con alcuni suoi noti lavori, tra cui R. PAGANO, M. AINIS, *Indicazioni bibliografiche sul drafting legislativo*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, Padova, Cedam, 1990, 803 ss.; R. PAGANO (a cura di), *Le direttive di tecnica legislativa in Europa*, Roma, Camera dei Deputati, 1997; ID., *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, Giuffrè, 1999 (fino alla terza ed. 2004); più di recente, v. E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

³ Si vedano, tra i molti, P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, Jovene, 2009, 177 ss.; ID., *Tecniche*

indagini mirate su profili specifici, dall'impiego dell'informatica⁴ in ambito legislativo ai caratteri della lingua della legge⁵. Nella pur vasta letteratura scientifica su questi temi, dunque, i contributi del professor Costanzo occupano un posto certamente di rilievo, risultando essenziali per coloro che desiderino avvicinarsi alla riflessione in questo ambito⁶. Essi spiccano per l'originalità degli argomenti e per quel persistente legame - quasi fisiologico, benché non formalizzato nella nostra Carta costituzionale, come rilevato dal professore in più d'uno scritto - delle sue annotazioni con il principio costituzionale della certezza del diritto, e più in generale con l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali. La lettura delle sue opere sulla qualità della normazione ci restituisce cioè una traccia generale e di metodo, un invito a restare su quella che egli stesso ha definito come "la dimensione 'alta' del fenomeno, capace cioè di sovrapporsi al piano operativo della produzione legislativa"⁷.

In questo solco si collocano le brevi considerazioni qui esposte, con cui s'intendono esaminare alcuni caratteri della produzione normativa statale più recente, rilevanti sotto il profilo della qualità formale dei testi. Saranno precisamente oggetto di attenzione alcuni vizi ricorrenti nell'attività di redazione dei testi legislativi e nelle connesse scelte lessicali del legislatore statale, con l'obiettivo – se possibile – di indicare qualche possibile correttivo o perlomeno di segnare la via per approfondimenti ulteriori. Lo scritto riprende e sviluppa alcuni argomenti trattati in occasione dell'audizione tenuta presso il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati il 19 dicembre 2018 (XVII legislatura) sulle "Attuali tendenze della produzione normativa"⁸. Esso, dunque, conserva in parte i caratteri dell'analisi puntuale e interlocutoria, organizzata in risposta a quesiti specifici⁹. La scelta di riprendere e rielaborare considerazioni già esposte dinanzi al Comitato, destinandole al *Liber amicorum* dedicato al professor Costanzo, vuole essere un omaggio e più ancora un ringraziamento. Perché è certamente grazie ai suoi insegnamenti e alla sua passione anche per i temi della qualità della regolazione che chi scrive ha continuato a coltivare negli anni questi studi; in definitiva, potendo così ben onorare l'invito istituzionale ricordato.

normative e tutela dei diritti fondamentali, in A. RUGGERI et alii, *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2007, 15 ss. Ancora di recente, v. P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Le radici del «drafting» legislativo nel parlamentarismo liberale*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 3/2018, 679 ss.

⁴ P. COSTANZO, *Tecniche legislative e informatica giuridica: questo matrimonio s'ha da fare?* in M. CAMMARATA (a cura di), *La legge e la rete*, Monti e Ambrosini ed., Pescara, 2008, 116 ss.

⁵ P. COSTANZO, *La lingua delle Aule parlamentari, la lingua della Costituzione e la lingua della legge*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), n. 3/2015, 1-9 (e in P. CARETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, Pisa, University Press, 2016, 121 ss.).

⁶ Non è possibile qui indicare in modo esaustivo la estesa letteratura in tema di tecniche normative, anche solo relativamente al cosiddetto *drafting* formale. Tuttavia, per tenere a mente almeno il respiro di lungo periodo di questa riflessione, meritano di essere ricordati i primi e fondamentali lavori, tra cui A. PREDIERI, *Problemi concernenti le tecniche di redazione dei provvedimenti legislativi*, Firenze, Regione Toscana, 1975; S. BARTOLE (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, Cedam, 1988; V. FROSINI, voce *Tecniche giuridiche*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992, 38 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Tecnica legislativa*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; M. AINIS, *La legge oscura: come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 1997. A questi lavori ne sono seguiti molti, sino ai nostri giorni, a testimoniare che le molte questioni sono ancora irrisolte. Tra i più recenti, anche qui senza pretesa di esaustività, v. M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, M. MARTELLI, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011; P. COSTANZO (a cura di), *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento: strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, Napoli, Jovene, 2011. R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, Camera dei deputati, 2012; M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014.

⁷ P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale*, cit., 189.

⁸ Per una sintesi, cfr. Camera dei deputati (XVIII leg.), *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione. Primo turno di Presidenza, Presidente On. Fabiana Dadone (10 luglio 2018 – 5 maggio 2019)*, 158 ss.

⁹ Molti gli interrogativi rivolti agli auditi dal Comitato. Tra le questioni indagate: il ruolo dell'Esecutivo nella elaborazione della documentazione tecnica a corredo dei provvedimenti d'iniziativa governativa o nelle attività di valutazione (AIR e VIR); le persistenti incongruenze dell'istruttoria, anche nella fase emendativa; il mancato rispetto delle regole di *drafting*.

2. La “forma” della legge come memoria del ciclo regolatorio

Come bene emerge nei rapporti periodici del Comitato per la legislazione, i molti profili della qualità normativa, pure se osservabili separatamente nelle diverse fasi del ciclo della regolazione, risultano tra loro interdipendenti: dalla programmazione alla progettazione del singolo atto, all'istruttoria, alle fasi decisorie, fino all'approvazione e alla pubblicazione ufficiale o notiziale, e più ancora alle attività di valutazione¹⁰. L'idea della decisione legislativa come segmento di un più complesso procedimento che coinvolge permanentemente più soggetti, più istituzioni, più luoghi, in tempi diversi e in condizioni diverse è insomma costante nella giurisprudenza dello Comitato¹¹. Ma la decisione legislativa è a un tempo il risultato di quel procedimento esteso e complesso, e dunque essa non può che rivelarne “tra le righe” evoluzioni o involuzioni¹². In tal senso, l'analisi degli elementi grammaticali e lessicali e l'esame più generale dell'organizzazione del testo all'interno dell'atto possono risultare significativi - oltre che per valutarne la corretta formulazione tecnica sotto il profilo linguistico - per pesare l'efficacia dell'atto in sé e nel sistema giuridico cui appartiene.

La legge può cioè essere osservata sia come il “prodotto normativo finale” sia anche come il resoconto degli accadimenti che si sono svolti lungo tutto il procedimento di formazione dell'atto: essa è l'atto e la sua memoria insieme. La “forma” del testo può restituirci cioè elementi utili a misurare anche la qualità *sostanziale* dell'atto che essa racchiude ed esprime. Muovendo dalla struttura dell'atto, dai caratteri morfosintattici e specialmente dalle scelte lessicali del legislatore sarà sempre possibile trarre indicazioni di rilevanza più generale sulle tendenze della regolazione, sull'atteggiarsi dei rapporti tra i soggetti che intervengono nelle diverse fasi del ciclo regolatorio o sulla natura stessa della fonte.¹³ La cattiva organizzazione interna dei contenuti o la grande dimensione dell'atto, o l'inefficacia comunicativa di titoli e rubriche, o ancora la rinuncia al lessico specialistico in favore di prestiti dal linguaggio comune possono costituire una lente preziosa per mettere in luce vizi o buone pratiche, non necessariamente identificabili col mancato rispetto delle regole di tecnica legislativa. Regole che, come noto, sono precisate nelle “Lettere circolari sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi”, emanate in identico testo dai Presidenti della Camera e del Senato nel 2001. Queste “circolari” contengono raccomandazioni

¹⁰ Sul Comitato per la legislazione, v. F. BIENTINESI, *Il Comitato per la legislazione e le riforme regolamentari della Camera dei deputati*, in *Diritto pubblico*, 1998, 527 ss.; F. PETRICONE, *Il Comitato per la legislazione nel nuovo regolamento della Camera*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 705 ss.; M.P.C. TRIPALDI, *Il Comitato per la legislazione tra previsione normativa ed effettivo svolgimento delle funzioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1998; N. LUPO, *Il Comitato per la legislazione tra le norme e la prassi*, 2001, in *Accademia* (<https://www.academia.edu/>); L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Torino, Giappichelli, 2003; P. ZUDDAS, *Amministrazioni parlamentari e procedimento legislativo. Il contributo degli apparati serventi al miglioramento della qualità della legislazione*, Milano, Giuffrè, 2004.

¹¹ Sulle tendenze recenti delle attività del Comitato, v. V. DI PORTO, *Il Comitato per la legislazione venti anni dopo*, in *Luiss School of Government Working Paper Series*, 2018; P. CARNEVALE, *Le fonti sotto la lente del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) Focus Fonti 3/2018 (v. anche gli altri contributi pubblicati ivi); L. DI MAIO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.

¹² Un percorso lungo entro cui, come noto, sulle originarie intenzioni del legislatore di produrre disposizioni chiare e precise e universalmente valide s'innestano le esigenze di altri attori del processo legislativo che mirano ad influenzare il decisore finale.

¹³ Questo vale più in generale per tutti i testi scritti del diritto. Osserva P. CARETTI, *Discutere del linguaggio dei giuristi per riflettere sul loro ruolo oggi: qualche considerazione a conclusione del Convegno “La lingua dei giuristi”*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), n 3/2015: “Le valutazioni cominciano a cambiare (in peggio) quando si passa all'osservazione del linguaggio del legislatore ordinario che spesso, sia per la struttura utilizzata che per il lessico, ci appare quasi congegnato ad arte per ostacolare quella chiarezza e semplicità del testo delle disposizioni, indispensabili per una loro agevole interpretazione e applicazione. (...) Ciò è soprattutto determinato da ragioni politiche (difficili rapporti tra maggioranza e opposizione, ma anche all'interno degli stessi gruppi politici di maggioranza, sono spesso causa di mediazioni mal riuscite che si riflettono alla fine sul linguaggio della legge), ma è anche l'espressione di quella diffusa scarsa consapevolezza linguistica cui ho prima fatto riferimento.” (3).

sia sugli aspetti generali dell'atto (disciplinare materie omogenee, evitare ambiguità semantica e sintattica, prediligere semplicità e precisione) sia sulla organizzazione interna di contenuti specifici (disposizioni di delega o di modifica di atti o di delegificazione ecc.)¹⁴; e costituiscono uno dei parametri di valutazione della qualità dei testi normativi, di cui alla Camera si occupa il Comitato per la legislazione ("... con riguardo alla loro omogeneità, alla semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente", art. 16-*bis*, comma 4, reg. Camera).

3. Osservazioni sparse sul linguaggio della legge nella produzione normativa recente

Prima di svolgere qualche considerazione sul linguaggio del legislatore, occorre ricordare che le esigenze di chiarezza e comprensibilità dei testi del diritto, benché in ipotesi irrinunciabili, sono perennemente in bilico anche a causa del carattere tecnico-specialistico, altrettanto irrinunciabile, dei tipi testuali propri del dominio giuridico¹⁵. La certezza dei diritti e delle relazioni tra gli individui e la sicurezza giuridica nel nostro Stato di diritto dipendono, inoltre, anche dalla grande e disomogenea quantità di diritto scritto oggi prodotto, che complica e aggrava non di poco la capacità dei regolatori di presidiare i testi anche sotto il profilo linguistico-lessicale¹⁶. Questi condizionamenti vecchi e nuovi hanno effetti evidenti sul linguaggio delle leggi, il quale - come da ultimo rilevato - "cerca di stare al passo con una realtà sempre più complessa, ove si moltiplicano i linguaggi specialistici e gergali, che il legislatore cerca affannosamente di assorbire, con una vitalità che cerca di rimanere abbrancata alle novità che si registrano in tutti i campi"¹⁷. Una complessità che, se possibile, evidenzia però più ancora l'urgenza di insistere sulla qualità informativa e linguistica dei testi di legge, che per l'appunto s'innestano in un sistema in cui la loro riconoscibilità anche attraverso la costruzione sintattica e il lessico può risultare dirimente a fini interpretativi e attuativi¹⁸.

¹⁴ Le cosiddette «circolari sul *drafting*» sono state adottate in identico testo e con la medesima data (20 aprile 2001) dai Presidenti di Camera dei deputati, Senato della Repubblica e Consiglio dei Ministri. I legislatori regionali utilizzano il *Manuale per le Regioni promosso dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome. Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi* (l'ultima versione è del 2007).

¹⁵ J-L. EGGER, *A norma di (chi) legge. Peculiarità dell'italiano federale*, Milano, 2019, 2, scrive di una "identità oscillante" del testo normativo, la quale cioè oscilla tra due esigenze opposte, quella di essere compresa dall'intera comunità da essa regolata e quella di mantenere la propria specialità e tecnicità (ivi, 13-14). Secondo l'A., questa ambivalenza inciderebbe inevitabilmente sulla redazione del testo normativo e sulla sua comprensione da parte dei destinatari sin dal principio. Riflette sulla comunicazione "del" e "nel" diritto come pratica condotta "in buona fede" e che mira alla comprensione, senza tuttavia poterla garantire G. U. RESCIGNO, *Comunicare, comprendere, interpretare nel diritto*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2009, 687 ss.

¹⁶ Sui limiti di ordine culturale che si oppongono all'obiettivo di un linguaggio giuridico chiaro, v. E. PIEMONTESE, *La semplificazione del linguaggio amministrativo e lo scoglio della mancata semplificazione del linguaggio legislativo. Aspetti linguistici e aspetti politici*, in R. ZACCARIA (a cura di), *op. cit.*, 157 ss.

¹⁷ V. DI PORTO, *La lingua delle leggi in età repubblicana*. Relazione al Convegno "Il lessico delle istituzioni. Evoluzione del linguaggio delle istituzioni pubbliche, della politica e dell'amministrazione nella storia dell'Italia unita, Università degli studi della Tuscia, Viterbo, 27-28 settembre 2019 (testo non ancora pubblicato; si ringrazia l'A. per averlo anticipato e condiviso con chi scrive).

¹⁸ Sul linguaggio giuridico la letteratura è davvero estesa, impossibile darne conto, se non per salti. Tra i molti lavori apparsi nel tempo, v. almeno U. SCARPELLI, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; A. ROSS, *Critica del diritto e analisi del linguaggio* (a cura di A. FEBBRAIO, R. GUASTINI), Bologna, 1982; T. DE MAURO, M.E. PIEMONTESE, M. VEDOVELLI (a cura di), *Leggibilità e comprensione. Atti dell'incontro di studio*, Roma, Istituto di Filosofia, Villa Mirafiori, 26-27 giugno 1986, n. spec di *Linguaggi*, 3/1986; A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, X, Torino, 1994, 21 ss.; M. CORTELAZZO, *Lingua e diritto in Italia: il punto di vista dei linguisti*, in L. SCHENA (a cura di), *La lingua del diritto: difficoltà traduttive, applicazioni didattiche. Atti del primo convegno internazionale*, Milano 5-6 ottobre

Le fonti normative si caratterizzano per una maggiore rigidità strutturale (di “derivazione” costituzionale solo in relazione alla partizione in articoli)¹⁹ e per le strettoie e le garanzie di cui è costellato il loro procedimento di formazione. A questi tratti che le rendono tipiche, si aggiunge una riconoscibilità linguistica, che contribuisce significativamente alla loro funzione ordinatoria. Prima che alle dettagliate raccomandazioni contenute nelle lettere circolari ricordate sopra, si pensi, per esempio, alle prescrizioni sulla chiarezza del linguaggio degli atti normativi del Governo, che sono contenute nell'articolo 13-*bis* della legge n. 400 del 1988, in essa introdotto nel 2009²⁰. Se necessario, questa disposizione vale a confermare la tipicità degli atti anche sotto il profilo linguistico, perché queste fonti del diritto esistono attraverso la «combinazione di parole» ad esse sottostanti, organizzate in costrutti morfosintattici che ce le restituiscono nella loro forza giuridica. Il linguaggio della legge è prevalentemente prescrittivo, come richiesto dalla funzione dell'atto. E l'atto si manifesta mediante enunciati prescrittivi, che rispondono a codici linguistici consolidati. Con un margine di elasticità, s'intende, come mostrato dalla presenza in questi atti anche di enunciati di tipo descrittivo ai quali può essere comunque assegnata una valenza prescrittiva (spesso in via interpretativa): per esempio, i preamboli di alcune Carte costituzionali, la parte giustificativa di provvedimenti amministrativi ecc.

Questa rapida traccia serve a ricordarci che vi sono punti di contatto e di intersezione tra le fonti e pure tra i relativi piani linguistici, che s'intersecano anche in un rapporto di dipendenza gli uni dagli altri. Se, dunque, la legge «sta sopra» le altre fonti, anche il suo linguaggio «starà sopra» gli altri, cioè sopra i linguaggi dei cosiddetti atti subordinati, per i quali si ricorre a meta-linguaggi o linguaggi di secondo grado, derivati cioè da quello della legge, che ne determina i contenuti²¹. Questo meta-linguaggio dovrà trovare nel piano linguistico superiore, quello della legge ordinaria, precisione tecnica e chiarezza. La rilevanza giuridica è evidente, come annota Irti in uno dei suoi preziosi saggi sulla calcolabilità del diritto: “È nell'interesse dei destinatari che diritti ed obblighi siano definiti con strenuo rigore (...). Non c'è un linguaggio democratico della legge ma solo un linguaggio preciso o impreciso (...). A torto il tecnicismo è sospettato di 'antidemocrazia', giacché esso, proprio con rigore

1995, Roma, 1997, 35 ss.; U. SCARPELLI, P. DI LUCIA, *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994; B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Bologna, seconda ed. 2006; P. FIORELLI, *Intorno alle parole del diritto*, Milano, 2008; G. GARZONE, F. SANTULLI (a cura di), *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Milano, 2008; B. POZZO, F. BAMBI (a cura di), *L'italiano giuridico che cambia. Atti del Convegno di studi, Firenze, 1° ottobre 2010*, Firenze, 2010; F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, Bologna, 2010; N. MARASCHIO, *Lingua e diritto: qualche questione di metodo*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, 2011, 29 ss.

¹⁹ Sul punto si ricorda la giurisprudenza della Corte costituzionale tendenzialmente non contraria ad un elevato numero di commi all'interno di uno stesso articolo. Sul tema v. G. PICCIRILLI, *I maxiemendamenti alla prova della giustizia costituzionale in Italia e in Francia: tendenze opposte nel sindacato dei vizi del procedimento legislativo*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, Luiss University Press, 2007, 376 ss.

²⁰ Secondo l'art. 13-*bis* (Chiarezza dei testi normativi) della l. n. 400 del 1988 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), introdotto dalla l. n. 69 del 2009:

«1. Il Governo, nell'ambito delle proprie competenze, provvede a che: a) ogni norma che sia diretta a sostituire, modificare o abrogare norme vigenti ovvero a stabilire deroghe indichi espressamente le norme sostituite, modificate, abrogate o derogate; b) ogni rinvio ad altre norme contenuto in disposizioni legislative, nonché in regolamenti, decreti o circolari emanati dalla pubblica amministrazione, contestualmente indichi, in forma integrale o in forma sintetica e di chiara comprensione, il testo ovvero la materia alla quale le disposizioni fanno riferimento o il principio, contenuto nelle norme cui si rinvia, che esse intendono richiamare.

2. Le disposizioni della presente legge in materia di chiarezza dei testi normativi costituiscono principi generali per la produzione normativa e non possono essere derogate, modificate o abrogate se non in modo esplicito (...).»

²¹ V. F. SABATINI, *I tipi di testo e la 'rigidità' del testo normativo giuridico*, in S. COVINO (a cura di), *La scrittura professionale. Ricerca, prassi, insegnamento*, Firenze, 2001, 97 ss.

di parola e nettezza di contenuti, tutela interessi di comuni e di singoli, e fornisce sostegno alle pretese 'popolari'»²².

Con questa premessa, si possono svolgere ora alcune considerazioni sulla produzione normativa recente osservata sotto il profilo della comprensibilità linguistica. Un campione di testi esaminati ha mostrato anzitutto la permanenza di alcune patologie storiche, produttive di oscurità e ambiguità: eccessiva lunghezza dei periodi, sovrabbondanza di subordinazione, presenza di coordinate all'interno del comma ecc. Ma si fanno notare anche alcuni ulteriori tratti ricorrenti, egualmente forieri di scarsa chiarezza e incertezza interpretativa: assenza di brevità corredata di ripetizioni o tautologie, variazioni semantiche e presenza di sinonimi. Se considerati nel loro insieme all'interno di un medesimo periodo, questi elementi paiono tipici piuttosto di certi testi esplicativi o comunicativi, poco adatti alla funzione regolativa e prescrittiva della fonte normativa, in cui risultano essenziali invece la precisione, l'univocità e l'uniformità terminologica²³. Dunque, fatta salva la struttura dell'atto (partizione minima in articoli e commi, elencazioni dopo l'alinnea ecc.), si può già anticipare qui un primo dubbio circa la capacità del legislatore di restare sul piano linguistico che gli compete, preservando i caratteri specifici del suo registro linguistico, che appare sempre più incline ad assorbire tratti tipici di altri testi. Come si vedrà più avanti con alcuni esempi, questa perdita di «tipicità linguistica» rischia di generare una vera e propria osmosi tra tipi testuali, a cui il nostro sistema giuridico assegna funzioni ed effetti del tutto differenti, senza tuttavia produrre alcun beneficio sotto il profilo della qualità della regolazione e della certezza del diritto. Al contrario, semmai, la confusione tra piani linguistici diversi accresce ulteriormente le incertezze interpretative e applicative, esponendo l'atto stesso sotto il profilo della legittimità; ancora una volta, a conferma del fatto che la scrittura o riscrittura legislativa non è attività residuale, confinabile nella mera revisione linguistica.

3.1. *Sul lessico*

Sotto il profilo linguistico, tra i limiti ricorrenti nella produzione normativa recente si segnala la scarsa attenzione del legislatore per il lessico. Al proposito, infatti, negli atti d'iniziativa sia governativa che parlamentare, paiono registrabili negli ultimi anni due nuove tendenze: da un lato, l'abbandono del lessico tecnico-giuridico in favore di un lessico tratto dal linguaggio comune; dall'altro, la rappresentazione di fenomeni nuovi - prima non regolati dall'ordinamento giuridico - mediante anglicismi che affiancano l'italiano con funzione descrittiva o esplicativa, se non definitoria. In entrambi i casi risultano disattese le indicazioni consolidate (regole o raccomandazioni) sulla formulazione tecnica dei testi normativi, secondo cui «È opportuno che i termini stranieri entrati nell'uso della lingua italiana e privi di sinonimi in tale lingua di uso corrente siano corredata da una definizione.»²⁴; e che suggeriscono di anteporre nell'articolato una unica disposizione contenente le definizioni di nuovi istituti giuridici o di termini utilizzati con diverso significato²⁵. Si tratta quindi

²² N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, 73 e 75.

²³ Cfr. la *Circolare sulla formulazione tecnica*, cit., regola 2, lett. b): «Ogni precetto normativo contenuto nell'atto è formulato evitando qualsiasi ambiguità semantica e sintattica e rispettando, per quanto possibile, sia il principio della semplicità che quello della precisione.».

²⁴ Ivi, raccomandazione *sub* regola 4.

²⁵ Secondo la *Circolare sulla formulazione tecnica*, cit.: «È opportuno ricorrere a definizioni allorché i termini utilizzati non siano di uso corrente, non abbiano un significato giuridico già definito in quanto utilizzati in altri atti normativi ovvero siano utilizzati con significato diverso sia da quello corrente sia da quello giuridico.» (raccomandazioni *sub* regola 4). Secondo il *Manuale per le regioni*, cit.: «Definizioni. 1. Quando un termine non ha un significato chiaro e univoco, e specialmente quand'è usato in un'accezione diversa da quella del linguaggio comune o del linguaggio tecnico, corredarlo di una definizione.» (regola 17).

di modificazioni negli usi linguistici consolidati, le quali tuttavia - oltre che discostarsi dalle prescrizioni di tecnica normativa - non paiono affatto migliorative della qualità testuale degli atti in cui si rinvencono. Al contrario, in un sistema giuridico già sovraccarico di testi, essi introducono minor rigore sul piano linguistico, con conseguenze sull'efficacia dell'atto e delle fonti derivate, poiché - come detto - i piani linguistici, prima che le fonti, sono strettamente interconnessi tra loro²⁶. Fenomeni certamente da esaminare con attenzione. Come anticipato sopra, nelle fonti primarie la rinuncia ad un lessico tecnico-giuridico in favore del lessico comune, talvolta anche con chiare connotazioni politiche, infatti, potrebbe essere la spia di scelte che mirano alla cattura del consenso più che alla «chiarezza e comprensibilità» del diritto. È grande cioè il sospetto che si tratti di usi linguistici inclini a conferire al testo normativo una rinnovata o più immediata efficacia comunicativa, che non riesce però a preservare la funzionalità e la certezza del sistema di produzione delle fonti.

Per fare qualche esempio, si pensi ai casi della «cittadinanza digitale» (l. n. 124 del 2015) o della «concretezza» amministrativa (l. n. 56 del 2019), le quali - si presume - mirano ciascuna a suo modo a raggiungere empaticamente la collettività, senza tuttavia che ad esse corrisponda alcun istituto giuridico o che siano precisamente definite.

La locuzione «cittadinanza digitale» è apparsa per la prima volta nel nostro ordinamento all'interno della rubrica di una disposizione di delega destinata alla revisione del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005): l'articolo 1 della legge n. 124 del 2015 è intitolato «Carta della cittadinanza digitale». Senza alcun riferimento espresso all'intervento correttivo su un precedente decreto legislativo, la rubrica è risultata così «muta» dal punto di vista della tecnica normativa, ma «parlante» sotto il profilo della comunicazione politica. La scelta linguistica del legislatore è valsa cioè a evidenziare la finalità dell'intervento normativo nella materia della digitalizzazione pubblica, cioè la volontà di un rafforzamento dei cosiddetti «diritti al digitale». Né la delega, né i successivi due decreti integrativi e correttivi (d.lgs. n. 179 del 2016 e n. 217 del 2017) hanno però definito questa «cittadinanza digitale», lasciando così all'interprete l'esatta identificazione dei diritti che ad essa dovrebbero essere riferiti²⁷.

La «concretezza» delle azioni delle amministrazioni pubbliche è invece un nuovo parametro di misurazione dell'efficienza amministrativa, o forse un nuovo obiettivo dell'attività amministrativa, su cui dal 2019 vigila un apposito «Nucleo delle azioni *concrete* di miglioramento dell'efficienza amministrativa, denominato 'Nucleo della *Concretezza?*», incardinato nel Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri. La legge assegna al Nucleo della *concretezza* il compito di assicurare «la *concreta* realizzazione delle misure indicate» nel nuovo

²⁶ Non è questa la sede per considerare la questione della giustiziabilità delle regole di tecnica normativa, in assenza di un parametro costituzionale espresso. Su questo profilo, v. P. COSTANZO, *Il fondamento*, cit., secondo cui la qualità della legge è «un'implicazione necessaria del sistema» e un «obiettivo costituzionalmente rilevante affinché altri principi e regole di diretta ed incontestabile portata parametrica siano tenuti presenti nella produzione legislativa». Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di tecniche normative, da ultimo v. L. DI MAJO, *La costruzione giurisprudenziale della qualità della legislazione*, in M. CAVINO, L. Conte (a cura di), *La tecnica normativa*, cit., 257, che ricorda anche le differenti posizioni dottrinarie sull'esigenza di un giudizio di costituzionalità per leggi oscure o di non buona qualità (specialmente 9 ss.).

²⁷ Sulla locuzione «cittadinanza digitale» cfr. la l. 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche), art. 1 (Carta della cittadinanza digitale). Sulla «cittadinanza digitale», anche sotto il profilo linguistico, volendo v. M. PIETRANGELO, *Cittadinanza digitale e diritto all'uso delle tecnologie*, in G. CAMMAROTA, P. ZUDDAS (a cura di), *Amministrazione elettronica. Caratteri, finalità, limiti*, Torino, Giappichelli, 2020 (in stampa). Sulla l. n. 124/2015, cfr. Sulla l. n. 124 del 2015, tra gli altri, v. B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma (commento a l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2015, 621 ss.; G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 20/2015; A. GARILLI, *Breve storia di una riforma incompiuta*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/2018, 985 ss.

«Piano triennale delle azioni *concrete* per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni»²⁸. Al di là del bisticcio, pure evidente, una lettura più attenta delle norme ci restituisce tra le maglie della nuova disciplina il senso delle scelte lessicali del legislatore, che a quella parola così familiare e d'uso comune, la concretezza, ha assegnato solo ed esclusivamente un messaggio di tipo politico. Le «azioni concrete» prescritte dal legislatore servono (al legislatore stesso e all'esecutivo) per ricordare alla collettività che saranno (finalmente) attuate le prescrizioni previste altrove. A norma della nuova legge, infatti, le amministrazioni agiscono in modo concreto se riescono a «*garantire* la corretta applicazione delle disposizioni in materia di organizzazione, funzionamento, trasparenza e digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni e la conformità dell'attività amministrativa ai principi di imparzialità e buon andamento» (art. 1, lett. b) e a «*implementare* l'efficienza delle pubbliche amministrazioni, con indicazione dei tempi per la realizzazione delle azioni correttive» (art. 1, lett. c).

La legge è usata qui come *pro memoria* per l'attuazione di norme e principi preesistenti, con un lessico tratto dal vocabolario di base, funzionale alla comunicazione e non alla regolazione²⁹. Al proposito, occorre forse sgombrare il campo da un equivoco di fondo: il lessico comune, che può essere presente in un testo di legge, come ci hanno mostrato i noti studi del sociolinguista De Mauro relativi alla nostra Costituzione, non deve sostituirsi al lessico tecnico-giuridico³⁰. Contare le parole del vocabolario comune presenti in un testo di legge è utile a certi fini, ma non è detto che un numero elevato di tali parole sia indice di maggiore comprensibilità; al contrario, esso potrebbe connotare il testo per indeterminatezza semantica, producendo così maggiore incertezza nelle fasi interpretativa e attuativa³¹.

Trasporre nella legge i registri linguistici della comunicazione legislativa (o della comunicazione politica), funzionali a «raccontare» obiettivi, finalità e contenuti della legge mediante il ricorso a termini o perifrasi di uso comune, non equivale a rendere più comprensibile alla collettività il «messaggio del legislatore» racchiuso nell'atto. Si tratta di percorsi complementari, ma non

²⁸ Cfr. l'art. 1 (Istituzione del Nucleo della Concretezza), l. 19 giugno 2019, n. 56 (Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo), su cui v. A. CAPALBO, *La legge sulla concretezza. Passi ulteriori per una Pubblica Amministrazione più efficiente*, Rimini, Maggioli, 2019; B.G. MATTARELLA, *La concretezza dell'amministrazione e quella della legge*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2019, 714 ss.

²⁹ F. SABATINI, V. COLETTI (a cura di), *Dizionario della lingua italiana: [con-cre-téz-za]* s.f. caratteristica di ciò che è sensibilmente, immediatamente percepibile, verificabile.

³⁰ T. DE MAURO, *Introduzione. Il linguaggio della Costituzione*, in *Costituzione della Repubblica Italiana*, con l'introduzione di T. DE MAURO e una nota storica di L. VILLARI, Torino-Roma, UTET Libreria, 2006, VII ss.; ID., *Compito*, in M. BOSSI, N. MARASCHIO (a cura di), *Io parlo da cittadino. Viaggio tra le parole della Costituzione italiana*, Firenze, Consiglio regionale della Toscana, 2008, 47 ss.. Secondo DE MAURO, nonostante il diffuso analfabetismo successivo alla caduta del fascismo, la Costituzione è stata comunque capace di raggiungere tutta la popolazione italiana con almeno la licenza elementare, come nessun altro testo del diritto ha saputo fare. Il lessico della Costituzione è composto per il 74% dal vocabolario di base, ma la frequenza del ricorso alle parole di base è ben più elevata, così che il vocabolario di base non copre solo il 74% circa delle occorrenze, ma ben il 92,13% delle oltre novemila parole ricorrenti nel testo (9369 parole, che sono repliche e occorrenze di 1357 lemmi; 1002 di questi lemmi appartengono al vocabolario di base della lingua italiana). Il vocabolario di base raccoglie molte parole già presenti nella «lingua di Dante»; esso permette la comprensibilità di un testo da parte di un ampio strato di persone. Sulla lingua della Costituzione v. anche F. BAMBI (a cura di), *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nel lessico costituzionale italiano*, Firenze, edizioni Accademia della Crusca, 2012.

³¹ Un approfondimento in tale direzione è stato avviato di recente proprio dal Comitato per la legislazione della Camera. Cfr. Camera dei deputati (XVIII legisl.), Osservatorio sulla legislazione, *Appunti del Comitato per la qualità della legislazione - Le parole delle leggi*, n. 4 del 4 marzo 2020. Il rapporto prende ad esame un campione di tre provvedimenti legislativi (una legge di iniziativa parlamentare, una legge di iniziativa governativa, un decreto-legge nel testo coordinato dopo la conversione in legge), misurandoli secondo alcuni parametri (numero complessivo e lunghezza dei periodi, presenza di subordinate ecc.).

fungibili³². Non è questa la via per supplire alle carenze comunicative delle nostre istituzioni, le quali, da un lato, non hanno investito come avrebbero dovuto nell'attività di comunicazione pubblica - e legislativa specialmente -, dall'altro, hanno aperto fronti comunicativi inediti e perigliosi, sulla scia delle già note leggi cosiddette manifesto o dichiarative o decorative³³. In ogni caso, ciò che conta è che queste pratiche non pare abbiano ridotto la pervicace oscurità legislativa.

Qualche esempio anche sull'uso degli anglicismi, cioè parole o costrutti propri della lingua inglese entrati nell'italiano, anche con adattamenti fonetici, cui il legislatore dovrebbe fare ricorso per descrivere nuovi fenomeni sociali o tecnici non conosciuti nella nostra lingua³⁴. Come noto, nelle *Circolari sulla formulazione tecnica dei testi normativi* l'uso di parole straniere è escluso «salvo che siano entrati nell'uso della lingua italiana e non abbiano sinonimi in tale lingua di uso corrente»³⁵. Benché la regola di legistica citata sia essa stessa suscettibile di una migliore formulazione, è comunque chiaro che il legislatore dovrebbe utilizzare l'anglicismo nei soli casi in cui non esista un corrispondente nella lingua italiana. E invece, come già rilevato, la prassi recente sembra mostrarci alcune soluzioni linguistiche alternative, diverse tra loro ma tutte contrarie alle raccomandazioni di tecnica normativa: in tutti i casi osservati cioè il legislatore ha utilizzato termini o locuzioni in lingua inglese corredati di traduzione o definizione in lingua italiana. Ancora una volta, parebbe trattarsi di soluzioni pensate per rendere più comprensibile la norma, ma all'evidenza solo apparentemente più facili e più efficaci sotto il profilo comunicativo.

Alcuni esempi di queste molteplici «tecniche di bilinguismo». La locuzione inglese con traduzione in parentesi è molto diffusa: si va dalle «comunità intelligenti (smart communities)»³⁶, al «processo di trasformazione digitale della rete stradale nazionale (Smart Road)»³⁷ al «packaging intelligente

³² Come noto, già col d.p.r. 28 dicembre 1985, n. 1092 (Approvazione del testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana), veniva affrontato il tema della pubblicazione «gli atti ed i comunicati che interessino la generalità dei cittadini e la cui pubblicità risponda ad esigenze di carattere informativo diffuso» (art. 18). Oggi più che in passato la funzione comunicativa e quella di pubblicazione ufficiale dovrebbero integrarsi e risultare complementari, perché entrambe integrano il principio di certezza del diritto e supportano l'accesso al diritto in senso oggettivo; la prima non meno della seconda.

³³ Sulla funzione e sulle potenzialità inattuata della comunicazione istituzionale, v. le considerazioni recenti di S. ROLANDO, *Comunicazione istituzionale e identità nazionale. Relazione al Convegno "L'amministrazione questa sconosciuta. Chiavi di lettura della storia unitaria a proposito del libro 'Storia dell'amministrazione italiana' di Stefano Sepe, Roma, 16 aprile 2019*, in cui l'A. tenta un bilancio dei percorsi comunicativi condotti dalle amministrazioni italiane, segnalando alcuni dei limiti e dei ritardi che ne hanno ridotto le potenzialità democratiche.

³⁴ Sugli anglicismi nella lingua italiana, v. R. GUALDO, *Gli accoppiamenti maliziosi: scambi e contatti di lingua, e altro, tra italiane e inglesi*, Firenze, Cesati, 2019; A. ZOPPETTI, *Diciamolo in italiano: gli abusi dell'inglese nel lessico dell'Italia e in colla*, Milano, Hoepli, 2017; M. FANFANI, *Sugli anglicismi nell'italiano contemporaneo*, in *Lingua nostra*, n. 1/1991, 11 ss. Nel linguaggio del diritto, v. R. BOMBI, *Anglicismi e comunicazione istituzionale*, Roma, Il calamo, 2019; L. PEGORARO, *Integrazione, globalizzazione e sfide traduttive nel diritto pubblico comparato*, in B. POZZO, F. BAMBI (a cura di), *L'italiano giuridico*, cit., 49 ss.; J. VISCONTI, *Prestiti e calchi: dove va la lingua giuridica italiana*, ivi, 185 ss.; M. GUGGEIS, *L'influenza dell'Unione Europea e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, ivi, 207 ss.

³⁵ *Circolare sulla formulazione tecnica*, cit., regola 4, lett. m). Nel *Manuale delle regioni*, cit., la regola 21 prevede: «21. Termini stranieri. 1. Usare parole straniere solo se sono di uso comune nella lingua italiana o nel linguaggio normativo e non hanno termini corrispondenti in italiano. 2. Se il significato della parola straniera non è chiaro e univoco, corredarla di una definizione. 3. La parola straniera assunta nella lingua italiana è invariabile.».

³⁶ L. 4 aprile 2012, n. 35 (Conversione in legge, con modif., del d.-l. 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo), allegato 1, parte 1 (Modificazioni apportate in sede di conversione al d. l. 9 febbraio 2012, n. 5).

³⁷ L. 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), art. 1, comma 72.

(smart packaging)»³⁸. Analoga a questa soluzione, la presenza in parentesi della locuzione inglese con funzione traduttiva e di sintesi di una più ampia formulazione in lingua italiana, con connessi ulteriori problemi interpretativi: «Il Programma è finalizzato (...) secondo il modello urbano della città intelligente, inclusiva e sostenibile (Smart City)»³⁹. Una variante di queste pratiche è costituita dal ricorso a locuzioni in inglese usate per identificare l'oggetto regolato, di cui è però fornita la definizione all'interno della disposizione che lo disciplina: «2. Si definisce *'smart contract'* un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate (...)»⁴⁰. E infine, a conferma davvero della molteplicità dei rimedi approntati, non sono mancati gli usi misti, nei quali il legislatore ha fatto ricorso sia all'italiano sia alla lingua inglese, usata quest'ultima verosimilmente ancora una volta per solo esigenze comunicative, in un settore nel quale essa è lingua d'uso prevalente. Come si può notare in questa rubrica «Nuove imprese a tasso zero, Smart & Start e Digital Transformation»⁴¹, nella quale compare addirittura il ricorso alla cosiddetta «e commerciale», le locuzioni straniere conferiscono al testo una funzione quasi promozionale, come d'altro canto confermato dal fatto che il «lancio» o lo «strillo» è per l'appunto inserito nella rubrica dell'articolo in questione

3.1. Sulle formule standardizzate

Qualche cenno anche sull'organizzazione interna dei testi e sul ricorso a formule standardizzate, che possono agevolare l'omogeneità e la riconoscibilità dei testi normativi. L'osservazione della legislazione più recente ci restituisce sostanzialmente un quadro disordinato, a cui potrebbe forse imprimere nuovo ordine un'opera di aggiornamento, revisione e più ancora omogeneizzazione delle prescrizioni già contenute nelle ricordate circolari sulla formulazione tecnica dei testi, che risalgono a quasi venti anni fa, e di quelle del più ampio Manuale in uso presso i Consigli regionali, la cui ultima edizione è oramai ugualmente datata (risale al 2007). Una nuova riflessione comune, una revisione unitaria e l'adozione di un testo interistituzionale eviterebbero almeno di percorrere vie separate, come già sta accadendo a livello regionale. Così, per esempio, nel 2002 (con aggiornamento nel 2005) il Consiglio della Regione Marche ha predisposto le sue «Formule standardizzate (Formulario per la redazione degli atti normativi)»; e nel 2019 il Consiglio regionale della Toscana ha adottato una nuova versione «commentata» del Manuale del 2007, corredata di formule standardizzate per la citazione degli atti. Si discute da tempo di questa esigenza di unificare le guide e i formulari usati dai nostri legislatori; forse bisognerebbe provarci davvero, con l'obiettivo ambizioso di raccogliere e aggiornare in una unica guida tutti i documenti istituzionali sulla redazione dei testi istituzionali (non solo normativi). Ciò consentirebbe a un tempo di rimettere al centro della discussione anche il tema della scrittura giuridica, non relegando perennemente il controllo sulla «forma» degli atti alle fasi dell'iniziativa o del coordinamento finale.

³⁸ D.-l. 30 aprile 2019, n. 34 (Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi), art. 26 (Agevolazioni a sostegno di progetti di ricerca e sviluppo per la riconversione dei processi produttivi nell'ambito dell'economia circolare), comma 4, lettera d), numero 5), conv., con modif., nella l. 28 giugno 2019, n.58

³⁹ L. 27 dicembre 2019, n. 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022), art. 1, comma 437.

⁴⁰ L. 11 febbraio 2019, n. 12 (Conversione in legge, con modif., del d.-l. 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione), allegato (modificazioni apportate in sede di conversione al d.-l. 14 dicembre 2018, n. 135).

⁴¹ D.-l. n. 34 del 2019, cit., art. 29.

4. Per concludere

Tirando le fila di queste rapide osservazioni su alcune tendenze recenti negli usi linguistici del legislatore statale, esaminate a campione, occorre anzitutto registrare uno spostamento della legge dal piano prescrittivo a quello comunicativo. Permane l'esigenza imperitura di una legge che sa farsi comprendere, ma le soluzioni linguistiche scelte per assegnarle una maggiore attitudine comunicativa sembrano, da un lato, poco efficaci, dall'altro, ulteriormente problematiche sotto il profilo della legittimità dell'atto. In certa misura, esse hanno finito per alimentare quella perdita progressiva di riconoscibilità e tipicità degli atti giuridici, già insistente per varie ragioni sul nostro mobile e incerto sistema delle fonti. Le regole sulla formulazione tecnica dei testi normativi, per quanto migliorabili, sono per lo più disattese, come attestato dalla presenza di periodi troppo lunghi, con un numero elevato di subordinate, dall'assenza di uniformità terminologica, o dai nuovi rimedi di sperimentati di recente. In molti dei testi esaminati, particolarmente nei principi e criteri direttivi delle leggi di delega, nei testi di legge che risultano dall'accorpamento di più progetti originari, oltre che negli articoli e nei commi voluminosi delle cosiddette leggi omnibus, ai limiti qualitativi si aggiungono poi i vizi derivanti da «eccesso di peso» (quantità di testo, numero di parole). Da questo primo esame pare così di poter concludere nel senso che le modifiche recenti negli usi linguistici del legislatore statale hanno spinto sulla finalità comunicativa o propagandistica, senza tuttavia accrescere la qualità democratica dei «discorsi del legislatore». Non è questo il compito del legislatore, e non è ciò che s'intende quando si rivendicano per le nostre leggi maggiori chiarezza e comprensibilità. O almeno non per la via intrapresa.

FULVIO PASTORE
Dal programma al contratto di governo¹

SOMMARIO: 1. Premessa: il ricorso a categorie civilistiche nella scienza giuspubblicistica. - 2. Il programma di governo nella teoria scientifica e nell'esperienza repubblicana durante la prima fase consociativa. - 3. Il programma di governo nella fase quasi contrappositiva - 4. Crisi del bipolarismo e ritorno al parlamentarismo compromissorio: il contratto di governo - 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa: il ricorso a categorie civilistiche nella scienza giuspubblicistica

L'esperienza politico istituzionale produce talvolta fenomeni inediti che mettono in crisi consolidate categorie del diritto pubblico, richiedendone la messa in discussione e la ridefinizione.

La crisi del bipolarismo prodotto dalla riforma elettorale del 1993, in uno con la forte affermazione di nuovi movimenti politici con bassa propensione alla formazione di alleanze di governo, ha determinato il ritorno a logiche convenzionali o stipulative della forma di governo parlamentare italiana, che aveva invece subito una trasformazione in senso quasi contrappositivo in virtù dell'affermazione del principio maggioritario nella legislazione elettorale.

L'assenza di una maggioranza parlamentare, consacrata dalle urne, in grado di esprimere un governo qual che fosse, ha determinato l'esigenza di avviare delle negoziazioni tra forze politiche che si erano presentate alle elezioni su posizioni contrapposte e che avevano dichiarato agli elettori che non si sarebbero mai alleate tra loro per formare una maggioranza di governo.

Paradossalmente, la nascita del governo Conte ha dimostrato la perdurante vitalità della forma di governo parlamentare italiana che, nonostante resti purtroppo demunita di elementi significativi di stabilizzazione e razionalizzazione costituzionale, si è confermata come la più matura e stabile in un Paese postindustriale come il nostro, connotato da una elevata frammentazione e da una caratterizzazione ideologica marcata del sistema partitico.

L'elasticità delle disposizioni costituzionali, infatti, ha consentito di adattare il loro significato normativo al mutato quadro politico e alle mutate esigenze, favorendo un accordo tra forze politiche collocate su posizioni antipodiche.

Di qui la novità di fare ricorso a un contratto di governo, nel quale stabilire, secondo una logica di tipo sinallagmatico, quali impegni assumere dinanzi alle camere parlamentari con il programma di governo.

D'altro canto, la richiesta, avanzata da alcune forze politiche con forte caratterizzazione in senso populista, di superare il divieto di mandato imperativo previsto dalla Costituzione, ha condotto alla messa in discussione, sin dalle sue fondamenta, della rappresentanza politica parlamentare e della stessa natura giuridica del mandato parlamentare. Fino a configurare il parlamentare, secondo le prospettazioni più estreme e antitetiche al dettato costituzionale, come un semplice portavoce (o *nuncius*) dei cittadini elettori.

Le indicate trasformazioni, in uno con profonde altre, hanno spinto la dottrina giuspubblicistica a tornare a meditare su categorie fondamentali della scienza giusciviltistica come "contratto" e "rappresentanza", al fine di verificare la possibilità di ricavarne significati utili a inquadrare e comprendere gli inediti fenomeni politico-istituzionali in atto².

¹ Il testo riflette l'intervento svolto nell'ambito del seminario internazionale su "Trasformazioni della forma di governo e sorte della democrazia: Italia e Spagna" (Napoli, Università degli studi di Napoli Federico II, 6.5.2019).

² Sulla crisi della rappresentanza e sull'esigenza di rafforzare gli strumenti di partecipazione politica, cfr. *ex plurimis*, P. COSTANZO, *Quale partecipazione popolare nel d.d.l. di riforma costituzionale (c.d. Renzi-Boschi)*, in Pasquale Costanzo,

Non a caso, la più avvertita e autorevole dottrina costituzionalistica ha di recente indicato con chiarezza l'esigenza di andare oltre la dicotomia diritto privato/diritto pubblico, così come ha sottolineato la necessità di superare anche la dicotomia tra teoria relazionale e teoria istituzionale, tra norme di condotta e norme organizzative³.

2. Il programma di governo nella teoria scientifica e nell'esperienza repubblicana durante la prima fase consociativa.

Nella prima fase consociativa della forma di governo parlamentare italiana, la mitologia dell'indirizzo politico aveva elevato il programma di governo a vero e proprio *totem* della dialettica tra governo e maggioranza parlamentare: un luogo comune dell'immaginario collettivo, ipostasi della compenetrazione tra le diverse componenti della coalizione⁴.

La fiducia, in teoria, avrebbe dovuto essere conferita al governo dalle camere parlamentari sulla base di un programma di governo che doveva essere completo, organico e chiaro e che avrebbe dovuto rispecchiare il programma presentato dalle forze politiche di maggioranza agli elettori durante la campagna elettorale. In una forma di governo parlamentare classica, nella quale il governo è promanazione permanente della maggioranza parlamentare, infatti, la responsabilità di governo avrebbe potuto essere ricoperta solo a seguito dell'assunzione di impegni precisi, temporalmente definiti e prescrittivi. Inoltre, il programma avrebbe dovuto definire chiaramente le linee politiche che sarebbero state perseguite dall'esecutivo in ogni campo della sua azione e con riferimento a ciascun dicastero.

Del resto, la manifestazione di volontà espressa dalle camere parlamentari, mediante il voto di fiducia, non avrebbe dovuto essere in bianco, ma sarebbe intervenuta solo all'esito della discussione generale sulle dichiarazioni programmatiche, tenendo conto anche degli ulteriori impegni assunti dal governo durante le repliche ai dibattiti parlamentari e soprattutto, sulla base di una ampia e argomentata motivazione contenuta nella mozione di fiducia⁵. Elemento questo ultimo che rientrava tra i flebili strumenti di stabilizzazione e razionalizzazione costituzionale introdotti dall'Assemblea costituente, nell'intento di dare una minima e sia pure molto parziale attuazione all'ordine del giorno Perassi.

Il dato dell'esperienza, tuttavia, nella prima fase consociativa o convenzionale della forma di governo italiana che va dal 1948 al 1993, si è andato sensibilmente discostando dal modello teorico.

In presenza di un sistema elettorale proporzionale pressoché puro, le forze politiche si presentavano agli elettori ciascuna con il proprio programma, con il proprio simbolo e con il proprio leader. La coalizione di maggioranza veniva a formarsi solo all'esito delle elezioni all'interno delle assemblee parlamentari. Il Presidente del consiglio non era il leader della coalizione e spesso neppure il *leader* di uno dei partiti di maggioranza ma rappresentava un punto di equilibrio tra le varie forze, sicché spesso veniva scelto una personalità politica che non incontrava il veto da parte degli altri partiti e dagli altri esponenti del suo stesso partito. Pertanto, nei rapporti infragovernativi

Adriano Giovannelli, Lara Trucco (a cura di), *Forum sul D.D.L. costituzionale "Renzi-Boschi" : dieci studiosi a confronto*, Giappichelli, Torino, 2015, 15-27.

³ In tal senso cfr. S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n.3/2017, 2.8.2017.

⁴ Sui miti della prima fase consociativa della forma di governo parlamentare italiana cfr. P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli, 1998.

⁵ Sul rapporto fiduciario cfr. *ex plurimis* M. VILLONE, *Art. 94 Cost.*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna - Roma, 1994.

il principio di collegialità prevaleva su quello gerarchico e il Presidente del consiglio era solo un *primus inter pares*⁶.

In questo quadro, il programma di governo veniva a comporsi dopo le elezioni, durante la fase di formazione del governo. Siccome poi la durata media dei governi era inferiore all'anno solare, con la media di oltre tre governi per legislatura, ma le maggioranze di governo restavano quasi sempre invariate, il programma veniva ripresentato durante la stessa legislatura, quasi identico, a ogni investitura di un nuovo esecutivo.

Il fatto che i programmi di governo avessero contenuto quasi identico durante la medesima legislatura in presenza della stessa maggioranza di governo appare comprensibile e anche in qualche misura prevedibile.

Quello che, invece, sorprende è constatare che i programmi di governo avevano contenuto molto simile, con medesimo linguaggio, identica struttura e stessa consequenzialità logica, durante tutte le legislature, dalla I alla XI, che si sono succedute in questa prima fase della storia repubblicana. E ciò nonostante i cambiamenti nelle coalizioni di governo: il periodo centrista, che caratterizzò gli anni dal 1948 al 1962, quando la coalizione di maggioranza faceva perno sulla democrazia cristiana e vedeva la partecipazione di alcuni partiti laici minori; il periodo del primo centrosinistra, che caratterizzò gli anni dal 1962 al 1976, quando la coalizione di maggioranza vide l'ingresso del partito socialista in occasione della formazione del primo governo Fanfani; il periodo della solidarietà nazionale, che caratterizzò gli anni dal 1976 al 1980, quando si formarono, sulla base del c.d. compromesso storico, dei governi di minoranza che beneficiarono dell'astensione benevola da parte del principale partito di opposizione; il periodo del secondo centrosinistra o del pentapartito, che caratterizzò gli anni dal 1980 al 1993, quando si ricostituì una maggioranza che ricomprendeva democristiani, socialisti e altri partiti laici minori.

L'analisi attenta dei testi dei programmi di governo presentati nella fase storica in esame, in effetti, evidenzia: ripetitività dei contenuti; stesso ordine delle tematiche e stessi itinerari logico-argomentativi; utilizzo di un linguaggio generico e non prescrittivo; indicazione dei soli obiettivi da raggiungere, senza specificazione delle misure da adottare e soprattutto senza indicazione di un cronoprogramma⁷.

Probabilmente, questo modo di confezionare il programma di governo corrispondeva a una serie di esigenze: stilare un testo sufficientemente generico da poter essere accettato dalle varie componenti di una maggioranza frammentata, litigiosa e composta da partiti con identità ideologicamente divaricate; non vincolare eccessivamente la discrezionalità dell'esecutivo nella determinazione dei contenuti di provvedimenti amministrativi e di atti normativi da adottare; rendere più difficile per le opposizioni e per i mezzi di informazione documentare l'inadempimento degli impegni assunti; dimostrare coerenza e continuità nell'azione politica rispetto ai precedenti governi, atteso che nell'intera fase in esame il partito di maggioranza relativa è rimasto sempre lo stesso e non c'è mai stata una vera e propria rotazione delle maggioranze di governo.

Ma soprattutto, l'elasticità estrema delle formulazioni linguistiche contenute nel programma serviva ad adeguarne l'interpretazione alle contingenze sociali, economiche e politiche che potevano mutare, anche rapidamente, nel corso della legislatura e consentiva di fronteggiare agevolmente nuove situazioni che fossero insorte dopo l'instaurazione del rapporto fiduciario.

Del resto, le dichiarazioni programmatiche non ipostatizzavano l'indirizzo politico di maggioranza ma costituivano una base fluida e dinamica del rapporto fiduciario che poteva continuamente

⁶ Sui rapporti infragovernativi e sulla figura del presidente del Consiglio dei ministri, *ex plurimis*, cfr. P. CIARLO, *Art. 95 Cost.*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna - Roma, 1994.

⁷ Per un'analisi attenta e approfondita dei programmi di governo nella prima fase della Repubblica, cfr. M. VILLONE, A. Zuliani (a cura di), *L'attività dei governi della Repubblica Italiana (1948-1994)*, Il Mulino, Bologna, 1996.

essere implementata o corretta attraverso atti parlamentari di indirizzo politico sia legislativi che non legislativi.

Il programma di governo, quindi, rappresentava solo una cornice entro la quale si svolgeva la dialettica tra le varie componenti politiche della maggioranza di governo e si ricercava la soluzione delle questioni che si prospettavano di volta in volta attraverso la sintesi tra le diverse posizioni assunte dai partiti della maggioranza.

Un programma dalla scarsa cogenza e prescrittività ma che aveva almeno il pregio, in un sistema politico bloccato dalla mancanza di alternative di governo, di non ostacolare la risoluzione dei frequenti litigi interni alla maggioranza, che spesso sfociavano in vere e proprie crisi di governo⁸.

3. Il programma di governo nella fase quasi contrappositiva

La riforma elettorale del 1993, riconoscendo preminenza al principio maggioritario nel sistema elettorale, ha favorito la bipolarizzazione del sistema partitico e la trasformazione in senso quasi contrappositivo della forma di governo parlamentare italiana⁹.

Nel mutato contesto, si sono venute a formare due coalizioni di partiti che hanno quasi completamente coperto lo spettro delle forze politiche presenti nelle camere parlamentari: una di centro-sinistra, originata dalla coalizione tra popolari, democratici di sinistra e altri partiti di minore consistenza; una di centro-destra, nata dall'alleanza tra Forza Italia, Lega Nord e Unione di Centro.

Man mano, rispetto alla incerta fase iniziale, le due coalizioni si sono rese un po' più coese. Così, nel corso degli anni si sono munite di simboli unitari da utilizzare nei collegi uninominali, hanno individuato dei leader di coalizione e hanno sottoscritto dei programmi comuni da sottoporre agli elettori durante le campagne elettorali.

La bipolarizzazione ha anche portato, per la prima volta nella storia repubblicana, ad avere una rotazione periodica delle maggioranze di governo nelle diverse legislature.

La individuazione di leader delle coalizioni proiettati alla presidenza del consiglio dei ministri in caso di vittoria elettorale, inoltre, ha prodotto un rafforzamento del criterio gerarchico nei rapporti infragovernativi e, almeno nelle fasi iniziali delle varie legislature, in presenza di un circuito elettori-parlamento-governo particolarmente coeso e forte, ha indotto il capo dello Stato a svolgere un ruolo meno incisivo, utilizzando in modo più formale e prudente i suoi poteri.

In questa seconda fase dell'esperienza repubblicana, i programmi di governo sono stati più nettamente differenziati tra le varie legislature, in corrispondenza dell'alternarsi delle diverse maggioranze politiche. I programmi di governo, del resto, esprimevano delle linee politiche più nette e definite proprio perché corrispondevano in linea di massima ai programmi elettorali delle

⁸ Sulla risoluzione delle crisi di governo cfr., in particolare, P. COSTANZO, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, in A. Ruggeri (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010)*, Giappichelli, Torino, 2011, 111-138.

Una prima riflessione organica e approfondita del tema da parte dello stesso autore si rinviene nel lavoro monografico P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, II, *Studio sui presupposti e i limiti dello scioglimento nell'ordinamento repubblicano italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, 344.

⁹ Sulla fase quasi contrappositiva della forma di governo parlamentare italiana sia consentito in questa sede, per esigenze di sintesi, il rinvio a F. PASTORE, *Evoluzione della forma di governo parlamentare e ruolo del capo dello Stato*, prima ristampa aggiornata, Giappichelli, Torino, giugno 2012.

Sulle riforme elettorali e le loro conseguenze politico-istituzionali cfr., *ex plurimis*, L. TRUCCO, *Contributo allo studio del diritto elettorale (I) Fondamenti teorici e profili normativi*, Giappichelli, Torino, 2013; L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011.

coalizioni che erano, a loro volta, orientati a ottenere il consenso dell'ampio elettorato di riferimento.

Il linguaggio si è fatto più prescrittivo e il grado di cogenza degli impegni programmatici è risultato significativamente accentuato dal riferimento ai provvedimenti e alle norme da adottare per il raggiungimento degli obiettivi, oltre che dal riferimento talvolta espressamente formulato ai tempi di realizzazione delle attività prospettate.

Proprio durante questa fase, per la prima volta, è emerso il riferimento a un "contratto di governo". Ma si è trattato di un contratto "per adesione" tra il *leader* di una coalizione e l'elettorato della stessa coalizione stipulato mediante offerta pubblica per via televisiva durante la campagna elettorale.

Qualcosa di profondamente diverso, quindi, rispetto al contratto stipulato all'inizio della corrente legislatura, essendo quest'ultimo finalizzato a formare una maggioranza di governo, nella fase post elettorale, tra forze politiche che si erano contrapposte durante la campagna elettorale.

4. Crisi del bipolarismo e ritorno al parlamentarismo compromissorio: il contratto di governo

Come è noto, la legge n. 270 del 2005 (c.d. *porcellum*), che aveva sostituito la disciplina introdotta dalle leggi n. 276 e 277 del 1993 (c.d. *mattarellum*), è stata dichiarata parzialmente incostituzionale dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014.

A sua volta, la legge n. 52 del 2015 (c.d. *italicum*), che aveva sostituito per la camera dei deputati la disciplina introdotta dalla l. n. 270 del 2005, è stata dichiarata parzialmente incostituzionale dalla sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 2017.

Il sistema elettorale c.d. *Legalicum*, ovvero il sistema elettorale risultante dalle sentenze della Corte costituzionale n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017, è stato sostituito dalla legge 3 novembre 2017 n. 165, meglio nota come *Rosatellum bis*¹⁰.

Si tratta di un sistema elettorale misto "a separazione completa", infatti, per entrambe le camere parlamentari: il 37% dei seggi (232 alla Camera e 116 al Senato) sono assegnati con un sistema maggioritario a turno unico in altrettanti collegi uninominali (il cosiddetto *plurality*, in base al quale *first-past-the-post*), ovvero in ciascun collegio è eletto il candidato che ottiene il maggior numero di voti; il 61% dei seggi (rispettivamente 386 e 193) sono ripartiti proporzionalmente tra le coalizioni e le singole liste che abbiano superato le soglie di sbarramento stabilite, utilizzando listini bloccati all'interno di piccoli collegi plurinominali (il riparto dei seggi è effettuato a livello nazionale per la Camera e a livello regionale per il Senato); il 2% dei seggi (12 deputati e 6 senatori) è destinato al voto degli italiani residenti all'estero.

La legge prevede che ogni lista presenti un proprio programma, dichiarare un proprio capo politico ed, eventualmente, l'apparentamento con una o più liste al fine di creare coalizioni: l'esistenza di una coalizione, che è unica a livello nazionale, vincola le liste coalizzate a presentare un solo candidato in ciascun collegio uninominale. Si prevedono diverse soglie di sbarramento, ovvero percentuali di voti al di sotto delle quali non si viene ammessi alla ripartizione dei seggi nei collegi plurinominali, volte a ridurre la frammentazione politica che tendenzialmente segue il sistema proporzionale.

Il sistema elettorale descritto è altamente disfunzionale. In particolare, va sottolineato come la capacità manipolativa del sistema *plurality*, utilizzato per l'assegnazione di circa un terzo dei seggi,

¹⁰ Sulla giurisprudenza costituzionale in materia elettorale richiamata nel testo, sia qui consentito, per esigenze di brevità, il riferimento a F. PASTORE, *Rappresentatività e governabilità nelle scelte discrezionali del legislatore in materia elettorale*, in *Astrid* (<http://www.Astrid-Online.it>), Rivista elettronica quindicinale sui problemi delle istituzioni e delle amministrazioni pubbliche, fasc. 10/2018.

mentre è sicuramente in grado di determinare una compressione del grado di pluralismo e rappresentatività delle camere parlamentari, non assicura la governabilità, poiché non è sufficiente a favorire il raggiungimento della maggioranza dei seggi in ciascuna camera parlamentare, da parte della lista o coalizione maggiore.

Neppure sarebbe ipotizzabile l'introduzione di un premio di maggioranza alla lista o coalizione maggiore che si innestasse su un sistema siffatto, poiché a questo punto l'effetto manipolativo del premio di maggioranza si andrebbe a sommare al già previsto effetto manipolativo della formula *plurality*, utilizzata nei collegi uninominali, determinando una eccessiva compressione del principio rappresentativo.

Altro aspetto deteriore è la mancanza del voto di preferenza per la selezione dei parlamentari da eleggere nella parte proporzionale, atteso che le relative liste plurinominali sono bloccate. Il fatto che le liste bloccate siano corte, consente la riconoscibilità dei candidati da parte degli elettori ma l'elettore viene ugualmente limitato nella libertà di voto, anche perché il carattere bloccato della lista plurinominali coesiste con il divieto di voto disgiunto tra parte maggioritaria e parte proporzionale. Sicché l'elettore che voglia esprimere il proprio voto per un candidato nel collegio uninominale non può contestualmente esprimere il voto per una lista plurinominali collegata ad altro candidato dello stesso collegio uninominale.

Il divieto di voto disgiunto, peraltro, costringe l'elettore che ricorra a un voto utile nel collegio uninominale (seguendo un modello comportamentale noto come "*the second best choice*") a esprimere il voto per la parte proporzionale in favore di una lista diversa da quella che sarebbe stata altrimenti preferita secondo l'orientamento politico, culturale e ideale dello stesso elettore.

Sicuramente problematica e critica appare la previsione che ciascuna lista, anche se collegata ad altre liste, indichi un proprio programma e un proprio *leader*, poiché la mancanza di un *leader* e di un programma comuni non consente di parlare di vere e proprie coalizioni politiche, trattandosi, piuttosto, di semplici cartelli elettorali.

La disfunzionalità del sistema elettorale sinora brevemente descritto appare ancora più evidente considerando che un partito di un cartello elettorale, nel caso lo stesso cartello non raggiungesse la maggioranza dei seggi in entrambe le camere parlamentari, potrebbe dopo le elezioni concorrere a formare delle maggioranze parlamentari con forze diverse e non rientranti nel medesimo cartello. Sicché, parlamentari di tale partito, eletti nei collegi uninominali anche da elettori di altre liste del medesimo cartello, andrebbero a formare una maggioranza con forze politiche non gradite a tali elettori con un programma sensibilmente diverso da quello presentato in campagna elettorale¹¹.

Le criticità e problematicità sopra evidenziate si sono tutte palesate con le elezioni politiche del 4.3.2018 che hanno prodotto nella attuale diciottesima legislatura una composizione tripartita delle assemblee parlamentari, senza una maggioranza politica corrispondente a liste o cartelli presentati agli elettori.

Ne è conseguita, a inizio legislatura, una estrema difficoltà nella formazione di un nuovo governo. Alla fine, è stata costituita una maggioranza formata da una lista che concorreva da sola alle elezioni e che aveva ottenuto il trentadue per cento dei voti nonché da una lista che aveva ottenuto il diciotto per cento dei voti e che faceva parte di un cartello elettorale ricomprendente altre due liste, relegate all'opposizione. Si tratta di una maggioranza improvvisata, anzi esclusa espressamente da entrambe le forze politiche alla vigilia delle elezioni, senza un *leader* comune, senza un programma di governo vero e proprio, con un presidente del consiglio estremamente debole poiché del tutto

¹¹ Sul sistema elettorale introdotto dalla legge 3 novembre 2017 n. 165, cfr., in particolare, L. TRUCCO, *Elezioni politiche 2018: come funziona il Rosatellum bis. Il sistema elettorale spiegato dagli Esperti*, in P. COSTANZO, A. RUGGERI, L. TRUCCO (a cura di), *Gli speciali, Giurisprudenza italiana*, 2018.

ignoto agli elettori prima della sua nomina e che non ha la *leadership* di nessuno dei due partiti della maggioranza.

Si è corso, del resto, il serio rischio di dover constatare l'impossibilità di formare una maggioranza parlamentare in grado di sostenere un governo. Situazione che avrebbe determinato la conseguenziale necessità di tornare alle urne dopo pochi mesi dalle elezioni, senza neppure la garanzia di risoluzione della situazione di stallo, ben potendo la nuova consultazione, effettuata col medesimo sistema elettorale, riprodurre gli stessi risultati, o quasi, rispetto alla consultazione precedente.

La crisi del bipolarismo, accentuata dal nuovo sistema elettorale, ha così posto fine alla fase quasi contrappositiva del parlamentarismo italiano, aprendo una nuova fase compromissoria.

Nel mutato contesto, la difficoltà di fare sintesi tra le due componenti della maggioranza, come già sopra sottolineato, non ha consentito di pervenire a un programma di governo completo, omogeneo, organico e soprattutto che corrispondesse interamente agli impegni assunti con gli elettori dalle forze politiche di maggioranza.

La difficile negoziazione tra Lega e Movimento 5 stelle ha infine prodotto un accordo che si è materializzato in un contratto, pomposamente denominato "Contratto per il governo del cambiamento", formalmente sottoscritto dinanzi a un notaio dai leader delle due forze politiche, rispettivamente Matteo Salvini e Luigi Di Maio.

Il "Contratto per il governo del cambiamento" si compone di trenta paragrafi per cinquantasette pagine complessive. Quello che emerge da una attenta analisi dei contenuti del contratto è la mancanza di una linea di indirizzo politico univoca che possa essere ricondotta a un'ispirazione culturale e/o ideologica omogenea. Piuttosto, si tratta di punti disorganici, difficilmente traducibili in un'azione politica coerente e concreta. Appare evidente come il testo sia il frutto di una serie di scambi sinallagmatici tra diversi obiettivi programmatici, ciascuno dei quali chiaramente ascrivibile al programma elettorale di uno dei due contraenti e non rientrante nelle proposte politiche dell'altro. Insomma, appare evidente la mancanza di una sintesi, trattandosi, piuttosto, di un agglomerato di obiettivi programmatici specifici e settoriali, difficilmente componibili in un quadro sistematico e completo.

Le dichiarazioni programmatiche sulla base delle quali il governo Conte ha chiesto e ottenuto la fiducia sono sostanzialmente speculari nei contenuti rispetto al "Contratto per il governo del cambiamento". In ogni caso, sia i componenti del governo, sia le forze parlamentari, si riferiscono continuamente al contratto, anziché al programma di governo o ai successivi atti parlamentari di indirizzo politico, sia per valutare il rendimento dell'azione di governo, sia per scrutinare tra proposte sostenibili o meno da parte della maggioranza.

I vincoli e le rigidità derivanti dall'ancoramento della dialettica di maggioranza alle clausole del contratto rendono più difficile la ricerca di soluzioni politiche condivise e attuabili. Le questioni non previste dal contratto, infatti, vengono automaticamente etichettate come non prioritarie e accantonate. D'altra parte, il mutamento delle condizioni di contesto e la mancanza dei presupposti per l'adozione di misure incluse nel contratto, vengono considerati irrilevanti ai fini dell'attuazione del programma perché ciascuno dei contraenti pretende, in ogni caso, dalla controparte l'adempimento delle obbligazioni assunte con la sottoscrizione del documento.

Ne derivano continue liti e tensioni nei rapporti infragovernativi, oltre che nella dialettica tra governo e parlamentari della maggioranza, che mettono continuamente a rischio la stabilità del governo e che rendono difficile svolgere un'azione di governo efficace ed efficiente.

Certo, la vicenda del "Contratto per il governo del cambiamento" è anche servita a disvelare il carattere retorico della qualificazione dei parlamentari come semplici portavoce dei cittadini. Si è formata un'alleanza che si era sempre negata in campagna elettorale. Si è firmato un contratto di governo con contenuti in parte del tutto estranei al programma elettorale. Né si può ritenere che

l'approvazione del contratto di governo da parte di poche migliaia di iscritti su un sito web possa avere un valore equipollente a quello di una manifestazione di voto da parte di milioni di elettori.

Il vincolo di mandato che si continua a chiedere, quindi, non è quello tra parlamentari ed elettori ma, piuttosto, quello tra parlamentari e dirigenti del movimento politico di appartenenza.

Mentre, sinora, del tutto fisiologicamente e opportunamente, la rappresentanza parlamentare ha funzionato in quel movimento, in senso conforme all'esperienza parlamentare italiana del periodo repubblicano, attraverso l'intermediazione del partito.

5. Riflessioni conclusive

L'esperienza del contratto di governo nella versione realizzata all'inizio della corrente legislatura presenta luci e ombre.

Va considerata comunque positiva la stipula di clausole negoziali nella misura in cui ha consentito alle forze politiche contraenti di superare le reciproche diffidenze e di riuscire a formare una maggioranza di governo nonostante le nette differenze programmatiche.

Gli aspetti negativi, come si è tentato di sottolineare, risiedono nella incoerenza e incompletezza dei contenuti, oltre che nella rigidità delle soluzioni convenute, non sempre ragionevoli e attuabili.

La comparazione, da questo punto di vista, potrebbe forse offrire degli elementi di riflessione utili per una valutazione critica della nostra esperienza e per la individuazione di utili correttivi in prospettiva futura.

In Germania, ad esempio, cristiano democratici e socialdemocratici, proprio grazie alla stipula di un contratto di governo, sono riusciti a formare una grande coalizione in grado di sostenere un esecutivo federale stabile ed efficiente, nonostante entrambi i partiti avessero escluso recisamente tale eventualità durante la campagna elettorale.

Tuttavia, l'esperienza tedesca mostra significative differenze con quella italiana. Invero, in Germania sono stati necessari diversi mesi prima che si addivenisse a un testo definitivo del contratto, perché si è voluto redigere un testo coerente, organico e completo, che affrontasse nel dettaglio tutte le questioni politiche, con riferimento a tutti gli ambiti tematici e a tutti i dicasteri. Ne è venuto fuori un testo molto corposo e ponderato che rappresenta una sintesi armoniosa tra le proposte politiche dei due *partner* di governo. Sicché, non è facile distinguere tra contenuti ascrivibili a un partito e contenuti da attribuire all'altro. Tanto che ciascuno dei partiti di maggioranza riconosce tutte le proposte programmatiche inserite nel contratto come proprie.

Ovviamente, un risultato come quello tedesco presuppone, a monte, che ci sia stata un'elaborazione programmatica approfondita e seria, da parte di ciascun contraente, su tutte le questioni da affrontare. Inoltre, presuppone che le forze politiche contraenti, pur essendo state contrapposte durante la campagna elettorale, abbiano un orizzonte comune di principi e di valori, tanto da riconoscersi e legittimarsi reciprocamente.

Tali condizioni e presupposti, in effetti, non sembravano sussistere nel nostro Paese ma forse si sarebbe potuto optare per una soluzione tecnicamente diversa, come un accordo quadro, un insieme di affermazioni programmatiche di principio molto generali che costituissero una cornice entro la quale iscrivere le contrattazioni sui singoli dossier, procedimentalizzando la negoziazione e stabilendo una serie di criteri di metodo. Insomma, si sarebbe potuto pensare, volendo ricorrere alle categorie civilistiche, a un contratto di durata che non definisse nel dettaglio le soluzioni prescelte una volta e per sempre ma che attraverso disposizioni a maglie larghe stabilisse un *modus vivendi* della coalizione.

Il *pantouflage* tra politica e amministrazione

SOMMARIO: 1. Introduzione: il conflitto d'interessi come utilizzo degli incarichi pubblici e a fini privati. – 2. Le incompatibilità successive. – 2.1. Le incompatibilità successive dei membri del Governo nella legge n. 215/2004. – 2.2. Le incompatibilità successive dei funzionari pubblici introdotte con la legge n. 190/2012. – 3. Le inconferibilità tra politica e amministrazione. – 4. Brevi conclusioni.

1. Introduzione: il conflitto d'interessi come utilizzo degli incarichi pubblici e a fini privati

Il conflitto d'interessi può essere definito come una *«situazione in cui il titolare di una carica elettiva o di un pubblico ufficio ha (o è preposto alla cura di) un interesse economico privato tale da poter influenzare (o anche soltanto apparire di influenzare) l'esercizio dei suoi doveri pubblici, potendo preferire tale interesse all'interesse pubblico che dovrebbe perseguire in considerazione delle funzioni che è chiamato a svolgere»*¹.

In questi casi, in sostanza, l'utilizzo della carica pubblica avviene a fini privati senza che sia integrata una vera e propria ipotesi di corruzione, pur in presenza di una deviazione dell'esercizio delle funzioni pubbliche dal fine per il quale sono attribuite, a causa del condizionamento di un interesse privato. Le difficoltà di accertare in concreto tale deviazione consiglia di escludere la mera possibilità che questo si realizzi, tagliando alla radice qualunque sospetto che potrebbe anche compromettere la fiducia pubblica nelle istituzioni, tanto più quando questa – come certamente avviene nel caso italiano – è già fortemente compromessa dalla ripetuta emersione di episodi di corruzione e cattiva gestione della cosa pubblica².

Ora, se il conflitto d'interessi rappresenta una fattispecie che può riguardare tutti i soggetti a cui sono affidate funzioni pubbliche, esso assume, tuttavia, una diversa intensità in ragione di esse, oltre che degli interessi privati in gioco. In particolare, dobbiamo considerare la differenza tra le cariche amministrative e quelle politiche, in ragione della diversa modalità di assunzione delle stesse oltre che, generalmente, della maggiore discrezionalità delle scelte compiute da coloro che detengono le seconde rispetto ai titolari delle prime.

Allo stato, la disciplina di prevenzione dei conflitti d'interessi delle cariche politiche è o pressoché totalmente assente (per i parlamentari, i componenti delle Autorità indipendenti e il Presidente della Repubblica) o fortemente inadeguata (per i componenti del Governo³), mentre sembra, almeno in linea generale, meglio congegnata per i dipendenti pubblici e in particolare per i dirigenti e gli incarichi amministrativi di vertice.

¹ In merito sia consentito rinviare a A. PERTICI, *Il conflitto d'interessi*, Giappichelli, Torino, 2001, 12, che riprende S. WILLIAMS, *Conflict of interest: the ethical dilemma in politics*, Gower, Great Britain, 1985, 6.

² Secondo il rapporto *Eurispes* 2019 la fiducia nelle istituzioni è pari al 20,8%, ma era del 13% nel 2018 e del 7,7% nel 2017. L'indagine condotta da *Demos&PI*, invece, indica come indice di fiducia nello Stato il 19%, nel 2019, contro il 21% nel 2018 e il 15% nel 2017.

³ Per essi vige la legge n. 215/2004 (c.d. "legge Frattini"), la cui inadeguatezza fu quasi immediatamente constatata, nell'ambito del Consiglio d'Europa, dalla "Commissione di Venezia", la quale, pronunciando un parere sulla stessa concluse come «la Legge Frattini abbia poche probabilità di esercitare un impatto significativo sull'attuale situazione italiana. Incoraggia quindi le autorità italiane a continuare a studiare la questione, al fine di trovare una soluzione appropriata»: cfr. Consiglio d'Europa – Commissione per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia), *Conclusioni del parere sulla compatibilità delle due leggi italiane, relative all'assetto del sistema radiotelevisivo ("Legge Gasparri") e al conflitto di interessi ("Legge Frattini"), con gli standard del Consiglio d'Europa in materia di libertà di espressione e pluralismo dei media*, parere n. 309/2004, CDL-AD(2005)017.

Gli strumenti di prevenzione dei conflitti d'interessi sono numerosi e inevitabilmente diversi a seconda che la presenza di interessi privati sia riconducibile alla titolarità di una carica (presidente o componente del consiglio d'amministrazione, amministratore delegato, dirigente, ecc.) o invece a una situazione patrimoniale. Infatti, la eliminazione dell'elemento di possibile improprio condizionamento delle funzioni pubbliche svolte è più agevole nel primo caso e meno nel secondo, tanto che è proprio da quest'ultimo punto di vista che la normativa italiana si presenta più carente, non essendo stato introdotto nessuno strumento di effettiva separazione degli interessi (quali, in particolare, il *blind trust* o l'amministrazione fiduciaria con obbligo di trasformazione patrimoniale, salvo che non si preferisca procedere direttamente alla vendita)⁴. Tali strumenti devono essere utilizzati secondo il "criterio del minimo mezzo", da valutare sia in relazione agli interessi privati in gioco, sia alle funzioni pubbliche assegnate, per cui, in taluni casi, potrà essere sufficiente la non attribuzione di alcune funzioni o l'imposizione di un obbligo di astensione.

Se, quindi, le ipotesi di conflitto d'interessi possono trovare varie declinazioni, nel presente lavoro intendiamo affrontare quelle per così dire "differite", che si possono realizzare allorché il titolare di una carica o ufficio pubblico lo utilizza per ottenerne un altro, presso un'altra amministrazione o ente pubblico, piuttosto che presso un soggetto privato: si tratta di casi comunemente indicati come *revolving doors* o *pantouflage*, a cui si risponde prevedendo incompatibilità successive o *post-employment*, oggi disciplinate, nell'ordinamento italiano in modo articolato e generalmente rigoroso per la Pubblica amministrazione, e invece assai più blandamente per le cariche di Governo (rimanendo invece assente per altre cariche politiche o di nomina politica) e, negli anni più recenti, nel nostro ordinamento anche attraverso il nuovo istituto dell'inconferibilità.

2. Le incompatibilità successive

Come dicevamo, al fine di evitare la possibilità che chi ricopre cariche o uffici pubblici possa utilizzarli per ottenere determinate posizioni future, agendo *oggi*, nell'esercizio delle sue funzioni

⁴ Negli Stati Uniti d'America, che rappresentano l'esempio probabilmente meglio sviluppato e certamente più consolidato, si prevede, in alternativa alla *divestiture*, la istituzione di un *blind trust*. Quest'ultimo, innesta sullo strumento del *trust* una necessaria – e caratterizzante – *blindness* rispetto agli interessi ivi conferiti. Per questo, lo strumento diventa efficace quando gli assets conferiti sono stati interamente trasformati, a seguito di vendite alle quali il *trustee* è tenuto a procedere al fine di realizzare la *blindness*. Prima di questo momento il soggetto non è considerato libero dal conflitto d'interessi, rispetto al quale – in quanto membro dell'Amministrazione – è soggetto alla vigilanza dell'*Office of Government Ethics*, che è chiamato poi a controllare anche l'attuazione degli strumenti sui quali è stato raggiunto l'accordo per realizzare la separazione degli interessi. Una volta realizzatasi la trasformazione patrimoniale, il soggetto conferente è invece libero dal conflitto d'interessi, perché non può più sapere quali sono i suoi interessi e può così svolgere le sue funzioni pubbliche senza condizionamenti personali: nel compiere le sue scelte, al buio rispetto ai suoi interessi privati, potrà finire per avvantaggiarli o per sacrificarli senza saperlo. Naturalmente, perché il sistema funzioni è necessario che la separazione sia garantita, attraverso l'affidamento della funzione di *trustee* a soggetti professionali privi di legami con il settlor e che le comunicazioni tra i due soggetti siano le minime indispensabili, effettuate per scritto, sotto la vigilanza dell'organo di controllo, e che rigorosamente escludano l'individuazione degli assets presenti nel trust, potendo il conferente conoscerne solo il valore. Rispetto all'utilizzazione di questo strumento, vi sono tradizionali resistenze negli ordinamenti di *civil law* e nel nostro in particolare, anche se esse sembrano progressivamente in via di superamento, risultando sempre meno attuali, a fronte della ormai non infrequente costituzione di trust con altra finalità (cfr., ad esempio, S. BARTOLI, *Il trust*, Giuffrè, Milano, 2001; M. LUPOI, *Il dovere professionale di conoscere il trust interno*, in *Vita notarile*, n. 1/2016, 153 ss). In ogni caso, anche la proposta alternativa di un mandato fiduciario (presente ad esempio nel progetto di legge Macina, A.C. 1461, in corso d'esame in Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati), purché con obbligo di trasformazione degli *assets* e di mantenimento della segretezza sui nuovi investimenti sembra poter raggiungere i medesimi obiettivi.

pubbliche, in favore di chi *domani* potrà portarlo nelle suddette posizioni, l'ordinamento prevede generalmente "incompatibilità successive" o "post-carica" o "*post-employment*".

Queste non sono, in realtà, vere e proprie incompatibilità, ma impedimenti alla possibilità di andare a ricoprire cariche o uffici presso determinate amministrazioni o enti, pubblici o privati, prima che sia trascorso un certo periodo dalla cessazione di un precedente incarico pubblico. Esse, quindi, a differenza delle incompatibilità, non si risolvono con un'opzione o una decadenza automatica a seguito di accettazione, ma rappresentano un limite invalicabile al passaggio da una posizione a un'altra (*revolving doors*), preservando l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica amministrazione, evitando che le scelte compiute dal pubblico funzionario non siano le più vantaggiose e che possano essere compite, in ogni caso, in violazione della *par condicio* tra i diversi operatori interessati. Inoltre, si mira anche ad evitare che la Pubblica amministrazione sia privata di una persona sulla cui formazione ha investito e che ha, invece, utilizzato la sua posizione per ottenere un vantaggio personale, mettendo anche sotto stress il principio per cui i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina e onore.

Questo medesimo fine si realizza, in realtà, anche con l'istituto dell'inconferibilità, introdotto in epoca piuttosto recente, che è in sostanza speculare all'incompatibilità successiva. Infatti, l'impossibilità di passare dall'incarico "A" all'incarico "B", prima che sia trascorso un determinato periodo, rispetto all'incarico "A" è un'incompatibilità successiva, mentre per l'incarico "B" è un'inconferibilità.

Le restrizioni al passaggio dall'impiego o dall'incarico pubblico a un impiego o incarico privato sono state tradizionalmente contemplate solo in modo molto marginale, nel nostro ordinamento, anche se una prima e limitata previsione era, in effetti, contenuta, per i membri del Governo, già nella legge n. 60/1953⁵, a cui si erano aggiunti alcuni altri casi, relativi a determinati settori, senza seguire, tuttavia, una precisa logica⁶, talvolta con conseguenze di natura sanzionatoria anche per i privati datori di lavoro o comunque conferenti l'incarico⁷. Le ragioni della scarsa attenzione per questa fattispecie derivano probabilmente dal fatto che, in Italia, non vi è stato tradizionalmente un significativo interscambio tra il settore pubblico e quello privato, diversamente, ad esempio, dagli Stati Uniti o dalla Francia⁸. Da questo punto di vista, tuttavia, le cose sono cambiate in anni più recenti, in cui vi sono state importanti innovazioni normative, anche sulla base dei medesimi trattati internazionali in tema di contrasto alla corruzione.

In particolare, la Convenzione ONU contro la corruzione, adottata a Merida nel 2003, all'art. 12, par. 2, lett. e), prevede, fra le misure suggerite agli Stati per la prevenzione dei conflitti d'interessi, *«l'imposizione, se del caso e per un periodo ragionevole, di restrizioni all'esercizio di attività professionali da parte di ex pubblici ufficiali e all'impiego, da parte del settore privato, di pubblici*

⁵ In particolare, all'art. 6 è previsto che *«Chi abbia rivestito funzioni di Governo, anche dopo la cessazione del mandato parlamentare, non può assumere le cariche o le funzioni di cui all'art. 2 negli enti pubblici o nelle società, enti o istituti indicati negli articoli 1, 2 e 3 della presente legge, se non sia decorso almeno un anno dalla cessazione delle funzioni governative»*.

⁶ Ad esempio, l'art. 63 del d.P.R. n. 600 del 1973 prevede, ad esempio, per i dipendenti dell'amministrazione finanziaria, oltre al divieto di esercitare funzioni di assistenza e di rappresentanza presso gli enti impositori e davanti le commissioni tributarie per un periodo di due anni dalla data di cessazione del rapporto d'impiego, anche la sanzione amministrativa da euro mille a euro cinquemila; l'art. 2, comma 9, della l. n. 481 del 1985 prevede, invece, una sanzione pecuniaria a carico degli ex componenti dell'autorità di regolazione per i servizi di pubblica utilità che può arrivare quale massimo al corrispettivo percepito o comunque alla somma di 500 milioni di lire.

⁷ L'art. 22 della l. n. 185 del 1990 stabilisce, in particolare, la sospensione per due anni dal registro nazionale delle imprese abilitate al commercio estero di armamenti che abbiano assunto ex dipendenti in violazione dei divieti stabiliti; l'art. 2, comma 9, della l. n. 481 del 1985 prevede a carico dell'imprenditore che abbia violato il divieto la sanzione pecuniaria pari allo 0,5 % del fatturato e comunque non inferiore a 300 milioni di lire e non superiore a 200 miliardi, a cui si aggiunge, nei casi più gravi, la revoca dell'atto concessivo o autorizzativo.

⁸ In merito, sia consentito rinviare *amplius* ad A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, cit., 219 ss.

ufficiali dopo le loro dimissioni o il loro pensionamento, quando dette attività o detto impiego sono direttamente collegati alle funzioni che tali ex pubblici ufficiali esercitavano o supervisionavano durante il loro mandato». Anche a questo proposito vale quanto previsto al par. 1 dello stesso articolo, secondo cui gli Stati sono altresì invitati a «prevedere delle sanzioni civili, amministrative o penali, efficaci, proporzionate e dissuasive in caso di inosservanza delle norme».

2.1. Le incompatibilità successive dei membri del Governo nella legge n. 215/2004

Per quanto riguarda i membri dell'Esecutivo, la preoccupazione che essi potessero utilizzare l'attività di Governo (anche) al fine di preconstituirsì un beneficio futuro, sembra essere stata, almeno per alcuni versi, risalente nel tempo, nonostante, come abbiamo ormai più volte evidenziato, in Italia, la politica rappresentasse generalmente una carriera autonoma, raramente i componenti del Governo essendo scelti dall'esterno o essendo poi destinati a carriere nel settore privato. La prima disposizione volta ad evitare il fenomeno delle *revolving doors* è stata, in ogni caso, l'art. 6 della legge n. 60/1953, secondo la quale chi abbia rivestito funzioni di Governo, anche dopo la cessazione del mandato parlamentare, non può assumere le cariche o le funzioni di amministratore, presidente, liquidatore, sindaco revisore direttore generale o centrale, consulente legale o amministrativo con prestazioni di carattere permanente, in tutta una serie di enti pubblici o privati, indicati negli artt. 1, 2 e 3 della stessa legge⁹, se non sia decorso almeno un anno dalla cessazione delle funzioni governative.

Con la legge n. 215/2004 è stato poi previsto che alcune delle incompatibilità¹⁰ previste dall'art. 2, per chi assume una delle cariche previste, perdurano «*per dodici mesi dal termine della carica di governo nei confronti di enti di diritto pubblico, anche economici, nonché di società aventi fini di lucro che operino prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta*».

L'ambito soggettivo, nel caso non è in discussione, perché riguarda i «*titolari di cariche di governo*», e, più specificamente, «*il Presidente del Consiglio dei ministri, i Ministri, i Vice Ministri, i sottosegretari di Stato e i commissari straordinari del Governo di cui all'articolo 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400*», essendosi ritenuto implicito anche il riferimento a eventuali Vicepresidenti del Consiglio dei ministri, anche nella (non frequente) ipotesi in cui essi non rivestano anche un'ulteriore carica ministeriale¹¹. Può notarsi, quindi, come, per le incompatibilità successive, non vi sia nessuna applicazione ai parlamentari oltre che per coloro che ricoprono altre importanti

⁹ L'art. 1 fa in proposito genericamente agli enti pubblici o privati, pur escludendo gli enti culturali, assistenziali, di culto e in enti-fiera, nonché le Università degli studi o gli Istituti di istruzione superiore (a seguito di designazione elettiva dei Corpi accademici), salve le disposizioni dell'art. 2 della legge 9 agosto 1948, n. 1102; l'art. 2, associazioni o enti che gestiscano servizi di qualunque genere per conto dello Stato o della pubblica Amministrazione, o ai quali lo Stato contribuisca in via ordinaria, direttamente o indirettamente, salve comunque le esclusioni dell'art. 1; l'art. 3 gli istituti bancari o le società per azioni che abbiano, come scopo prevalente, l'esercizio di attività finanziarie, ad eccezione degli istituti di credito a carattere cooperativo.

¹⁰ Si tratta, in particolare, di quelle contemplate alle lettere b), c) e d) del comma 1, relative rispettivamente al divieto di «ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni comunque denominate in enti di diritto pubblico, anche economici»; «ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni comunque denominate ovvero esercitare compiti di gestione in società aventi fini di lucro o in attività di rilievo imprenditoriale»; «esercitare attività professionali o di lavoro autonomo in materie connesse con la carica di governo, di qualunque natura, anche se gratuite, a favore di soggetti pubblici o privati; in ragione di tali attività il titolare di cariche di governo può percepire unicamente i proventi per le prestazioni svolte prima dell'assunzione della carica; inoltre, non può ricoprire cariche o uffici, o svolgere altre funzioni comunque denominate, né compiere atti di gestione in associazioni o società tra professionisti».

¹¹ Ciò non avviene, in particolare, dal 2005, con il terzo Governo Berlusconi (peraltro soltanto nei primi mesi), i successivi Vicepresidenti del Consiglio, nominati nei Governi Prodi II, Letta e Conte I, avendo tutti rivestito anche un incarico ministeriale.

cariche istituzionali: basti pensare ai membri delle autorità indipendenti, che nell'esercizio delle loro funzioni possono entrare facilmente in contatto con rilevanti interessi privati, ma, ad esempio, anche ai giudici costituzionali o ai componenti del Consiglio superiore della magistratura, per i quali la questione si porrebbe in termini diversi, nella misura in cui eventuali restrizioni successive potrebbero essere volte soprattutto ad evitare la tentazione di compiacere titolari di poteri pubblici che potrebbero assicurare o favorire la nomina ad ulteriori successivi incarichi¹².

Quanto al periodo di raffreddamento, la norma lo limita a un anno, che è un termine molto breve, come non ha mancato di evidenziare anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in alcune delle sue relazioni semestrali al Parlamento, ai limiti dell'inefficacia. In particolare, dopo che la legge n. 190/2012 ha introdotto il comma 16-ter dell'art. 53 del testo unico sul pubblico impiego (di cui diremo nel prossimo paragrafo) colpisce la forte differenza tra il termine ivi previsto, che può sostanzialmente arrivare a sei anni dall'esercizio dei poteri autoritativi o negoziali nei confronti di un soggetto privato e, invece, quello qui stabilito, che probabilmente conferma quanto di malavoglia questa norma, che non era prevista nell'originario disegno di legge governativo, sia stata introdotta in sede di discussione parlamentare¹³. Da questo punto di vista, il sistema otterrebbe maggiore efficacia a seguito dell'eventuale approvazione della proposta di legge Macina, in corso d'esame alla Camera dei deputati, che innalza il periodo di raffreddamento a tre anni, superando (o almeno riducendo), in sostanza, anche la possibile irragionevolezza della differenza con la norma prevista per i dipendenti pubblici in base al comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001. Sul punto, tuttavia, si è espressa criticamente l'Autorità di garanzia per la concorrenza e il mercato, secondo la quale «l'estensione a tre anni dei divieti di assunzione di cariche e incarichi, finirebbe infatti per penalizzare gli ex titolari di cariche di governo, al di là di quanto effettivamente necessario per contrastare il fenomeno del c.d. Pantouflage». Tale affermazione, da un lato, se combinata con quelle che in passato avevano sottolineato la brevità del termine di un anno, sembrerebbe, in sostanza, spingere il legislatore a fissare tale termine a due anni, dall'altro lato, potrebbe forse essere letta in chiave critica anche dell'attuale previsione dell'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 165/2001, che fissa il medesimo termine di tre anni, salvo porlo in relazione al periodo di attività dei tre anni precedenti, con l'effetto di creare una separazione che può arrivare fino a sei anni.

Circa l'oggetto del divieto, che scatta per l'anno successivo alla conclusione del mandato, la disposizione in parola fa riferimento alle cariche in enti di diritto pubblico (art. 2, comma 1, lett. b), alle cariche in società aventi fini di lucro o in attività con rilevanza imprenditoriale (art. 2, comma 1, lett. c)¹⁴, e alle attività professionali (art. 2, comma 1, lett. d), a condizione che l'ente o la società

¹² In questi casi, in effetti, sembra meno probabile il condizionamento da parte di interessi economici privati, per quanto esso non possa essere escluso, ad esempio, allorché il giudice costituzionale debba partecipare alla decisione di una questione di legittimità costituzionale relativa, ad esempio, a un tributo che potrebbe incidere pesantemente su una determinata impresa.

¹³ In merito cfr. C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi. La legge 20 luglio 2014, n. 215. Orientamenti, criticità e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2013, 154, il quale ricorda come il ministro Frattini, su proposta del quale il Consiglio dei ministri aveva deliberato il disegno di legge, in aula si dichiarò favorevole all'introduzione di una norma sulle incompatibilità anche successive, pur ritenendo che la questione avrebbe richiesto un intervento più meditato, che non è facile comprendere perché non sia stato compiuto.

¹⁴ Da questo ambito sono state ritenute le cariche ricoperte nell'ambito di enti privi di scopo di lucro, ancorché esercenti attività imprenditoriali, in considerazione della stretta interpretazione che è imposta dal carattere eccezionale di queste norme. In realtà, ciò è stato oggetto di critica in sede applicativa, in quanto ciò consente a chi ha ricoperto cariche di governo di assumere incarichi in enti senza fini di lucro anche quando sottoposti a vigilanza o a controllo da parte del Governo, compreso magari proprio il potere di nomina in posizioni organizzative di vertice dell'ente stesso. Ciò, al di là dell'assenza di scopo di lucro dell'ente può determinare per l'ex titolare della carica di Governo l'assunzione di una posizione prestigiosa e anche eventualmente ben remunerata, per raggiungere la quale la precedente carica governativa potrebbe certamente essere risultata utile. In tal senso pare, quindi, opportuna la scelta della proposta di legge Macina laddove mirerebbe ad inserire tra le cause di incompatibilità successive anche «qualsiasi carica, ufficio o

presso cui è stato assunto il nuovo incarico «operino prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta». Quest'ultimo inciso che sembrerebbe poter essere riferito soltanto alle cariche in società con fini di lucro, è invece stato interpretato come rivolto anche agli enti pubblici¹⁵, seppure l'Antitrust abbia segnalato al Parlamento che «quanto alle cariche negli enti pubblici, di cui alla lettera b), non è chiaro se esse siano vietate tout court nei successivi dodici mesi (...) ovvero se anch'esse siano vietate solo in presenza di una connessione e prevalenza dell'attività dell'ente nei settori in cui il titolare ha svolto la funzione»¹⁶, sollecitando pertanto un intervento del legislatore, che però, non c'è stato. Peraltro, anche le prestazioni di attività professionali e di lavoro autonomo, che durante il periodo di esercizio della carica sono escluse totalmente, dopo il termine dello stesso non possono essere rese soltanto nei confronti di soggetti che operano prevalentemente in settori connessi con la carica che era stata ricoperta.

Quindi, per il periodo successivo all'esercizio della carica, le incompatibilità subiscono un significativo ridimensionamento, sia perché vengono ad essere escluse alcune ipotesi contemplate invece per il periodo di esercizio della carica¹⁷ (per alcune delle quali, e in particolare quelle relative agli uffici pubblici di cui alla lett. a), l'AGCM ha anche in una recente relazione al Parlamento, invitato a valutare l'inclusione¹⁸), sia perché anche quelle che rimangono rilevanti lo sono soltanto nella misura in cui i soggetti presso i quali si vanno a ricoprire le nuove posizioni o comunque a svolgere le nuove attività operino prevalentemente in settori connessi con la carica di Governo che era stata ricoperta.

La connessione è accertata in relazione all'ambito di competenza (in astratto) della carica che è stata ricoperta, mentre la prevalenza è considerata rispetto alle attività economiche concretamente svolte dalla società o l'ente nel quale si intende assumere la nuova posizione. L'aspetto della connessione, peraltro, non sempre è agevole da valutare in relazione a chi ricopra cariche di Governo, e in particolare alcune tra queste a partire da quella di Presidente (ed eventualmente il Vicepresidente) del Consiglio dei ministri o di Sottosegretario alla Presidenza (ma anche di almeno alcuni ministri: da quello degli Esteri a quello, ad esempio, senza portafoglio con delega all'attuazione del programma di Governo). Questi, infatti, esercitano una carica per sua natura connessa con tutti i settori di attività, tanto che i casi più frequenti di accertamento della violazione della norma sull'incompatibilità successiva sembrano legati alla posizione dei commissari straordinari nominati ex art. 11 della legge n. 400/1988, i quali hanno, in effetti, i compiti più specifici¹⁹. Da questo punto di vista, pare fare almeno un passo avanti la proposta di legge Macina,

funzione, comunque denominata, in enti senza fini di lucro sottoposti a vigilanza e a controllo da parte del Governo statale ovvero del governo regionale o locale».

¹⁵ In tal senso, si è espressa l'AGCM, ad esempio, in un caso di cui alla V relazione semestrale sul conflitto d'interessi e in un altro ricordato nella IX relazione semestrale sul conflitto d'interessi. Diversamente, nella II relazione semestrale sul conflitto d'interessi aveva fatto prevalere l'interpretazione per cui la limitazione ai settori connessi con la carica ricoperta andasse limitata alle società con fini di lucro e non anche agli enti pubblici.

¹⁶ Cfr. la XIV relazione semestrale sul conflitto d'interessi.

¹⁷ Non hanno infatti rilevanza le incompatibilità previste al comma 1, alle lettere a), e), ed f).

¹⁸ Cfr. XVIII relazione semestrale (giugno 2019), 20 e soprattutto XIX relazione semestrale (dicembre 2019), 32, in cui si legge che dalla esclusione della lett. a) e invece l'inclusione della b) «discende la centralità, ai fini della corretta definizione dei divieti post-carica, della distinzione tra l'ipotesi di assunzione di cariche o uffici pubblici e quella di assunzione di cariche o uffici in enti pubblici. Distinzione sulla quale sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore della riforma mentre, al contrario, le due proposte [di legge in discussione alla Camera, n.d.r.] in esame sembrano riproporre sostanzialmente inalterata la situazione attuale».

¹⁹ Ad esempio, nella XVIII relazione semestrale dell'AGCM del giugno 2019 è stata considerata violare la norma sulle incompatibilità successive la nomina a consulente del Presidente della Giunta regionale del Piemonte, per la Torino-Lione, dell'arch. Fioletta, che era stato Commissario del Governo per la realizzazione dell'asse ferroviario Torino-Lione, in particolare perché nell'esercizio di quest'ultimo incarico aveva presieduto l'Osservatorio per l'asse ferroviario Torino-Lione, di cui, come consulente del Presidente della Regione, doveva «supportare le attività». Viceversa, non è stata

in discussione in Parlamento, prevedendo l'incompatibilità in via generale, *«salvo che si tratti di attività, cariche o funzioni svolte nel settore esclusivamente privato in ambiti non connessi con la carica rivestita»*. In questo modo, infatti, si supererebbe l'esigenza di dimostrare la presenza di una prevalente operatività in un settore connesso, con tutte le difficoltà che ciò comporta, dando semmai la possibilità di dimostrare l'estraneità del settore per escludere – in via d'eccezione – la restrizione prevista. In effetti, per evidenziare quanto la prevalente operatività in settore connesso possa essere poco adatta rispetto ad un incarico ministeriale, basti pensare, ad esempio, che mentre risulterebbe piuttosto evidente che, nell'anno successivo al termine del suo mandato, il ministro delle infrastrutture e dei trasporti non possa andare a ricoprire la carica di amministratore delegato di una società concessionaria di autostrade, se un ministro degli Esteri, al termine del suo mandato, diventasse consulente di un grande studio legale, che opera, naturalmente, anche a livello internazionale, egli non risulterebbe, in linea di principio, essere andato a prestare i suoi servizi professionali in una struttura che svolge un'attività prevalentemente connessa con quella della precedente carica, ma, nella sostanza, potrebbe certamente avere ottenuto quella posizione anche in forza delle relazioni che può vantare in ragione di quest'ultima e potrebbe utilizzare tali relazioni a beneficio del soggetto privato presso il quale ora presta la sua attività professionale. Il prestigio e le relazioni che derivano dall'aver ricoperto una determinata carica possono, in definitiva, essere utili a un soggetto privato a prescindere dalla connessione, anche se ci rendiamo conto che l'eliminazione del presupposto della connessione con il settore prevalente di attività può determinare una forte restrizione dei successivi sviluppi di carriera. Ciò, tuttavia, avverrebbe comunque per un periodo limitato (ad esempio, due anni), non escludendo comunque un'ampia serie di occupazioni e non sembrando irragionevole a fronte dell'aver ricoperto, per un periodo, un tanto prestigioso incarico. Deve peraltro considerarsi che, come precisato dalla Commissione di Venezia, nel già ricordato parere, *«il fatto di dedicarsi alla politica sia una libera scelta di ciascun individuo. Comporta certe prerogative e certi doveri. Una carica governativa determina un certo numero di incompatibilità e di limiti. Purché siano ragionevoli, chiari, prevedibili e non compromettano la possibilità stessa di accesso ad una carica pubblica, ogni individuo è libero di decidere se accettarli a meno. La semplice possibilità di subire una perdita finanziaria non dovrebbe, di per sé, essere una ragione per escludere un'attività dall'elenco delle cariche incompatibili con una funzione di governo»*²⁰.

Una questione specifica è poi quella relativa alla riassunzione, da parte di una persona, al termine dell'esercizio della funzione di Governo, di una lasciata al momento del conferimento della stessa, nell'ambito di una società di cui ha sempre detenuto quote o partecipazioni. Infatti, l'AGCM ha ritenuto che, in considerazione del fatto che, in questo caso, non sarebbe plausibile che la posizione nella società fosse (ri-)ottenuta grazie alla carica di Governo, la limitazione non trovi applicazione. Tuttavia, come è stato sottolineato²¹, una siffatta interpretazione, oltre a stridere con l'interpretazione letterale della norma, non considera che, almeno in presenza di una certa compagine sociale, in realtà, il riacquisto della posizione lasciata al momento dell'assunzione della

ritenuta sussistente l'incompatibilità successiva quando il ministro per le politiche europee, prof. Paolo Savona, è stato nominato presidente di CONSOB.

Tuttavia, nella medesima relazione l'AGCM ha notato anche che *«la più recente esperienza applicativa mostra come sia in atto una tendenza alla progressiva diffusione di figure di commissario straordinario del governo previste da disposizioni ad hoc che, nonostante la diversa fonte normativa di investitura e il diverso procedimento di nomina (normalmente in virtù di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, anziché di un decreto del Presidente della Repubblica), sembrano sostanzialmente assimilabili ai commissari straordinari di cui all'articolo 11, legge n. 400/1988, e tuttavia sono sottratti alla disciplina sul conflitto di interessi, stante l'espresso ed inequivoco richiamo alla norma da ultimo citata, presente nell'articolo 1, comma 2, l. n. 215/2004»*.

²⁰ Cfr. i riferimenti in nota 3.

²¹ C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi*, cit., 160 ss.

carica di Governo potrebbe essere favorito, o comunque consentito, da altri soci proprio in ragione di quanto nel frattempo ottenuto da chi ha esercitato le funzioni di Governo. Si potrebbe aggiungere che, peraltro, la circostanza per cui una persona, lasciata una carica societaria al momento dell'assunzione di quella di Governo, torni alla prima non appena lasciata quest'ultima potrebbe ingenerare o rafforzare l'impressione che, in realtà, non abbia mai smesso di occuparsi della suddetta società, con conseguente compromissione della fiducia pubblica nelle istituzioni. A ben vedere, tuttavia, questi problemi discendono dal fatto che nella normativa italiana sul conflitto d'interessi quello di carattere patrimoniale non viene risolto, non essendo previsto alcuno strumento di effettiva separazione degli interessi (come il *blind trust* o il mancato fiduciario con obbligo di vendita).

La norma presenta, inoltre, alcuni problemi di funzionamento, a partire dall'accertamento della situazione di incompatibilità successiva. Infatti, mentre per le incompatibilità le valutazioni dell'Autorità competente, che nel caso è l'AGCM, prendono avvio dalle dichiarazioni che, secondo la legge, il componente del Governo deve presentare, in questo caso ciò non può accadere, perché, una volta terminato il mandato, non vi è più nessun obbligo di comunicazione: l'AGCM ha in effetti anche recentemente sostenuto l'opportunità che il legislatore preveda siffatti obblighi anche a carico degli ex titolari della carica di Governo²². L'informazione non può quindi che essere eventualmente tratta da notizie pervenute informalmente, anche se queste hanno probabilmente più facile diffusione in considerazione del fatto che, generalmente, si tratta di persone piuttosto note e rispetto alle quali vi può essere anche una certa attenzione della stampa, tanto più che le posizioni verso le quali sono destinate a transitare attirano più facilmente l'attenzione.

Qualora, in ogni caso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato giunga all'accertamento dell'incompatibilità (successiva), ai sensi dell'art. 6 della "legge Frattini" promuove, come nel caso di accertamento delle incompatibilità in corso di carica, a seconda dei casi: *a)* la rimozione o la decadenza dalla carica o dall'ufficio ad opera dell'Amministrazione competente o di quella vigilante l'ente o l'impresa; *b)* la sospensione del rapporto di impiego o di lavoro pubblico o privato; *c)* la sospensione dall'iscrizione in albi e registri professionali, che deve essere richiesta agli ordini professionali per gli atti di loro competenza.

Se è vero che gli organismi e autorità competenti provvedono all'adozione dei suddetti atti, tenendo conto della richiesta dell'Autorità, è stata rilevata l'assenza di strumenti idonei a garantire la rimozione delle situazioni di incompatibilità quando le cariche siano state assunte in società non assoggettate alla vigilanza pubblica. Inoltre, la breve durata del periodo di incompatibilità successiva, confrontata con il tempo dell'accertamento e con la difficoltà che può esservi nell'imporre le determinazioni soprattutto a fronte di un soggetto che ha lasciato la carica di Governo, potrebbe rendere molto intempestivo l'intervento, con un motivo in più di inefficacia. Senza considerare che, a fronte del riscontro della violazione delle norme sulle incompatibilità, l'Autorità garante riferisce anche al Parlamento, con comunicazione motivata diretta ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati. Ma, se questa previsione pare avere uno scarso effetto rispetto a una persona in carica, che sarà normalmente comunque protetta dal sostegno della maggioranza parlamentare (che quasi mai riesce a far prevalere considerazioni giuridiche su quelle politiche, anche in casi di violazioni ben più evidenti come quelle di rilevanza penale), anche ammesso che trovi applicazione²³, diviene nella sostanza addirittura priva di senso

²² Cfr. XVIII relazione semestrale (giugno 2019). Naturalmente, la previsione di un siffatto obbligo potrebbe essere comunque più difficile da esigere da parte di chi non rivesta più una carica pubblica, in quanto l'art. 328 c.p. (*Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione*) è un reato proprio, applicabile soltanto al pubblico ufficiale, ma nulla escluderebbe, ad esempio, la previsione quantomeno di una sanzione amministrativa *ad hoc*.

²³ In merito pare, in effetti, da constatare come l'obbligo di comunicazione è riferito dall'art. 6, comma 9, alle sole incompatibilità di cui all'art. 2, comma 1 (e cioè a quelle riferite a chi è in carica) e non a quelle post-carica, di cui all'art.

per una persona che ha lasciato la suddetta carica, non apparendo irragionevole che, ove si trattasse di una persona che non appartiene più neppure alle Camere, queste si dichiarassero incompetenti a ricevere la comunicazione o comunque essendo assai probabile che non ne discutessero neppure.

2.2. Le incompatibilità successive dei funzionari pubblici introdotte con la legge n. 190/2012

Con la legge n. 190/2012, anche raccogliendo le indicazioni della Convenzione di Merida, è stata invece dettata una disciplina generale, almeno per i dipendenti pubblici (nell'interpretazione molto estensiva della categoria che vedremo tra poco).

In particolare la lettera l) del comma 42 dell'art. 1 della legge ha integrato l'art. 53 del testo unico sul pubblico impiego, relativo a incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi, prevedendo, nel nuovo comma 16-ter, che *«i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti»*.

La stessa collocazione della norma è stata oggetto di critica in quanto ritenuta poco idonea a valorizzare l'importanza di una siffatta novità, oltre che per il fatto che peraltro la previsione non è relativa – come vedremo – soltanto a coloro che hanno un vero e proprio rapporto di pubblico impiego²⁴.

Nel merito, la norma risponde agli obiettivi delle incompatibilità successive e in particolare mira a contrastare, in sostanza, lo *«scambio basato sulla promessa: l'attività lavorativa o professionale (remunerata) costituisce il compenso (promesso) a fronte di un uso (attuale) dei poteri autoritativi o negoziali piegato/funzionale agli interessi dell'impresa (che promette la futura assunzione/incarico professionale)»*²⁵.

La formulazione del testo pone però non pochi problemi interpretativi, come fu da subito evidenziato in dottrina²⁶.

In particolare, il primo alinea ha richiesto precisazioni, intervenute anche attraverso l'attività di indirizzo e controllo dell'Anac, soprattutto in relazione ai soggetti destinatari e ai poteri da questi esercitati, ma qualche riflessione sembra meritare anche la previsione della durata.

Dal primo punto di vista, rispetto alla nozione di *«dipendenti pubblici»*, l'art. 21 del d.lgs. n. 39/2013 ha previsto che *«sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un*

2, comma 4. Tuttavia, è stato ritenuto (C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi*, cit., 170) che il comma 4 debba *«ritenersi integrativo della disciplina di cui al precedente comma 1»*, tanto che la legge n. 215 del 2004 *«per le incompatibilità post-carica, non prevede specifiche norme procedurali, con la conseguenza che, a ritenere inapplicabili le disposizioni generali di cui all'art. 6, il divieto introdotto dall'art. 2, comma 4, risulterebbe praticamente privo di efficacia sostanziale»*.

²⁴ R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana: fra rigore formale e rischi di ineffettività*, in *Ius in itinere*, (www.iusinitinere.it) n. 1/2019, 12.

²⁵ B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, in B.G. MATTARELLA – M. PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, 186.

²⁶ B.G. MATTARELLA, *Le nuove regole di comportamento dei pubblici funzionari*, in AA.VV., *Politica e amministrazione della spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione*, Giuffrè, Milano, 2014, 521.

rapporto di lavoro, subordinato o autonomo»²⁷, evitando così che la norma fosse applicata soltanto a coloro che si trovano in rapporto di dipendenza dall'amministrazione. Ciò ha consentito l'applicazione della norma anche a incarichi amministrativi di vertice e incarichi dirigenziali interni ed esterni, nonché agli amministratori di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico²⁸. Se, per la maggior parte di questi casi, l'estensione risulta coerente con l'efficace raggiungimento degli obiettivi dell'istituto in parola, sembra invece da dubitare della correttezza dell'estensione agli amministratori di enti privati, ancorché in controllo pubblico, perché la norma richiede, affinché si realizzi l'impedimento, che sia stata svolta un'attività pubblica nei confronti dell'ente al quale si vuole passare²⁹.

Circa le funzioni svolte dai suddetti soggetti, capaci di determinare la successiva interdizione dallo svolgimento di attività lavorative o professionali presso determinati soggetti privati, la norma fa riferimento a «*i dipendenti che [...] hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali*». Affinché la previsione sia funzionale rispetto al suo obiettivo, però, è sufficiente la possibilità di esercitare quel potere, come già si era ritenuto con riferimento alle limitazioni post-carica conseguenti agli incarichi di Governo previste dalla legge n. 215/2004³⁰. Se infatti si pretendesse che i suddetti poteri fossero stati effettivamente e concretamente esercitati, la disposizione in parola «*lascerebbe fuori dal suo ambito di operatività quei soggetti il cui interesse fosse coinciso proprio con il mancato esercizio dei poteri d'ufficio (e che procedessero a retribuire il dipendente cessato dal servizio proprio per detta omissione)*»³¹.

Invece, circa la delimitazione dei «*poteri autoritativi o negoziali*», la genericità dell'espressione spinge ad una lettura ampia, idonea a salvaguardare le finalità della norma. In questo senso, accanto all'emanazione di atti amministrativi e alla stipula di contratti, come precisato anche dal Piano nazionale anticorruzione (PNA), devono ritenersi inclusi gli atti endoprocedimentali obbligatori (pareri, certificazioni, perizie, etc.), capaci di incidere sul contenuto del provvedimento finale, pur se sottoscritto da altri³². Inoltre, sempre nel PNA, si precisa come, per alcuni dirigenti, o per coloro

²⁷ In proposito, nell'Aggiornamento 2018 al PNA (par. 9.1.) l'Anac ha precisato che «secondo una lettura in senso ampio della norma e coerentemente a quanto specificato all'art. 21 cit., si sottolinea che il divieto di *pantouflage* è da riferirsi non solo ai dipendenti degli enti pubblici non economici (già ricompresi fra le pubbliche amministrazioni) ma anche ai dipendenti degli enti pubblici economici, atteso che il d.lgs. 39/2013 non fa distinzione fra le due tipologie di enti (come rilevato dal Consiglio di Stato)», facendosi a quest'ultimo proposito riferimento a CdS, sez. V, 11.01.2018, n. 126. Ciò è stato ribadito nel nuovo PNA del 2019 (par. 1.8).

²⁸ Una questione specifica si è posta in relazione alle Autorità portuali che il Cons. St., sez. V, 29.10.2019, n. 7411 ha ritenuto rientrare nell'ambito di applicazione della norma, in quanto «*ricomprese nell'ampia nozione di "amministrazione" di cui, all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, trattandosi di enti pubblici non economici (come testualmente chiarito dall'art. 1, comma 993, della l. 27 dicembre 2006, n. 296)*», richiamando, in proposito «*l'orientamento giurisprudenziale (...), secondo cui la natura di ente pubblico economico può essere predicata solo laddove l'attività venga svolta per fini di lucro e in regime di concorrenza con soggetti privati*». Nella medesima sentenza il Consiglio di Stato ha respinto anche un'altra nutrita serie di argomentazioni volte a sottrarre le Autorità portuali, o meglio i dipendenti delle stesse, all'applicazione della norma in questione, ma secondo il giudice amministrativo è proprio la *ratio* del *pantouflage* a richiedere che la norma medesima si applichi anche a queste.

²⁹ In merito cfr. anche R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana*, cit., 16.

³⁰ Almeno sin in dal provvedimento AGCM n. 19115/2008, in Boll. n. 42/2008.

³¹ Cfr. B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 187. In tal senso, peraltro, è anche la delibera ANAC 9 marzo 2016, n. 292, in cui si precisa, infatti, che i soggetti per i quali l'ex dipendente pubblico non può andare a lavorare prima del periodo previsto sono tutti quelli che «*potenzialmente avrebbero potuto essere destinatari dei predetti poteri o che avrebbero realizzato il proprio interesse nell'omesso esercizio degli stessi*». In tal senso può forse suscitare qualche dubbio la delibera Anac 8 febbraio 2017, n. 88, nella quale si legge che «*i dipendenti con poteri autoritativi e negoziali, cui si riferisce l'art. 53, co. 16-ter, cit., sono i soggetti che esercitano concretamente ed effettivamente, per conto della pubblica amministrazione, i poteri sopra accennati*».

³² Cfr. parere ANAC AG/74 del 21 ottobre 2015 e orientamento n. 24/2015 e ancora le delibere n. 88 dell'8 febbraio 2017 e n. 207 del 21 febbraio 2018. In dottrina, D. ANDRACCHIO, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della*

che ricoprono incarichi amministrativi di vertice³³, anche un'eventuale mancanza di poteri gestionali diretti non esclude che, considerato il significativo potere di incidere sull'assunzione di decisioni da parte della o delle strutture di riferimento, sia applicabile la limitazione relativa alla norma in parola.

Se questa estensione può essere necessaria al fine di impedire che sfugga all'applicazione della norma lo svolgimento di attività attraverso le quali il dipendente pubblico potrebbe comunque preconstituirsì una posizione all'interno dell'ente privato, in dottrina è stato tuttavia messo in evidenza come l'ambito sia delineato già nella norma in modo tale che potrebbero rientrarvi «*funzionari che emanano centinaia o migliaia di atti che nell'impreciso lessico del legislatore, sono certamente "autoritativi" (come le autorizzazioni o concessioni amministrative) o "negoziali" (come gli acquisti e i relativi mandati di pagamento)*»³⁴, potendo forse essere opportuno circoscrivere maggiormente l'ambito degli atti rilevanti, anche in relazione al tipo di discrezionalità e alla loro rilevanza per il beneficiario.

Circa i soggetti nei cui confronti opera il divieto triennale di svolgere un impiego o un'attività, la legge fa riferimento semplicemente a «*soggetti privati*», con esclusione quindi del divieto in parola rispetto al passaggio ad altre amministrazioni (cosa pur possibile nell'ambito delle incompatibilità successive, anche se rispondente a ragioni parzialmente diverse e che, infatti, è contemplato, dall'altro punto di vista dalle norme sulle inconfiribilità, oltre che dalle incompatibilità successive applicabili ai componenti del Governo secondo quanto vedremo nel prossimo paragrafo). Tra i soggetti privati sembrano potersi ricomprendere anche gli enti che hanno la forma di società, fondazione o associazione privata, ma che sono in controllo o partecipazione pubblica³⁵. Dal punto di vista passivo, questa estensione sembra molto più ragionevole di quanto abbiamo visto essere dal punto di vista attivo, in quanto si tratta pur sempre di un soggetto privato possibile destinatario dell'attività della pubblica amministrazione e in particolare dell'esercizio dei poteri autoritativi o negoziali di un funzionario pubblico. Pare comunque da ricordare che, come già accennato sopra, secondo l'ANAC e la dottrina prevalente, condivisibilmente, la disposizione riguarda anche «*i soggetti che potenzialmente avrebbero potuto essere destinatari dei predetti poteri o che avrebbero realizzato il proprio interesse nell'omesso esercizio degli stessi*»³⁶.

Nella stessa delibera l'Autorità precisa altresì che la restrizione deve trovare applicazione «*anche in relazione al personale – titolare dei poteri sopra indicati – che nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro con la P.A., si costituisca nuovo operatore economico, rivesta in tale compagine il ruolo di presidente del consiglio di amministrazione e in tali qualità partecipi alle gare indette dall'amministrazione presso la quale abbia svolto attività lavorativa*»³⁷. Peraltro, anche dal punto di vista passivo la preclusione sembra operare sostanzialmente nei confronti di qualunque attività l'ex pubblico funzionario vada a svolgere presso l'ente privato, come risulta dal PNA del 2019, nel quale è precisato che «*il divieto per il dipendente cessato dal servizio di svolgere attività*

corruzione nella pubblica amministrazione, cit., 3; in senso critico, invece, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2017, 141 secondo cui tale lettura amplierebbe eccessivamente l'ambito applicativo dell'istituto.

³³ Il PNA del 2019 indica, in proposito, «*a titolo esemplificativo, i dirigenti, i funzionari che svolgono incarichi dirigenziali, ad esempio ai sensi dell'art. 19, co. 6, del d.lgs. 165/2001 o ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. 267/2000, coloro che esercitano funzioni apicali o a cui sono conferite apposite deleghe di rappresentanza all'esterno dell'ente (cfr. orientamento ANAC n. 2 del 4 febbraio 2015). Si intendono ricompresi i soggetti che ricoprono incarichi amministrativi di vertice, quali quelli di Segretario generale, capo Dipartimento, o posizioni assimilate e/o equivalenti*».

³⁴ B.G. MATTARELLA, *Le nuove regole di comportamento*, cit., 521.

³⁵ B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 187.

³⁶ Cfr. delibera 9 marzo 2016, n. 292.

³⁷ Infatti, ANAC ha giudicato applicabile il divieto anche a una società, aggiudicataria dell'affidamento in concessione di un servizio comunale per la gestione di parcheggi, il cui Consiglio di amministrazione era presieduto dall'ex direttore generale di una società *in house* del Comune, che operava nello stesso settore, prima della costituzione della società in questione.

lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dei poteri negoziali e autoritativi esercitati, è da intendersi riferito a qualsiasi tipo di rapporto di lavoro o professionale che possa instaurarsi con i medesimi soggetti privati, mediante l'assunzione a tempo determinato o indeterminato o l'affidamento di incarico o consulenza da prestare in favore degli stessi». Tale interpretazione, che certamente amplia la portata della norma è stata oggetto di critica in dottrina³⁸ e non è stata seguita dal giudice amministrativo³⁹, secondo il quale la norma in questione, in quanto *«apporta una significativa deroga al principio di libertà di iniziativa economica»*, non consente interpretazioni analogiche. Su questa stessa base, peraltro, il medesimo giudice amministrativo ha escluso che la disposizione in parola, con particolare riferimento al divieto di contrarre di cui al secondo alinea, possa trovare applicazione quando *«non è stata comunque dimostrata alcuna correlazione tra il ruolo istituzionale a suo tempo ricoperto»* e *«l'ipotizzato "inquinamento" della gara»*⁴⁰, quest'ultima conclusione parendo comunque andare al di là della lettera della norma, che, in presenza delle condizioni date, sembra imporre una presunzione assoluta di improprio condizionamento da parte dell'ex dipendente tale da escludere in ogni caso, per chi lo abbia assunto, la capacità di contrarre con (quella) Pubblica amministrazione, secondo quanto diremo meglio tra poco, esaminando il secondo alinea⁴¹.

Quanto al periodo di preclusione, questo è di tre anni dalla cessazione del rapporto con la P.A. sulla base di poteri esercitati (o meglio, esercitabili) nei tre anni precedenti. Se un raffreddamento di tre anni è stato da alcuni ritenuto ragionevole⁴², anche alla luce di altre discipline, pur essendosi espressa diversamente, ad es., l'AGCM, la formulazione della disposizione in questione implica che possa esservi, in realtà, un periodo (massimo) forse meno ragionevole di sei anni tra l'esercizio (o la possibilità di esercizio) di un potere autoritativo o negoziale nei confronti di un soggetto privato e la possibilità di ottenere dallo stesso un lavoro o un incarico senza le conseguenze negative che la norma in questione prevede. Nella concreta applicazione, in effetti, il periodo è variabile, a seconda di quando il dipendente pubblico ha *potuto* esercitare poteri autoritativi e negoziali nei confronti di quello privato a cui vorrebbe poi transitare. Infatti, se la possibilità di esercitare tale potere autoritativo o negoziale vi è stata immediatamente prima delle dimissioni, l'attesa risulta di tre anni, mentre, se vi è stata tre anni prima delle dimissioni, l'attesa è di sei anni (anche con evidenti effetti discriminatori a seconda del momento in cui concretamente l'ex dipendente pubblico ha potuto esercitare i propri poteri sul soggetto privato). Questo potrebbe suggerire una modifica del doppio termine, ritenendo rilevanti effettivamente i poteri autoritativi o negoziali degli ultimi tre anni, ma prevedendo un "raffreddamento" successivo all'uscita dal servizio pubblico parzialmente variabile. Questo potrebbe essere anche confermato nei tre anni, ma da ridurre, ad esempio, a due se i poteri

³⁸ G. BATTAGLIA, *Il difficile temperamento di interessi nel divieto di pantouflage*, in A. PERTICI – M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, cit., 143 s.

³⁹ T.a.r. Sardegna, sez. I, ord. 8 giugno 2016, n. 109, pronunciata in sede cautelare, cui ha fatto seguito, per la definizione della fase di merito, la sent. 15 novembre 2016, n. 888.

⁴⁰ Cfr. ancora T.a.r. Sardegna, sez. I, ord. 8 giugno 2016, n. 109.

⁴¹ Pur andando, a nostro avviso, comunque al di là della lettera, una minore forzatura potrebbe essere forse rappresentata dalla possibilità di dimostrare che concretamente il condizionamento che la norma presume non vi è stato e che quindi, nel caso, essendosi vinta la presunzione, l'impedimento a contrarre non opera. Ciò parrebbe rispondere – secondo quanto evidenziato dal T.a.r. Sardegna, sez. I, ord. 8 giugno 2016, n. 109 – all'indirizzo espresso dalla CGUE, sez. IV, 19 maggio 2009, n. 538, secondo cui, le normative nazionali non possono *«prevedere meccanismi di esclusione dalle gare che – pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici – stabiliscano un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara»*.

⁴² In tal senso, ad esempio, B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 188; R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana*, cit., 15.

autoritativi o negoziali fossero stati esercitati o fossero stati comunque esercitabili nei confronti del soggetto privato soltanto nel periodo compreso tra i diciotto e i trentasei mesi precedenti al termine del rapporto. Al di là della precisa definizione dei termini, che potrebbe essere probabilmente anche ulteriormente articolata (e/o ridotta), interessa evidenziare come in questo modo il periodo massimo di divieto avrebbe una variazione più contenuta (nel caso, dai cinque ai tre anni), riducendosi nel massimo, ma rimanendo comunque ampio rispetto al distanziamento del momento della possibile commistione di interessi pubblici e privati ed assicurando altresì comunque che vi sia un periodo di (almeno) due anni tra il termine del rapporto con la P.A. e l'inizio di quello con il soggetto privato, che pare idoneo ad assicurare una adeguata distanza rispetto all'amministrazione da cui proviene l'ex dipendente pubblico e con la quale quel soggetto privato aveva intrattenuto rapporti⁴³.

Il secondo alinea del comma 16-ter prevede poi le conseguenze in senso lato sanzionatorie, stabilendo, in particolare che *«i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti»*.

La nullità, per quanto riguarda il contratto, discende dal fatto che esso sarebbe concluso in violazione di norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.)⁴⁴.

A questa si aggiunge la sanzione dell'interdizione dalla capacità a contrarre con la pubblica amministrazione, per un periodo piuttosto ampio, pari a tre anni. In questo modo la norma sembra volta a salvaguardare soprattutto il settore della contrattazione pubblica, che è certamente quello a maggiore rischio di corruzione. In effetti, a essere rilevante, al fine dell'applicazione dell'art. 16-ter è, tra l'altro, l'esercizio di poteri negoziali da parte del pubblico dipendente quando era in servizio, con ciò mirandosi a garantire il corretto svolgimento delle procedure di appalto. D'altro canto, la conseguenza sanzionatoria prevista in caso di violazione del divieto è l'impedimento a contrarre con la pubblica amministrazione, realizzando – com'è stato osservato⁴⁵ – una vera e propria causa di esclusione dagli appalti, analogamente a quelle di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. E, in effetti, anche nel PNA 2019 (par. 1.8, pagg. 67-68) si prevede che *«come già chiarito nel bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014 adottato dall'Autorità, le pubbliche amministrazioni sono tenute a inserire nei bandi di gara o negli atti prodromici all'affidamento di appalti pubblici, tra i requisiti generali di partecipazione previsti a pena di esclusione e oggetto di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, la condizione che il soggetto privato partecipante alla gara non abbia stipulato contratti di lavoro o comunque attribuito incarichi a ex dipendenti pubblici, in violazione*

⁴³ In tal senso pare meno convincente la proposta formulata da C. PEPE, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. 16 ter del d.lgs. 165/01: criticità tra anticorruzione ed efficienza della legge*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 17/2017, il quale, dopo avere correttamente evidenziato il problema, conclude che *«de jure condendo, il divieto dovrebbe quindi contemplare non tanto, come ora, l'arco temporale (l'ultimo triennio di servizio) entro cui il potere viene esercitato e, quindi, separatamente, un ulteriore periodo (tre anni) decorrente dalla cessazione, bensì un unico termine dilatorio (minimo) che deve intercorrere tra, da un lato, il momento in cui è stata concretamente esercitata la attività, alle dipendenze della amministrazione, nei confronti del privato e, dall'altro, il momento dell'assunzione, stabilendo ad esempio che tra tali due momenti devono trascorrere almeno tot anni»*. Infatti, probabilmente, oltre che una adeguata distanza dal momento in cui l'ex pubblico dipendente si è trovato nella condizione di esercitare i poteri è opportuno porre anche una distanza rispetto al momento in cui egli ha lasciato quella Pubblica amministrazione con la quale il soggetto privato aveva intrattenuto rapporti.

⁴⁴ G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit., 133.

⁴⁵ C. PEPE, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. 16 ter del d.lgs. 165/01: criticità tra anticorruzione ed efficienza della legge*, cit., 5 e 11, secondo il quale *«si tratterebbe di una sorta di requisito di moralità, previsto in una disposizione extracodicistica»*, in aggiunta a quelle di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

dell'art. 53, co. 16-ter, del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. pareri ANAC AG/8/ del 18 febbraio 2015 e orientamento ANAC n. 2 del 4 febbraio 2015 cit.)».

Ora, rispetto a questa molto onerosa conseguenza, una prima questione riguarda il soggetto interdetto e quindi, in particolare, se si tratti soltanto di coloro che hanno instaurato un rapporto di impiego con l'ex funzionario o anche di quest'ultimo. In realtà, nonostante anche la seconda interpretazione sia considerata plausibile⁴⁶, sembra che la norma sia da interpretare nel primo senso, anche perché il carattere eccezionale della previsione dovrebbe escluderne interpretazioni estensive ed inoltre perché l'ex pubblico funzionario è già sanzionato con la perdita della posizione lavorativa o di collaborazione professionale e la restituzione dei compensi.

Un'altra – particolarmente rilevante – questione è se l'impossibilità di contrattare riguardi la sola amministrazione da cui proviene il funzionario o tutte le amministrazioni. Quest'ultima interpretazione, probabilmente più aderente alla lettera del testo, è stata sostenuta in dottrina⁴⁷ e risulta dal PNA, anche nella versione adottata nel 2019. Naturalmente, le conseguenze derivanti dalla stessa sono particolarmente gravose, escludendo, per l'operatore economico responsabile della violazione, la possibilità di intrattenere qualunque rapporto contrattuale con la Pubblica amministrazione, essendosi pertanto proposto di correggere tali conseguenze almeno facendo riferimento, in via analogica, all'art. 32-ter c.p., per consentire almeno stipula di accordi per ottenere l'erogazione di pubblici servizi, ciò sembrando certamente ragionevole, perché, in assenza della suddetta eccezione, per molte imprese l'applicazione della norma condurrebbe alla chiusura. Tuttavia, non sono mancate indicazioni volte a circoscrivere il divieto di contrarre alla sola amministrazione di provenienza dell'ex dipendente, illegittimamente transitato presso un operatore economico privato: in questo senso si è pronunciata, in particolare la giurisprudenza amministrativa⁴⁸ e ciò sembra risultare anche dalle linee guida della Direzione generale per la regolazione e i contratti pubblici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per la compilazione del documento di gara unico europeo (DGUE)⁴⁹. E questa posizione è, del resto, condivisa da altri commentatori preoccupati che la norma possa altrimenti risultare eccessivamente restrittiva⁵⁰.

Le due interpretazioni sembrano in realtà rispondere a una logica parzialmente diversa.

Infatti, quella che limita la restrizione all'amministrazione di provenienza dell'ex dipendente, sembra mirata ad evitare che, attraverso le specifiche conoscenze di quest'ultimo e i suoi legami, l'operatore economico presso il quale egli adesso è andato ad operare possa trarne un vantaggio, in violazione della parità di condizioni, sanzionando, d'altra parte, una sorta di "infedeltà" nei confronti di quella specifica amministrazione da parte dell'ex dipendente, la cui nuova posizione

⁴⁶ R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana*, cit.

⁴⁷ Così R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana*, cit.; B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 187.

⁴⁸ T.a.r. Sicilia, Catania, 24.11.2017, n. 2737. In questo senso, in dottrina, G. GARGIULO, *Il divieto di pantouflage, quale presidio dell'imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, (www.lavoropubblicheamministrazioni.it) n. 1/2019, 208.

⁴⁹ In particolare, la parte III del DGUE, relativa ai motivi di esclusione dalla gara, alla sezione D (motivi di esclusione aggiuntivi), prevede la seguente domanda: «L'operatore economico si trova nella condizione prevista i trova nella condizione prevista dall'art. 53 comma 16-ter del D.Lgs. 165/2001 (pantouflage o revolving door) in quanto ha concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e, comunque, ha attribuito incarichi ad ex dipendenti della stazione appaltante che hanno cessato il loro rapporto di lavoro da meno di tre anni e che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto della stessa stazione appaltante nei confronti del medesimo operatore economico?» (enfasi aggiunta).

⁵⁰ Cfr., ad esempio, C. PEPE, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. 16 ter del d.lgs. 165/01*, 15 e G. BATTAGLIA, *Il difficile temperamento di interessi nel divieto di pantouflage*, cit., 144.

presso il soggetto privato non potrà così portare particolari vantaggi diversi da quelli riconducibili alle sue effettive capacità professionali.

L'interpretazione secondo la quale, invece, il divieto a contrarre si dovrebbe estendere a tutta la Pubblica amministrazione pare realizzare più una generale funzione sanzionatoria, che scatta nei confronti di chi ha tenuto un atteggiamento scorretto nei confronti dell'amministrazione: anzitutto l'operatore economico, il quale è (temporaneamente) "squalificato" dal poter contrarre con tutta la Pubblica amministrazione perché le ha sottratto personale, presumibilmente (anche) al fine di procurarsi un indebito vantaggio, e, in secondo luogo, nei confronti dell'ex dipendente la cui presenza diventa, a questo punto, per l'operatore economico privato, una zavorra particolarmente pesante, che spinge ad evitarne l'assunzione (o comunque il coinvolgimento professionale), almeno per un periodo, anche a costo di privarsi di qualifiche professionali particolarmente appetibili.

Pur considerando che anche gli obiettivi cui sembra legarsi la seconda interpretazione siano meritevoli di perseguimento, deve però considerarsi come questa risulti particolarmente onerosa, sia per l'ex dipendente pubblico che, se ha svolto determinate funzioni in ambito pubblico, potrebbe avere molto serie difficoltà di ricollocarsi, sia per l'operatore economico privato, il quale, soprattutto ove si tratti di una società di rilevanti dimensioni, potrebbe avere difficoltà a dichiarare con certezza – al momento della partecipazione ad una procedura per ottenere un contratto pubblico – di non avere tra i propri dipendenti, o professionisti di riferimento, nessuno che, avendo lavorato alle dipendenze della pubblica amministrazione (fino a meno di tre anni prima), abbia esercitato (o, meglio, sia stato competente ad esercitare), negli ultimi tre anni, poteri autoritativi o negoziali nei confronti della società stessa⁵¹.

Peraltro pare che l'altra interpretazione raggiunga comunque l'obiettivo di evitare una commistione di interessi e che la sua maggiore ragionevolezza possa farla preferire, valutando, semmai, se alla stessa aggiungere una sanzione a carico dell'ex dipendente pubblico, volta a stigmatizzare il comportamento "infedele" nei confronti della Pubblica amministrazione in generale e che potrebbe sostituire la «restituzione dei compensi», che finisce in sostanza per avvantaggiare l'operatore economico che ha agito in contrasto con la legge. Una sanzione che, però, non potrebbe essere pari al compenso ottenuto, perché altrimenti per qualcuno potrebbe valere la pena provarci, ma che potrebbe essere determinata in una misura variabile, ad esempio dal 150% al 300% del compenso ricevuto.

In effetti, come accennavamo, la «restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti», da parte dell'ex funzionario pubblico fermo restando quanto appena detto, può comunque rappresentare un disincentivo per lo stesso, ma non, invece, per chi lo abbia eventualmente assunto, il quale, a questo punto, si trova ad avere ottenuto una prestazione gratuitamente. Tuttavia, come è già stato messo in luce in dottrina, alla restituzione sembrerebbero peraltro ostare sia il divieto di illecito arricchimento (art. 2041 cc.) sia il fatto che la nullità del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui esso ha avuto esecuzione (art. 2126 c.c.)⁵².

Da ultimo, deve constatarsi come da più parti in dottrina⁵³ sia stata sottolineata l'irragionevolezza dell'interdizione dalla capacità a contrarre per una durata fissa di tre anni, a prescindere dalla gravità della violazione e delle conseguenze che ha prodotto, ritenendosi pertanto opportuna, se non necessaria, una modifica della sanzione, che potrebbe essere ad esempio, da uno a quattro anni, dovendosi tenere in considerazione che in sede di applicazione della norma sanzioni eccessivamente

⁵¹ In merito, cfr. *amplius*, C. PEPE, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. 16 ter del d.lgs. 165/01: criticità tra anticorruzione ed efficienza della legge*, cit., 14 s.

⁵² B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 190; D. ANDRACCHIO, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, cit. p., 7.

⁵³ Cfr., ad esempio, R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana*, cit., 20.

pesanti – potenzialmente in grado di determinare la cessazione di un'attività d'impresa – potrebbero spingere ad evitarne l'applicazione.

Come si vede, quindi, la norma pone praticamente su tutti gli aspetti problemi di interpretazione ed applicazione che suggerirebbero una sua revisione, volta a meglio precisarne la portata, non sembrando, però, che le cose potrebbero migliorare seguendo l'impostazione secondo la quale sarebbe preferibile una disciplina più a maglie larghe, che riprenda, in sostanza, quella dell'art. 2105 c.c. secondo il quale il prestatore di lavoro sarebbe tenuto a un «*obbligo di fedeltà*» per cui «*non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore*»⁵⁴.

Infine, occorre osservare che la competenza in materia di vigilanza e sanzione spetta all'ANAC, nonostante manchi una espressa previsione al riguardo, come – a fronte della contestazione da parte di un importante operatore privato che aveva assunto in violazione della norma in questione un ex Presidente di Autorità portuale – ha avuto occasione di precisare il Cons. St, sez. V, nella sent. n. 7411/2019.

Tale conclusione, infatti, secondo il giudice amministrativo, discende dal fatto che «*l'art. 13 del d.lgs. n. 39 del 2013 attribuisce (...) all'Autorità nazionale anticorruzione il generale compito di vigilare "sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi"*» e che «*a sua volta, l'art. 21 del medesimo decreto richiama esplicitamente la disciplina di cui all'art. 53, comma 16-ter del d.lgs. n. 165 del 2001 al fine specifico di estenderne in tale contesto il campo di applicazione*». Orbene, «*come osservato dal Cons. Stato, sez. I, con il parere n. 4008 del 2005, reso [...] all'A.G.COM., "le sanzioni amministrative sono infatti poste a specifica tutela delle funzioni proprie di un'Amministrazione e degli interessi che la sua attività coinvolge; donde il corollario alla stregua del quale le sanzioni medesime devono essere comminate, in applicazione del principio generale che trova espressione nell'art. 17 della legge n. 24 novembre 1981, n. 689, dal soggetto pubblico "nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione"*».

E «*la sanzione di cui si discute è posta a tutela della delicata funzione assolta dall'ANAC, la quale svolge, "con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"* (art. 1, comma primo, l. n. 190 del 2012). Ne consegue la configurabilità di un chiaro "nesso finalistico fra la norma assistita dalla sanzione amministrativa e le funzioni attribuite all'Autorità" e, in definitiva, la necessità logico-sistemica dell'iscrizione in capo all'Autorità del compito di assicurare, in sede di accertamento della nullità dei contratti sottoscritti dalle parti e di adozione delle misure conseguenti, la tutela dei valori di trasparenza ed integrità delle amministrazioni pubbliche che sono il proprium della sua missione istituzionale».

3. Le inconferibilità tra politica e amministrazione

Come accennato sopra, mentre le incompatibilità escludono la possibilità che una stessa persona rivesta più ruoli, costringendolo a optare per uno dei due o prevedendo la decadenza da quello assunto per primo, a seguito dell'accettazione del secondo, le inconferibilità contemplano un'esclusione insuperabile, se non dopo il trascorrere di un determinato lasso di tempo dalla cessazione della posizione che l'ha determinata. Proprio per questo – come dicevamo sopra – queste ultime possono essere considerate come speculari alle incompatibilità successive: infatti,

⁵⁴ Questa soluzione è stata proposta da E. D'AVINO, *L'imperfetta contrattualizzazione del lavoro pubblico nel prima della disciplina anticorruzione*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2015, 285.

l'impossibilità di passare dall'incarico "A" all'incarico "B", prima che sia trascorso un determinato periodo, è rispetto all'incarico "A" un'incompatibilità successiva, mentre per l'incarico "B" un'inconferibilità.

L'istituto dell'inconferibilità è stato introdotto nel nostro ordinamento soltanto, con il d.lgs. n. 39/2013, in attuazione di una delega contenuta nella legge n. 190/2012. In particolare, l'art. 1, comma 2, lett g) di quest'ultimo definisce l'inconferibilità come *«la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico»*.

Come si vede, quindi, attraverso questo istituto la legge mira al perseguimento di diversi obiettivi. Il primo, relativo ai casi di condanna penale per reati contro la pubblica amministrazione (capo II), è quello di preservare la pubblica amministrazione rispetto a chi ha compiuto reati contro la stessa, mantenendone anche la "onorabilità". Ciò risulta, in effetti, estraneo alla disciplina di prevenzione del conflitto d'interessi, ma condivide con questa l'obiettivo di mantenere la fiducia pubblica nelle istituzioni.

Il secondo obiettivo, invece, è proprio quello di garantire che il funzionario pubblico agisca nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, assicurando l'assenza di condizionamenti da parte di interessi privati o anche politici, che potrebbero derivare dai precedenti incarichi ricoperti. Con questo istituto, quindi, come vedremo, iniziamo ad entrare nel cuore del presente studio, in quanto il motivo di inconferibilità di una carica può essere proprio un precedente incarico, rispetto al quale quello inconferibile rappresenta una restrizione (o incompatibilità) post-carica, al fine di evitare il fenomeno delle *revolving doors*.

Ciò avviene attraverso le previsioni del capo III, che stabiliscono (art. 4) l'impossibilità di conferire determinati incarichi amministrativi di vertice presso amministrazioni pubbliche⁵⁵ a coloro che, nei due anni precedenti, hanno ricoperto incarichi e cariche in enti di diritto privato o finanziati dall'amministrazione o dall'ente pubblico che attribuisce l'incarico ovvero abbiano svolto in proprio attività professionali, se queste sono regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico. Agli stessi fini, la successiva disposizione (art. 5) prevede che *«gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali non possono essere conferiti a coloro che, nei due anni precedenti, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dal servizio sanitario regionale»*. In questi casi, in effetti, i legami che si possono presumere persistere con gli enti di provenienza, anche eventualmente in vista di un successivo rientro, potrebbero condizionare l'esercizio delle funzioni pubbliche e in particolare il migliore conseguimento dell'interesse pubblico a cui le stesse sono volte. In questo senso il periodo di "raffreddamento" (biennale) assume proprio il significato di consentire una rescissione di quei legami con conseguente possibilità di svolgere il successivo incarico pubblico senza condizionamenti.

Le inconferibilità del capo IV, infine, escludendo da determinate posizioni amministrative di vertice o dirigenziali o di amministratore coloro che hanno fatto parte di organi di indirizzo politico, mirano, da un lato, ad evitare condizionamenti da parte della politica, e, dall'altro, ad evitare che, nello svolgere la propria attività di indirizzo politico, si miri ad ottenere una particolare posizione

⁵⁵ In particolare la legge fa riferimento a:

- a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali;
- b) gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale;
- c) gli incarichi dirigenziali esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici che siano relativi allo specifico settore o ufficio dell'amministrazione che esercita i poteri di regolazione e finanziamento.

nell'amministrazione, condizionando pertanto la medesima attività al perseguimento di interessi personali.

In realtà, la legge distingue a questo proposito tra il livello nazionale e gli altri livelli territoriali.

Per il primo, ci si limita a un rinvio alla legge n. 215/2004, con riferimento, quindi, alle sole cariche di Governo, indicando situazioni di incompatibilità che, secondo quanto espressamente previsto all'art. 2, comma 3, della legge «cessano dalla data del giuramento relativo agli incarichi di cui all'articolo 1 e comunque dall'effettiva assunzione della carica». La situazione alla quale si fa riferimento, quindi, è evidentemente diversa, non riguardando un divieto di assunzione di cariche amministrative di vertice per chi venga dalla politica, ma imponendo a chi ricopra una carica di governo di lasciare eventuali precedenti posizioni, secondo quello che è, in effetti, lo schema dell'incompatibilità, che – come appena visto nel precedente paragrafo – possono, entro certi limiti previsti dal comma 4, divenire anche *post-employment*.

Ben diversa, invece, la situazione a livello locale. Infatti, coloro che, nei due anni precedenti, siano stati componenti della giunta o del consiglio della Regione che conferisce l'incarico, ovvero nell'anno precedente, siano stati componenti della giunta o del consiglio di una provincia o di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti della medesima regione o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della medesima regione, oppure siano stati presidente o amministratore delegato di un ente di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione ovvero da parte di uno degli enti locali di cui sopra, vi è un divieto di conferibilità di tutta una serie di incarichi (quali quelli amministrativi di vertice della regione; quelli dirigenziali nell'amministrazione regionale; quelli di amministratore di ente pubblico di livello regionale e quelli di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico di livello regionale). Simile inconferibilità è quindi prevista per i componenti degli organi di indirizzo politico degli enti locali rispetto ad incarichi amministrativi di vertice o dirigenziali presso gli stessi o presso enti pubblici da questi controllati⁵⁶.

La durata delle suddette inconferibilità è variabile: nei casi del titolo I, essa può avere carattere permanente o temporaneo, pari a quello dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici o a cinque anni, fermo restando il venir meno dell'inconferibilità ove venga pronunciata, per il medesimo reato, sentenza, anche non definitiva, di proscioglimento; negli altri casi, ha generalmente durata di due anni dalla cessazione dell'incarico o dello svolgimento dell'attività per gli enti regolati o finanziati, arrivando fino a cinque anni per coloro che sono stati candidati in elezioni europee, nazionali, regionali e locali, in collegi elettorali che comprendano il territorio della ASL, in relazione al conferimento degli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali.

Risulta a questo punto evidente come l'inconferibilità, nella maggior parte dei casi sopra esaminati, sia volta ad evitare il fenomeno delle c.d. *revolving doors*, o *pantouflage*, che si realizza

⁵⁶ In particolare, a coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico, ovvero a coloro che nell'anno precedente abbiano fatto parte della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione, nella stessa regione dell'amministrazione locale che conferisce l'incarico, nonché a coloro che siano stati presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte di province, comuni e loro forme associative della stessa regione, non possono essere conferiti alcuni incarichi, quali in particolare, quelli amministrativi di vertice nelle amministrazioni di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione; quelli dirigenziali nelle medesime amministrazioni; quelli di amministratore di ente pubblico di livello provinciale o comunale; quelli di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione.

quando qualcuno passa da una posizione ad un'altra, avvantaggiandosi della prima per ottenere la seconda.

Il d.lgs n. 39/2013 prevede che, in caso di violazione delle norme sull'inconferibilità, contestata dal responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) sia all'ente conferente che al destinatario del conferimento, gli atti di conferimento degli incarichi e i relativi contratti siano nulli, mentre coloro che hanno conferito l'incarico *«sono responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati»* e *«non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza»*.

4. Brevi conclusioni

Nel contesto delle misure di prevenzione dei conflitti d'interessi e della corruzione, intesa non solo e non tanto con riferimento alla fattispecie penalistica, ma all'utilizzo della propria posizione per trarre vantaggi privati, l'ambito indagato pare tra i più problematici.

Infatti, la scarsa considerazione che rimane per le questioni dell'etica pubblica, nonostante i gravi costi che la corruzione ha imposto al Paese, gravandone le finanze pubbliche, si nota anche nel permanere di forti resistenze all'introduzione di regole volte ad evitare il sistema delle porte girevoli, più comunemente noto come *revolving doors* o *pantouflage*, per il maggiore radicamento della pratica, ma anche degli strumenti per evitarla, negli Stati Uniti e in Francia.

Ciò determina che, a tutt'oggi, per molte cariche pubbliche – specialmente di natura politica – non è prevista alcuna restrizione al passaggio ad altre cariche pubbliche e soprattutto al settore privato, con il rischio che nello svolgimento delle prime si sia mirato soprattutto a compiacere chi era nella posizione di far poi ottenere le seconde. Peraltro, anche quando norme volte a limitare questi passaggi sono introdotte spesso risultano poco efficaci, a causa della genericità delle formulazioni e della difficoltà di renderne esigibile la conformazione e comunque applicabile la sanzione. Questi problemi si sono riscontrati, in particolare, per le cariche di Governo.

D'altra parte, come mostra in particolare la norma piuttosto recentemente introdotta per il pubblico impiego, anche formulazioni che, da un lato mantengano elementi di incertezza applicativa, ma dall'altro fanno conseguire alla violazione sanzioni eccessivamente severe rischiano di risultare di difficile applicazione e comunque di non essere efficaci, anche in relazione all'adeguatezza rispetto agli scopi prefissati.

L'esame delle diverse norme ha inoltre evidenziato come l'oscillazione tra restrizioni eccessive ed inefficaci sia riscontrabile anche nella presenza di periodi di raffreddamento fortemente differenti, il cui confronto evidenzia l'irragionevolezza di molti di questi.

Tutto ciò suggerirebbe l'opportunità di rivedere la complessiva disciplina italiana in materia, che non può essere unitaria, per le obiettive differenze che vi possono essere tra alcune funzioni, ma che non può comunque prevedere trattamenti irragionevolmente diversi e che, in ogni caso, dovrebbe essere semplificata e razionalizzata, evitando una eccessiva frammentazione e potenziando, invece, maggiormente una valutazione in concreto (portato avanti da soggetti indipendenti, come le Autorità competenti, in modo che sia assicurata una piena trasparenza e pubblicità delle valutazioni), sia rispetto alla effettiva possibilità di interferenza tra l'incarico pubblico e la posizione privata, sia in relazione al periodo, sia alle conseguenze sanzionatorie. Altrimenti il rischio è quello di avere un sistema inefficiente, irragionevolmente restrittivo rispetto a talune posizioni e privo di qualunque restrizione in altri casi, magari anche più significativi dal punto di vista della possibilità di utilizzare una determinata posizione pubblica per precostituirsi future posizioni nel settore privato (o, in alcuni casi, anche pubblico).

Il conflitto di interessi come declinazione del principio costituzionale d'imparzialità

SOMMARIO: 1. Conflitto di interessi e cura imparziale dell'interesse pubblico. – 2. Conflitto di interessi, inconfirmità e incompatibilità. – 3. Conflitto di interessi e obbligo di astensione. – 4. Il conflitto di interessi nei contratti pubblici. – 5. Il conflitto di interessi dei titolari di cariche di governo. – 6. Conflitto di interessi e "porte girevoli". – 7. Le "porte girevoli" nella politica. – 8. ... e nella magistratura. – 9. Conflitto di interessi e disciplina del *pantouflage*. – 10. Conclusioni.

1. Conflitto di interessi e cura imparziale dell'interesse pubblico.

Il fenomeno della commistione tra interessi pubblici e privati di chi svolge pubbliche funzioni è una questione che riguarda tutti gli ordinamenti democratici. Il conflitto di interessi sorge quando un funzionario pubblico potrebbe avere l'opportunità di anteporre un interesse personale al proprio obbligo professionale. Il conflitto di interessi si può definire come il capovolgimento del principio di imparzialità. Un conflitto di interessi si determina quando ad un soggetto sia affidata la funzione di cura di un interesse pubblico ed egli contestualmente si trovi ad essere titolare di un interesse privato la cui soddisfazione avviene incrementando i costi o riducendo i benefici dell'interesse funzionalizzato¹.

Le norme che si occupano di evitare il conflitto di interessi costituiscono una manifestazione del principio di imparzialità previsto nell'art. 97 della Costituzione. Già la Costituzione repubblicana pone solide basi su cui sviluppare la regola d'imparzialità; secondo quanto recita l'art. 98 i pubblici impiegati sono "*al servizio esclusivo della Nazione*". I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle "*con disciplina e onore*" (art. 54, commi 1 e 2), insieme all'obbligo di fedeltà alla Repubblica cui sono tenuti tutti i cittadini. Il dipendente pubblico è vincolato a svolgere i propri compiti senza abusare della posizione di cui è titolare; i poteri pubblici devono essere esercitati unicamente per finalità di interesse generale. Ciò impone che le scelte del funzionario devono essere realizzate con l'osservanza del principio dell'equidistanza da tutti coloro che vengono in contatto con il potere pubblico. Per agevolare l'imparzialità degli impiegati, che non dovrebbero essere a disposizione di interessi di parte, ma esclusivamente al servizio della collettività nazionale, l'accesso deve avvenire, salvo ipotesi eccezionali, per concorso (art. 97, comma 3)². La selezione meritocratica secondo regole predeterminate rafforza la dimensione dell'imparzialità e della cura esclusiva dell'interesse pubblico³.

A livello di legislazione ordinaria i presidi normativi sui conflitti di interesse sono abbastanza recenti e affidati alla legge n. 190 del 2012, al d.lgs. n. 39/2013 e al d.p.r. n. 62/2013. Il Regolamento recante il codice di comportamento contiene i principi generali che il dipendente pubblico è tenuto a rispettare: integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza. Egli deve agire in posizione di indipendenza e imparzialità, "*astenendosi in caso di conflitto di interessi*" (art. 3, comma 2).

Siffatte disposizioni mettono in luce differenti strumenti per prevenire il conflitto di interessi e invertere il principio di imparzialità nella pubblica amministrazione; a cominciare dal primo meccanismo, di più facile applicazione, come l'obbligo di astensione. Con l'introduzione dell'art. 6-

¹ Così, Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, parere n. 667 del 5 marzo 2019.

² I Costituenti, al riguardo, si sono ispirati al principio di massima esperienza: chi è stato assunto per raccomandazione o per chiamata diretta è portato a ricambiare il suo "benefattore" mettendosi al suo servizio piuttosto che al servizio della Nazione; in proposito I.A. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino 2019, 263.

³ Sul punto, G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova 2012, 622.

bis della legge n. 241 del 1990 il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale. Per prevenire il verificarsi del danno concreto all'ente occorre che il funzionario, portatore di utilità private (che possono essere di tipo economico o anche immateriale), informi l'amministrazione e si astenga dallo svolgimento di una determinata attività. La tutela anticipata rispetto a fatti di cattiva amministrazione è divenuta un principio generale del diritto amministrativo.

In secondo luogo, la legge dedica attenzione a un sistema di preclusioni temporanee a talune cariche, nei confronti di soggetti che possono essere portatori di situazioni confliggenti con l'interesse pubblico a causa di vicende personali o professionali, pregresse, contestuali o successive, come nel caso dell'inconferibilità, dell'incompatibilità e del *pantouflage*. Per realizzare compiutamente la "*rimozione degli ostacoli*" di cui parla l'art 3, comma 2, della Costituzione che rischiano di far inabissare il principio di imparzialità, l'esercizio delle funzioni pubbliche deve rimanere indenne da contaminazioni da parte di convenienze private o personali dei suoi dipendenti. La disciplina del conflitto di interessi si interseca con il principio di eguaglianza, ponendosi l'obiettivo di neutralizzare situazioni che costituiscano un inciampo alla realizzazione della buona amministrazione. Il principio di esclusività del rapporto di pubblico impiego viene ribadito nella disciplina sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della p.a. che fissa un regime d'incompatibilità che conferma il divieto di svolgere qualsiasi tipo di attività lavorativa autonoma o subordinata, tranne che l'ordinamento non disponga la possibilità di un sistema autorizzatorio⁴.

In coerenza con i principi di buon andamento e imparzialità, l'azione amministrativa si deve basare sulla regola dell'equidistanza per cui nessun organo pubblico può porre in essere atti in favore di sé stesso o di terzi. Il conflitto di interessi concretizza improprie turbative alla effettiva eguaglianza degli amministrati, con la lesione del diritto ad una pubblica amministrazione imparziale. Il principio di imparzialità, nel suo significato che vieta ogni discriminazione, rientra in quel patrimonio di regole che costituiscono tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e ha le sue radici nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. L'art. 41 riconosce il diritto ad una buona amministrazione; in particolare "*ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione*".

Quindi le norme che prevengono situazioni di pericolo, come quelle che si configurano all'interno della fattispecie "conflitti di interesse", servono ad evitare, anzitutto, che il potere amministrativo venga strumentalizzato per fini privati e metta a repentaglio la parità di trattamento e il principio di concorrenza⁵. Le situazioni di conflitto di interessi possono, infatti, squilibrare la scelta a vantaggio

⁴ Cfr. la regolamentazione delle incompatibilità contenuta nell'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165; in particolare il comma secondo dispone che: "*le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri dell'ufficio, che non sia espressamente previsti o disciplinati dalla legge o da altre fonti normative o che non siano espressamente autorizzati*".

⁵ Secondo G. AMATO, *Relazione generale*, in *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, a cura di M. Ajnis e G. Pitruzzella, Bari, Edizioni Giuseppe Laterza, 2019, 27, la concorrenza è geneticamente legata alla democrazia. "*Vale per la concorrenza ciò che vale per la democrazia, sono entrambe strumentali ad altri fini, ma entrambe sono un valore in sé*", perché mirano a contrastare il potere non legittimato, attraverso un'azione di prevenzione degli abusi, dividendo il potere tra più soggetti. Critico rispetto al principio di concorrenza, F. CINTIOLI, *Per una gara in più, Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica* (e-book), Soveria Mannelli, Rubettino Editore, 2020, 32 ss., secondo cui la finalità di tutela della concorrenza nel campo della contrattualistica pubblica ha indotto ad una sottovalutazione dell'interesse pubblico a fare gli appalti, aumentando la complicazione normativa, con l'imposizione di vincoli e oneri che prima non c'erano e una conseguente compressione della capacità discrezionale della stazione appaltante.

di un concorrente, con una lesione alla concorrenza, insieme al danno per l'interesse materiale dell'amministrazione alla migliore soluzione.

Ulteriormente, la disciplina del conflitto di interesse mira a preservare il bene "immateriale" del prestigio della pubblica amministrazione. Basta l'intervento dell'agente, portatore di un interesse personale, per costituire una minaccia della sua imparzialità che si riflette negativamente sulla reputazione della pubblica amministrazione. L'agire in conflitto di interessi reca un nocumento al principio di imparzialità e incide negativamente sull'immagine della pubblica amministrazione. Il prestigio delle istituzioni pubbliche va necessariamente preservato al fine di mantenere l'affidamento dei cittadini rispetto all'operato dei pubblici uffici⁶. La condotta impropria perpetrata dai dipendenti infedeli si riflette sul grado di fiducia degli amministrati, poiché ingenera in questi ultimi la convinzione che quel comportamento rappresenti il modo in cui l'ente agisce normalmente⁷. A questo proposito l'art. 4 del Codice di Comportamento dei dipendenti pubblici fa espresso riferimento alla vigilanza sulla correttezza del dipendente proprio "*al fine di preservare il prestigio e l'imparzialità dell'amministrazione*". La difesa del prestigio dell'amministrazione aiuta a tenere alto il senso di fiducia dei cittadini verso il decisore pubblico e costituisce una condizione imprescindibile per la stessa tenuta della democrazia⁸.

È bene chiarire, sin da subito, che conflitto di interessi non è sinonimo di corruzione. La corruzione prevede solitamente un accordo tra almeno due soggetti e una tangente, un pagamento o un'altra utilità. Il conflitto di interessi non è sovrapponibile al concetto di corruzione poiché sorge "*quando una persona potrebbe avere l'opportunità di anteporre i propri interessi privati ai propri obblighi professionali*"⁹. Con altre parole, il conflitto di interessi esiste prescindendo dalla circostanza che a esso segua o meno una condotta impropria. Il conflitto di interessi è una situazione, non è un comportamento. Esso, dunque, è ontologicamente definito dalla categoria della potenzialità, in quanto il conflitto non consiste in comportamenti dannosi per l'interesse pubblico, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di danno¹⁰. Un conflitto di interessi – secondo la definizione fornita dalla Guida pratica dell'Olaf (Ufficio europeo per la lotta antifrode) -

⁶ Sull'importanza della centralità dell'etica pubblica, intesa come regola di comportamento di chi lavora per la collettività, per combattere il carattere diffuso e diffusivo della corruzione, F. PATRONI GRIFFI, *Premessa*, in *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I.A. Nicotra, Torino, Giappichelli, 2016, 7.

⁷ La giurisprudenza della Corte dei conti definisce il danno all'immagine della pubblica amministrazione come "*un pregiudizio non patrimoniale, ma suscettibile di valutazione economica, consistente nella perdita o diminuzione del prestigio, del buon nome, dell'autorevolezza e della credibilità sociale della p.a.*", cfr. *ex plurimis*, Corte dei conti, sez. Marche, 11 giugno 2008, n.2 59.

⁸ Sul punto, I.A. NICOTRA, *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in *L'autorità nazionale anticorruzione*, cit., 146.

⁹ Cfr. la *Guida pratica per i dirigenti -Individuazione dei conflitti di interesse nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali*, elaborata da un gruppo di esperti degli Stati membri con il coordinamento dell'unità dell'Olaf, per cui "*i conflitti di interessi e la corruzione non sono la stessa cosa*". Nello stesso senso, il Consiglio di Stato ha chiarito che l'insorgenza del conflitto di interessi avviene indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415; Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n.2853). Il conflitto di interesse non è mai sovrapponibile al fenomeno corruttivo, anche qualora la corruzione venga intesa nel significato più ampio, che tende a coincidere con "*l'abuso di un potere fiduciario per un profitto privato*". Tale ultima definizione è contenuta nella *Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, adottata dall'*Assemblea generale dell'Onu (UNCAC)*, cap. II, *Misure preventive*, riportata anche nel citato parere n. 667 del 5 marzo 2019 del Consiglio di Stato. È stato messo in luce come il termine "corruzione" è al centro di una legislazione logorroica e alluvionale che trova fondamento nella sua eccezionalità, finendo per ricomprendere "*una tale gamma di fenomeni, situazioni e comportamenti da risultare onnivora e dai confini indefiniti*", così, D. FONDAROLI, *Le insidie del linguaggio giuridico*, in *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico*, a cura di D. Fondaroli, Bari, Cacucci, 2019, 4.

¹⁰ Così, Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, parere n. 667 del 5 marzo 2019, cit., sullo schema delle *Linee Guida recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici»*.

presuppone una contrapposizione tra la missione pubblica e gli interessi privati di un funzionario, in cui quest'ultimo possiede interessi personali che potrebbero influire indebitamente sull'assolvimento dei suoi obblighi pubblici. Affinché insorga il conflitto è sufficiente la presenza di due interessi: quello pubblico e quello privato e non occorre che l'abuso del potere si sia effettivamente verificato.

Il conflitto di interessi si configura laddove la cura dell'interesse pubblico cui è preposto il funzionario potrebbe essere deviata per favorire il soddisfacimento di interessi differenti, di cui sia titolare il medesimo funzionario in via immediata o anche indirettamente.

In sostanza, l'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario si realizza allorché le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico¹¹. Risolvere il conflitto di interessi costituisce attuazione del principio d'imparzialità. Per rispondere all'esigenza di sterilizzare le improprie devianze delle funzioni pubbliche, il legislatore ha approntato una serie di norme che rafforzano il principio di imparzialità; innanzitutto per bloccare le contaminazioni che gli interessi privati dei dipendenti pubblici potrebbero procurare alla azione amministrativa¹². Il conflitto di interessi può riguardare, infatti, tutte le categorie dei funzionari pubblici *"cui sono affidate funzioni pubbliche"*, che hanno il dovere di *"essere fedeli alla Repubblica"* e di adempierle con *"disciplina ed onore"*, secondo quanto recita l'art.54 della Costituzione.

I funzionari professionali, che svolgono le proprie mansioni in modo permanente al servizio delle istituzioni pubbliche e i funzionari onorari che esercitano una pubblica funzione per il periodo del mandato politico sono tenuti all'adempimento del dovere d'imparzialità nello svolgimento dei propri compiti, come richiesto dall'art. 97 della Costituzione.

2. Conflitto di interessi, inconferibilità e incompatibilità

Per i funzionari professionali il conflitto di interessi è regolato nel d.lgs. n. 39 del 2013 e trova attuazione attraverso l'inconferibilità e l'incompatibilità degli incarichi amministrativi di vertice e dirigenziali, presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, nei confronti di determinati soggetti¹³. Come scritto espressamente nell'art. 22 le norme in materia di inconferibilità e incompatibilità contenute nel d.lgs. n. 39 sono norme di attuazione degli articoli 54 e 97 della Costituzione.

In particolare, il filtro dell'inconferibilità impedisce il conferimento a causa della provenienza da situazioni personali o professionali che possono *"inquinare"* il corretto espletamento dell'azione amministrativa. La disciplina sul conflitto di interessi ha, in questo caso, predisposto una serie di strumenti che realizzano una sorta di *"stop in entrata"* per un tempo limitato rispetto alla

¹¹ Cfr., ANAC, Delibera numero 494 del 5 giugno 2019, *Linee Guida n. 15 recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici»*, parte I, punto 2.1. Le *Linee Guida*, che non hanno natura vincolante, sono state adottate con l'obiettivo di agevolare le stazioni appaltanti nell'attività di individuazione, prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse nelle procedure di gara, favorendo la standardizzazione dei comportamenti e la diffusione delle buone pratiche.

¹² Cfr., F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 98.

¹³ Cfr. F. PATERNITI, *La tutela preventiva*, cit., 113; F. MERLONI, *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in *Treccani, Enciclopedia delle Scienze sociali*, (http://treccani.it/enciclopedia/elenco-opere/Enciclopedia_delle_scienze_sociali), 2014; R. CANTONE e A. CORRADO, *La difficile applicazione della disciplina in tema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 123 ss.

attribuzione di incarichi pubblici nei confronti di determinati soggetti che versino in situazioni di difetto di imparzialità¹⁴.

Si tratta di tre differenti cause di inconferibilità: la prima riguarda chi ha una condanna, anche non definitiva, per reati contro la pubblica amministrazione. In particolare, la disciplina contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 39 del 2013 prescrive che a coloro che siano stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per uno dei reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, non possono essere attribuiti incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni, incarichi di amministratore di ente pubblico, incarichi dirigenziali, incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico, incarico di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali del servizio sanitario nazionale.

La seconda causa di inconferibilità scatta in ragione della provenienza da enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione che conferisce l'incarico stesso¹⁵ e si riferisce alle cariche di presidente con deleghe gestionali dirette¹⁶ e di amministratore delegato¹⁷. Anche se lo statuto non prevede espressamente il conferimento di deleghe gestionali in capo al Presidente, *"laddove al*

¹⁴ I compiti in materia di vigilanza e di accertamento delle cause di inconferibilità e di incompatibilità spettano al Responsabile della prevenzione della corruzione di ciascuna amministrazione a all'Autorità Nazionale Anticorruzione. In particolare, l'art. 15 del d.lgs. n. 39 del 2013 attribuisce al Responsabile della prevenzione della corruzione (RPC) la vigilanza interna, prevedendo che *"Il responsabile del piano anticorruzione di ciascuna amministrazione pubblica, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico cura anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che nell'amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi. A tal fine il responsabile contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al presente decreto"*. Il successivo articolo 16 disegna ruolo e funzioni dell'ANAC in materia di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi di vertice e dirigenziali. Il primo comma attribuisce all'Autorità un potere vigilatorio esterno sul rispetto da parte delle pubbliche amministrazioni delle disposizioni del d.lgs. n. 39, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi. Il secondo comma dell'art. 16 prevede la possibilità per *"l'Autorità Nazionale Anticorruzione, a seguito di segnalazione (della Presidenza del Consiglio dei Ministri) o d'ufficio, di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio conferimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento dell'incarico, nonché segnalare il caso alla Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. L'amministrazione, ente pubblico o ente privato in controllo pubblico che intenda procedere al conferimento dell'incarico deve motivare l'atto, tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità"*.

¹⁵ In particolare, l'art. 4, comma 1, lett. b) del d.lgs. n.39 del 2013 prevede l'inconferibilità d'incarichi nelle amministrazioni statali, regionali e locali a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati. A coloro che *"nei due anni precedenti, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato o finanziati dall'amministrazione o dall'ente pubblico che conferisce l'incarico ovvero abbiano svolto in proprio attività professionali, se queste sono regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico, non possono essere conferiti: a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali; b) gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale; c) gli incarichi dirigenziali esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici che siano relativi allo specifico settore o ufficio dell'amministrazione che esercita i poteri di regolazione o finanziamento"*. In particolare, ai fini dell'inquadramento della nozione degli *"enti di diritto privato regolati o finanziati"*, l'art. 1, comma 2, lett. c), del d.lgs. n.39/2013 stabilisce che sono tali *"le società e gli altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, nei confronti degli quali l'amministrazione che conferisce l'incarico: 1) svolga funzioni di regolazione dell'attività principale che comportino, anche attraverso il rilascio di autorizzazioni o concessioni, l'esercizio continuo di poteri di vigilanza, di controllo o di certificazione; 2) abbia una partecipazione minoritaria nel capitale; 3) finanzia le attività attraverso rapporti convenzionali, quali contratti pubblici, contratti di servizio pubblico e di concessione di beni pubblici"*.

¹⁶ Cfr., Tar Lazio, sent. n.12316/2019.

¹⁷ Inoltre, la norma estende l'inconferibilità alle posizioni di dirigente, a chi svolge stabilmente attività di consulenza a favore dell'ente (art. 1, comma 1, lett. e), del d.lgs. n.39/2013).

Consiglio di amministrazione della società siano conferiti poteri gestori, anche il Presidente, per il solo fatto di essere membro di tale consesso, risulta parimenti investito di tali poteri”¹⁸.

Infine, l’inconferibilità riguarda il soggetto che, prima del conferimento dell’incarico, abbia fatto parte di organi di indirizzo politico di livello regionale o locale o abbia ricoperto cariche pubbliche elettive¹⁹. In quest’ultima ipotesi, l’inconferibilità interviene nei confronti dei soggetti che, negli ultimi due anni, siano stati componenti di organi politici o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive a livello regionale o locale. La *ratio* della norma è allentare, con il trascorrere del tempo, la vicinanza con la politica, per salvaguardare sia l’imparziale svolgimento della funzione amministrativa²⁰ sia la selezione meritocratica degli incarichi apicali.

L’inconferibilità degli incarichi è, infatti, una misura di carattere preventivo e temporaneo, che mette l’incarico pubblico tra parentesi solo per il tempo necessario a far rinverdire la condizione di imparzialità.

L’art. 17 del d.lgs. n. 39 del 2013 specifica le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione della disciplina sulle inconferibilità, sancendo che *“gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni del presente decreto e i relativi contratti sono nulli”*. Per coloro che si siano resi responsabili della violazione del divieto, conferendo incarichi dichiarati nulli, il legislatore ha previsto la sanzione consistente nell’impossibilità per i tre mesi successivi alla dichiarazione di nullità dell’atto, di conferire gli incarichi di propria competenza²¹. Detta sanzione inibitoria si accompagna alla responsabilità per le conseguenze economiche degli atti adottati. Il potere di accertamento della causa di inconferibilità spetta all’RPC, il quale dichiara la nullità della nomina²². Inoltre, il Responsabile dell’anticorruzione procede alla verifica dell’elemento soggettivo del dolo e della colpa dei soggetti che componevano l’organo che ha conferito l’incarico, ai fini dell’applicazione della sanzione inibitoria²³. Il RPC è dunque il *dominus* del procedimento sanzionatorio. Tuttavia, il punto di debolezza dell’intera disciplina risiede nel fatto che egli non sempre gode di effettiva autonomia nei confronti dell’organo di indirizzo dell’ente stesso²⁴.

La disciplina legislativa sulle inconferibilità sembra non richiedere la sussistenza dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa, stante il tenore letterale dell’art. 18 del d.lgs. n. 39 del 2013 che si limita a stabilire la sanzione inibitoria quale conseguenza automatica della dichiarazione di nullità dell’incarico. Invero, se nessun tipo di indagine sull’elemento soggettivo venisse richiesto ne

¹⁸ Così, Cons. Stato. sez. V, 11, gennaio 2018, n.126: principio recentemente ribadito anche dal Tar Lazio, con sent. n. 4780 del 2019.

¹⁹ Cfr. il d.lgs. n. 39 del 2013 (artt. 3, 4, 5, 6, 7 e 8).

²⁰ Sul punto, F. MERLONI, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>) Rassegna, 18/2018, 14.

²¹ Secondo l’art. 18 del d.lgs. n. 39 del 2013, l’autorità amministrativa competente a operare in via sostitutiva nei tre mesi di sospensione è, per i Ministeri, il Presidente del Consiglio dei Ministri e per gli enti pubblici, l’amministrazione vigilante. *“Regioni, province e comuni, invece, entro tre mesi dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 39/2013 provvedono ad adeguare i propri ordinamenti individuando le procedure interne e gli organi che in via sostitutiva possono procedere al conferimento degli incarichi nel periodo di interdizione degli organi titolari. In caso di inerzia di questi ultimi enti trova applicazione la procedura sostitutiva di cui all’art. 8, l. 5 giugno 2003, n. 131”*

²² Cfr., in proposito, Tar Lazio, sent. n. 6593/2016.

²³ Il procedimento di accertamento dell’elemento soggettivo della colpevolezza in capo all’organo conferente l’incarico deve svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio, coinvolgendo tutti i componenti che erano presenti al momento della votazione. Gli astenuti e i dissenzienti sono, infatti, esenti da responsabilità ai sensi del comma 1, dell’art. 18 del d.lgs. n. 39/2013.

²⁴ L’Autorità nazionale anticorruzione, nell’esercizio del potere di vigilanza sull’attività del RPC, si riserva di verificare non solo che l’esercizio del potere sanzionatorio avvenga nel rigoroso rispetto delle norme, ma anche che sia garantita al responsabile la massima autonomia e indipendenza e che lo stesso non sia sottoposto ad atti diretti di influenza o ritorsivi; cfr. ANAC, Delibera n. 67 del 23 settembre 2015, *Criteri e modalità di applicazione della sanzione di cui al comma 2 dell’art. 18 del d.lgs. n. 39 del 2013, a seguito di nomina di commissario straordinario dell’IPAB*.

deriverebbe un procedimento sanzionatorio contrario ai principi di legalità dell'azione amministrativa e al diritto di difesa contenuti negli articoli 97 e 24 della Costituzione. Trattandosi di una sanzione personale e interdittiva, essa non può essere irrogata a prescindere da un'indagine sull'elemento psicologico che accerti il dolo o la colpa²⁵.

Un secondo gruppo di previsioni, contenute nel d.lgs. n. 39 del 2013, si occupa degli incarichi incompatibili, quelli, cioè, che non possono essere svolti contemporaneamente e comportano l'obbligo per il soggetto designato di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra i due incarichi di cui è destinatario²⁶.

Il regime delle incompatibilità è preordinato a evitare che i titolari di cariche amministrative possano esercitare, contestualmente, altri incarichi potenzialmente in conflitto con la funzione pubblica ad essi conferita. Il legislatore, insomma, rintraccia una sorta di inconciliabilità tra più uffici svolti, nello stesso tempo, dalla medesima persona.

La ratio di tali cause di incompatibilità va rintracciata nel principio più generale di garantire l'esclusività di funzioni di particolare rilievo. Le prime applicazioni, con riferimento ai membri delle Camere, sono state previste in Costituzione²⁷. Costituisce un orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale quello secondo cui l'incompatibilità è volta *"ad evitare il conflitto di interessi nel quale venga a trovarsi il soggetto che sia stato eletto"*²⁸.

Le norme del decreto legislativo n. 39 configurano due ipotesi di incompatibilità²⁹, la prima, esclude che il titolare dell'incarico amministrativo, dopo il conferimento dello stesso, assuma o mantenga un ulteriore incarico presso enti di diritto privato regolati, controllati o finanziati dall'amministrazione di appartenenza, nonché di svolgere attività professionale in proprio.

La seconda prevede l'incompatibilità tra incarichi amministrativi e cariche di componenti di organi di indirizzo politico. In tutti questi casi, il soggetto che ricopre l'incarico amministrativo di vertice è chiamato a scegliere, a pena di decadenza, tra la permanenza dell'incarico amministrativo e l'assunzione di incarichi in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla p.a. che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico. Decorso infruttuosamente il termine di quindici giorni, in mancanza del diritto di opzione, il soggetto titolare dell'incarico decadrà, con conseguente risoluzione del suo rapporto di lavoro con l'amministrazione.

I casi di incompatibilità descritti nei capi V e VI ricalcano specularmente le figure dell'inconferibilità contenute nelle precedenti disposizioni del d.lgs. n. 39; invero, i due istituti svelano *"i due lati della stessa medaglia"*³⁰, poiché, sia pure da angolazioni differenti, si prefiggono il medesimo obiettivo di sterilizzare possibili conflitti di interesse e presidiare lo svolgimento imparziale della funzione amministrativa.

²⁵ Cfr. ANAC, Delibera n. 67 del 23 settembre 2015, cit.

²⁶ Cfr. art. 19 del d.lgs. n. 39 del d.lgs. 2013.

²⁷ Non si può essere contemporaneamente parlamentare e Presidente della Repubblica (art. 84), membro del Consiglio Superiore della Magistratura (art. 104), di un Consiglio o di una Giunta regionale (art. 122), della Corte costituzionale (art. 135). "Nessuno può appartenere contemporaneamente alle due Camere" (art. 65, comma 2). Non si può neppure essere contemporaneamente membri del CNEL (l. 30 dicembre 1986, n. 936), né ricoprire cariche in società o enti pubblici o privati (l. 13 febbraio 1953, n. 60).

²⁸ Tale funzione distingue l'istituto dell'incompatibilità da quello dell'ineleggibilità (art. 65, comma 1) che *"tende a prevenire che il candidato ponga in essere, in ragione della carica ricoperta o delle funzioni svolte, indebite pressioni sugli elettori, esercitando una captatio benevolentiae o inducendo un metus publicae potestatis, idonei ad alterare la par condicio tra i candidati"* (cfr., Corte cost. sentt. n. 217 del 2006 e n. 257 del 2010).

²⁹ Cfr. il d.lgs. n. 39 del 2013 (artt. 9, 10, 11, 12, 13 e 14).

³⁰ Così, F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell'imparzialità*, cit., 115.

3. Conflitto di interessi e obbligo di astensione

La legge “anticorruzione” e il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici³¹, pur senza soffermarsi su una definizione esplicita della categoria del conflitto di interessi, hanno offerto un approccio innovativo ed efficace nelle politiche di prevenzione della corruzione, anche predisponendo istituti capaci di bloccare i possibili conflitti.

All’atto dell’assegnazione dell’ufficio, i dipendenti pubblici rendono la dichiarazione di assenza di situazioni di conflitto di interessi³². Tale dichiarazione comprende i casi di conflitti di interesse, anche potenziali, in capo al responsabile del procedimento e ai dipendenti competenti ad adottare pareri, valutazioni tecniche, atti endoprocedimentali e il provvedimento finale. Per quanto concerne i dipendenti privati analoghe previsioni sono contenute nei modelli di organizzazione e gestione di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, nonché nei codici etici aziendali.

I codici di comportamento, rilevanti quali fonti di responsabilità disciplinare³³, occupano un ruolo importante nella strategia di anticipazione dei fenomeni di *mala administration* delineata dalla legge n. 190. Infatti, il Codice di comportamento, a differenza delle misure organizzative di prevenzione della corruzione³⁴, nel delineare i doveri, si rivolge direttamente al funzionario e le conseguenze della violazione degli obblighi comportamentali toccano direttamente il rapporto di lavoro del dipendente, con la possibile irrogazione di sanzioni disciplinari che, come quelle penali, hanno una rilevanza strettamente personale³⁵.

Si tratta, infatti, di strumenti, dotati di un preciso valore giuridico, che si prestano a regolare le condotte dei funzionari, orientandole verso la migliore cura dell’interesse pubblico, in linea con il principio d’imparzialità. A tal fine, l’art. 1, comma 44 della l. n. 190, riformulando l’art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, prevede che con un codice nazionale di comportamento dei dipendenti pubblici sia assicurata “*la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri*

³¹ L’art. 54 della l. n. 190 del 2012 contiene la nuova disciplina del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Con riferimento alla procedura di approvazione il Codice nazionale viene definito dal Governo (comma 1), approvato con un d.p.r. previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta della pubblica amministrazione (comma 2). La violazione del Codice è fonte di responsabilità disciplinare (comma 3). Ciascuna pubblica amministrazione si deve dotare di un Codice da definire con procedura aperta alla partecipazione e con il parere obbligatorio del proprio Organismo Indipendente di Valutazione (OIV), la cui violazione è fonte di responsabilità disciplinare. Criteri, linee guida e modelli uniformi per singoli settori o tipologie di amministrazioni sono definiti dall’ANAC (comma 5). L’Autorità Anticorruzione, quindi, vigila, fornisce raccomandazioni utili ai fini dell’esercizio dei poteri riservati alle amministrazioni. Spetta, inoltre, ad ANAC il potere di monitorare sulla qualità dei Codici adottati. La verifica annuale dello stato di applicazione dei codici resta affidata alle stesse amministrazioni (comma 7). Cfr., sul punto, ANAC, *Codici di comportamento dei dipendenti pubblici: Relazione del Gruppo di lavoro sulle Linee Guida ANAC*, Roma, 7 settembre 2019.

³² Art. 53, comma 14 del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dalla l. n. 190 del 2012.

³³ I Codici di comportamento vanno tenuti distinti dai codici “etici”, di “condotta” e deontologici che non hanno dirette conseguenze giuridiche. I codici etici sono fonti di regolazione autonoma con le quali gruppi, categorie e associazioni di pubblici funzionari stabiliscono nuovi doveri e comminano sanzioni etico – morali, che il gruppo irroga al di fuori da procedimenti di tipo disciplinare. Esse si fondano sulla riprovazione che i componenti del gruppo esprimono nel caso di violazione delle regole poste in autonomia. Sul valore di norma regolamentare dei codici di comportamento cfr. per tutti, F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell’imparzialità*, cit., 101 ss.

³⁴ Le misure di prevenzione della corruzione, a differenza dei doveri di comportamento, incidono direttamente sull’organizzazione e sull’attivazione di strumenti di verifica. Le conseguenze del mancato rispetto delle misure organizzative restano sul piano oggettivo e porteranno, semmai, alla revisione e all’aggiornamento delle misure, ma non riguardano direttamente i funzionari; cfr., sul punto, ANAC, *Codici di comportamento dei dipendenti pubblici*, cit., 25.

³⁵ Il codice di comportamento si applica ai dipendenti delle amministrazioni centrali, delle Regioni a statuto ordinario e degli enti locali, nonché di tutti gli enti pubblici di livello nazionale regionale e locale. Nelle regioni a statuto speciale il codice si applica “*nel rispetto delle attribuzioni derivanti dagli statuti speciali e dalle relative norme di attuazione, in materia di organizzazione e contrattazione collettiva del proprio personale, di quello dei loro enti funzionali e di quello degli enti locali del rispettivo territorio*” (d.p.r. n. 62/2013, art. 2, comma 4)

costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico". In forza della legge n. 190 del 2012 (art.1, comma 41) i pubblici funzionari "devono astenersi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale".

Il conflitto di interessi "anche potenziale" – cui il legislatore ha deciso di dare rilievo – sussiste quando l'interesse "secondario" del funzionario, pur non avendo incidenza diretta sulla scelta da compiere, potrebbe interferire con l'interesse pubblico, influenzando negativamente l'adempimento dei doveri d'ufficio. Le situazioni di "potenziale conflitto" sono quelle che per loro natura, pur non costituendo allo stato una delle situazioni tipizzate, sono destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato (es. un fidanzamento che evolve in matrimonio). Il conflitto potenziale e le "gravi ragioni di convenienza" sono espressioni che tendono ad avvicinarsi, perché entrambe preordinate a contemplare tipi di rapporti destinati a sfociare nel conflitto per loro identità o prossimità alle situazioni tipizzate³⁶.

La prevenzione dei conflitti di interesse, reali e potenziali, di natura patrimoniale e anche di tipo affettivo ed amicale³⁷, costituisce il nucleo centrale del Codice di comportamento.

La strategia di tipo anticipatorio dei conflitti si basa su quattro azioni principali: trasparenza soggettiva, comportamenti ispirati a integrità e correttezza, esclusioni da attribuzioni, doveri di astensione. Sul dipendente grava, in primo luogo, l'obbligo di informare periodicamente l'amministrazione di fatti della sua sfera personale che possono ingenerare situazioni di conflitto³⁸. Nel dovere di correttezza rientra il divieto di utilizzare a fini personali le informazioni di cui il dipendente dispone per ragioni d'ufficio, ovvero accettare incarichi da soggetti privati che abbiano avuto rapporti economicamente significativi con l'ufficio, o ancora sfruttare la posizione ricoperta nell'amministrazione per ottenere utilità ulteriori a quelle spettanti (art. 14, comma 1).

Il conflitto di interessi può essere evitato anche attraverso la tecnica dell'esclusione di coloro che versano in determinate situazioni da cui può scaturire un pregiudizio dell'imparzialità soggettiva, della possibilità di esercitare talune attribuzioni, come concludere contratti per conto della p.a. e partecipare ad attività relative alla esecuzione di contratti (art.14, comma 2).

La violazione delle disposizioni sul conflitto di interessi si ripercuote sul procedimento amministrativo con la possibile configurazione dell'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento della funzione tipica dell'azione amministrativa e il conseguente annullamento del provvedimento adottato da parte del giudice. La stessa pubblica amministrazione che ha adottato l'atto, in sede di autotutela, può rilevare l'annullabilità dello stesso. La violazione del dovere di astensione può anche produrre, se commessa con dolo, la configurazione di un illecito penale, quale l'abuso d'ufficio. La fattispecie prevista dall'art. 323 c.p., infatti, punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio, omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, procura a sé un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrechi ad altri un danno. Il delitto, tuttavia, non è configurabile con la sola mancata astensione, occorrendo, altresì, che essa abbia arrecato danni a terzi o un vantaggio all'agente³⁹.

L'obbligo di astensione alla partecipazione di determinate decisioni mira ad allontanare il rischio che l'azione amministrativa possa subire turbative da interessi personali del pubblico funzionario che devono rimanere fuori dal processo decisionale della p.a. La regola dell'astensione serve a far ritrarre il funzionario, evitando così che il suo interesse "privato" possa infettare l'esercizio dell'attività istituzionale⁴⁰. Tuttavia, in alcune specifiche situazioni il dovere di astensione si è dimostrato un rimedio non "all'altezza" di evitare i conflitti di interesse, risultando addirittura un

³⁶ Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, parere n. 667 del 5 marzo 2019, cit.

³⁷ Cass. pen. n. 1441 del 1999.

³⁸ Art. 5, comma 1; art. 6, comma 1; art. 13, comma 3; art. 14 comma 3.

³⁹ In proposito, R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020, 144.

⁴⁰ Sul punto, R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018, 119.

ostacolo per lo svolgimento dell'attività amministrativa. Si parla in ipotesi di questo tipo di c.d. conflitto strutturale⁴¹ per indicare una condizione di interferenza, per così dire, abituale in cui versa un pubblico dipendente e dunque tale da influenzare *"l'esercizio indipendente, imparziale o obiettivo della funzione pubblica rivestita"* che non è sanabile con il solo dovere di astensione previsto dalla legge⁴². L'unico rimedio, senza un chiaro riferimento normativo, potrebbe essere rappresentato dall'applicazione del criterio rotazione degli incarichi ⁴³.

Con riferimento ai doveri di astensione, il Codice dedica due previsioni (art. 6, comma 2, e art. 7) che costituiscono ulteriore declinazione del principio di cui all'art. 6-bis della l. n. 241 del 1990. La novella della legge generale sul procedimento amministrativo – in linea con una tecnica di tipo anticipatorio - mira a evitare il verificarsi di episodi di esercizio arbitrario dei poteri pubblici, stabilendo che *"il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto di interessi, anche potenziale"*.

Il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici⁴⁴ ha precisato che *"il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi di natura"* e *"il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale di interessi"* (art. 6, comma 2).

Il Codice contiene anche una dettagliata descrizione delle situazioni in presenza delle quali il dipendente è tenuto ad astenersi. In particolare, l'art. 7 chiarisce che *"il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero dei suoi parenti e affini entro in secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente"*. La disposizione prevede una formula di chiusura di ampia portata, capace di includere fattispecie non tipizzate, infatti, il dipendente è tenuto ad astenersi *"in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza"*. Una prima specificazione di conflitto deriva dalla circostanza che il dipendente o il coniuge abbiano con il destinatario dell'atto amministrativo rapporti di litispendenza o di grave inimicizia, di rilevante credito o debito. Una seconda specie è conseguenza del fatto che il dipendente abbia assunto ruoli gestori, di tutore, curatore, procuratore nei confronti del destinatario della decisione. L'astensione investe tanto la partecipazione all'adozione delle decisioni quanto la partecipazione alle attività istruttorie. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza, prevedendo un sistema di archiviazione dei casi di astensione.

L'obbligo di astensione volto a contrastare l'indebito condizionamento della P.A. è espressione della regola generale ed inderogabile che trova fondamento costituzionale nell'art. 97. Il dovere di astensione risponde alle ineludibili esigenze di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento ed è applicabile non solo ai procedimenti amministrativi gestionali ma anche alle commissioni giudicatrici dei concorsi pubblici⁴⁵. Anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione - che in materia di

⁴¹ M. Calcagnile, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, in BUP, 2017, 91.

⁴² Cfr. ANAC, Delibera numero 378 del 6 aprile 2016, *concernente la sussistenza di una presunta situazione di inconferibilità/incompatibilità ai sensi del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, dell'incarico di presidente dell'Autorità portuale*, nel portale dell'ANAC (www.anticorruzione.it).

⁴³ R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse, una diversa prospettiva*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 887.

⁴⁴ Cfr. il d.p.r. n. 62 del 16 aprile 2013.

⁴⁵ Con riferimento a procedure selettive per il conferimento di incarichi dirigenziali, l'ANAC con la delibera n. 1186 del 19 dicembre 2018, *concernente la segnalazione di presunte violazioni della normativa sul conflitto di interessi con riferimento al Segretario generale/RPCT della Giunta Regionale*, ha confermato la posizione espressa con e delibere n. 209 del 1° marzo 2017, *concernente il segnalato conflitto di interessi nella procedura di selezione pubblica per il reclutamento di n. 1 ricercatore con contratto a tempo determinato presso il Dipartimento di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata ex art. 1, co. 7, l. 190/2012*, e n. 384 del 29 marzo 2017, *concernente il*

conflitto di interessi non dispone di specifici poteri di intervento e sanzionatori, ma svolge una funzione preminentemente collaborativa⁴⁶ - ha avuto modo di ribadire che *“l’obbligo di informazione/astensione che ha il commissario di concorso nei confronti dell’amministrazione titolare della procedura non deve essere considerato in senso “statico”, dovendo lo stesso funzionario rivalutare la propria posizione al sopraggiungere di elementi nuovi ed, in particolare, dopo aver preso visione della lista dei candidati alla partecipazione alla singola procedura di concorso”*⁴⁷.

4. Il conflitto di interessi nei contratti pubblici

Il codice dei contratti pubblici ha disciplinato espressamente l’ipotesi del conflitto di interesse che insorge nell’ambito di una procedura di gara⁴⁸. Si tratta di una novità la cui *ratio* va ricercata nella volontà di fornire una regolamentazione del conflitto di interessi in un ambito particolarmente esposto al rischio di interferenze, a tutela del principio di concorrenza e del prestigio della pubblica amministrazione⁴⁹. Nel dettaglio è l’art. 42 del Codice dei contratti a disporre che *“le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici”*.

Con specifico riferimento alle procedure di gara, l’art. 42 stabilisce che vi è conflitto di interessi quando un soggetto operante in nome e per conto della stazione appaltante, che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o *“che potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l’esito”*, ha un interesse finanziario, economico, o altro interesse personale in capo a tale procedura che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. A titolo esemplificativo, la norma richiama le situazioni che determinano l’obbligo di astensione previste dall’art. 7 del d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62. La disposizione si applica qualunque sia la modalità di selezione del contraente e si estende anche alla fase di esecuzione dei

segnalato conflitto di interessi di un membro della commissione esaminatrice nominata con riferimento alla procedura valutativa per la copertura di un posto di professore ordinario di Diritto amministrativo indetta dall’Università di Foggia con bando del 26.09.2016, su fattispecie quindi assimilabili, occupandosi del presunto conflitto di interessi dei componenti delle commissioni di concorso per il reclutamento di professori e ricercatori universitari. È stato affermato, alla luce delle pronunce del giudice amministrativo, che la collaborazione professionale tra candidato e valutatore, per assurgere a motivo di astensione, deve presupporre una comunione di interessi economici o di vita tra gli stessi di particolare intensità e tale situazione può ritenersi esistente solo se detta collaborazione presenti i caratteri della sistematicità. Stabilità, continuità tali da dar luogo ad un vero e proprio sodalizio professionale (sul punto, diffusamente, Autorità Nazionale Anticorruzione, Relazione Annuale 2018, Roma, Camera dei Deputati, 6 giugno 2019, 88 ss.).

⁴⁶ L’ ANAC, cioè, svolge un’attività di supporto all’operato del Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPCT): *“Le singole amministrazioni e le singole stazioni appaltanti restano sempre competenti a prevenire e vigilare, nonché risolvere gli eventuali conflitti di interessi che riguardano i propri funzionari”*; cfr. ANAC, Delibera n. 25 del 15 gennaio 2020, *Indicazioni per la gestione di situazioni di conflitto d’interessi a carico dei componenti delle commissioni giudicatrici di concorsi pubblici e dei componenti di commissioni di gara per l’affidamento di contratti pubblici*.

⁴⁷ ANAC, Delibera n. 25 del 15 gennaio 2020, cit. ,5.

⁴⁸ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

⁴⁹ Cfr. ANAC, *Piano nazionale anticorruzione (PNA) per il triennio 2019-2021*.

contratti pubblici⁵⁰. Secondo il Consiglio di Stato⁵¹, la disciplina contenuta nell'art. 42 costituisce una "norma di pericolo", in quanto essa e le misure che contempla operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare⁵². A conferma di ciò tale previsione normativa non ha un diretto precedente nel d.lgs. n. 163 del 2006 e recepisce gli art.24 della direttiva 2014/24/UE, 42 della direttiva 2014/25/UE e 35 della direttiva 2014/23/UE, espressione della volontà di creare meccanismi di prevenzione della corruzione anche mediante la regolazione del conflitto di interessi.

Con riferimento all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma va interpretata come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio; è sufficiente, vale a dire, il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità delle gare da assicurare sia mediante gli obblighi di astensione ma anche attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione⁵³.

Ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interessi è dunque bastevole il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può considerarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*⁵⁴.

5. Il conflitto di interessi dei titolari di cariche di governo

Per quanto riguarda i titolari di cariche di governo la legge n. 215 del 2004 è intervenuta a disciplinare la materia dei conflitti di interesse con una serie di previsioni che sono ritenute poco efficaci. La c.d. legge Frattini, per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione, si riferisce al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri, ai Viceministri, ai Sottosegretari di Stato, ai Commissari straordinari del Governo di cui all'art. 11 della legge n. 400 del 23 agosto 1988. La legge

⁵⁰ In un recente indirizzo, il giudice amministrativo ha affermato l'ampia portata di tale principio, capace di abbracciare i casi di tutti coloro che, con qualsiasi modalità e anche senza intervenire direttamente nella procedura, siano nelle condizioni di influenzarne il risultato, indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio. Con la sent. n. 6150 del 12/9/2019. la Sez. V del Consiglio di Stato ha ritenuto sanzionabile il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare, sia mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dalla norma, sia attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. d), sia pure come *extrema ratio*. Ne consegue che le stazioni appaltanti escludono un operatore economico dalla gara nel caso in cui la sua partecipazione determini una situazione di conflitto di interessi "non altrimenti risolvibile". Ciò vuol dire che l'esclusione del concorrente è disposta "quando sono assolutamente e oggettivamente impossibili sia la sostituzione del dipendente che versa nella situazione di conflitto di interesse, sia l'avocazione dell'attività del responsabile del servizio, sia il ricorso a formule organizzative alternative previste dal codice dei contratti pubblici". Se la situazione di conflitto di interessi viene ravvisata successivamente all'aggiudicazione, "la stazione appaltante, previa idonea ponderazione degli interessi coinvolti, effettua le valutazioni di competenza in ordine all'annullamento dell'aggiudicazione o alla risoluzione del contratto" (sul punto, cfr., anche, parr. 9.1 e 9.2 delle *Linee guida ANAC*, n. 15, cit.)

⁵¹ V. Cons. Stato. sez. III, sentt. 14 gennaio 2019, n. 355, e sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853.

⁵² Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, parere n. 667 del 5 marzo 2019, cit., 10.

⁵³ Così, Cons. Stato, sez. V, sent. 11 luglio 2017, n. 3415.

⁵⁴ A titolo esemplificativo, le *Linee guida ANAC* n.15, cit., individuano come caso di conflitto di interessi potenziale quello di un funzionario che sia parente di un imprenditore e che abbia interesse a partecipare, per la sua professionalità, alle gare che la stazione appaltante deve bandire. La dichiarazione di sussistenza di potenziali conflitti di interesse che possono insorgere già nella fase dell'individuazione dei bisogni dell'amministrazione e ancor prima che siano noti i concorrenti costituisce una precauzione per consentire all'amministrazione una verifica circa l'effettiva interferenza dell'interesse personale con quello istituzionale.

dispone che i titolari di incarichi di governo, *“nell’esercizio delle loro funzioni, si dedicano esclusivamente alla cura degli interessi pubblici e si astengono dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazione di conflitto di interessi”*. Secondo l’art. 3 di tale legge sussiste *“situazione di conflitto di interessi quando il titolare di cariche di governo partecipa all’adozione di un atto, anche formulando la proposta o omette un atto dovuto (...) quando l’atto o l’omissione ha un’incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate (...) con danno per l’interesse pubblico”*. L’art. 2, comma 1, lett. a) prevede che *“il titolare di cariche di governo, nello svolgimento del proprio ufficio, non può ricoprire cariche o uffici pubblici diversi dal mandato parlamentare, di amministratore di enti locali come definito dall’art. 77, co. 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267 (...)”*. La successiva lettera b) *“vieta di ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni, comunque denominate in enti di diritto pubblico, anche economici”*.

Recenti proposte di modifica affrontano, anche su sollecitazione dell’autorità Garante della Concorrenza e del mercato, la questione del conflitto di interessi proponendo soluzioni più incisive in materia ⁵⁵. Si tratta di aggiustamenti alla disciplina attuale finalizzate a renderla conforme alle raccomandazioni OCSE e al rapporto del GRECO⁵⁶. Si sottolinea la necessità di un regime trasparente di dichiarazioni patrimoniali idoneo ad identificare i rischi di conflitto di interesse e un sistema di misure di prevenzione dei conflitti che potrebbero insorgere all’esito del passaggio di titolari di cariche di governo da e verso il settore privato. Alla luce di tali considerazioni, l’impianto della legge n. 215 del 2004 mostra punti di debolezza che andrebbero superati con l’innesto di azioni di contrasto di carattere preventivo, come quella dell’affidamento dei beni a una gestione fiduciaria o della loro vendita, ovvero del conferimento del patrimonio a un’unica società fiduciaria autorizzata ad operare mediante mandato fiduciario senza rappresentanza. Le proposte di legge prevedono, inoltre, un apparato sanzionatorio direttamente applicabile dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato, basato su sanzioni pecuniarie e altre misure conseguenti alle violazioni accertate. Ulteriormente, il procedimento del conflitto di interessi viene scandito in fasi e si articola in obblighi di dichiarazione, facoltà di opzione, obbligo di astensione e provvedimenti autoritativi dell’Autorità Antitrust, nonché di misure di risoluzione della situazione di conflitto di interessi.

6. Conflitto di interessi e “porte girevoli”

La misura del *pantouflage* o delle “porte girevoli” è uno dei modi del manifestarsi della più generale disciplina sul conflitto di interessi.

Il divieto delle “porte girevoli”, come quelle che creano un collegamento costante, un “andirivieni”, nella *hall* degli aeroporti tra l’interno e l’esterno, risponde, innanzitutto, all’esigenza di evitare che l’esercizio di una carica pubblica sia utilizzata dal dipendente dell’amministrazione per trarne future e personali utilità. L’istituto, ulteriormente, dedica attenzione alla necessità di prevenire il rischio che il bagaglio di esperienza e relazioni maturate dai funzionari pubblici possano

⁵⁵ Nel corso dell’attuale legislatura i disegni di legge AC 702 e AC 1461 si propongono di rivedere la disciplina sul conflitto di interessi superando l’impostazione della l. 215 che tralascia l’approccio preventivo e si concentra solo sull’aspetto repressivo; sul punto cfr. C. PINELLI, *Introduzione all’audizione presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera su proposte di legge in materia di conflitto di interessi*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), n. 6/2019, il quale auspica che la nuova disciplina sul conflitto di interessi sia di carattere generale, che si occupi dei membri della Assemblée elettive non meno che dei titolari delle cariche di governo e con riguardo a qualsiasi livello territoriale.

⁵⁶ R. CANTONE, F. MERLONI, *Prime note in materia di prevenzione di conflitti di interesse*, nel portale dell’ANAC (www.anticorruzione.it), 25 giugno 2019.

essere impiegate, dopo la cessazione dell'incarico, da imprese private per trarne vantaggi inconciliabili con la trasparenza e la parità di competizione nel mercato⁵⁷.

Nell'ordinamento giuridico giapponese il fenomeno dell'*amakudari*, la c.d. "*discesa dal cielo*", sta a indicare il passaggio di personale dalle agenzie governative ai posti di vertice delle imprese private e pubbliche⁵⁸. La forte commistione tra interessi pubblici e privati, tra regolati e regolatori condiziona fortemente la struttura di quel sistema. I dirigenti delle burocrazie statali dopo la pensione spesso vengono assunti con incarichi apicali in agenzie private, assicurando alle stesse un accesso preferenziale al *policy – making*. In Giappone, anche l'istituto dell'*amaagari*, letteralmente, la "*salita al cielo*", è molto utilizzato; è la strada inversa con la quale i manager d'azienda, usciti dal settore privato passano, in un periodo successivo, nel campo della politica o in quello economico o vengono assunti per occuparsi, nel settore pubblico, delle stesse materie che trattavano in precedenza. La carenza di regole che disciplinano le porte girevoli ha coinvolto anche comparti industriali importanti come quello dell'energia nucleare e il terribile episodio di Fukushima⁵⁹. Il Parlamento giapponese – dopo la distruzione della centrale nucleare localizzata nel distretto di Fukushima causata dal catastrofico tsunami del 2011⁶⁰ – ha accertato attraverso un'attività ispettiva che la relazione finale depositata dal *team* di esperti nominati dal governo, per verificare le condizioni necessarie al proseguimento delle attività dei reattori nucleari di vecchia generazione, non aveva tenuto conto degli studi scientifici che avvertivano dell'alto rischio sismico presente in quella zona. In casi come quello che ha interessato il nucleare di Fukushima si parla di "*cattura del regolatore*", per indicare le situazioni in cui il decisore politico anziché adoperarsi per realizzare l'interesse pubblico, agisce in favore d'interessi privati dominanti nell'industria o nel comparto oggetto della regolazione. Con il risultato che il decisore pubblico tende ad essere condizionato in modo pesante dagli interessi che è chiamato a regolamentare. E, in effetti, per restare alla vicenda dell'industria nucleare giapponese, il caso di *regulatory capture* pare comprovato dalla circostanza che la commissione di valutatori era composta da soggetti provenienti dalle imprese del settore, sforniti dei requisiti di indipendenza e imparzialità. I quali, peraltro, non avevano fatto neanche mistero di appoggiare la politica sul potenziamento del nucleare⁶¹.

Nell'ordinamento francese, il termine *pantouflage* nasce per descrivere il fenomeno per cui i burocrati posti al vertice dell'amministrazione, in genere studenti della *école polytechnique* o della *école nationale d'administration*, conseguivano, una volta usciti dal settore pubblico, un lavoro presso imprese private⁶². La stessa espressione viene ancora oggi utilizzata per tratteggiare la pratica delle c.d. porte girevoli consistente nel passaggio del funzionario pubblico a un lavoro privato. L'interazione tra settore pubblico e mondo privato costituisce indubbiamente una risorsa; il trasferimento di competenze e professionalità acquisite dal lavoratore in un precedente impiego nella nuova mansione va di certo considerato come un arricchimento. Tuttavia, "*le imprese possono essere attratte, oltre che dalla qualità professionale dei funzionari, dalle loro conoscenze riservate e*

⁵⁷ Così, Cons. Stato, sez.V, sent. 29 ottobre 2019, n. 7411.

⁵⁸ M. DIAN, *Noda, L'uomo del compromesso al potere in Giappone*, in *Limes*, 21 settembre 2011.

⁵⁹ D. MASTROGIACOMO, *Diario da Fukushima*, in *Limes*, 12 aprile, 2011.

⁶⁰ Il grande terremoto del Giappone orientale dell'11 marzo del 2011, di magnitudo 9.0, fu avvertito fino ad Osaka e trenta minuti dopo la scossa, le onde si alzarono di 15 metri portando via interi villaggi di pescatori. I reattori nucleari della Tokyo Electric di Fukushima (TEPCO) erano stati spenti all'inizio del terremoto. Il governo e la TEPCO non fecero evacuare la popolazione affermando che non vi era alcun pericolo, nemmeno quando le barre dei tre reattori si fusero e il cesio radioattivo si propagò nell'aria e nelle acque del Pacifico.

⁶¹ Sul punto, si rinvia a P. PETRILLO, *Teorie e Tecniche del lobbying*, Bologna, 2019, 290.

⁶² C. PEPE, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. ter del d.lgs. 165/2001: criticità tra anticorruzione ed efficienza della legge*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 13 settembre 2017; R. Cantone (a cura), *Il pantouflage all'italiana fra rigore formale e rischi di ineffettività*, in *ius in itinere* (www.iusinitinere.it) n. 1/2019.

dalla rete di relazioni da esse intessute per ragioni di ufficio”⁶³. A volte può accadere il contrario in molti casi, infatti, le *revolving doors* possono rappresentare un’opportunità di miglioramento lavorativo anche per chi, lavorando nel privato, decide di svolgere un ruolo in un’istituzione pubblica.

Il divieto di *pantouflage* si occupa di situazioni patologiche che potrebbero tradursi in un danno per l’amministrazione, in termini economici e di immagine. Ciò si verifica quando l’interesse personale del funzionario entra in conflitto con l’interesse generale. La misura del *pantouflage* scatta proprio per evitare un uso non conforme dell’attività istituzionale da parte del dipendente pubblico, strumentale a preconstituire un *favor* nei confronti di un soggetto estraneo alla p.a. che, in un futuro, potrebbe conferirgli un incarico professionale⁶⁴. La regolazione delle porte girevoli serve a porre un argine agli aiuti fatti durante lo svolgimento del lavoro in cambio di promesse per un prossimo incarico⁶⁵.

7. Le “porte girevoli” nella politica

Il fenomeno delle “porte girevoli” abbraccia una platea ampia di destinatari. In primo luogo, esso indica il movimento di persone impegnate in incarichi politici, magari in veste di decisori pubblici, che in un momento successivo si spostano nel campo dell’attività economica, prestando la propria attività alle dipendenze di un datore di lavoro privato che ha tratto vantaggio da un determinato provvedimento di legge o di regolazione.

La legge 14 novembre n. 481 del 1995 ha introdotto una pausa di “riflessione” per i componenti delle Autorità Amministrative Indipendenti che operano nel settore della concorrenza e della regolazione dei servizi di pubblica utilità, ponendo il divieto di accettare incarichi professionali nei quattro anni successivi alla fine del mandato. In particolare, essi “*per almeno quattro anni dalla cessazione dell’incarico non possono intrattenere direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza. La violazione di tale divieto è punita, salvo che il fatto non costituisca reato, con una sanzione pecuniaria pari, nel minimo, alla maggiore somma tra 50 milioni di lire e l’importo del corrispettivo percepito*”. Inoltre, per l’imprenditore che abbia violato tale divieto la norma prevede una sanzione amministrativa pecuniaria e nei casi più gravi la revoca dell’atto concessivo o autorizzativo⁶⁶.

La legislazione italiana è intervenuta in maniera ancora più drastica, ponendo una preclusione generale di svolgere un secondo mandato per i membri di tutte le Autorità⁶⁷. Regole ancora più stringenti sono previste per i componenti dell’Autorità Nazionale Anticorruzione che sono nominati per un periodo di sei anni e non possono essere confermati nella carica. Inoltre, il presidente e i componenti dell’Anac “*non possono essere scelti tra persone che rivestono incarichi pubblici elettivi o carichi in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano rivestito tali incarichi nei tre*

⁶³ Così, B. G. MATTARELLA, *Il pantouflage in Francia: i rapporti d’attività delle Commissions delle fonctions publiques*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2004, 623.

⁶⁴ M. LUCCA, *Poteri decisionali e inconferibilità successiva (c.d. pantouflage)*, in *LexItalia.it* (www.lexitalia.it), 3 novembre 2018.

⁶⁵ B. PONTI, *Le modifiche all’art. 53 del testo unico sul lavoro alle tendenze della p.a.*, in *La legge anticorruzione*, B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), Torino, Giappichelli, 2013, 186.

⁶⁶ L. 14 novembre 1995 n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*, Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (art.2, comma 9).

⁶⁷ Così, l. n. 14 novembre 1995, n. 481, art. 8: “*I componenti di ciascuna Autorità sono scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore; durano in carica sette anni e non possono essere confermati*”;

anni precedenti la nomina e, in ogni caso, non devono avere interessi di qualsiasi natura in conflitto con le funzioni dell'Autorità"⁶⁸.

In occasione del quarto *Compliance Report* sull'Italia, il GRECO (*Group of States against Corruption*) – organismo istituito dal Consiglio d'Europa nel 1999 – si è espresso sulle misure di contrasto alla corruzione adottate dall'Italia. Dal documento elaborato emerge in modo chiaro l'orientamento di valorizzare l'approccio preventivo, per estirpare alla radice qualsiasi legame insidioso tra settore pubblico e mondo dei privati. Le raccomandazioni rivolte all'Italia si soffermano sulla necessità di superare le lacune in tema di lotta alla corruzione ravvisate nell'ordinamento interno nell'ambito degli incarichi politici. In particolare, l'atto internazionale evidenzia l'assenza di una disciplina organica suscettibile di diretta applicazione nelle ipotesi in cui il parlamentare versa in una situazione di conflitto di interessi e l'importanza di adottare meccanismi per prevenire il rischio che il processo parlamentare venga indebitamente influenzato dall'esterno.

Il GRECO (*Group of States against Corruption*) ha sottolineato la necessità di meccanismi mirati a prevenire strumentalizzazioni delle funzioni dei parlamentari in vista di futuri incarichi nel settore privato; in particolare si raccomanda l'adozione di una disciplina - capace di integrare la normativa in materia di *lobbying* - che imponga a deputati e senatori precisi standard di comportamento per scongiurare il rischio che il mandato parlamentare possa essere asservito a logiche personalistiche, ad esempio al fine di assicurarsi un impiego nel settore privato una volta concluso l'incarico. In concreto ciò si potrebbe verificare qualora il politico utilizzi in maniera impropria delle informazioni riservate di cui entra in possesso, operando in conflitto di interessi ed entrando a far parte del sistema delle "porte girevoli".

In Italia si comincia a porre in essere qualche iniziativa per affermare il divieto di *revolving door*; l'ufficio di presidenza della Camera dei Deputati ha adottato un provvedimento che impedisce ad ex deputati e ad ex componenti del governo di iscriversi nel registro dei lobbisti nei dodici mesi successivi alla scadenza del mandato⁶⁹. A livello di legislazione regionale, la Regione Puglia ha previsto l'incompatibilità a svolgere attività di *lobbying* per un periodo di due anni dalla cessazione dell'incarico o del mandato per i decisori pubblici e consulenti dell'ente regionale⁷⁰.

La Commissione Europea ha stabilito, con l'adozione di un nuovo Codice di condotta, il divieto delle porte girevoli per i commissari e i vertici degli uffici di collaborazione⁷¹. Tali disposizioni costituiscono declinazioni dei principi indicati nell'art. 245 del trattato sul funzionamento dell'Ue, a tenore del quale gli ex membri della Commissione "*assumono l'impegno solenne di rispettare, per la durata delle loro funzioni e dopo la cessazione di queste, gli obblighi derivanti dalla loro carica, ed in particolare i doveri di onestà e delicatezza per quanto riguarda l'accettare, dopo tale cessazione, determinate funzioni o vantaggi*". In particolare, nel nuovo Codice di condotta adottato nel 2018 è stato previsto un periodo di "raffreddamento", che va da diciotto mesi a tre anni, in cui è fatto divieto di assumere incarichi in conflitto con il ruolo svolto in precedenza. In questo arco di tempo, gli ex commissari percepiscono una somma mensile pari al 60% del loro stipendio precedente, come forma di remunerazione per i mancati introiti dovuti al divieto del *revolving door*⁷².

⁶⁸ Cfr. il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 del 2009, art. 13, comma 3.

⁶⁹ Cfr. Camera dei Deputati -Ufficio di Presidenza, delib. 8 febbraio 2017, *Disciplina dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei Deputati*; L. SALVIA, *Registro e la "stanza degli interessi"*. Arrivano le regole per i lobbisti, in *Corriere della Sera* 17 gennaio 2017.

⁷⁰ Cfr. l. regionale n. 30 del 24 luglio 2017, art. 10.

⁷¹ Il divieto delle porte girevole è stato introdotto dopo alcune vicende che hanno riguardato i componenti della Commissione Europea; fra quelli che hanno destato maggiore scalpore vi è il caso dell'ex presidente della Commissione Europea, il portoghese Josè Manuel Barroso che alla fine del mandato è stato nominato presidente e *advisor* della filiale europea di *Goldam Sachs*, una delle più grandi banche d'affari del mondo.

⁷² Cfr. P. PETRILLO, *Teorie e tecniche del lobbying*, Bologna, 2019, 129.

8. ... e nella magistratura

Il secondo insieme di raccomandazioni del GRECO riguarda la prevenzione dei fenomeni corruttivi nel sistema giudiziario e segnala l'opportunità di introdurre una disciplina dettagliata idonea a consentire ai magistrati di partecipare all'attività politica senza sacrificare i requisiti d'indipendenza e imparzialità⁷³. Le porte girevoli rilevano la continua osmosi tra politica e magistratura che, ponendo più di un dubbio sull'imparzialità del giudice, una volta rientrato nei ruoli, rischia di incrinare il principio della separazione dei poteri.

Da parte sua, la Corte costituzionale⁷⁴ - chiamata da ultimo a pronunciarsi sulla questione sollevata dalla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, sulle norme che vietano l'iscrizione e la partecipazione sistematica e continuativa dei magistrati ai partiti politici - ha affermato che i giudici devono godere dei diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino.

La Corte ha, al contempo, precisato che le funzioni esercitate e la qualifica rivestita non sono indifferenti per l'ordinamento costituzionale, al fine di stabilire i limiti che possono essere opposti all'esercizio di quei diritti. Limiti che trovano giustificazione sia nella particolare delicatezza e qualità delle funzioni giudiziarie sia nei principi costituzionali di indipendenza e imparzialità che le caratterizzano, enucleati negli artt. 101, comma 2, 104, comma 1, e 108, comma 2, della Costituzione.

I principi costituzionali dell'imparzialità e dell'indipendenza vanno preservati non solo con particolare riferimento all'esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche quali criteri ispiratori di regole deontologiche da osservarsi in ogni comportamento di rilievo pubblico. Ciò al fine di allontanare il rischio che i cittadini possano fondatamente dubitare dell'imparzialità e dell'indipendenza dei magistrati.⁷⁵

L'art. 98, al terzo comma, demanda al legislatore il compito di stabilire limitazioni al diritto dei magistrati d'isciversi a partiti politici; una facoltà di bilanciare la libertà di associarsi in partiti politici, riconosciuta dall'art. 49, con la necessità di salvaguardare l'indipendenza dei magistrati. Il bilanciamento ha la precisa finalità di evitare i condizionamenti all'attività giudiziaria che potrebbero scaturire dal legame stabile del magistrato con un partito. I rapporti di natura stabile tra magistrati e i soggetti politici sono visti con sfavore dalla Costituzione, perché capaci di compromettere, oltre l'indipendenza e l'imparzialità, anche l'apparenza di queste ultime: *"sostanza e apparenza di principi posti alla base della fiducia di cui deve godere l'ordine giudiziario in una società democratica"*⁷⁶.

Quindi la fattispecie disciplinare che punisce l'iscrizione o la partecipazione sistematica ai partiti si applica anche ai magistrati che sono collocati fuori ruolo dalla magistratura perché in aspettativa per motivi elettorali. Le sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici - che si iscrivono a partiti o che partecipano in maniera sistematica e continuativa alla loro attività - costituiscono un saldo presidio dei requisiti essenziali di imparzialità e indipendenza della figura del magistrato in ogni aspetto della sua vita pubblica. Del resto, il divieto disciplinare è inserito all'interno di una disposizione che attrae nell'area del disciplinarmente rilevante altre condotte, come il coinvolgimento nelle attività di

⁷³ M. CROCE, *Prevenzione e contrasto della corruzione: il quarto compliance report del Greco sull'Italia*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 12 febbraio 2019.

⁷⁴ Cfr., Corte cost. sentt. n. 170 del 2018; n. 224 del 2009 e n. 100 del 1981.

⁷⁵ In proposito, F. DONATI, *L'impegno in politica dei magistrati*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 13 novembre 2019, 11 ss., che al fine di salvaguardare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura fa notare come il diritto alla conservazione del posto di lavoro ex art. 51, comma 3, della Costituzione non garantisce altresì il diritto di continuare l'esercizio delle stesse funzioni espletate in precedenza. Il CSM ha suggerito di prevedere, al termine dell'esperienza politica, l'obbligo dei magistrati di passare nei ranghi dell'Avvocatura dello Stato o della dirigenza pubblica.

⁷⁶ Corte cost. sent. n. 170 del 2018.

soggetti operanti nel settore economico e finanziario che possono implicare l'insorgere di legami suscettibili di condizionare, anche per il futuro, l'esercizio delle funzioni e di offuscare l'immagine del magistrato presso la collettività.

Tanto più - fa notare la Corte - *"in un contesto normativo che consente al magistrato di tornare alla giurisdizione in caso di mancata elezione oppure al termine del mandato elettivo"*⁷⁷. Del resto, la Costituzione non si esprime in merito alla possibilità di una regolamentazione del rientro in ruolo dei magistrati che abbiano ricoperto incarichi politici. Ma le regole prudenziali vanno previste per evitare *"cadute di stile"* e *"atteggiamenti inopportuni"* al fine di preservare sia l'autonomia e l'indipendenza, sia la credibilità della magistratura⁷⁸.

Ancora oggi, infatti, manca un intervento organico del legislatore che risolva il conflitto d'interessi, contemperando il diritto di partecipare attivamente alla vita politica degli appartenenti all'ordine giudiziario con la terzietà imposta al magistrato, superando il divieto delle porte girevoli⁷⁹. Un disegno di legge prevedeva il divieto per i candidati magistrati, non eletti alle Camere, al Parlamento europeo ovvero al termine del mandato di assumere funzioni inquirenti o direttive per un periodo variabile a seconda dei casi⁸⁰. La disciplina vigente prevede per i magistrati candidati ma non eletti che non possono esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni⁸¹.

In attesa di una legge che regoli in modo organico il conflitto di interessi⁸² il Consiglio Superiore della Magistratura ha stabilito per i giudici "di ritorno" dall'impegno politico un ricollocamento per almeno cinque anni in un distretto diverso da quello in cui sono stati eletti. In particolare, l'art. 124 della circolare del CSM n. 13378 del 24 luglio 2014 ha introdotto, per il magistrato che abbia svolto un mandato elettorale, il divieto di assegnazione o trasferimento, per un quinquennio, a sedi del distretto o dei distretti nell'ambito dei quali è stato eletto, ovvero del distretto o dei distretti competenti ai sensi dell'art. 11 c.p.p.⁸³.

⁷⁷ Corte cost. sent. n. 170 del 2018, con commento di V. DE SANTIS, *Indipendenza e imparzialità del magistrato fuori ruolo tra disciplina sul rientro dei magistrati e democraticità interna dei partiti*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 21 novembre 2018, e J. DE VIVO, *La spinosa questione della partecipazione dei magistrati alla vita politica. Considerazioni alla luce del "caso Emiliano"*, ivi, 19 dicembre 2018.

⁷⁸ Cfr. Consiglio Superiore della Magistratura, Delibera 21 ottobre 2015, *Rapporto tra politica e giurisdizione, con particolare riferimento al tema del rientro nel ruolo della magistratura di coloro i quali abbiano ricoperto incarichi di Governo ed attività politica e parlamentare. Candidabilità e successivamente non ricollocamento in ruolo dei magistrati che siano candidati ad elezioni politiche o amministrative, ovvero che abbiano assunto incarichi di governo nazionale, regionale e negli enti locali*.

⁷⁹ Sul punto sia consentito rinviare a I.A. NICOTRA, *Riforma dell'ordinamento giudiziario: diritto di associazione e libertà di opinione dei magistrati*, in *Quaderni Costituzionali*, 2004, 131 ss.

⁸⁰ Cfr. la proposta di legge approvata in un testo unificato dal Senato della Repubblica 11 marzo 2014 - A.C. n. 2188, *Disposizioni di materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali. Modifiche alla disciplina in materia di astensione e riacquiescenza dei giudici*.

⁸¹ *"I magistrati che sono stati candidati e non sono stati eletti non possono esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni"* (cfr. art. 8, comma 2, d.p.r. 361/1957).

⁸² Cfr. la proposta di legge C. 489 presentata alla Camera il 10 aprile 2018, *in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative, nonché di assunzione di incarichi di Governo e negli enti locali*. La proposta di legge ricalca il testo approvato dal Senato della Repubblica, a larghissima maggioranza, nella seduta dell'11 marzo 2014.

⁸³ *"Nel caso in cui il magistrato provenga da un posto, anche di merito, della Corte di Cassazione o della Procura Generale Presso la Corte di Cassazione, ovvero della direzione Nazionale Antimafia, i criteri indicati nelle disposizioni che precedono non si applicano e il magistrato è restituito all'ufficio di appartenenza, se vacante, previa revoca eventuale, della pubblicazione nelle more intervenuta"* (art. 124, comma 8).

9. Conflitto di interessi e disciplina del *pantouflage*

Al fine di trovare rimedi al conflitto d'interessi anche la Convenzione di Merida ha previsto appositi meccanismi di prevenzione. La Convenzione contro la corruzione adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida nel dicembre dello stesso anno è entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005. L'intero titolo II della Convenzione è dedicato agli obblighi posti agli Stati per l'adozione di efficaci politiche di prevenzione dei fenomeni corruttivi e prevede diverse misure miranti al tempo stesso a coinvolgere il settore pubblico e il settore privato. Esse includono meccanismi istituzionali, quali l'istituzione di una specifica agenzia anticorruzione, l'adozione di codici di condotta e di politiche favorevoli al buon governo, alla trasparenza e alla responsabilità. La Convenzione, inoltre, non trascura l'importanza della partecipazione attiva dell'opinione pubblica e la sensibilizzazione dei cittadini al problema della corruzione.

Per quel che interessa più da vicino il divieto delle porte girevoli, l'art. 12, par.2, lett. e), della Convenzione lo include che tra le misure volte al raggiungimento dell'obiettivo di sradicare la corruzione. In particolare – si legge nella Convenzione - la prevenzione dei conflitti d'interesse si realizza *“mediante l'imposizione, se del caso e per un periodo ragionevole, di restrizioni all'esercizio di attività professionali da parte di ex pubblici ufficiali e all'impiego, da parte del settore privato, di pubblici ufficiali dopo le dimissioni o il loro pensionamento, quando dette attività o detto impiego sono direttamente collegati alle funzioni che tali ex pubblici ufficiali esercitavano o supervisionavano durante il loro mandato”*. In caso di inosservanza di tali misure gli Stati sono tenuti a prevedere sanzioni civili, amministrative o penali efficaci. La norma mira a impedire situazioni di conflitto che si potrebbero verificare tra l'interesse pubblico e l'interesse personale del funzionario.

Il periodo di *“raffreddamento”* tra impiego pubblico e attività privata da limitare, comunque, a una ragionevole durata, risponde alla preoccupazione che il funzionario possa essere indotto a favorire in modo indebito un'impresa presso cui spera di ottenere un posto di lavoro, una volta cessato il rapporto professionale con la pubblica amministrazione. Con il rischio che il conflitto di interessi crei un pregiudizio agli altri operatori privati, con evidenti ricadute anche sulla par condicio.

La legge anticorruzione italiana, anche sulla spinta delle sensibilità emerse nel diritto internazionale, ha introdotto un ulteriore meccanismo per evitare il verificarsi di situazioni di conflitto di interessi: appunto, il *pantouflage*, con cui si descrive il conflitto di interessi ad effetti differiti nel tempo.

Si tratta di un istituto che condivide la medesima *ratio* delle situazioni di conflitto d'interesse, di tutela formale e sostanziale della funzione amministrativa da un utilizzo improprio e stabilisce la proibizione di svolgere determinate attività al termine del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione. I dipendenti che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali nella p.a.⁸⁴ non possono esercitare, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari di tale attività amministrativa. Il c.d. divieto di *pantouflage* consiste in una sorta di *“inconferibilità successiva”* di durata limitata al triennio e risponde alla precisa *ratio* di evitare che il funzionario, in

⁸⁴ Il contenuto dell'esercizio dei poteri autoritativi o negoziali costituisce il presupposto per l'applicazione della norma. I dipendenti con poteri autoritativi e negoziali, cui si riferisce l'art. 53, comma 16-ter, sono i soggetti, con funzioni apicali, che esercitano concretamente e in modo effettivo tali poteri, attraverso l'adozione di provvedimenti amministrativi e il perfezionamento di negozi giuridici mediante la stipula di contratti di rappresentanza dell'ente. Si è ritenuto, inoltre, che il pericolo della precostituzione di situazioni lavorative favorevoli possa configurarsi anche in capo al dipendente che ha avuto il potere di incidere in maniera determinante sulla decisione del provvedimento finale, collaborando all'istruttoria, attraverso la elaborazione di atti endoprocedimentali obbligatori (pareri, perizie, certificazioni), che vincolano in modo significativo il contenuto della decisione. Sicché, il divieto di *pantouflage* si applica non solo al soggetto che ha firmato l'atto, ma anche a coloro che hanno partecipato al procedimento (cfr., ANAC, parere AG/74 del 21 ottobre 2015 e orientamento n. 24/2015)

vista di una possibile futura assunzione presso un'impresa privata, possa preconstituersi delle situazioni lavorative di vantaggio con l'utilizzo improprio delle sue attività istituzionali.

Allo stesso tempo, la preclusione è volta a ridurre il rischio che soggetti privati possano esercitare pressioni o condizionamenti sullo svolgimento di compiti istituzionali, prospettando al dipendente pubblico future opportunità di assunzioni, una volta cessato dal servizio, qualunque sia la causa della cessazione (ivi compreso il collocamento in quiescenza per raggiungimento dei requisiti di accesso alla pensione). In particolare, come viene chiarito nel primo Piano Nazionale Anticorruzione, adottato nell'anno 2013, la *ratio* sottostante l'istituto del *pantouflage* è quella di evitare che *“durante il periodo di servizio il dipendente possa artatamente preconstituersi delle situazioni lavorative di vantaggio e così sfruttare a proprio fine la sua posizione e il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro per lui attraente presso l'impresa o il soggetto privato con cui entra in contatto”*⁸⁵. La norma prevede, dunque, una limitazione della libertà negoziale del dipendente, per un determinato periodo successivo alla cessazione del rapporto, al fine di eliminare la “convenienza” di accordi fraudolenti.

L'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in proposito, recita: *“i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni non possono svolgere nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti”*. La disposizione, introdotta nel d.lgs. 165/2001 dall'art. 1, comma 42, della l. n.190/2012, si prefigge di contenere il rischio di situazioni di corruzione correlate all'assunzione del dipendente pubblico da parte di un operatore privato, successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro con la p.a.⁸⁶.

Con il divieto del *pantouflage* si realizza un meccanismo capace di declinare i principi costituzionali che impone ai pubblici impiegati di svolgere le loro funzioni con *“disciplina e onore”*, mettendosi *“al servizio esclusivo della Nazione”*. Il generale dovere di fedeltà alla Repubblica, insieme con l'esclusività dell'incarico pubblico, si traduce nell'obbligo di non utilizzare, contro le istituzioni, notizie riservate, conoscenze, procedure, relazioni acquisite durante il periodo di servizio presso i pubblici uffici. Successivamente alla cessazione dell'impiego pubblico, il dipendente passato al settore privato, potrebbe utilizzare informazioni privilegiate, conoscenze di fatti e di persone, sfruttando tale bagaglio di esperienze come strumento di corruzione⁸⁷.

La previsione normativa da concretezza ad una precisa volontà legislativa volta ad allontanare il funzionario dalla tentazione di lasciarsi “catturare” dall'interesse privato, in vista di un incarico per il futuro⁸⁸.

⁸⁵ Cfr. il Piano Nazionale Anticorruzione 2013, nel portale dell'ANAC (www.anticorruzione.it).

⁸⁶ L'Autorità anticorruzione ha ritenuto che anche la decisione di una commissione giudicatrice in ordine all'ammissione ad una gara di un'impresa privata costituisca esercizio di quei poteri autoritativi e negoziali che rappresentano il presupposto per il verificarsi di un'ipotesi di *pantouflage* (cfr. ANAC, parere AG 2/2017 approvato con delibera n. 88 dell'8 febbraio 2017).

⁸⁷ Cfr., Camera dei deputati, Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, *La lotta alla corruzione*, Roma 1998, 78 ss., che si sofferma sulla particolare attenzione da dare all'uso della formazione scientifica ricevuta presso la pubblica amministrazione nel campo della ricerca applicata a fini economici e avanza come possibile soluzione di *“prevedere che i dipendenti di determinati organismi pubblici di ricerca si impegnino contrattualmente a non abbandonare il posto, o quantomeno a non svolgere le stesse mansioni nel settore privato, per un certo numero di anni”*.

⁸⁸ Analoga disciplina, con espressi divieti di incarichi *post-employment*, è stata prevista per i parlamentari e per i titolari di cariche di governo, che non possono per un anno dopo la cessazione del mandato parlamentare o dell'incarico

La norma ha tra i destinatari i dipendenti delle amministrazioni, degli enti pubblici non economici e anche i dipendenti degli enti pubblici economici. Inoltre, il divieto del *pantouflage* ricomprende i soggetti legati alla pubblica amministrazione da un rapporto di lavoro a tempo determinato o autonomo⁸⁹. Ciò emerge chiaramente dall'art. 21 del d.lgs. n. 39 del 2013, laddove si preoccupa di precisare che *“ai soli ai fini dell'applicazione dei divieti di cui al comma 16-ter dell'articolo 53, del d.lgs. 165/2001 sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico e l'organismo di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro subordinato o autonomo”*.

Con riguardo al contenuto dell'esercizio dei poteri autoritativi e negoziali che, secondo l'art. 53, co. 16, costituiscono il presupposto per far scattare le conseguenze sanzionatorie va precisato che il rischio di predeterminare situazioni lavorative favorevoli possa configurarsi non solo in capo ai soggetti che esercitano funzioni apicali ma anche rispetto al dipendente che ha, comunque, avuto il potere di incidere in maniera risolutiva sulla decisione oggetto del provvedimento finale, collaborando all'istruttoria, attraverso l'elaborazione di atti endoprocedimentali obbligatori (pareri, perizie, certificazioni) che condizionano in modo significativo il contenuto della decisione. Di conseguenza il divieto di *pantouflage*, secondo un'interpretazione data dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, si applica non solo al dirigente che ha firmato l'atto ma anche a tutti coloro che hanno partecipato, a diverso titolo, al procedimento⁹⁰.

Proprio in ragione della sua specifica *ratio*, spiega il Consiglio di Stato, il divieto del *pantouflage* trova applicazione nei confronti di soggetti titolari di poteri gestionali e/o amministrativi, come i responsabili unici del procedimento e i Presidenti delle Autorità portuali. Invero, il sistema di *governance* delle Autorità portuali si caratterizza per il conferimento di rilevanti poteri gestionali nelle mani del Presidente⁹¹.

Nel novero dei poteri autoritativi e negoziali rientrano sia i provvedimenti afferenti alla conclusione di contratti per l'acquisizione di beni e servizi per la p.a., sia i provvedimenti che incidono unilateralmente, modificandole, sulle situazioni soggettive dei destinatari⁹². Inoltre, può

governativo svolgere incarichi in enti che gestiscano servizi per conto dello Stato. In particolare, si tratta di una *“incompatibilità successiva”* che perdura per dodici mesi dal termine della carica di governo nei confronti di enti di diritto pubblico, anche economici, nonché di società aventi fini di lucro che operino prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta (cfr. l. n. 60 del 1953, art. 6, e la l. n. 215 del 2004, art. 2, comma 4).

⁸⁹ Cfr., parere ANAC AG/2 del 4 febbraio 2015.

⁹⁰ Cfr. il *Piano Nazionale Anticorruzione 2019 – 2021*, nel portale dell'ANAC (www.anticorruzione.it).

⁹¹ Cfr. Cons. Stato, sent. n. 7411 del 2019, cit., come risulta chiaramente dalla previsione dell'art. 8 della l. n. 84 del 1994.

⁹² Paradigmatico, in tal senso, il caso di un'impresa privata che ha richiesto un parere all'ANAC sulla possibilità di avvalersi della consulenza di un generale della Guardia di Finanza, oramai in quiescenza, per l'attività di strategia aziendale. L'ex pubblico dipendente, nei tre anni precedenti il pensionamento, aveva svolto le funzioni di presidente della commissione giudicatrice in una procedura ad evidenza pubblica indetta dalla Guardia di Finanza per l'acquisizione di beni alla quale l'impresa aveva partecipato, pur non essendo risultata aggiudicataria. L'Autorità ha ritenuto di estendere il divieto di *pantouflage* a tale fattispecie, sulla base dell'assunto che anche la decisione di una commissione giudicatrice circa l'ammissione a una gara di un'impresa pubblica costituisca esercizio di poteri autoritativi o negoziali. In questo caso, tuttavia, il periodo di *“raffreddamento”* di tre anni è stato fatto decorrere dalla data dell'ultimo atto che ha comportato, in concreto, l'esercizio di poteri autoritativi o negoziali posti in essere dall'ex generale nei confronti dell'impresa privata e non dal momento della cessazione del rapporto di servizio. Cfr., al riguardo, ANAC, parere AG 2/2017 approvato con delibera n. 88, cit., nonché, ANAC, *Relazione annuale 2018*, 98 e 99. L'Autorità si è pronunciata anche in merito all'eventuale conferimento dell'incarico di Responsabile degli affari istituzionali della società Leonardo S.p.a. all'ex amministratore delegato di Difesa Servizi s.p.a. (società con socio unico il Ministero della difesa) ed ha evidenziato che l'attribuzione di tale incarico nei tre anni successivi alla fine del rapporto di lavoro con Difesa Servizi avrebbe configurato un'ipotesi di *pantouflage*, in virtù dei poteri negoziali esercitati dal soggetto in questione negli ultimi tre anni di servizio nei confronti della società medesima (cfr., sul punto, ANAC, delibera n. 766 del 2018).

ritenersi che fra i poteri autoritativi e negoziali sia da ricomprendersi l'adozione di atti volti a concedere in generale vantaggi o utilità al privato, quali autorizzazioni, concessioni, sovvenzioni, sussidi e vantaggi economici di qualunque genere⁹³.

La norma di cui all'art. 53, comma 16, in caso di violazione del divieto di *pantouflage* prescrive le sanzioni della nullità del contratto e del divieto, per i soggetti privati che l'hanno conferito, di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con contestuale obbligo di restituzione dei compensi ove percepiti ed accertati ad essi riferiti.

In proposito, è stato evidenziato nei bandi – tipo⁹⁴, adottati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, che le amministrazioni sono tenute a inserire nelle procedure di gara o negli atti prodromici all'affidamento di appalti pubblici, tra i requisiti generali di partecipazione previsti a pena di esclusione e oggetto di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, la condizione che il soggetto privato partecipante alla gara non abbia stipulato contratti di lavoro o comunque attribuito incarichi a ex dipendenti pubblici, in violazione dell'art. 53, co. 16 *ter*, del d.lgs. n.165/2001. La verifica della dichiarazione resa dall'operatore economico è rimessa alla stazione appaltante.

L'attività di vigilanza sulle ipotesi di *pantouflage* è svolta dall'Anac, chiamata a verificare l'inserimento nei piani triennali di prevenzione della corruzione delle pubbliche amministrazioni di misure adeguate a evitare il fenomeno⁹⁵. Infatti, il ruolo di soggetto di riferimento nell'ambito del sistema anticorruzione che la legge n. 190 del 2012 gli ha conferito - anche sulla scorta degli obblighi internazionali discendenti dalla ratifica della Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 e della Convenzione penale sulla corruzione del 1999 - abilita la stessa a svolgere tutte le attività volte ad accertare le violazioni delle norme di prevenzione, compresa quella di inconferibilità successiva contenuta nell'art. 53, comma 16-*ter*, del d.lgs. 165 del 2001.

Il Tar Lazio⁹⁶ aveva ritenuto che il potere dell'Autorità Anticorruzione in materia di "*revolving doors*", in relazione a soggetti privati, fosse circoscritto all'adozione di pareri facoltativi⁹⁷. Con specifico riferimento alle fattispecie di *pantouflage*, il regolamento dell'ANAC per l'esercizio della funzione consultiva⁹⁸ ha esteso la possibilità di richiedere parere anche a tutti i soggetti privati, che abbiano un interesse rispetto alle questioni prospettate, oltre che alle amministrazioni dello Stato e agli enti pubblici nazionali⁹⁹. La norma regolamentare realizza un allargamento della platea dei soggetti legittimati a sollecitare all'Autorità l'esercizio della funzione consultiva di cui all'art. 1, comma 2, lett. e) della l. n. 190/2012, nella parte in cui contempla la possibilità di esprimere pareri facoltativi in materia di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'istituto del *pantouflage*.

⁹³ Cfr. ANAC, parere AG 2/2017 approvato con delibera n. 88 dell'8 febbraio 2017, cit.

⁹⁴ Cfr. ANAC parere del 18 febbraio 2015, orientamento ANAC n.2 del 4 febbraio 2015 e bando tipo n. 1 approvato con delibera del 22 novembre 2017, *Schema di disciplinare di gara – Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*.

⁹⁵ Si ritiene opportuno che i Responsabili della prevenzione della corruzione non appena siano a conoscenza della violazione del divieto del *pantouflage* da parte di un ex dipendente, segnalino detta violazione ai vertici dell'amministrazione ed eventualmente anche al soggetto privato presso cui è stato assunto.

⁹⁶ Tar Lazio, sent. n. 11494 del 2018.

⁹⁷ Cfr. Regolamento ANAC del 7 dicembre 2018, *per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale Anticorruzione ai sensi della legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso*. Con riferimento al *pantouflage*, si precisa che i soggetti legittimati a richiedere all'Autorità di esprimersi in merito a tale fattispecie non sono solo le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici nazionali ma anche i soggetti privati destinatari dell'attività delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001 che intendono conferire un incarico.

⁹⁸ Delibera ANAC n.1101 del 2018, recante il *Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva*, cit.

⁹⁹ Cfr. l'art. 3, comma1, lett. b) e c) del Regolamento del 21 novembre 2018.

Invero, l'attribuzione di funzioni consultive anche nei confronti di soggetti privati costituisce un naturale o *"quantomeno non irragionevole ampliamento delle attribuzioni di Anac rispetto all'ordinario potere accertativo proprio per assicurare la più proficua applicazione della specifica disciplina, la cui ratio è la prevenzione dei fenomeni corruttivi"*¹⁰⁰.

Il giudice di prime cure era così giunto ad escludere la sussistenza di un potere di vigilanza dell'ANAC, esercitabile *erga omnes* ai sensi dell'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 39/13, poiché *"tale norma orienta l'attività dell'Autorità nei soli confronti delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico"*. I poteri ispettivi e di accertamento che l'Anac è chiamata a svolgere – continua il giudice amministrativo – sono dunque limitati soggettivamente alle pubbliche amministrazioni in senso lato richiamate dalla norma e oggettivamente al conferimento di un *"incarico pubblico"*. Dunque, ad avviso del Tar, non sussisteva un potere di intervento diretto dell'ANAC su *"soggetti non riconducibili alla p.a."*. D'altra parte, *"non è ravvisabile neanche il vuoto normativo dato che il pantouflage è soggetto a un regime di applicazione diretta che non coinvolge l'Anac ma si rivolge all'attuazione di strumenti generali, quali il Piano Nazionale Anticorruzione, che infatti prende in considerazione ipotesi di inserimento di apposite clausole negli atti di assunzione di personale pubblico"* e i meccanismi di esclusione previsti dal Documento di Gara Unico Europeo. In tal senso, il meccanismo di attuazione del *pantouflage* è di tipo diffuso e l'Anac è coinvolta *ex ante*, con pareri facoltativi di sostegno e indirizzo all'attività della p.a. ed *ex post*, con attività di ispezione e vigilanza nei confronti delle sole p.a.¹⁰¹

Tuttavia, la ricostruzione fornita dal Tar del Lazio avrebbe rischiato di rendere inapplicabile la disposizione, in quanto sarebbe venuto meno il soggetto competente a svolgere la verifica dell'esatta applicazione della norma¹⁰², lasciando alla pubblica amministrazione, di volta in volta interessata, il compito di valutare la legittimità degli incarichi conferiti con effetti disomogenei rispetto a fattispecie analoghe. Infatti, l'ANAC svolge un'attività di vigilanza che consiste in un potere particolare, assegnato alle Autorità amministrative indipendenti di verificare nell'interesse generale e per garantire uniformità di trattamento il rispetto delle regole in rapporto al loro settore da parte di operatori pubblici e privati ivi operanti. Si tratta di un'attribuzione coerente con il potere di regolazione, in posizione accessoria alla funzione sanzionatoria e la sua principale forma consiste nell'atto ispettivo¹⁰³. Sulla scorta di tali considerazioni l'Autorità ha reputato opportuno impugnare la pronuncia del Tar, ritenendo che il ruolo di soggetto di riferimento all'interno del sistema nazionale di anticorruzione riconosciute dalla l. n. 190 del 2012 costituisca il presupposto per l'espletamento di tutte le attività finalizzate ad accertare le violazioni del sistema, comprensivi anche poteri ispettivi e di accertamento dei casi riguardanti il conferimento di incarichi, inclusa quella di inconferibilità ad effetti differiti descritta nell'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 165 del 2001.

Il Consiglio di Stato¹⁰⁴, ribaltando l'orientamento espresso dal Tar del Lazio, ha ritenuto l'Autorità Anticorruzione competente ad accertare le ipotesi di *pantouflage* e ad irrogare le sanzioni previste dalla legge. Infatti, la titolarità del potere di controllo e accertamento sulle ipotesi di inconferibilità e incompatibilità trova fondamento nell'art. 16, comma 1, del d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, laddove espressamente individua proprio nell'ANAC, l'Autorità competente a svolgere l'attività vigilatoria. Secondo la richiamata disposizione all'Autorità Anticorruzione è affidato il compito di vigilare *"sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti privati in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi"*.

¹⁰⁰ Così Cons. Stato, sent. n. 7411 del 2019, cit.

¹⁰¹ Tar Lazio, sent. n. 11494 del 2018, cit.

¹⁰² Cfr. ANAC, *Relazione annuale 2018*, 98.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126.

¹⁰⁴ Cons. Stato, sent. n. 7411 del 2019, cit.

L'istituto del *pantouflage*, infatti, va incontro alla preoccupazione di evitare che determinate posizioni lavorative possano essere anche solo astrattamente fonte di traffici d'influenze e conflitti di interesse, anche ad effetti differiti. Ulteriormente, il divieto di inconfiribilità successiva, per un tempo limitato, si spiega con l'esigenza che l'esercizio della carica rivestita dai pubblici dipendenti con posizioni qualificate o apicali sia inquinato anche dal solo sospetto di futuri vantaggi privati.

Più in generale bloccare un potenziale conflitto di interessi significa porsi in una logica anticipatoria per evitare il prodursi di effetti antigiusdici che ne potrebbero scaturire. Le sanzioni che derivano dalla violazione delle regole in materia di *pantouflage* hanno un chiaro nesso con le funzioni assolate da ANAC, la quale svolge "con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" (art. 1, comma 1, l. n. 190 del 2012).

La limitazione, per un tempo ragionevole, dell'autonomia negoziale del lavoratore una volta che sia cessato il rapporto pubblicistico, è frutto dell'insindacabile scelta del legislatore. Tale finalità, posta a tutela dell'interesse generale, distingue il divieto del *pantouflage* rispetto al patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 del cod. civ. Per favorire una maggiore attenzione dei casi di inconfiribilità successiva, il d.lgs. n. 39 del 2013 ha ampliato l'ambito di applicazione del divieto del *pantouflage*. Un allargamento che ha riguardato, in primo luogo, l'amministrazione datrice di lavoro, stabilendo che esso si applica non solo ai dipendenti delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165¹⁰⁵, ma anche ai dipendenti di enti pubblici genericamente intesi e di enti di diritto privato in controllo pubblico¹⁰⁶. Per altro verso, l'estensione della fattispecie si è verificata con riferimento all'ambito di rapporto di pubblico impiego, precisando che sono considerati dipendenti anche i soggetti titolari di incarichi amministrativi di vertice, i titolari di incarichi dirigenziali interni o esterni, a prescindere dal rapporto subordinato a autonomo del rapporto di lavoro. All'interno dell'istituto vi rientrano, in tal modo, posizioni lavorative, sia di natura subordinata, sia autonome, che possono essere anche solo astrattamente fonti di possibili fenomeni di *mala gestio*, restringendo per un tempo ragionevole, l'autonomia negoziale del lavoratore dopo la cessazione del rapporto lavorativo. Si tratta di una finalità rispondente all'interesse pubblico di anticipare episodi di rilevanza corruttiva che deve essere presidiata da un multiforme apparato sanzionatorio: per un verso la previsione della nullità dei contratti stipulati tra l'ex dipendente ed il privato, dall'altro il divieto per i soggetti che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con la pubblica amministrazione per i successivi tre anni, con obbligo di restituire i compensi eventualmente percepiti.

Secondo i giudici di Palazzo Spada la sola circostanza che l'art. 53, comma 16-ter, non individui espressamente l'autorità competente a garantire l'esecuzione delle conseguenze sanzionatorie previste dalla medesima disposizione non porta a dubitare che tale potere spetti all'ANAC.

¹⁰⁵ In ragione della loro natura giuridica, anche le Autorità di Sistema portuale vanno ricondotte nel perimetro della pubblica amministrazione e segnatamente nel raggio di azione del Ministero dei Trasporti, al cui potere di indirizzo e programmazione esse sono sottoposte. Si tratta di "enti pubblici non economici di rilevanza nazionale a ordinamento speciale ed è dotato di autonomia amministrativa, organizzativa, regolamentare, di bilancio e finanziaria" (art. 6, d.lgs. n. 169 del 2016), che vanno ricompresi nella nozione di amministrazione ex art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, cui si applicano le disposizioni del d.lgs. n.39 del 2013. (Cons. Stato, n. 126 del 2018, cit.). Le Autorità portuali, infatti, non perseguono fini di lucro e non operano sul mercato in regime di concorrenza, bensì sono preposte allo svolgimento di funzioni di coordinamento, promozione e verifica delle operazioni portuali, svolgendo compiti di regolazione e controllo sull'attività di erogazione di servizi (cfr. Cons. Stato, sent. n. 7411 del 2019, cit.). Sulle Autorità di Sistema portuale e le regole di prevenzione della corruzione sia consentito rinviare a I.A. NICOTRA, *La Autorità di Sistema Portuale nel Piano Nazionale Anticorruzione, in Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico*, cit., 91 ss.

¹⁰⁶ Così che riguarda anche i dipendenti delle società di controllo pubblico, come definite dal *Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica* (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

Infatti, pur auspicando che le norme limitative della capacità lavorativa siano formulate nel rispetto del principio della tassatività della fattispecie, risulta con sufficiente chiarezza l'attribuzione del generale compito di vigilanza spetta all'Autorità Nazionale Anticorruzione. Invero, il Supremo collegio amministrativo riprendendo la sua giurisprudenza, afferma che in assenza di un quadro normativo univoco *“l'enucleazione della competenza deve affondare le sue radici sulla valorizzazione della ratio della potestà sanzionatoria”*¹⁰⁷. Sicché, in questo caso - ritiene il Consiglio di Stato - *“le sanzioni debbano essere comminate dal soggetto pubblico nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione”*¹⁰⁸, in applicazione del generale principio espresso nell'art. 17 della legge n. 24 novembre 1981, n.689.

La previsione contenuta nell'art. 16 del d.lgs. n. 39 del 2013 conferisce espressamente ad ANAC l'attività di vigilanza *“sul rispetto da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti privati in controllo pubblico delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi”*. Inoltre, l'art. 21 del medesimo decreto precisa che *“sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo”*, con ciò lasciando intendere che rientri nell'ambito del potere di vigilanza riconosciuto ad Anac in materia di accertamento delle situazioni d'inconferibilità e incompatibilità, anche l'accertamento delle violazioni sul *pantouflage*.

Anche se – avvertono i giudici di Palazzo Spada - è sempre da preferire una disciplina legislativa contenente un'elencazione analitica delle competenze assegnate, rispetto all'uso di clausole generali fondanti poteri impliciti, ragioni logicosistematiche inducono a ritenere che sia proprio l'art. 16 del d.lgs. n. 39 a sancire una specifica, ancorché non testuale, attribuzione di competenza in favore dell'Anac, anche in ordine all'accertamento della nullità dei contratti sottoscritti in violazione del divieto del *pantouflage*.

In definitiva, esiste un chiaro legame finalistico *“tra la norma assistita dalla sanzione amministrativa e le funzioni attribuite all'Autorità”* che si coniuga con la sua *mission* istituzionale *“di attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*¹⁰⁹.

Sulla base del presupposto che in capo all'Autorità nazionale anticorruzione va ascrivito senz'altro il compito di assicurare, in sede di accertamento dei contratti sottoscritti dalle parti e di adozione delle misure conseguenti, la tutela dei valori di integrità e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

La norma che disciplina il *pantouflage* costituisce, senz'altro, una innovazione nel panorama ordinamentale italiano, prefiggendosi il contenimento dei rischi connessi all'uscita del dipendente dalla sfera pubblica e al suo passaggio al settore privato. Il legislatore ha inteso, così, integrare la disciplina della prevenzione della corruzione nell'ambito della complessa materia degli incarichi pubblici. L'introduzione di misure di *post-employment*, come il *pantouflage*, accanto ai meccanismi già collaudati di pre – employment (inconferibilità) e in- employment (incompatibilità) sono finalizzati a sterilizzare possibili conflitti d'interesse. Tuttavia, la disciplina lascia irrisolti alcuni profili che ne rendono problematica l'applicazione. Da questo punto di vista, sarebbe stata opportuna una revisione organica della disciplina per definire con maggiore chiarezza gli aspetti che rendono poco agevole la concreta attuazione della norma.

¹⁰⁷ C. d. S., sez. VI, sent. 30 gennaio 2007, n. 341.

¹⁰⁸ Ancora, Cons. Stato, sent. n. 7411 del 2019, cit.

¹⁰⁹ Art. 1, comma 1, della l. n. 190 del 2012.

I profili più controversi restano quelli legati al regime sanzionatorio previsto dall'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 165 del 2001. Il testo della legge si limita a definire la sanzione inibitoria, costruendola come conseguenza automatica della dichiarazione di nullità dell'incarico. Infatti, la formulazione della norma sembrerebbe escludere la valutazione dell'elemento psicologico sotteso ai comportamenti vietati, facendo seguire in maniera automatica all'accertamento della fattispecie di *pantouflage* le sanzioni della nullità del contratto, dei conseguenti obblighi di restituzione in capo all'ex dipendente pubblico e del divieto di contrattare con le pubbliche amministrazioni per il soggetto privato che abbia conferito l'incarico dichiarato nullo.

Ciò nonostante, nelle valutazioni della disciplina sanzionatoria del *pantouflage* non si può fare a meno di tenere conto dell'approccio preventivo che distingue l'istituto in esame da altre misure con finalità di tipo marcatamente afflittivo. Viceversa, il quadro sanzionatorio della fattispecie sembra mosso da un intento punitivo, che mette in disparte proprio l'aspetto saliente del *pantouflage*, volto a ripristinare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Sembra, in ogni caso necessario – per rimettere la norma sui binari dei principi costituzionali - far precedere l'applicazione della sanzione da una verifica sull'elemento psicologico che ha connotato il conferimento dell'incarico. L'automatismo della sanzione mostra, infatti, evidenti disarmonie con i principi di razionalità e parità di trattamento rispetto alle altre sanzioni amministrative, per violazione del diritto di difesa e del principio di legalità dell'azione amministrativa sanciti negli artt. 24 e 97 della Costituzione.

Altro profilo di difficile interpretazione è quello relativo agli obblighi di restituzione che la disposizione collega alla nullità dei contratti e degli incarichi conferiti in violazione del *pantouflage*. Il legislatore non ha, infatti, chiarito se la restituzione dei compensi percepiti quale corrispettivo dell'incarico illegittimo debba essere destinata al privato che ha conferito l'incarico, ovvero a vantaggio dell'amministrazione di provenienza dell'ex-dipendente. L'utilizzo dell'espressione "restituzione" sarebbe propendere per una lettura riconducibile al rapporto privatistico; sicché, il funzionario sarebbe tenuto a restituire il compenso al datore di lavoro privato¹¹⁰. In tal modo, il privato riceverebbe un ingiusto beneficio, avendo comunque fruito dell'attività professionale¹¹¹. Tale restituzione integrale dell'emolumento si pone in aperto contrasto al principio contenuto nell'art. 2041 del c.c. dell'indebito arricchimento. Coerente con la cornice complessiva in materia sarebbe stata la differente scelta di una sanzione pecuniaria da comminare al dipendente in proporzione al compenso ottenuto¹¹².

Altra questione controversa riguarda quella parte della previsione che vieta al soggetto privato di contrattare solo con l'amministrazione; cioè non è chiaro se la preclusione si limita al rapporto con l'amministrazione di provenienza dell'ex-funzionario, oppure possiede una portata di particolare ampiezza, ricomprendendo nel divieto di contrattare tutte le amministrazioni pubbliche. Il dato letterale che prevede "*il divieto di contrattare con le pubbliche amministrazioni*" lascerebbe intendere una proibizione generalizzata. Tale ultima lettura, sebbene aderente alla lettera della disposizione, sembra allontanarsi dai canoni di proporzionalità e ragionevolezza, finendo per

¹¹⁰ In assenza di una disposizione chiarificatrice, si rende necessario l'intervento del legislatore al fine di identificare sia il soggetto in favore del quale è previsto l'obbligo di restituzione, così come di definire i margini di intervento dell'Autorità rispetto al rapporto di natura privatistica intercorso in merito all'incarico conferito in violazione del *pantouflage* (così, ANAC, *Bozza Atto di segnalazione concernente proposte di modifica alla disciplina del pantouflage di cui all'art. 53, comma 16-ter, del decreto legislativo 30 marzo, n. 165, Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*).

¹¹¹ Così, D. ANDRACCHIO, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Giustamm* (www.Giustamm.it) settembre 2016.

¹¹² B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 190.

comportare conseguenze eccessivamente penalizzanti, con l'inibizione per l'operatore privato di stipulare per un periodo di tre anni qualsivoglia tipo di contratto con le amministrazioni¹¹³.

10. Conclusioni

In conclusione, i diversi istituti contenuti nella normativa anticorruzione costituiscono l'esito di un percorso legislativo finalizzato ad inverare i principi costituzionali dell'imparzialità, del buon andamento e del corretto svolgimento dell'azione amministrativa. Così, l'imparzialità da principio diventa diritto positivo da cui scaturiscono precisi obblighi in capo alla pubblica amministrazione e altrettante pretese in favore dei consociati¹¹⁴. Gli strumenti di verifica preventiva mirano proprio a contrastare fenomeni di interferenza impropria sull'esercizio delle funzioni pubbliche. L'attuale disciplina sul conflitto di interessi, malgrado incertezze e aspetti problematici¹¹⁵, costituisce, nelle sue plurime declinazioni, un tassello importante per neutralizzare l'impatto negativo, sull'esercizio delle funzioni, delle commistioni tra interessi personali e sfera pubblicistica.

Con il "preoccuparsi prima" che il conflitto di interesse si manifesti il legislatore ha inteso, così, gettare le basi di un modello che in futuro possa relegare davvero il diritto penale a misura di *extrema ratio*¹¹⁶, nel segno della chiara volontà espressa nella Carta repubblicana.

¹¹³ Analogamente, R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione*, cit., 170.

¹¹⁴ Così F. PATERNITI, *Rule of law and Public administration impartiality in the Italian legal system: points of reflection following the new anti – corruption law of 2012*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2015, 11.

¹¹⁵ Per talune criticità della normativa, G. SIRIANNI, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 820; F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e delle incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, *ivi*, 807.

¹¹⁶ Sul diritto penale come *extrema ratio* si rinvia per tutti a G. FIANDACA, E MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna 2014, XVIII.

ISABELLA SALZA
La semplificazione come *policy* organica

SOMMARIO: 1. La “troppa burocrazia” e la mancata implementazione delle misure per contrastarla. – 2. Semplificare per crescere: del categorico rapporto tra lo sviluppo economico di uno Stato e la sua attività regolatoria. – 2.1. Prima fase: le liberalizzazioni annunciate. – 2.2. Seconda fase: le riforme “pensate”. – 3. Quali sono le condizioni per realizzare una policy efficace? – 4. Le difficoltà ad implementare le regole vigenti. – 4.1. I *Regulatory oversight bodies*: un modello per il controllo sull’attuazione delle misure esistenti? – 4.2. I “presidi” al rispetto delle regole. – 5. Considerazioni conclusive.

*“È mancato il vigore dell’esecuzione (...)
perché le lotte politiche hanno tolto il tempo alle riforme amministrative;
perché nessun ministero è durato tanto da compiere e attuare tutto il suo programma; perché le discussioni sono
state interminabili, le interpellanze infinite;
perché i ministeri uscenti da certi gruppi della Maggioranza ed insidiati da altri,
non hanno avuto l’autorità e la forza di spezzare tutti gli ostacoli
che alle riforme oppongono gl’interessi coalizzati, le abitudini inveterate,
la resistenza passiva, la rilassatezza delle amministrazioni.
Vede quello che avviene ne’ municipi. Le idee ci sono, le riforme si propongono;
i progetti si è facili a farli; ma quando si tratta di eseguirli, quanti ostacoli!
Quante passioni! Quanta resistenza nelle abitudini, ne’ pregiudizi, negli interessi!
Ingrandite l’esempio, comprenderete perché nella Camera
alle belle intenzioni non ha sempre corrisposto l’esecuzione”.*

F. DE SANCTIS, *Programma elettorale*, 1865¹

1. La “troppa burocrazia” e la mancata implementazione delle misure per contrastarla

Già in epoca risorgimentale erano noti gli svantaggi recati dalla complicazione amministrativa e l’esigenza di garantire la continuità dell’azione di governo per semplificarla. Nel 1853, benché la legge Cavour disciplinasse i contratti in modo estremamente semplice, poco tempo dopo fu necessario snellire alcune fasi del procedimento contrattuale per lo stratificarsi di prassi che nel frattempo si erano sedimentate; nel 1899 Giolitti, nel celebre discorso agli elettori di Dronero, per denunciare la lentezza della macchina burocratica, segnalava l’esigenza di “rendere l’amministrazione dello Stato meno complicata, meno lenta e più curante dei legittimi interessi dei cittadini”². Nel 1856, Tocqueville scriveva che: “la lentezza della procedura amministrativa è così grande che non ho mai visto passare meno di un anno prima che una parrocchia potesse ottenere il permesso di rialzare il campanile o di restaurare il presbiterio. Più spesso, passano due o tre anni prima che la domanda sia accolta”³.

¹ F. DE SANCTIS, *L’Italia sarà quello che sarete voi. Discorsi e scritti politici (1848-1883)*, Sant’Angelo dei Lombardi, Delta Edizioni, 2014, 91-92. Nel 1865, De Santis, già Ministro della Pubblica Istruzione con i governi Cavour e Ricasoli, si candidò al Parlamento e presentò un programma elettorale in cui denunciava vizi e carenze della pubblica amministrazione usando termini perfettamente applicabili anche alla situazione attuale; si veda, al riguardo, D. DE MASI, *Lo Stato necessario. Lavoro e pubblico impiego nell’Italia postindustriale*, Milano, 2020.

² B. G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, Relazione tenuta al 64° Convegno di Studi Amministrativi su Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Varenna, 20-21-22 settembre 2018.

³ A. TOCQUEVILLE, *L’Antico regime e la rivoluzione*, BUR, Milano, 1998.

L'inadeguatezza della burocrazia ad adempiere alla funzione di razionalizzazione della vita sociale emerge dalle parole di Sereni, che la definì: *"inesperta e incontrollata"* o dalle considerazioni di Vanoni, che *"trovò gli uffici delle finanze in condizioni miserevoli (...) Pochissimi uffici avevano il telefono; molti non avevano macchine da scrivere né da calcolo e, quando vi erano, si scopriva che erano state date in prestito da qualche ditta locale o da qualche associazione di operatori economici"* o ancora da quanto asserito da Fanfani, nel 1961, *"trovo conferma [di] quanto lenta e arrugginita sia la nostra amministrazione"*⁴. Nel 1979, Giannini scriveva che: *"Vi sono zone in cui si registrano indirizzi politici contrastanti, altre di indirizzo politico perplesso, altre di carenza di indirizzo. Vi sono ovviamente molte altre cause, talune anche assai lontane, che hanno concorso a produrre l'attuale situazione di grave disfunzionamento delle amministrazioni pubbliche, globalmente prese, e a suscitare per più parti di esse, angoscianti preoccupazioni di ingovernabilità"*⁵ e, nel 1993, Cassese parlava di *"cambiamenti senza innovazione"* e che *"L'amministrazione è artefice e vittima di una legislazione fitta, che l'avviluppa e l'incatena. Il disegno organizzativo delle amministrazioni pubbliche è ben poco funzionale ed ha bisogno di una revisione radicale"* *"I cittadini sono smarriti di fronte al labirinto amministrativo e sono costretti ad affidarsi sempre più spesso a professionisti (...) per adempiere ai propri obblighi e per ottenere il soddisfacimento dei propri diritti"*⁶.

La storia d'Italia dall'Unità ai giorni nostri è connotata dalla crescente consapevolezza sui limiti e i costi dell'apparato burocratico⁷, bloccato ed incapace di organizzare persone e risorse in vista della realizzazione di fini collettivi e secondo criteri di razionalità, imparzialità, impersonalità, come, per definizione, dovrebbe⁸.

L'affermarsi dell'accezione negativa ha ispirato l'*engagement* viepiù professato dei Premier politici alla lotta contro la burocrazia, responsabile di complicare la vita dei cittadini e di creare ostacoli ed impedimenti che limitano l'attività delle aziende, rallentano la fornitura dei servizi pubblici, introducono adempimenti inutili e ridondanti, sebbene le dichiarazioni d'intenti non si siano sempre tradotte in risultati tangibili o perché erano meramente programmatiche *ab initio* ovvero perché sono rimaste bloccate dai continui cambi di governo.

In epoca più recente, Enrico Letta, nel discorso pronunciato alla Camera trascorsi i primi cento giorni di governo, aveva asserito che: *"La burocrazia non deve opprimere la voglia creativa degli italiani (...) Bisogna snellire le procedure e avere fiducia in chi ha voglia di investire, creare, offrire posti di lavoro"*⁹. Su queste basi, viene attribuita veste normativa all'idea che il "tempo" rappresenti un bene autonomo della vita, responsabilizzando la P.A. per le conseguenze subite da cittadini ed imprese a causa delle sue mancate o tardive risposte. L'indennizzo automatico e forfettario, inserito nell'art. 2-bis, l. n. 241 del 1990, intende eliminare le lungaggini che incidono sui termini procedurali¹⁰ comminando la corresponsione di un indennizzo a carico della P.A. inadempiente. La norma sembra chiara, l'applicazione purtroppo è incerta¹¹, tanto da renderla nei fatti disattesa. Del resto, per disapplicazione, è come "scomparso" dall'ordinamento anche l'art. 17, comma 1, lett. f) della l. n. 59 del 1997, tuttora vigente e che, 16 anni prima del "Decreto del Fare", aveva affrontato

⁴ S. CASSESE, *La burocrazia malata*, il Foglio, 15 settembre 2019.

⁵ *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979.

⁶ *Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni*, 28 aprile 1993- 10 maggio 1994

⁷ V. AZZOLLINI, *Burocrazia e potere* in S. Sileoni (a cura di), *Noi e lo Stato. Siamo ancora sudditi?*, Torino, 2019.

⁸ V. M. ALBROW, *Burocrazia*, in Treccani, *Enciclopedia delle Scienze sociali* (http://treccani.it/enciclopedia/elenco-opere/Enciclopedia_delle_scienze_sociali).

⁹ Per la realizzazione di questo programma, il Governo aveva varato misure economiche urgenti con il cd. Decreto del Fare (d.l. 21 giugno 2013, n. 69): v. Il discorso di Letta alla Camera, in *Il Sole-24Ore* (<https://www.ilsole24ore.com/>), 29.04.2013.

¹⁰ *L'attuazione nelle Regioni e negli enti locali della legge 69/2009*, Quaderni del Formez n. 32, 2013.

¹¹ Per un approfondimento sulla natura del danno risarcibile e della responsabilità della P.A., v. M. BENEDETTI, *Danno da ritardo*, in *Il Sole-24Ore* (<https://www.ilsole24ore.com/>), 23.05.2019.

il tema della tempistica procedimentale e delle conseguenze derivanti dalla ritardata o omessa conclusione di un procedimento, prevedendo un indennizzo automatico e forfettario a favore di soggetti richiedenti *«per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento per la mancata o ritardata adozione del provvedimento»*. Successivamente, nel 2007, era venuta meno, stavolta per sopravvenuto cambio di governo, la previsione contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. b) del d.d.l. Nicolais del 2007 (*“Modifiche alla legge 7 agosto 1990, n.241, in materia di conclusione del procedimento”*), secondo cui, *«indipendentemente dal risarcimento del danno di cui al comma 1, le pubbliche amministrazioni corrispondono ai soggetti istanti a titolo sanzionatorio del mero ritardo, una somma di denaro in misura fissa ed eventualmente progressiva, nei casi di inosservanza dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi»*.

Anche il Governo Renzi aveva enfatizzato nel suo programma la lotta contro la burocrazia, aggiungendo alla sfida della semplificazione di norme e procedure, la *“sburocratizzazione”*¹² al fine di eliminare: *“lo spezzatino di competenze, a compartimenti stagni”*¹³.

In risposta all'esigenza di risolvere le problematiche connesse alla *“troppa burocrazia”*, proliferata anche grazie all'avvicinarsi continuo dei governi, incompatibile con l'esigenza di cambiamento della P.A., che richiede un'azione continua e consolidata; il primo Governo Conte aveva impostato l'azione legislativa in termini di *“concretezza”*, annunciando la volontà di non voler approvare ulteriori misure in materia di snellimento degli oneri burocratici, ma di puntare piuttosto alla implementazione delle normative vigenti. Anche tale programma però è naufragato con la caduta del governo rimanendo privo di effetti concreti. Il secondo Governo Conte ha recuperato il programma di semplificazioni e di codificazioni contenuto nei disegni di legge delega approvati dal Consiglio dei Ministri nel febbraio del 2019, ma la finalità di sbrogliare la complessità amministrativa sembra tradita dalla *“macchina burocratica”*¹⁴ messa in campo per realizzarla.

Finora, in sostanza, la sensazione è che si resti intrappolati nel paradosso per cui se da un lato si avverte un grande bisogno di migliorare l'amministrazione, di far funzionare la P.A. affinché diventi una risorsa per cittadini ed imprese, dall'altro ci sono tanti *“cantieri abbandonati all'inizio dell'opera”*, tanti *“progetti lasciati incompiuti”*, che finiscono per alimentare il caos normativo e lasciare irrisolti i problemi per i quali erano stati ideati¹⁵.

2. Semplificare per crescere: del categorico rapporto tra lo sviluppo economico di uno Stato e la sua attività regolatoria

“Semplificazione” è un termine ampiamente condiviso, perché soddisfa un'aspettativa diffusa di alleggerimento degli oneri burocratici con cui devono confrontarsi cittadini ed imprese per realizzare qualsiasi tipo di attività. Implica la riduzione dei costi della P.A., perché consente di velocizzare l'iter amministrativo e di liberare risorse da impiegare altrove in modo più proficuo.

¹²L'Ufficio del Dipartimento della Funzione pubblica che si occupa della semplificazione amministrativa e della riduzione degli oneri, nel 2014 ha cambiato nome divenendo l'Ufficio per la semplificazione e la sburocratizzazione.

¹³M. RENZI, *Un'altra strada. Idee per l'Italia di domani*, Marsilio, 2019, 191.

¹⁴V. C. FOTINA, *Le semplificazioni di Conte: 10 Ddl fermi da undici mesi*, in *Il Sole-24Ore* (<https://www.ilsole24ore.com/>).

L'A.C. 1812 (d.d.l. “madre”) intende smantellare la troppa burocrazia servendosi di una struttura a sua volta articolata, composta da più soggetti, che intervengono su vari livelli: una Commissione per l'attuazione delle politiche pubbliche, che ha una struttura di supporto presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (si veda, *infra*, la nota n. 68); una Unità, già esistente da tempo e a tal fine riordinata; un Comitato interministeriale, peraltro già previsto (e finora mai istituito) dall'art. 1 del d.l. n. 4 del 2006; ed una Cabina di regia di cui si avvale il Comitato (cfr. artt. 1, 2 e 4 del d.d.l. cit.)

¹⁵S. CASSESE, *La burocrazia malata*, cit.

Quale punto programmatico di ogni governo che intende attuare politiche incisive sui blocchi del sistema produttivo, la semplificazione è, oramai, una costante e per questo è sottoposta a misurazioni tese a valutarne l'efficacia. In particolare, due sono le variabili fondamentali che incidono sullo sviluppo economico e che sono oggetto di rilevazione nelle indagini comparative: 1) i costi che i soggetti interessati sostengono per i rapporti con la PA e 2) i tempi dei procedimenti amministrativi. In entrambi i casi, la semplificazione interviene per ridurre gli uni e gli altri¹⁶ e lo "slancio" principale del semplificatore dovrebbe essere quello di rendere il sistema normativo più "facile all'uso", al consumo, vale a dire "*user friendly*", fruibile per i cittadini e applicabile in modo più semplice da parte delle amministrazioni. Per far questo occorre modificare l'approccio tradizionale alla semplificazione e pensarla non più in termini giuridici, legali, amministrativi, burocratici; ma in termini di competitività, affinché la pubblica amministrazione possa recuperare la sua funzione di stimolo all'innovazione, di motore della crescita economica e quindi del benessere dei cittadini¹⁷.

Sebbene la consapevolezza sui mali antichi della complicazione burocratica sia risalente, l'esigenza di un intervento normativo per semplificarla è apparsa nelle scelte dei governi italiani a partire dal varo della legge n. 241 del 1990¹⁸, che ha introdotto importanti strumenti per diminuire le fasi dei procedimenti amministrativi attivati per "fare impresa".

Su questo versante, anche l'Europa è intervenuta imponendo agli Stati membri di comprimere gli adempimenti a carico delle imprese per dare avvio ed esercitare la propria attività. Con il varo della direttiva servizi e del decreto legislativo, che l'ha attuata¹⁹, si è proceduto alla riforma dello sportello unico per le attività produttive (SUAP)²⁰ quale "solo" interlocutore a cui l'impresa si rivolge per

¹⁶ L'analisi svolta attraverso gli indicatori internazionali tra cui, il database Doing Business, fornisce indicatori relativi ai costi per "fare impresa" derivanti dalle specifiche norme che favoriscono o ostacolano gli investimenti, la produttività e la crescita. Una premessa fondamentale di Doing Business è che l'attività economica richiede buone regole per la disciplina dei diritti di proprietà, per la riduzione dei costi di risoluzione delle controversie, per la prevedibilità delle interazioni economiche e per la tutela dei contraenti contro gli abusi. L'obiettivo perseguito è che le norme elaborate per essere efficaci, devono essere accessibili a tutti coloro i quali hanno necessità di farne uso ed essere semplici nella loro attuazione. Il progetto Doing Business comprende 2 tipi di dati. I primi derivano dalla lettura di leggi e regolamenti. I secondi sono indicatori di tempo e di movimento, che misurano l'efficienza nel raggiungimento di un obiettivo di regolazione (come ad esempio la concessione della personalità giuridica ad un'impresa). Mediante tali indicatori, annualmente aggiornati, le stime dei costi sono registrate da schede ufficiali e riguardano i seguenti settori: avviare un'impresa, assumere e licenziare lavoratori, ottenere credito, protezione degli investitori, costringere al rispetto dei contratti, cessazione di un'attività. Secondo il *Rapporto Doing Business* del 2020, l'Italia occupa il 58esimo posto – preceduta da Kosovo, Kenya, Romania, Cipro e Marocco – è in calo di sette posizioni rispetto all'anno precedente e di ben dodici rispetto al 2018. Negli ultimi anni sembra avviato, dunque, un consolidato *trend* negativo. Cinque anni fa l'Italia occupava il 56esimo posto; dieci anni fa il 78esimo. Considerando un arco temporale più ampio, il miglior risultato registrato dall'Italia è il 45esimo posto del 2016 (*Doing Business 2020*, in *Doing business - Measuring Business Regulations* - <https://www.doingbusiness.org/en/doingbusiness> -, October 24, 2019).

¹⁷ Le politiche di *Better Regulation* costituiscono un obiettivo fondamentale per qualsiasi ordinamento giuridico, sia per la diffusa consapevolezza dell'interdipendenza tra la crescita economica e le attività regolate vigenti; sia per la costante "spinta esterna" all'adozione di tali politiche da parte di soggetti sovrastatali (come l'Unione europea) o di organizzazioni internazionali (come l'OCSE o la Banca Mondiale).

¹⁸ Il processo riformatore è proseguito con la legge di accompagnamento della legge finanziaria per il 1994 e i decreti attuativi sui termini dei procedimenti amministrativi; le due "leggi Bassanini" del 1997 (ll. nn. 59 e 127 del 1997) sul decentramento e la semplificazione amministrativa, e con i decreti e regolamenti attuativi delle numerose deleghe in esse contenute, in particolare d.lgs. n. 112 del 1998, il d.P.R. 447 del 1998; le leggi annuali di semplificazione: l. n. 50 del 1999, l. n. 340 del 2000, l. n. 229 del 2003 e l. n. 246 del 2005; Direttiva servizi 2006/123/CE e d.lgs. n. 59 del 2010; art. 38 del d.l. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133 del 2008, d.P.R. n. 160 del 2010.

¹⁹ Direttiva 2006/123/CE e d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59.

²⁰ In attuazione della delega contenuta nel d.lgs. n. 112 del 1998, il d.P.R. n. 447 dello stesso anno ha istituito il SUAP in Italia, anticipando la stessa normativa europea che solo nel 2006 ha previsto, con la Direttiva servizi, l'istituzione presso gli Stati membri di singoli punti di contatto cui rivolgersi per l'avvio e l'esercizio di un'attività d'impresa.

l'espletamento di tutte le formalità normativamente richieste, che si interfaccia con gli altri enti coinvolti nel procedimento²¹. L'impresa che intende avviare un'attività si rivolge al SUAP, attivando un procedimento²² che terminerà con un'autorizzazione espressa (sempre necessaria se richiesta da atti normativi che provengono dall'attuazione del diritto comunitario), con un'autorizzazione implicita, nel caso in cui il regime normativamente applicabile è il silenzio-assenso ovvero, a seconda di quanto previsto dalla legge, l'interessato potrà iniziare la sua attività lo stesso giorno che ha presentato una segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) o una comunicazione.

2. 1. Prima fase: le liberalizzazioni "annunciate"

In seguito all'interessamento del legislatore europeo alle vicende amministrative dei singoli Stati membri per sgomberare la strada dagli ostacoli d'origine burocratica alla crescita economica, si sono rincorsi molteplici interventi tutti protesi a districare il garbuglio delle norme vigenti. Nella maggior parte dei casi si è trattato di iniziative generiche, che annunciavano semplificazioni e liberalizzazioni a spron battuto, rinviando a decreti attuativi, mai adottati, la concreta realizzazione di quelle misure "miracolistiche". Le scelte normative successive alla Direttiva servizi sono affette dalla cosiddetta "sindrome del legislatore pigro", cioè in preda all'illusione di poter semplificare tutto attraverso l'adozione di "norme generali". Sono caratterizzate dalla comune volontà, rimasta potenziale, di eliminare le "indebite restrizioni" all'accesso e all'esercizio delle attività produttive e di circoscrivere i regimi autorizzatori al fine di liberare risorse e promuovere lo sviluppo e la crescita.

²¹Se si vuole, per un approfondimento sulla riforma, all'indomani della direttiva servizi, v. I. SALZA; *La riforma dello sportello unico per le attività produttive dopo la SCIA*, Roma, 2010 e I. SALZA, *Gli sportelli unici per le attività produttive: da strumenti di decentramento amministrativo a vincolo europeo*, in B. G. Mattarella e A. Natalini (a cura di), *La regolazione intelligente*, Astrid, Firenze, 2013.

²²Rispetto ai procedimenti attivati per l'esercizio delle attività produttive davanti al SUAP, la legge sul procedimento amministrativo ne prevede tre: conferenza di servizi (artt. 14 e ss); la SCIA (art. 19) e il silenzio-assenso (art. 20). Tali disposizioni hanno subito molte riforme dal 1990. Di seguito l'elenco delle modifiche alla legge n. 241 del 1990 dal varo fino ad oggi: l. 24 dicembre 1993, n. 537; d.l. 12 maggio 1995, n. 163, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 luglio 1995, n. 273; l. 15 maggio 1997, n. 127; l. 16 giugno 1998, n. 191; l. 24 novembre 2000, n. 340; l. 11 febbraio 2005, n. 15; l. 18 giugno 2009, n. 69; d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122; d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106; d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134; d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221; d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164 e da ultimo l. 7 agosto 2015, n. 124; d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127. Anche la SCIA, sebbene introdotta nella legge generale sul procedimento amministrativo venti anni dopo rispetto alla conferenza di servizi (fino al 2010 al suo posto c'era la Dichiarazione di inizio attività – DIA, che trasformata in SCIA ha modificato la sua natura giuridica ed è divenuta, da atto amministrativo, atto del privato), ha subito diverse modifiche nel decennio della sua vigenza, in particolare, l'art. 19 della l. n. 241 del 1990 è stato modificato: dal d.l. n. 78 del 2010 (convertito dalla legge n. 122 del 2010); dalla l. n. 163 del 2010; dal d.lgs. n. 104 del 2010; dal d.l. n. 70 del 2011 (convertito dalla l. n. 106 del 2011); dalla l. n. 35 del 2012; dalla l. n. 139 del 2012, dalla l. 124 del 2015; dal d.lgs. n. 126 del 2016 e dal d.lgs. n. 222 del 2016. Per un approfondimento al riguardo, si può vedere il Dossier Senato n. 317 del 2017 *"Segnalazione certificata di inizio attività"*. E, infine, il silenzio assenso, modificato con l. n. 69 del 20019; la l. n. 163 del 2010; la l. n. 221 del 2015; il d.lgs. n. 126 del 2016. Il d.lgs. n. 222 del 2016, ha precisato il *dies a quo* della decorrenza dei termini per la formazione del silenzio assenso, introducendo una modifica implicita all'art. 20 della l. n. 241 del 1990, stabilendo che il termine decorra dal ricevimento dell'istanza da parte del privato. Diverso poi è il silenzio – assenso ex art. 17-*bis* e il silenzio-assenso ex artt. 14-*bis*, comma 2, lett. b) e 14-*ter*, comma 7 introdotti rispettivamente dalla l. n. 124 del 2015 e dal d.lgs. n. 127 del 2016: il primo tipo di silenzio si applica agli endoprocedimenti tra le P.A. coinvolte, mentre il secondo si applica nella conferenza di servizi semplificata e nella simultanea in caso di mancata espressione del parere di competenza da parte delle amministrazioni coinvolte nel procedimento comprese quelle preposte alla tutela degli interessi sensibili.

Gli interventi in parola sono tutti rigorosamente in forma di decreti legge a significare l'urgenza di approntare le misure di liberalizzazione previste, anche se si rimandava la realizzazione degli effetti "urgenti" all'adozione di decreti attuativi. Nella fattispecie, il rinvio è stato per solito a regolamenti delegificanti caratterizzati, peraltro, da un iter procedimentale articolato e complesso, comunque lungo, che rende impossibile configurarli quali strumenti agevoli e immediati, da cui è discesa l'inconsistenza di queste "politiche" e l'inutilità di simili "annunci"²³.

Tra questi, l'art. 3, d.l. n. 138/2011 (legge n. 148/2011) che, in modo astratto, proclamava: *"Comuni, Province, Regioni e Stato (...) adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"*.

Tale principio ammetteva solo i limiti, i programmi e i controlli necessari alla tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana, della salute, dell'ambiente e dell'utilità sociale, nel rispetto degli obblighi comunitari ed internazionali. Entro la stessa scadenza (30 settembre 2012) era prevista la soppressione di tutte le norme statali incompatibili²⁴. Il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv., con modif., nella l. 14 settembre 2011, n. 148) ha previsto, inoltre, l'adozione entro il 31 dicembre 2012 (non avvenuta) di uno o più regolamenti ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, per l'individuazione delle disposizioni abrogate e il varo di una disciplina regolamentare della materia.

Successivamente, l'art. 34 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (conv., con modif., nella l. 22 dicembre 2011, n. 214), noto con il nome *"Salva Italia"*, ha ribadito che la disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti di assenso o di autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità.

È seguito il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (conv., con modif., nella l. 24 marzo 2012, n. 27), meglio conosciuto come *"Cresci Italia"*, che all'art. 1 ha previsto l'abrogazione "generalizzata" di tutte le norme che introducono limiti all'avvio di un'attività d'impresa non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; nonché le norme che pongono divieti e restrizioni non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite e che impediscono, condizionano o ritardano l'avvio

²³ Tale ultima previsione ha provocato la reazione della Corte costituzionale che l'ha dichiarata illegittima, con la sentenza n. 200 del 2012, poiché la soppressione generalizzata delle normative statali incompatibili appare indeterminata e potenzialmente invasiva delle competenze legislative regionali. Infatti, l'effetto della soppressione automatica e generalizzata delle leggi regionali contrarie ai principi enunciati nell'art. 3, d.l. n. 138/2011, oltre ad avere una portata incerta e indefinibile, potrebbe riguardare un novero imprecisato di atti normativi statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso che tali atti riguardino ambiti di competenza concorrente o trasversali, naturalmente correlati a competenze regionali. Prevedere la soppressione per incompatibilità, senza individuare puntualmente quali normative risultino abrogate, pone le Regioni in una condizione di obiettiva incertezza, nella misura in cui queste debbano adeguare le loro normative ai mutamenti dell'ordinamento statale. Infatti, la valutazione sulla perdurante vigenza di normative statali incidenti su ambiti di competenza regionale spetterebbe a ciascun legislatore regionale e potrebbe dare esiti disomogenei, se non addirittura divergenti. Una tale prospettiva determinerebbe ambiguità, incoerenza e opacità su quale sia la regolazione vigente per le diverse attività economiche, che potrebbe inoltre variare da Regione a Regione, con ricadute dannose anche per gli operatori economici.

²⁴ È da dire che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha costantemente confermato la competenza esclusiva statale in materia di SCIA e la sua applicazione "generalizzata" alle attività produttive. Si vedano, *ex plurimis*, Corte cost. sentt. nn.164 e 203 del 2012 e n. 8 del 2013, laddove la Corte ha affermato che l'ampiezza della disciplina di principio statale sulle attività economiche *"non comporta l'assorbimento delle competenze legislative regionali in quella spettante allo Stato nell'ambito della tutela della concorrenza (cfr. cons. dir. 4.3).*

di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori²⁵. In questa prospettiva, ha autorizzato il Governo all'adozione di uno o più regolamenti ai sensi dell'art. 17, comma 2 della legge n. 400, anch'essi mai adottati, che avrebbero dovuto essere volti ad individuare le attività per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione.

Nella stessa linea d'onda si collocano le previsioni contenute nel d.l. n. 5/2012 più noto come "*Semplifica Italia*" (convertito dalla legge n. 35/2012). In specie, l'art. 12 stabiliva l'individuazione da parte del Governo delle attività sottoposte ad autorizzazione, a SCIA con asseverazioni o a SCIA senza asseverazioni ovvero a mera comunicazione e a quelle del tutto libere.

Le deleghe contenute nei decreti richiamati sono inutilmente scadute²⁶ facendo restare eternamente "programmatiche" le finalità per le quali erano state previste. Nella prospettiva di semplificare il più possibile i procedimenti per lo svolgimento delle attività produttive ed essere *compliant* all'ammonimento europeo di conservare le autorizzazioni solo se giustificate da motivi imperativi di interesse generale²⁷, un censimento delle autorizzazioni ministeriali, ai sensi dell'art. 12, comma 4, d.l. n. 5/2012, era stato intrapreso nel 2012 al fine di individuare i regimi autorizzatori esistenti e valutare, laddove l'attività amministrativa fosse di tipo "vincolato", la possibilità di sostituire il provvedimento espresso con la SCIA o con la comunicazione, ma è rimasto incompiuto per lo spirare del termine di scadenza della legislatura²⁸.

Tutti gli interventi normativi rievocati sono caratterizzati da una estrema "volatilità", poiché rimandano la loro efficacia all'adozione di atti postumi²⁹, che richiedono quindi continue messe a punto, sintomo di una mancata o insufficiente progettazione "a monte" o dell'incapacità di arrivare ad una sintesi politica ovvero, peggio ancora, della volontà di formulare un mero intento configurandosi come vacue "leggi manifesto".

2.2. Seconda fase: le riforme "pensate"

Chiusa questa parentesi, a partire dal 2014 si è tentato un approccio più concreto e realistico alla semplificazione normativa e amministrativa provando ad assicurare l'attuazione delle misure vigenti

²⁵Ha stabilito, inoltre, sempre in modo generico, che le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso e all'esercizio delle attività produttive devono essere interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo le condizioni di piena concorrenza e di parità. A tale programma sono ammessi solo i limiti e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e gli eventuali contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali dello Stato.

²⁶La delega del d.l. n. 5/2012 è scaduta il 31 dicembre 2012, salvo che per le professioni turistiche, la cui scadenza è stata prorogata di un anno

²⁷In particolare, l'art. 14 del d.lgs. n. 59 del 2010 che attua la direttiva servizi, 123/2006/CE, prevede che: "*regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità*".

²⁸La ricognizione dei regimi amministrativi vigenti è stata poi attuata con il d.lgs. n. 222 del 2016, *infra*. Per una dettagliata descrizione del percorso seguito e delle amministrazioni statali che hanno partecipato alla ricognizione dei regimi autorizzatori, si può vedere, M. DE BELLIS, *La liberalizzazione delle attività economiche: dalla DIA alla SCIA*, in *Il procedimento amministrativo a venti anni dalla legge n. 241 del 1990* (ricerca della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione), 2013, 89 e ss.

²⁹Nelle risultanze dell'indagine conoscitiva della Commissione bicamerale sulla semplificazione si legge che alla data del 4 febbraio 2014 risultavano attuati 405 degli 883 adempimenti previsti nei provvedimenti legislativi approvati nella vigenza del Governo Monti e 57 adempimenti dei 394 previsti nella vigenza del Governo Letta (*Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa e amministrativa*, Commissione bicamerale sulla semplificazione, Resoconto, Camera dei deputati, 31 marzo 2014, 36).

coinvolgendo *in primis* i soggetti istituzionalmente tenuti. Il nuovo corso ha portato all'adozione di un'Agenda per la semplificazione 2015-2017³⁰ inaugurando così un metodo diverso per il raggiungimento degli obiettivi di deburocratizzazione, basato sulla collaborazione tra il Governo e le amministrazioni regionali e locali. Attraverso un accordo stipulato in Conferenza unificata, i diversi livelli di governo hanno assunto il comune impegno di garantire l'effettiva realizzazione degli obiettivi progettati seguendo un "cronoprogramma", che individua i settori di intervento (che nel primo triennio sono stati: cittadinanza digitale, welfare e salute, fisco, edilizia e impresa) e definisce per ciascuno azioni, responsabilità, scadenze e risultati attesi³¹.

È seguito il varo della legge n. 124 del 2015, che ha rinviato a decreti legislativi³², questa volta attuati, la semplificazione dei principali procedimenti per l'impresa, che si svolgono davanti al SUAP: il procedimento ordinario, che prevede l'attivazione della conferenza di servizi³³ e il procedimento semplificato attraverso la presentazione di una SCIA³⁴. La riforma ha esteso l'applicazione della regola del silenzio agli endoprocedimenti tra le P.A., prevedendo l'assenso implicito decorsi invano i termini stabiliti dalla legge³⁵.

A differenza della prima fase, in questa seconda il legislatore è "attivo", "informato", perché le riforme varate sono puntuali ed intervengono sui punti critici che da sempre hanno ostacolato l'efficacia degli strumenti messi in campo per la semplificazione procedimentale, primo fra tutti la conferenza di servizi, ostacolando il raggiungimento delle finalità per le quali erano stati concepiti.

Rispetto al procedimento ordinario davanti allo sportello unico, la novità rilevante è rappresentata dalla conferenza di servizi "semplificata", che si svolge in modalità "asincrona", vale a dire che le amministrazioni competenti non si riuniscono, ma comunicano tra loro mediante l'utilizzo di strumenti telematici, quindi attraverso la posta elettronica certificata (PEC) o in cooperazione applicativa, ai sensi dell'art. 47 del d.lgs. n. 82 del 2005 – Codice dell'amministrazione digitale - (avvalendosi cioè di una piattaforma informatica comune a cui si accede per reperire la documentazione allegata all'istanza presentata dal privato e per partecipare al procedimento), dando così piena attuazione normativa a quanto previsto, già dal 2009, nell'art. 3-bis, legge n. 241 del 1990, secondo cui: "*Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei loro rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*". I tempi di conclusione dei lavori della conferenza sono perentori e certi (45

³⁰ Agenda per la semplificazione 2015-2017.

³¹ Il 21 dicembre 2017, la Conferenza unificata ha approvato l'accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome e gli enti locali sull'aggiornamento dell'Agenda per la semplificazione agli anni 2018-2020. Il 25 luglio 2019, sempre in Conferenza unificata, è stato approvato tra i medesimi soggetti istituzionali il *Patto per la semplificazione 2019-2021*.

³² Per un quadro d'insieme delle riforme si può vedere B.G. Mattarella e E. D'Alterio (a cura), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla Legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, 2017.

³³ Cfr. S. LOPILATO, *La conferenza di servizi*, in B.G. Mattarella e E. D'Alterio (a cura), *La riforma della pubblica amministrazione*, cit., 89-112. Sulla nuova conferenza di servizi è stato redatto un documento tecnico-operativo curato da C. APPONI, M. PUGGIONI, R. ROCCASALVA e I. SALZA nell'ambito del progetto *Riforma Attiva*, finanziato dal FSE - PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 - OT 11 - OS 1.3 - Miglioramento delle prestazioni della Pubblica Amministrazione – Azione 1.3.5 - Interventi per la razionalizzazione delle amministrazioni pubbliche, per il miglioramento dell'efficienza organizzativa e della gestione del personale. Il Progetto è stato coordinato dal Dipartimento della Funzione Pubblica e realizzato da Foromez PA, 2018.

³⁴ Il d.lgs. n. 127 del 2016 ha riscritto la disciplina della conferenza di servizi, i d.lgs. nn. 126 e 222 del 2016 hanno ridisegnato l'istituto della SCIA alla luce del principio della "concentrazione dei regimi" e della individuazione dei procedimenti amministrativi.

³⁵ L'art. 17-bis della l. n. 241 del 1990 sull'applicazione del silenzio assenso tra le amministrazioni pubbliche è stato inserito nella legge generale sul procedimento amministrativo direttamente dalla l. n. 124 del 2015, per un commento, si veda G. VESPERINI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in B.G. Mattarella e E. D'Alterio (a cura), *La riforma della pubblica amministrazione*, cit., 113- 122.

o 90 giorni, quando sono coinvolte le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute dei cittadini), infatti si considera acquisito l'assenso delle amministrazioni che non si sono espresse nei termini previsti, vale a dire si applica la regola del silenzio-assenso, in modo efficace perché si precisa che la responsabilità della mancata espressione del parere richiesto resti in capo all'amministrazione competente³⁶. Inoltre, attraverso la modalità telematica di partecipazione alle conferenze, si risolve l'impasse dovuto all'impossibilità dell'amministrazione competente di prendere parte in presenza alla riunione da cui derivavano continui rinvii della data di convocazione, ciò che incideva sui termini procedurali, allungandoli.

La conferenza di servizi di tipo "tradizionale" e cioè "simultanea", con la riunione in presenza, fisica o telematica delle amministrazioni coinvolte nel procedimento, è rimasta solo quando è strettamente necessaria, nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge e cioè:

a) nel caso di decisioni di particolare complessità;

b) quando nella conferenza semplificata si è verificato un dissenso o comunque sono state indicate condizioni (o richieste modifiche progettuali), che rendono necessaria una nuova valutazione da parte delle amministrazioni. Alla riunione della conferenza partecipa un solo rappresentante per le amministrazioni dello Stato, uno per ciascuna Regione e uno per ciascun Ente locale³⁷.

Anche la conferenza in presenza si conclude in 45 giorni (90 nei casi di decisioni complesse in cui sono coinvolte le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili). Parimenti si considera acquisito l'assenso delle amministrazioni che non si sono espresse, attraverso il rappresentante unico, nel termine previsto.

Il testo della nuova conferenza di servizi è in vigore dal 28 luglio 2016, data in cui risale l'attivazione inedita di un *help-desk* all'interno del Dipartimento della Funzione pubblica in collaborazione con le Regioni, gli enti locali e le associazioni imprenditoriali al fine di:

a) raccogliere le eventuali criticità emerse in seguito all'attuazione della nuova normativa e fornire supporto alla lettura, alla comprensione e alla interpretazione delle nuove norme;

b) realizzare un primo monitoraggio sull'impatto della nuova disciplina e contribuire all'individuazione dei nodi da sciogliere in via interpretativa.

Riguardo al procedimento "automatizzato" davanti allo sportello unico, importanti sono le modifiche recate alla SCIA al fine di risolvere problematiche diverse, tra le quali:

a) la difficoltà degli operatori economici di comprendere le modalità di svolgimento del procedimento amministrativo per l'inizio di un'attività e in particolare quali sono gli adempimenti del richiedente e della PA;

³⁶ La regola del silenzio assenso per i pareri richiesti nell'ambito della conferenza di servizi è una previsione funzionale al rispetto dei termini del procedimento. È stata inserita nella legge n. 241 del 1990 già nel 2010 (l'art. 49, d.l. n. 78 del 2010 aveva inserito il comma 7 all'art. 14-ter della l.n. 241 del 1990), ma di fatto era disattesa, perché l'incertezza sul riparto delle competenze incideva sull'applicazione della regola. Per un commento sulle novità recate al procedimento unico dalla regola del silenzio assenso, si può v. I. SALZA, *La riforma dello sportello unico...cit.*, 62 e ss.

³⁷ L'articolo 14-ter, comma 4, della legge n. 241 del 1990, riscritto dal d.lgs. n. 127 del 2016, prevede che le amministrazioni partecipino alla conferenza simultanea tramite un "rappresentante unico", soggetto abilitato ad esprimere definitivamente, in modo univoco e vincolante, la posizione di tutte le P.A. coinvolte. Il presupposto per la sua applicazione è che alla conferenza simultanea partecipino sia amministrazioni dello Stato in misura pari o superiore a due, sia amministrazioni non statali. In questo caso, le amministrazioni dello Stato sono rappresentate da un unico soggetto "abilitato a esprimere definitivamente e in modo univoco e vincolante la posizione di tutte le predette amministrazioni". Il potere di nomina è diversamente distribuito a seconda che le amministrazioni da rappresentare siano solo amministrazioni periferiche o siano anche (o solo) amministrazioni centrali: nel primo caso, la competenza è del Prefetto; nel secondo, del Presidente del Consiglio, cfr V. LOPILATO, *La conferenza di servizi...cit.*, 102 e ss.

- b) l'incertezza giuridica dovuta alla mancanza di un quadro di regole chiare, tassative e comprensibili per coloro che devono applicarle;
- c) la duplicazione dei procedimenti e degli oneri non necessari;
- d) l'esistenza di regimi differenziati da Regione a Regione;
- e) la mancata attuazione delle direttive europee (2006/123/CE "direttiva servizi") e dei principi comunitari ("*Once only*");
- f) la numerosità degli atti presupposti che di fatto vanifica la SCIA.

In particolare, il d.lgs. n. 126 del 2016 (noto come "SCIA 1") ha inserito l'art. 19-*bis* nella legge n. 241 del 1990 che, attraverso la "concentrazione dei regimi amministrativi", dà attuazione al principio europeo del "*Once only*" ("*l'amministrazione chiede una volta sola*"). Al riguardo, ha disciplinato i casi in cui per lo svolgimento di un'attività soggetta a SCIA sono necessarie:

- a) altre SCIA, comunicazioni, attestazioni, asseverazioni e notifiche (cosiddetta SCIA "unica");
- b) l'acquisizione di atti di assenso comunque denominati o pareri di altri uffici e amministrazioni ovvero l'esecuzione di verifiche preventive (cosiddetta SCIA "condizionata").

In tutti i casi, il principio della "concentrazione" consente all'interessato di rivolgersi al SUAP una sola volta, di chiedere tutti gli atti di cui ha bisogno e di presentare tutta la documentazione normativamente richiesta³⁸.

Il d.lgs. n. 222 del 2016 (passato alla storia come decreto "SCIA 2") completa l'attuazione della delega dell'art. 5, legge n. 124 del 2015 relativa alla "*precisa*"³⁹ individuazione dei procedimenti esistenti attraverso la ricognizione delle attività private in materia di edilizia, ambiente, commercio e attività assimilabili contenuta in una tabella allegata al decreto, di cui forma parte integrante⁴⁰. La Tabella A indica per ciascun procedimento/attività il regime amministrativo applicabile, descrive la concentrazione dei regimi amministrativi valevole su tutto il territorio nazionale e semplifica i procedimenti sotto un triplice aspetto:

- a) introduce regimi meno restrittivi nei settori oggetto della ricognizione, che in alcuni casi è "sostanziale" e quindi attua un'individuazione "attiva" dei regimi esistenti;
- b) consente di adeguare la disciplina vigente ai più semplici standard europei sull'accesso all'attività di servizi e ai principi di ragionevolezza e proporzionalità;
- c) implementa il principio della "concentrazione dei regimi" previsto nell'art. 19-*bis* introdotto dal decreto "SCIA 1".

La ricognizione effettuata con il d.lgs. n. 222 del 2016⁴¹, attua, a dieci anni dalla Direttiva servizi e a sei dal decreto legislativo n. 59, gli obblighi imposti a tutti gli Stati membri di individuare i regimi amministrativi esistenti e di mantenere le autorizzazioni solo se necessarie.

³⁸ Le discipline della SCIA unica e della SCIA condizionata si aggiungono alla SCIA "pura" e si coordina con la normativa contenuta nell'art. 19, legge n. 241 del 1990. Sulla nuova disciplina della SCIA e dei controlli ai sensi dell'art. 19, comma 3, l. n. 241 del 1990, è stato redatto un documento tecnico-operativo curato da C. APPONI, M. PUGGIONI, R. ROCCASALVA e I. SALZA nell'ambito del progetto RiformaAttiva, finanziato dal FSE - PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 - OT 11 - OS 1.3 - Miglioramento delle prestazioni della Pubblica Amministrazione - Azione 1.3.5 - Interventi per la razionalizzazione delle amministrazioni pubbliche, per il miglioramento dell'efficienza organizzativa e della gestione del personale. Il Progetto è stato coordinato dal Dipartimento della Funzione Pubblica e realizzato da Formez PA, 2018.

³⁹ L'aggettivo utilizzato per l'identificazione dei regimi amministrativi vigenti, che doveva essere "precisa", sebbene non in linea con i canoni della buona tecnica redazionale, intendeva rafforzare l'incarico conferito al legislatore di essere attento e puntuale nella ricognizione, che non doveva essere una mera classificazione dei regimi esistenti, ma avere un valore sostanziale e innovativo.

⁴⁰ M. DE BELLIS, *I regimi amministrativi delle attività private*, B.G. Mattarella e E. D'Alterio (a cura), *La riforma della pubblica amministrazione*, cit., 123-137.

⁴¹ Secondo il Cons. di Stato, il d.lgs. n. 222 del 2016 può essere definito una forma di "*codificazione soft*", poiché realizza "*un riordino normativo, ancorché parziale (...) ossia una raccolta organica e semplificata (...) di tutte le discipline vigenti dell'attività privata nei settori interessati*" (Ad. Comm. Spec. n. 1784 del 2016).

La mappatura e il declassamento dei regimi vigenti ha consentito, inoltre, di elaborare una modulistica unica e standardizzata, adottata in Conferenza unificata tramite l'accordo tra Governo, Regioni e Comuni, valevole su tutto il territorio nazionale per la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni. L'impegno condiviso a livello interistituzionale di adottare una modulistica unificata rendendola disponibile attraverso i siti ufficiali, rappresenta una tappa importante nel difficile cammino della sburocratizzazione, perché:

a) realizza il principio dell'eguaglianza delle condizioni per dare avvio ed esercitare l'attività d'impresa, in coerenza con l'art. 117, co. 2, lett. e) Cost., perché "tutela la concorrenza", infatti consente di avere in tutto il territorio nazionale le stesse condizioni per dare avvio ed esercitare un'attività produttiva⁴². All'imprenditore sono richiesti, per lo svolgimento della sua attività, gli stessi adempimenti in qualsiasi parte del territorio nazionale si trovi la sua impresa;

b) fa chiarezza sia per il privato interessato, sia per la P.A: entrambi sono messi nella condizione di conoscere rispettivamente la documentazione da produrre e le richieste lecite da avanzare, assolve quindi ad un'altra esigenza profondamente sentita di semplificazione del linguaggio giuridico⁴³.

3. Quali sono le condizioni per realizzare una policy efficace?

Atteso che le norme per realizzare le finalità di semplificazione ed essere "competitivi" esistono, è necessario elaborare delle vere e proprie *policies* sulla cosiddetta *Better Regulation*, che comprende sia la semplificazione amministrativa, che la qualità della regolazione, ed essere consapevoli che si tratta:

1) di un "interesse pubblico autonomo"⁴⁴, che prescinde dai sistemi giuridici che se ne occupano;

2) di un interesse che incide sulla competitività del paese, in termini di PIL. In Italia, l'esigenza di tutelare l'interesse autonomo alla *Better Regulation* è stata indotta dalle iniziative svolte dall'OCSE, che già a partire dal 1995 ha formulato *La Raccomandazione del Consiglio sul miglioramento della qualità delle norme*, corredata da una *Checklist di riferimento per le decisioni relative alla regolamentazione*, elaborata in dieci punti e redatta sotto forma di semplici domande. La Raccomandazione è il primo standard internazionale sulla qualità delle norme e tuttora rappresenta una guida concreta e operativa. La *regulatory policy* dell'OCSE svolge un ruolo fondamentale per l'armonizzazione delle politiche sul miglioramento della qualità della regolazione e la

⁴² La Corte costituzionale ha qualificato l'attività amministrativa come "*prestazione*", quindi, "*servizio*" del quale solo lo Stato, in quanto competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati, può garantire una effettiva parità di condizioni rispetto all'avvio di un'attività economica, cfr. Corte cost. n. 121 del 2014, *Cons. dir.* n. 5.

⁴³ Non possono più essere richiesti dati e adempimenti che derivano da prassi amministrative, ma non sono espressamente previsti dalla legge. Ad esempio, non è più richiesto il certificato di agibilità dei locali per l'avvio di un'attività commerciale o produttiva. Nella modulistica commerciale il linguaggio è stato semplificato, utilizzando il più possibile termini di uso comune, più comprensibili per chi deve compilare e firmare le dichiarazioni. Così, ad esempio, quello che prima era "un esercizio di somministrazione di alimenti e bevande" è diventato, più semplicemente, un bar o un ristorante. Sono state eliminate tutte le espressioni del tipo "ai sensi della legge" (i riferimenti normativi si trovano solo in nota o tra parentesi). È stato esplicitato il contenuto dei requisiti richiesti dalla legge laddove erano previste formule del tipo "dichiaro di essere in possesso dei requisiti di cui all'art. X della legge XX", che rendevano difficilmente conoscibile per l'impresa il contenuto della dichiarazione da sottoscrivere.

⁴⁴ Fino agli anni '90, l'interesse alla qualità normativa era solo "eventualmente" protetto, nel senso che, per fare un esempio, mettendo mano da una legge sull'ambiente, un funzionario di "buona volontà" l'avrebbe probabilmente "scritta bene". Oggi, invece, si è consapevoli, qualunque sia la materia, che se nel testo non si inseriscono oneri inutili e fasi procedurali ridondanti, se il messaggio legislativo è chiaro, i suoi disposti sono applicabili, si evitano abusi e si garantisce un interesse autonomo rispetto all'interesse sottostante, cioè all'interesse che la legge persegue.

trasformazione delle pubbliche amministrazioni in fattori di sviluppo e di crescita economica. Un ulteriore stimolo è arrivato dall'Unione europea attraverso la strategia di Lisbona (2000 e Lisbona II nel 2005) in cui sono state evidenziate le priorità per la prosecuzione ed il rafforzamento delle azioni di politica economica finalizzate allo sviluppo. A partire dal 2007, al fine di favorire la competitività del sistema economico, il focus dell'azione condotta dal governo italiano, in coerenza con l'azione comunitaria⁴⁵, è stato quello della riduzione degli oneri amministrativi a carico dei cittadini e delle imprese⁴⁶. L'impegno dell'UE sulla qualità della regolamentazione, affinché possa rispondere alle esigenze della società e delle imprese, è l'obiettivo perseguito con il programma "Legiferare meglio", che nel 2016 ha portato all'adozione di un Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. Nell'ambito dell'iniziativa Legiferare meglio, nel 2015 la Commissione ha introdotto il programma REFIT per il controllo sull'adeguatezza e sull'efficacia della regolamentazione al fine di semplificare la normativa vigente e garantire che la legislazione dei Paesi europei dia risultati efficaci ai cittadini e alle imprese a costi ridotti⁴⁷;

3) di un interesse "recessivo", è cioè debole. Da solo non potrebbe farcela ad imporsi e a resistere rispetto agli altri interessi. È destinato a soccombere se non vi fossero apposite strutture incardinate, in genere presso la Presidenza del Consiglio dei ministri.

Per l'efficacia di una *policy* sulla semplificazione e sulla qualità della regolazione sono indispensabili:

a) il sostegno politico e tecnico. Non è possibile avviarla se non c'è un referente autorevole che la sostiene e la promuova a livello governativo;

⁴⁵ A tal proposito, la Commissione europea ha elaborato un'ambiziosa strategia per misurare tali costi nell'UE e per ridurli, che comprende la fissazione di un obiettivo comune per gli Stati membri di riduzione in totale del 25% degli oneri amministrativi nel medio periodo, per favorire la crescita e l'occupazione. L'impegno si inseriva nel programma "Legiferare meglio" dell'Unione europea e dettava una strategia comunitaria finalizzata a misurare i costi e a ridurre gli adempimenti amministrativi, avviando un'ampia discussione con il Consiglio, il Parlamento europeo, gli Stati membri e le parti interessate sul modo migliore in cui ridurre gli oneri amministrativi nell'UE. Sulla base di tale discussione la Commissione ha presentato, nel gennaio 2007, una proposta per un programma d'azione comunitario sulla riduzione degli oneri. Il Governo italiano ha recepito tale impegno che è stato trasferito tra gli obiettivi perseguiti dal Piano di azione per la semplificazione adottato nello stesso anno.

⁴⁶ Con il "Piano di azione per la semplificazione e la qualità della regolazione" (P.A.S. per il 2007) si è avviata la misurazione degli oneri amministrativi (MOA) che gravano sulle piccole e medie imprese (da 1 a 249 dipendenti), con l'obiettivo di imprimere un cambio di orientamento alla politica di semplificazione. In un primo periodo, la strategia italiana di semplificazione aveva tra i suoi principali obiettivi una significativa riduzione degli "oneri amministrativi" gravanti sulle imprese, a partire dalla stima del costo di singoli obblighi informativi (O.I.) imposti da norme di regolazione (costituiti da tutti gli adempimenti posti a carico delle imprese da norme di regolazione e che comportano la raccolta, il mantenimento e la trasmissione di informazione a terzi e/o alle autorità pubbliche). La metodologia di misurazione utilizzata era lo *EU Standard Cost Model (S.C.M.)*, adottato dalla Commissione Europea sulla base delle proficue esperienze di applicazione dello stesso metodo in molti Stati membri. Il processo di misurazione degli oneri amministrativi si articolava in varie fasi che tendevano ad individuare e a quantificare gli obblighi informativi non necessari rispetto alla tutela degli interessi pubblici, che la regolazione si prefiggeva e attribuiva un ruolo chiave alla consultazione degli *stakeholders*. Sulla base dei risultati della misurazione dovevano poi essere formulate le proposte di semplificazione. L'attività di misurazione è stata da sempre coordinata dal Dipartimento della Funzione Pubblica, che all'epoca aveva istituito un'apposita *task-force* MOA. Con l'art. 25 del d.l. n. 112/2008 è stata introdotta una disposizione *ad hoc* per l'attuazione di un programma per la misurazione e la riduzione degli oneri amministrativi ("taglia oneri"), dapprima solo per lo Stato, poi esteso alla regolazione di regioni, enti locali e autorità indipendenti, che non ha dato risultati perché di fatto disattesa. Dal 2014 (sulla base degli artt. 7 e 8 della l. n. 180 del 2011) l'Ufficio per la semplificazione e la sburocratizzazione del DFP redige entro il 31 marzo di ogni anno le relazioni sugli oneri introdotti ed eliminati e sul bilancio degli oneri.

⁴⁷ Per un quadro complessivo ed aggiornato delle iniziative europee ed internazionali in materia di *Better Regulation*, si può vedere L. CAVALLI, *Il quadro internazionale ed europeo* in G. Mazzantini e N. Rangone (a cura di) *L'Analisi d'impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, Annuario 2017-2018, Osservatorio AIR, 2019.

b) la continuità. Il perseguimento della qualità delle regole non è una *one-shot policy*, ma richiede uno sforzo continuo, un'attenzione costante verso gli sviluppi;

c) l'organicità. L'approccio alla semplificazione deve essere organico, strategico, vale a dire che ci deve essere un programma specifico, un piano, e soprattutto, un sistema accentrato di *governance*, che accorpi e coordini tutte le strutture a ciò deputate;

d) la misurabilità. La semplificazione non si fa solo facendo nuove leggi, ma anche misurando gli effetti delle stesse nella vita reale, misurando quanto tempo, quanto costo reca una procedura prima e dopo l'intervento⁴⁸. Infatti, la legge si pone anche in termini di "dati" con i quali poi si arriva a verificare l'impatto delle leggi varate sul PIL;

e) la multidisciplinarietà. Per attuare una *policy* sulla semplificazione è necessaria la cooperazione di più competenze: i giuristi, gli economisti, gli statistici e l'apporto di competenze più specifiche connesse alle materie oggetto di regolazione;

f) il fattore umano. La professionalità del *regulator* è multidisciplinare, perché non si concentra in una sola persona, ma è un *know-how* specifico che il regolatore porta quale suo contributo in una squadra;

g) il fattore organizzativo. L'organizzazione richiede che ci sia un *mixed balance* tra colui che ha esperienza settoriale (poiché non si può prescindere da coloro che lavorano nel settore da semplificare) e un altro soggetto, il quale dal centro coordina i lavori e ha a cuore l'interesse alla qualità della regolazione;

h) il coinvolgimento degli attori delle regole della *policy* e degli *stakeholder*. In particolare, è necessario coinvolgere coloro che hanno il compito di applicare le normative varate. Il buon regolatore infatti non semplifica solo ciò che a lui sembra un problema, ma che al contrario i cittadini non avvertono come tale, altrimenti si correrebbe il rischio di intervenire dove non serve e non farlo dove invece se ne avverte l'esigenza. Per questo è indispensabile consultare i destinatari delle norme, che possono fornire informazioni utili al legislatore e suggerire gli ambiti su cui agire, affinché la produzione normativa sia "informata" e, per questo, efficace⁴⁹;

i) la manutenzione e l'attivazione. L'intervento semplificatore deve essere sempre verificato, se ne devono cioè controllare gli effetti prodotti per verificarne la funzionalità e l'efficacia;

l) la dimensione multilivello. L'ordinamento giuridico è "multistrato", viviamo immersi in "strati di regole": c'è lo strato statale, regionale, sub-regionale, sovranazionale. È impossibile semplificare solo ad un livello, altrimenti si depotenzierebbe la *policy* vanificandone gli effetti. Semplificare coordinando tutti i livelli è imprescindibile⁵⁰. Il coinvolgimento implica la responsabilità di assumersi l'effettiva attuazione delle regole affinché la semplificazione non sia solo "di forma", "annunciata", ma diventi "rilevata" "percepita" insieme ai benefici che arreca⁵¹;

m) rendere certa e più sicura l'applicazione delle misure che contrastano i principali problemi dei sistemi di regole, quali: l'eccesso dello *stock* normativo, la cosiddetta inflazione legislativa o *Regulatory inflation*, vale a dire che ci sono troppe leggi che disciplinano la stessa materia o che prevedono adempimenti o fasi procedurali inutili o ridondanti; la cattiva qualità delle norme

⁴⁸ *You get what you measure* ("ottiene solo ciò che misuri"), cfr. R. FERRARIS FRANCESCHI, *Sistemi di pianificazione e controllo*, Torino, 2010.

⁴⁹ Il Dipartimento della Funzione pubblica ha svolto già diverse consultazioni che forniscono informazioni utili al legislatore e, in particolare, al Governo per l'avvio di politiche di semplificazioni in grado di rispondere alle esigenze dei destinatari delle misure adottate.

⁵⁰ Questo è lo scopo perseguito attraverso l'adozione di un'Agenda per la semplificazione, vale a dire il coinvolgimento di tutti gli attori istituzionali normativamente tenuti ad applicare le misure approvate e la conseguente responsabilizzazione dell'attuazione delle norme condivise

⁵¹ Molto efficace al riguardo si è rivelato un Paper curato da Confindustria nel 2006 dal titolo: "*Semplificazione annunciata, percepita e rilevata*."

ovvero l'inquinamento legislativo o *Regulatory pollution*, che sono i problemi relativi alla scarsa aderenza della norma alla realtà, la contraddittorietà della norma, la sua obsolescenza, cioè la norma non risponde più ai bisogni per i quali era stata emanata, l'ambiguità interna dell'enunciato normativo e la sua scarsa chiarezza linguistica; i *Regulatory (unnecessary) costs*, vale a dire gli oneri amministrativi non necessari che subiscono i cittadini, le imprese e la P.A. e hanno come conseguenza diretta lo scoraggiamento degli investimenti, la riduzione della crescita e della competitività del Paese.

4. Le difficoltà ad implementare le regole vigenti

È oramai diffusa tra gli operatori la conoscenza delle regole di semplificazione, ciò che continua a mancare è l'approccio culturale sull'importanza della loro implementazione al fine di consentire la produzione degli effetti per i quali sono state adottate⁵².

Nonostante le riforme degli istituti e delle disposizioni sulla accelerazione dei procedimenti amministrativi, che si sono susseguite dall'approvazione della legge n. 241 del 1990 ad oggi incidendo sulle principali criticità attuative, e malgrado l'adozione di moduli unificati e standardizzati a livello nazionale nei settori in cui è più diffusa la nascita di nuove imprese; i dati dimostrano che la semplificazione varata non corrisponde a quella "percepita".

Tale scollamento dipende soprattutto dalla persistenza di prassi *contra legem* che esautorano la potenzialità semplificatoria ed acceleratoria dell'azione amministrativa in violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. In specie, molte delle difficoltà operative dipendono:

a) dallo scarso rispetto dei termini perentori normativamente previsti per l'espressione dei pareri di competenza dei singoli enti terzi coinvolti nel procedimento;

b) dal numero elevato degli enti con i quali occorre interagire a causa della frammentazione delle competenze, sebbene dal 1998 il SUAP debba essere interfaccia "unico" tra cittadino e PA (come prescritto da disposizioni europee e nazionali);

c) dagli eccessivi e ingiustificati adempimenti richiesti, in contrasto sia con le norme che espressamente vietano alla PA di richiedere documentazione e informazioni già in suo possesso, o che può reperire da altre amministrazioni, sia con la normativa che consente l'autocertificazione, sia, infine, con il divieto legislativamente previsto di richiedere informazioni o documenti ulteriori rispetto a quelli espressamente indicati nei moduli⁵³.

La resistenza di tali criticità suggerisce che la semplificazione non sia più tanto una questione di produzione normativa, ma dipenda piuttosto da un difetto di implementazione delle disposizioni vigenti.

⁵² In particolare, i risultati del monitoraggio condotto dall'associazione di categoria CNA (Confederazione nazionale dell'artigianato e della piccola e media impresa), dal titolo: *"Comune che vai burocrazia che trovi"*, 9 ottobre 2018, rivelano resistenze a conformarsi alle riforme varate, che dipendono anche dalle realtà estremamente diversificate presenti sul territorio in cui persistono prassi addirittura *contra legem* (alcuni esempi: la trasmissione della notifica sanitaria direttamente all'ASL o della SCIA prevenzione incendi direttamente ai VV.FF., invece che tramite il SUAP, come è normativamente previsto; oppure la richiesta di allegare l'attestato di qualifica professionale per gli acconciatori, nonostante la previsione normativa di autocertificarne il possesso). Il quadro complessivo che ne deriva sembra quasi configurare una sorta di *"gold-plating comunale"*.

⁵³ A tal riguardo, l'art. 2, comma 4 del d.lgs. n. 126 del 2016 stabilisce che: *"L'amministrazione può chiedere all'interessato informazioni o documenti solo in caso di mancata corrispondenza del contenuto dell'istanza, segnalazione o comunicazione e dei relativi allegati (...). È vietata ogni richiesta di informazioni o documenti ulteriori rispetto a quelli indicati ai sensi del comma 2, nonché di documenti in possesso di una pubblica amministrazione"*.

4.1. I Regulatory oversight bodies: un modello per il controllo sull'attuazione delle misure esistenti?

Nell'ambito europeo, a seguito degli impegni ufficiali adottati dai Consigli europei di Lisbona e di Feira, nel 2000, è stata creata una Commissione di esperti con il compito di redigere un piano di azione per la qualità della regolazione. Il documento che, dal nome del suo presidente prende il nome di Rapporto Mandelkern, definisce per la prima volta un approccio comune dei Paesi membri ai problemi della qualità della regolamentazione⁵⁴. La prima parte del Rapporto, indirizzata sia alla Commissione europea che agli Stati membri, enuclea i principi comuni per il ricorso alla regolamentazione (principi di necessità e di proporzionalità, principio di trasparenza, responsabilità e sussidiarietà) e ne illustra le pratiche raccomandate: ricorso a strumenti alternativi, analisi di impatto, semplificazione, consultazione, accesso alla legislazione. Si tratta di pratiche differenti che hanno trovato un diverso livello di sviluppo e maturazione all'interno dei Paesi UE. In particolare, l'analisi di impatto della regolazione (AIR) si è imposta – prima e con maggior successo – nei Paesi dove è sviluppato un sistema di pianificazione e programmazione della regolazione ed è previsto un obbligo generalizzato di motivazione delle misure regolatorie assunte (ad esempio nel Regno Unito, in Olanda, in Irlanda, in Germania, in Danimarca, in Svezia). All'interno di questi paesi si sono sviluppate strutture organizzative *ad hoc* chiamate a valutare la “buona attuazione” degli strumenti della regolazione verificando l'applicazione dei principi della *transparency*, dell'*accountability* e dell'*evidence-based analysis*⁵⁵.

I ROBs nati per rispondere alla domanda: “*Quis custodiet custodes?*”⁵⁶, sostengono e coadiuvano il decisore politico durante tutto il processo decisionale attraverso l'esercizio della funzione di *oversight*, ossia il controllo sulla qualità degli strumenti di regolazione adottati⁵⁷.

Svolgono un controllo che si traduce in termini di collaborazione e sostegno, finalizzato a segnalare anomalie, suggerire rimedi e stimolare forme di apprendimento, affinché gli strumenti di *Better Regulation* siano in grado di realizzare appieno l'obiettivo per cui sono stati introdotti⁵⁸.

Sul piano organizzativo, i ROBs possono trovare diverse collocazioni rispetto agli organi esecutivi, la cui azione è oggetto di controllo.

Attraverso una rappresentazione semplificata del fenomeno, è possibile individuare tre principali modalità istituzionali dei ROBs, ossia i modelli:

- 1) centrale;
- 2) a rete;
- 3) esterno⁵⁹.

⁵⁴ Mandelkern Group on Better Regulation, *Final Report*, 13 novembre 2001.

⁵⁵ C. CORDOVA-NOVION E S. JACOBZONE (2011), *Strengthening the Institutional Setting for Regulatory Reform*, *Oecd Working Papers on Public Governance*, OECD, Paris; M. A. LIVERMORE E R.L. REVESZ, *The Globalisation of Cost-Benefit Analysis in Environmental Policy*, 124 e ss, Oxford University Press, 2013.

⁵⁶ A. ALEMANNI in “*Quis Custodet Custodes dans le cadre de l’initiative «Miex légiférer»? Une analyse des mécanismes de surveillances de la qualité réglementaire au sein de la Commission européenne et la création du Comité d’évaluation des analyses d’impact*”, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, vol. 1, 2008, 43-86.

⁵⁷ I ROBs sono stati definiti: “*Hierarchical supervision of regulatory action by executive and legislative actors*”, P.L. LINDSETH, A. C. AMAN, JR., & A.C. RAUL, Oversight, in G. A. Bermann et al., eds, *Administrative Law of the European Union*, Washington DC, American Bar Association 2008, 3.

⁵⁸ J.B. WIENER E A. ALEMANNI, *Comparing regulatory oversight bodies across the Atlantic*, in S. RoseAckerman e P.L. Lindseth (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010.

⁵⁹ M. BENEDETTI, *Controllo ed indirizzo della regolazione: gli Oversight Bodies*, Osservatorio AIR, 2011; *Improving Regulatory Governance, Trends, Practices and the way forward*, OECD Publishing, Paris, 2017.

I tre modelli non sono tra loro alternativi bensì complementari in quanto tendono a modificarsi nel tempo. Nell'ambito di questa evoluzione è possibile individuare alcune linee direttrici che hanno caratterizzato l'assetto istituzionale della funzione di *oversight* negli ordinamenti giuridici europei:

- la prima è quella dell'accentramento della funzione in capo ad un'unica struttura;
- la seconda è quella della gestione a rete. Partendo dal presupposto che l'organo di controllo della qualità degli strumenti della regolazione non può funzionare in isolamento, alla istituzione di un ROB – collocato solitamente all'interno dell'esecutivo – è stata di fatto accompagnata una rete di ulteriori soggetti con cui il ROB dialoga. Si tratta di articolazioni amministrative chiamate a predisporre in concreto la proposta regolatoria e gli strumenti di qualità a suo supporto (come l'AIR);
- la terza è quella del riconoscimento di una sempre maggiore indipendenza della funzione di *oversight* limitando, in tal modo, il più possibile il rischio di interferenze esterne (come ad esempio accaduto per la *Regulatory Impact Assessment Board* - RIAB della Repubblica Ceca e all'europea *Regulatory Scrutiny Board* – RSB)⁶⁰;
- la quarta è la progressiva stabilizzazione di queste strutture, che da temporanee sono divenute permanenti (come nel caso della svedese *Better Regulation Council* - SBRC) anche grazie alla sempre più condivisa percezione del ruolo strategico rivestito da questi organi nella formazione e nel monitoraggio degli interventi di regolazione;
- la quinta è il crescente ampliamento delle attività riconducibili alla nozione di *oversight*, che insieme al *quality control* sugli strumenti di qualità normativa, aggiunge le attività di coordinamento, di supporto e di indirizzo, di sostegno alla politica di regolazione e al miglioramento della stessa;
- la sesta è la dipendenza dei ROB ai rispettivi governi di appartenenza per quanto riguarda le risorse finanziarie e umane necessarie al loro funzionamento

Il “modello centrale” comporta la collocazione del ROB all'interno della struttura esecutiva la cui attività (la regolazione) è oggetto di controllo. Questo modello attribuisce prevalenza alla capacità del ROB di condizionare il comportamento dell'organo controllato nel corso di svolgimento della sua attività. Al fondo c'è l'idea che il controllo sulla qualità degli strumenti di regolazione è parte essenziale della stessa attività che, pertanto, non può che essere collocata all'interno della stessa struttura che regola.

Tre sono i punti fermi osservati nella costituzione del ROB:

- 1) i responsabili del controllo sono diversi dai soggetti istituzionali responsabili del processo regolatorio e della predisposizione del *draft*;
- 2) lo staff di personale è altamente qualificato;
- 3) anche grazie agli elementi di cui sopra, il controllo degli (o sugli) strumenti di qualità della regolazione risulta svolto in modo indipendente a prescindere, dunque, dalla loro vicinanza (istituzionale) all'organo politico.

Di questo modello, l'esempio più significativo è rappresentato dallo statunitense *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) allocato all'interno della struttura di staff del Presidente degli Stati Uniti ossia l'*Office of Management and Budget* (OMB)⁶¹. Dal punto di vista metodologico, l'OIRA è legittimata non solo a valutare la qualità degli strumenti di regolazione adottati dalle agenzie federali (in particolare l'AIR), ma anche a verificare che le relative proposte regolatorie siano conformi ai principi generali fissati dal Presidente come, ad esempio, la necessità, la prevedibilità, la certezza della regolazione. Tale funzione — coerente al contesto istituzionale statunitense — giustifica il potere di veto sulla proposta fino a quando il regolatore non si sia riallineato agli indirizzi presidenziali.

⁶⁰ J. B. WIENER e A. ALEMANN, *Comparing regulatory*, cit., 313 e ss.

⁶¹ OECD, *The OECD Review of Regulatory Reform in the United States*, Paris, 1999, 133 ss

4.2. I “presidi” al rispetto delle regole

Nel nostro ordinamento mancano strutture corrispondenti ai ROBs che verificano l’attuazione delle numerose misure approvate nel corso degli anni per semplificare i procedimenti amministrativi, ciò che rappresenta un forte limite all’efficacia delle stesse, che si ripercuote sulla crescita economica⁶².

Attesa l’urgenza di rimediare alla mancanza di meccanismi efficaci di *oversight*⁶³, di recente si registra un approccio teso ad eliminare gli ostacoli che da tempo impediscono l’operatività delle politiche di semplificazione attraverso l’istituzione di organi di natura “paragiurisdizionale”, che vigilano sull’applicazione delle misure vigenti⁶⁴. Al riguardo, si dovrebbe valutare se il controllo della

⁶²Nell’attuazione della *Better Regulation* e delle politiche di controllo, l’Italia è arrivata in ritardo rispetto agli altri paesi dell’area OCSE. Solo nel 1999 il legislatore italiano ha attivato in via sperimentale, l’obbligo dell’analisi di impatto per “*gli schemi di atti normativi adottati dal Governo e di regolamenti ministeriali o interministeriali*”. Con la legge n. 50 del 1999 è stato istituito il “Nucleo Stabile per la Semplificazione delle Norme e delle Procedure”, struttura dedicata composta da esperti a supporto degli uffici legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri e del Ministro delegato per la funzione pubblica nell’attuazione dei processi di delegificazione, semplificazione e riordino. Il Nucleo avrebbe dovuto fornire un supporto tecnico alle amministrazioni incaricate di redigere le AIR e collaborare con il Dipartimento degli affari giuridici e legali (DAGL) nell’opera di coordinamento. La l. n. 137 del 2002 ha abolito il Nucleo e istituito, presso il Dipartimento della funzione pubblica, un Ufficio composto da due sezioni per l’attività normativa ed amministrativa di semplificazione delle norme e delle procedure con il “*compito di coadiuvare il Ministro nell’attività normativa ed amministrativa di semplificazione delle norme e delle procedure*” (art. 11). Nel 2006, il quadro dei soggetti istituzionali coinvolti nel sistema di semplificazione e di miglioramento della regolazione viene ulteriormente ampliato con il dPCM del 12 settembre 2006, che costituisce il “Comitato Interministeriale per l’Indirizzo e la Guida Strategica delle Politiche di Semplificazione e di Qualità della Regolazione”, per coadiuvare il Consiglio dei Ministri nella predisposizione annuale di un piano (“piano d’azione”) volto ad individuare “*i principali obiettivi di semplificazione e qualità della regolazione, i soggetti responsabili, le azioni da compiere ed i tempi necessari al loro conseguimento*”. Il supporto tecnico dell’attività del Comitato interministeriale viene affidata alla Commissione per la semplificazione e la qualità della regolazione, istituita con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, poi soppressa nel 2006 e sostituita con l’Unità per la semplificazione e la qualità della regolazione collocata presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, composta da esperti. Nel periodo tra il 2008 e il 2011, l’Unità è stata incardinata presso il Dipartimento per la semplificazione normativa e nel 2012 è stata trasferita presso il Dipartimento della funzione pubblica e riorganizzata con dPCM 12 giugno 2013. Nonostante la proliferazione di organismi a tutela delle politiche di miglioramento della qualità della regolazione, sul piano operativo, il ruolo centrale appare svolto dal DAGL, organo intorno a cui si impernia il sistema organizzativo e procedurale per la realizzazione dell’AIR delle amministrazioni centrali, rafforzato dalla l. n. 246/2005. L’attribuzione di una competenza di coordinamento e supervisione al DAGL in materia di AIR è stata poi confermata dal regolamento di attuazione n. 170 del 2008 e dal nuovo regolamento (d.p.c.m. n. 169 del 2017). Il quadro che ne emerge appare frastagliato e fragile con sovrapposizioni di competenze tra il DAGL, l’Unità per la semplificazione e la qualità della regolazione che opera nello stesso Dipartimento della presidenza dove dal 2002 esiste un Ufficio per la semplificazione e la sburocratizzazione. Nessuno degli uffici richiamati che si occupano delle politiche di *Better Regulation* sono caratterizzati, come invece i *Regulatory Oversight Bodies*, dall’indipendenza dal decisore politico, né sono dotati di strumenti di controllo efficaci o di poteri sanzionatori, da cui ne deriva un mero potere di moral suasion anche molto depotenziato.

⁶³Nel 2001, in occasione della riscrittura degli Statuti delle Regioni ordinarie, erano apparsi organi regionali di garanzia statutaria, che nelle intenzioni del legislatore statutario avrebbero dovuto sovrintendere alla conformità degli atti normativi adottati dal Consiglio e dalla Giunta allo Statuto. Per un approfondimento, si può vedere I. SALZA, I “*Custodi della qualità normativa regionale: gli organi di garanzia statutaria*”, in A. Natalini e G. Tiberi (a cura di), *La tela di Penelope, Primo rapporto Astrid sulla semplificazione e legislativa e burocratica*, Bologna, 2010.

⁶⁴L’art. 1 del d.d.l. (A.C. 1812), *Disposizioni per l’attuazione delle politiche di semplificazione*, delega il Governo ad adottare un decreto legislativo per l’istituzione presso la PCM di una Commissione permanente per l’attuazione delle misure di semplificazione. La Commissione: a) verifica la conformità alla legge degli adempimenti e degli oneri regolatori richiesti da provvedimenti amministrativi, da atti amministrativi generali e da atti normativi di rango secondario; b) sospende i termini e gli effetti degli atti amministrativi generali e degli atti normativi di rango secondario fino alla decisione del giudice amministrativo eventualmente adito; c) chiede all’autorità emanante l’atto amministrativo oggetto di segnalazione o di istanza di adeguarsi alle proprie indicazioni entro un termine dalla stessa fissato e, in caso

conformità degli atti amministrativi alle norme da solo possa bastare per consentire di intervenire sui blocchi reali, che storicamente affliggono le P.A, quali: le carenze strutturali, l'insufficienza delle risorse, lo scarso livello di formazione e di accompagnamento professionale dei dipendenti pubblici, l'inflazione normativa e la correlata numerosità e contraddittorietà degli adempimenti amministrativi. In particolare, incidono sulla inefficace/mancata attuazione delle politiche di semplificazione profili organizzativo-strutturali, quali:

a) la scarsità e l'impreparazione delle strutture idonee a supportare una politica di semplificazione;

b) la vigenza di procedimenti complessi difficili da velocizzare. In questi casi, la semplificazione, specie di tipo amministrativo, non può prescindere dalla complessità fisiologica delle vicende che le PA si trovano ad affrontare e che, quando non derivano dalla presenza di norme oscure, dipendono per la gran parte dalla tutela di interessi sensibili, il cui sacrificio deve essere ponderato insieme agli altri interessi in gioco. Esiste una "complessità fisiologica" che non può essere annullata, perché non è una patologia, ma rappresenta l'esigenza di considerare i diversi interessi pubblici e privati che sono in gioco e cioè di salvaguardare il "pluralismo istituzionale". D'altra parte, la mancata considerazione di interessi rilevanti finisce per alimentare il contenzioso a discapito dei privati interessati sui quali gravano i costi e l'impossibilità di vedere realizzato il "bene della vita";

c) l'ostinato rifiuto, di matrice soprattutto culturale, ad utilizzare le tecnologie: di digitalizzazione della P.A., che è propedeutica alla produzione dei benefici della semplificazione procedimentale, se ne parla da tempo, ci sono le norme e le *expertices*, è ormai improcrastinabile potenziare le infrastrutture a ciò dedicate e renderle pienamente operative⁶⁵;

d) l'inefficace formazione delle risorse umane, misura che dipende da scelte di tipo organizzativo e che in certi casi è addirittura normativamente imposta⁶⁶.

A presidio di tali disfunzioni, all'interno del Dipartimento della Funzione pubblica opera un Ispettorato che, ai sensi dell'art. 60, comma 6 del d.lgs. n. 165 del 2001: *"vigila e svolge verifiche sulla conformità dell'azione amministrativa ai principi di imparzialità e buon andamento, sull'efficacia della sua attività con particolare riferimento alle riforme volte alla semplificazione delle procedure"*. In vista dell'importanza di implementare le normative esistenti, tale organo andrebbe rinforzato sia dal punto di vista delle attività, che rispetto al suo organico.

Nella scorsa legislatura, è stata prevista l'istituzione del Nucleo della concretezza (l. n. 56 del 2019) che, ai sensi dell'art. 1, sovrintende alle azioni dirette a garantire la corretta applicazione delle disposizioni in materia di organizzazione, funzionamento, trasparenza e digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni e la conformità dell'attività amministrativa ai principi di imparzialità e buon andamento; b) le azioni dirette a implementare l'efficienza delle pubbliche amministrazioni, con indicazione dei tempi per la realizzazione e delle azioni correttive. In tali ambiti, la legge n. 56 configura il Nucleo come un "alleato" dei cittadini nella difesa del diritto ad una PA più equa ed

di inerzia, propone l'azione di annullamento dell'atto; d) stabilisce, quale criterio di trattazione delle istanze, l'esame prioritario degli affari che presentino peculiare valenza nomofilattica per le future condotte delle amministrazioni; e) applica l'art. 328 c.p. nei confronti delle amministrazioni che sono rimaste inerti; f) dispone la riduzione degli stanziamenti o dei trasferimenti previsti a favore delle amministrazioni responsabili di reiterati inadempimenti, in precedenza già rilevati. La Commissione sembra configurarsi come un "giudice delle amministrazioni" o "vertice gerarchico" delle P.A.

⁶⁵La digitalizzazione dei procedimenti amministrativi, nel frattempo è divenuta vincolo europeo, da attuarsi entro il 2023, a seguito dell'approvazione da parte del Consiglio UE del Regolamento n. 1784 del 2 ottobre 2019, che istituisce lo Sportello unico digitale (*Single Digital Gateway*).

⁶⁶Un esempio è l'art. 11, comma 2, del d.p.r. n. 160 del 2010 che, attesa la rilevanza delle procedure svolte davanti al SUAP per l'avvio e l'esercizio dell'attività d'impresa, ha previsto espressamente la predisposizione di un piano di formazione dei funzionari addetti all'espletamento delle attività connesse.

efficiente, poiché collabora con l'Ispettorato, rafforzandone le potenzialità nello svolgimento delle funzioni istituzionali ad esso attribuite, attraverso lo svolgimento di *"sopralluoghi e visite finalizzati a rilevare lo stato di attuazione delle disposizioni da parte delle pubbliche amministrazioni (...) proponendo eventuali misure correttive"*, e realizza, altresì, una proficua collaborazione con il vertice del governo locale alla luce dell'art. 60-ter del ddl, secondo cui: *"Il Prefetto può segnalare al Nucleo della Concretezza (...) eventuali irregolarità dell'azione amministrativa degli enti locali e chiederne l'intervento"*. E' previsto che i dati reperiti in occasione dei sopralluoghi e delle verifiche, riportati in verbali insieme alle misure correttive proposte dal Nucleo, siano trasmessi al Prefetto territorialmente competente e che l'inosservanza del termine assegnato per l'attuazione delle misure comporti, oltre alla responsabilità dirigenziale e disciplinare, l'iscrizione della PA inadempiente in un elenco pubblicato sul sito del Dipartimento della funzione pubblica. Anche in questo caso il cambio della legislatura ha interrotto il processo implementativo del Nucleo, finora non istituito.

Il Nucleo della concretezza non è la soluzione all'inattuazione delle misure di semplificazione, né la cura dei mali antichi della burocrazia bloccata, ma per il suo tramite, si è richiamata l'attenzione sulla necessità di non produrre ulteriori norme che prevedano nuove misure di semplificazione, quanto piuttosto di predisporre presidi idonei alla verifica sull'attuazione delle normative vigenti per consentire la realizzazione dei benefici promessi.

5. Considerazioni conclusive

Le esperienze internazionali ed europee realizzate nell'attuazione delle politiche di qualità della regolazione forniscono un interessante spunto di osservazione anche per i Paesi che, come il nostro, hanno accumulato ritardo nell'uso di tali strumenti, privilegiando politiche di semplificazione orientate allo snellimento dell'attività amministrativa e alla riduzione degli oneri (amministrativi e regolatori), che ne derivano per cittadini e imprese, ma soprattutto privilegiando il piano della produzione normativa alla implementazione.

Garantire la supervisione sull'attuazione della politica di semplificazione è un elemento sfidante con cui il governo è chiamato a confrontarsi nell'ottica di trasformare gli impegni politici in interventi di qualità. Le misure di semplificazione però necessitano di presidi composti da esperti di certificata e qualificata esperienza per funzionare, che sul piano sostanziale, siano in grado di verificare la qualità, in termini di necessità, efficienza, efficacia delle scelte in concreto assunte e soprattutto che operino in modo coordinato e stabile. Anche la politica di semplificazione, infatti, deve essere inquadrata all'interno di un processo istituzionalizzato di *policy* che non può esaurirsi attraverso l'adozione (spesso disordinata e "d'impulso") di leggi o regolamenti, ma richiede l'esercizio unitario di diverse funzioni pubbliche, quali quelle di pianificazione, concertazione, valutazione, monitoraggio da attivare a partire dalla fase di progettazione della misura fino alla sua implementazione nei diversi livelli di governo interessati. Come dimostrano le esperienze internazionali ed europee, sopra accennate, tale processo richiede un sistema accentrato di governance capace di dare attuazione ad una ambiziosa *"whole-of-government policy"*⁶⁷.

Ad oggi, invece, la guida della politica di semplificazione si delinea essenzialmente ripartita tra diversi uffici della Presidenza del Consiglio, le cui funzioni sono state ridisegnate nel tempo, spesso in base alle specifiche esigenze, e "sacrificata" alle prospettive contingenti dei diversi governi in

⁶⁷ OCSE REWIEV, *Better Regulation in Europe: Italy 2008*, 56.

carica⁶⁸. Questo sistema frammentato è stato più volte criticato dall'OCSE, che ha individuato proprio nell'assenza di un unico centro di coordinamento una delle più importanti debolezze del nostro sistema di *policy*.

L'OCSE, nei suoi rapporti annuali, ha più volte stigmatizzato l'eccessiva frammentazione delle strutture dedicate alla semplificazione amministrativa in Italia, che rendono disorganiche e vane le politiche in materia. In particolare, nell'ultima *Review* sull'Italia specificamente dedicata alla qualità della regolazione, l'OCSE ha accolto con favore le riorganizzazioni volte all'accorpamento, effettuato nel novembre 2011, delle strutture di semplificazione normativa e amministrativa (prima distinte) sotto la responsabilità del Ministro per la pubblica amministrazione, poiché: *«tale accorpamento ha incontrato le indicazioni internazionali relative all'importanza del consolidamento del quadro istituzionale relativo alle politiche regolatorie»*. In tale occasione ha, inoltre, raccomandato all'Italia di *«rafforzare e confermare nel lungo termine tale assetto, evitando continue riorganizzazioni delle strutture centrali del Governo, che possono ostacolare una consistente e strategica implementazione dell'agenda delle riforme»*⁶⁹. Nel 2011, infatti, c'è stata solo l'unificazione di un pezzo del mosaico a cui attualmente è affidata l'attuazione della *policy*. Secondo l'OCSE, l'assetto istituzionale relativo alla politica regolatoria e alle funzioni di controllo è un fattore cruciale e abilitante per l'efficacia del quadro regolatorio: *«Mentre i ministeri, i dipartimenti e le agenzie lavorano in relazione alle proprie specifiche competenze, soltanto il Governo, con la sua posizione centrale, può sviluppare un approccio olistico alla regolazione, sia in fase ex ante, sia in fase ex post. Le politiche e la gestione della regolazione richiedono un set di attività coordinate che sono sviluppate al meglio a livello centrale, al fine di assicurare pratiche e interpretazioni omogenee»*⁷⁰.

A partire dalle raccomandazioni dell'OCSE e dalla lunga esperienza in materia dell'Italia, sembra oramai necessario coordinare le strutture esistenti incaricate alla produzione e al monitoraggio sull'applicazione delle norme di semplificazione e qualità della regolazione in un unico centro di competenza a livello statale, che implementi tali politiche raccordandosi con i Ministeri competenti e con referenti regionali e locali. Ciò consentirebbe di realizzare un'azione organica, coordinata e strutturale, utilizzando le *expertise* e le migliori professionalità operative nel centro di competenza nazionale, di coinvolgere tutti gli *stakeholder* economici, sociali e professionali, di diffondere l'attuazione delle *best practice* e con esse, si auspica, il "costume" di privilegiare, tra tutte le opzioni possibili, quella indicata dalle "buone regole".

⁶⁸ Attualmente, nella Presidenza del Consiglio dei ministri esistono diverse strutture che si occupano di semplificazione e qualità della regolamentazione: c'è l'Unità per la semplificazione e la qualità della regolazione istituita nel 2006, che dopo essere stata al servizio del Ministro per la semplificazione normativa negli anni 2008-2011, con la caduta del governo, è stata collocata nel Dipartimento della funzione pubblica dove opera, già da tempo, l'Ufficio per la semplificazione e la sburocratizzazione. L'Unità è posta a sostegno dell'attività degli uffici di diretta collaborazione del Ministro - Uffici di Gabinetto, Legislativo e segreterie di Gabinetto e del Ministro (secondo il d.p.c.m. 12 giugno 2013), mentre all'Ufficio è devoluta l'attività di semplificazione amministrativa e della riduzione degli oneri burocratici. Presso l'Ufficio di semplificazione da luglio 2017 opera la Delivery Unit nazionale, una vera e propria task force per la semplificazione composta da esperti, coordinata dall'Ufficio, al servizio di Governo, Regioni ed Enti locali. Il progetto Delivery Unit (nell'ambito dell'obiettivo specifico 1.2 del Pon Governance) punta a rafforzare, attraverso gli interventi coordinati di Stato, Regioni ed Enti Locali, la capacità delle amministrazioni di: a) ridurre oneri regolatori e tempi per imprese e cittadini attraverso la semplificazione di norme e procedure, l'innovazione tecnologica e organizzativa; b) attuare misure di semplificazione quali la nuova conferenza di servizi, la standardizzazione delle procedure e della modulistica, la "Scia unica", la concentrazione dei regimi; c) rafforzare l'operatività degli sportelli unici e affiancare le amministrazioni nella gestione di procedure complesse per le attività d'impresa; d) potenziare l'attuazione dell'Agenda per la semplificazione. Nel Dipartimento degli affari giuridici e legislativi (DAGL), c'è l'Ufficio studi documentazione giuridica e qualità della regolazione all'interno del quale è stato creato un nucleo per il supporto in materia di analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica di impatto della regolazione (VIR).

⁶⁹ OCSE REVIEW, *Better Regulation in Europe: Italy 2012*, 46.

⁷⁰ *Regulatory Policy Outlook dell'OCSE* (2018), 81.

Sul potere di grazia del Presidente della Repubblica nella prassi più recente

SOMMARIO: 1. L'esercizio del potere di grazia dopo la sent. n. 200/2006 della Corte costituzionale. - 2. I provvedimenti clemenziali del Presidente Mattarella: le grazie umanitarie. - 3. *Segue*. Le grazie politiche "dubbie". 4. *Segue*. Le grazie politiche "manifeste". - 5. Considerazioni finali.

1. L'esercizio del potere di grazia dopo la sent. n. 200/2006 della Corte costituzionale

Le riflessioni di Pasquale Costanzo sul potere di grazia del Capo dello Stato dopo la sent. n. 200/2006 della Corte costituzionale¹ mi offrono la possibilità di svolgere alcune considerazioni complessive sulla prassi presidenziale degli ultimi anni, che svolgerò a partire dall'analisi della Presidenza Mattarella, oramai giunta a metà del suo mandato. Premetto fin da subito che la posizione di Pasquale Costanzo in merito alla decisione della Corte e alle sue conseguenze diverge dalle convinzioni cui sono giunto in precedenti lavori². Questa discrepanza non impedisce, anzi costringe lo studioso a interrogarsi ulteriormente sulla bontà delle proprie tesi, ad affinarne le argomentazioni e a verificare, in concreto, il continuo svolgimento delle prassi, nel caso *de quo* di quelle presidenziali.

I numeri relativi all'esercizio del potere di grazia da parte del Presidente della Repubblica Mattarella nella prima parte del suo mandato sono particolarmente interessanti. Difatti, dal suo insediamento nel febbraio 2015 al mese di ottobre 2019 – periodo in cui sono state scritte le presenti note – il Capo dello Stato ha adottato 20 provvedimenti clemenziali, tutti previo parere favorevole del Ministro della Giustizia³. Sono state esaminate, complessivamente, 1581 pratiche, numerose delle quali, tuttavia, erano manifestamente prive dei requisiti per poter essere valutate nel merito (253), per cui sono state archiviate d'ufficio; altre pratiche (423) sono state archiviate o "poste agli atti" in quanto, per la maggior parte, la pena era stata *medio tempore* espiata; altre ancora (221), sono state rigettate in quanto, nel complesso «... il Presidente della Repubblica ha ritenuto che le esigenze poste a fondamento della domanda di clemenza risultassero già adeguatamente tutelate per effetto degli ordinari strumenti personali, sostanziali e processuali, e penitenziari»⁴. I numeri piuttosto esigui dei provvedimenti di grazia adottati da Mattarella confermano l'uso sempre più centellinato che i Presidenti della Repubblica, in particolare a partire dalla seconda metà degli anni '80, hanno fatto della prerogativa di cui all'art. 87, comma 11, Cost.:

¹ Mi riferisco, in particolare, a P. COSTANZO, *Controfirma (risposta ad un quesito dopo la sent. n. 200 del 2006 della Corte costituzionale in tema di grazia)*, in *Giur. cost.*, n. 1/2007, 479 ss.; *Idem*, *Il potere di grazia chiave di decifrazione per rinnovati scenari istituzionali?*, in 2006 *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther, Einaudi, Torino, 2016, 303 ss.

² P. COSTANZO ha «... tentato di rappresentare una posizione in linea con l'innovativa decisione della Corte e più in generale (ereticamente) aperta a proposte di rilettura delle dinamiche costituzionali» (*Il potere di grazia chiave di decifrazione per rinnovati scenari istituzionali?*, cit., 309). Cfr. per una lettura diversa della sent. n. 200/2006 A. DEFFENU, *La grazia (anche) "politica" come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale: la "slogatura" interpretativa dell'art. 87, c. 11, Cost. nella prassi dell'ultimo Napolitano*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 3/2015, 1 ss.

³ Sul sito del Quirinale sono riportati, in forma aggregata, i dati concernenti l'uso del potere di grazia del Presidente Mattarella aggiornati al 28 febbraio 2019. Per il periodo successivo e fino al 31 ottobre 2019, ho individuato, sul sito della Presidenza della Repubblica, i comunicati relativi ad ulteriori 5 decreti. Non si può escludere, tuttavia, che possano esserne stati concessi di altri ai quali non è stato fatto seguire un comunicato. Di conseguenza, il dato indicato di 20 provvedimenti clemenziali deve considerarsi provvisorio, in attesa di un nuovo aggiornamento delle tabelle pubblicate sul sito del Quirinale.

⁴ Così si legge sul sito del Quirinale: <https://www.quirinale.it/page/provclp>.

dagli oltre 15000 provvedimenti di Einaudi, 7423 di Gronchi, quasi 1000 di Segni e Merzagora, 2925 di Saragat, 7490 di Leone, 6095 di Pertini, si è passati, con un *trend* decrescente, ai 1395 di Cossiga, 339 di Scalfaro, 114 di Ciampi e 23 di Napolitano, fino ai 20 – per ora – di Mattarella.

È indubbio che, prima la legge 26 luglio 1975, n. 354, di riforma dell'ordinamento penitenziario e poi la legge 10 ottobre 1986, n. 663, che ha introdotto, tra l'altro, nuove e più incisive misure alternative alla detenzione, hanno favorito il naturale decremento dei decreti di grazia. Tuttavia, la trasmutazione più incisiva dell'istituto clemenziale, che coincide – non a caso – con la fine del mandato di Ciampi e l'inizio del settennato di Napolitano è stata determinata dalla più sopra citata sent. n. 200/2006 della Corte costituzionale, sulla quale mi soffermerò nei paragrafi successivi. I provvedimenti di grazia adottati dal Presidente Mattarella riflettono, questo è l'aspetto scientificamente di rilievo, questi due profondi cambiamenti: le decisioni assunte, difatti, sono contenute nel numero, ma rilevanti e impattanti, dal punto di vista del diritto costituzionale, nel merito.

2. I provvedimenti clemenziali del Presidente Mattarella: le grazie umanitarie

Se limitassimo l'analisi dei decreti di grazia (*rectius*: dei comunicati del Quirinale che ne riproducono le motivazioni) emanati da Mattarella ai soli cinque adottati nel 2019 se ne potrebbe dedurre la piena adesione del Capo dello Stato al *dictum* della sent. n. 200/2006 della Corte costituzionale.

Si considerino, innanzitutto, tre provvedimenti del 14 febbraio 2019, oggetto di un unico comunicato quirinalizio. La nota della Presidenza espone le ragioni per le quali le decisioni adottate nei confronti di Franco Antonio Dri, Gianfranco Vergelli, Vitangelo Bini, abbiano comportato l'estinzione, per tutti e tre i condannati, del residuo di pena ancora da espiare: rispettivamente, tre anni e sei mesi per Dri, cinque anni e sei mesi per Vergelli, cinque anni e otto mesi per Bini. Senza entrare nei particolari delle vicende giudiziarie dei soggetti, il comunicato precisa che, nel valutare le domande di grazia, sulle quali il Guardasigilli ha espresso parere non ostativo, il Capo dello Stato ha tenuto conto: a) dell'età avanzata dei condannati e delle loro precarie condizioni di salute; b) dei pareri favorevoli espressi dalle autorità giudiziarie; c) delle «eccezionali circostanze in cui sono maturati i delitti, evidenziate nelle sentenze di condanna»⁵.

Per cogliere con pienezza le peculiarità dei casi oggetto del perdono presidenziale si consideri che il primo graziato – Franco Dri – fu condannato a oltre sei anni di reclusione per aver ucciso, al culmine dell'ennesima lite maturata in un ambito familiare molto pesante e difficoltoso per gli anziani genitori, il figlio tossicodipendente. Gli altri due graziati, già molto anziani all'epoca in cui commisero il fatto delittuoso, avevano entrambi ucciso le mogli malate di Alzheimer, spinti dal desiderio di non veder più soffrire, dopo lunghe e sempre maggiori sofferenze, le rispettive consorti.

Non v'è alcun dubbio, dunque, che le ragioni sottostanti l'adozione dei provvedimenti clemenziali siano state di tipo umanitario, dunque volte a «temperare nel caso concreto gli effetti della rigida applicazione della legge penale generale e astratta, per evitare conseguenze contrarie al sentimento di giustizia»⁶. Siamo di fronte, dunque, a delle decisioni che presentano i requisiti “standard” tipici delle grazie derivanti da eccezionali situazioni personali che avrebbero reso, nei tre casi richiamati, l'espiatione della pena non più funzionale alla rieducazione del condannato, ma al contrario iniqua e sproporzionata. È difficile pensare che i tre graziati siano stati destinatari di un qualche privilegio

⁵ Il comunicato è reperibile sul sito del Quirinale al link <https://www.quirinale.it/elementi/23327>.

⁶ La definizione di grazia umanitaria è di G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1974, 194 ss.

personale, ovvero che le decisioni del Capo dello Stato abbiano delegittimato le sentenze di condanna dei giudici, tenuto conto che, come da prassi, tra i provvedimenti giurisdizionali e i decreti presidenziali è trascorso un congruo lasso di tempo⁷.

3. Segue. *Le grazie politiche "dubbie"*

Senonché, se allarghiamo lo spettro di indagine alle decisioni ex art. 87, comma 11, Cost., adottate da Mattarella fin dall'inizio del suo mandato, lo scenario si apre a considerazioni ben differenti. Tralascero i provvedimenti di grazia umanitaria più palesi⁸, per richiamare quelli dubbi o manifestamente politici.

Tra i casi incerti, il primo riguarda la grazia concessa a favore di Antonio Monella, condannato per omicidio volontario ad oltre sei anni di reclusione. Il comunicato del Quirinale ha cercato di offrire una spiegazione incentrata su ragioni prive di connotazione politica, e ha messo in luce che: a) il detenuto ha tenuto un comportamento positivo durante la detenzione; b) in virtù della clemenza parziale di due anni sarebbe rimasta da espiare una pena residua inferiore a tre anni, rientrando nell'ambito di applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale; c) in conseguenza del punto b), l'Autorità giudiziaria avrebbe potuto valutare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione di misure alternative al carcere, utili per proseguire il percorso rieducativo⁹.

A ben riflettere, le motivazioni sopra riassunte non forniscono delle spiegazioni sufficienti sul perché un soggetto condannato per omicidio sia stato graziato, ma si limitano a esporre, da un lato, considerazioni marginali o comunque non decisive (il buon comportamento carcerario del detenuto) e, dall'altro lato, le conseguenze derivanti dal decreto clemenziale (applicabilità delle misure alternative al carcere), ma non indicano le cause che possono averlo generato. Potremmo dire, in sostanza, che il comunicato quirinalizio – e dunque il provvedimento di grazia – non espliciti alcuna convincente delucidazione sugli elementi che abbiano spinto il Capo dello Stato ad intervenire ai sensi dell'art. 87, comma 11, Cost. Le perplessità si accrescono se si considera il contesto politico nell'ambito del quale si è consumata la decisione presidenziale. Monella, difatti, era diventato negli anni precedenti una sorta di simbolo per il partito della Lega Nord, in quanto le circostanze nelle

⁷ Nel messaggio alle Camere del 24 ottobre 1998 il Presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro sottolineò, richiamando una costante prassi seguita in relazione alla concessione della grazia, che «qualora applicata a breve distanza dalla sentenza definitiva di condanna», essa avrebbe avuto «il significato di una valutazione di merito opposta a quella del magistrato, configurando un ulteriore grado di giudizio che non esiste nell'ordinamento e determinando un evidente pericolo di conflitto di fatto tra poteri». Successivamente, con un comunicato del 12 gennaio 2008 relativo al caso Contrada, il Presidente Napolitano richiamò quanto affermato da Ciampi e ribadì che «la grazia non può mai costituire un improprio rimedio volto a sindacare la correttezza della decisione penale adottata dal giudice».

⁸ Si pensi, in particolare, ai seguenti provvedimenti: a) grazia a favore di Massimo Romani (comunicato del 23 dicembre 2015), determinata dalla considerazione che il soggetto scontava in Italia una condanna a quarant'anni di carcere, comminata in Thailandia per il reato di detenzione di sostanze stupefacenti, la cui pena era sproporzionata rispetto a quella prevista in Italia; b) grazia per Fabrizio Spreafico (decreto del 27 ottobre 2017), dovuta alle gravi condizioni di salute del condannato; c) grazia per Gastone Ovi (decreto del 9 febbraio 2018), ultraottantenne che uccise la moglie gravemente ammalata di Alzheimer; d) grazia in favore di un anziano, parrebbe per ragioni di salute, condannato per coltivazione di sostanze stupefacenti che l'uomo aveva sostenuto di utilizzare a fini terapeutici (è un caso al confine per la verità, perché si potrebbero pure scorgere, nella decisione, venature di stampo politico-criminale; l'assenza di un comunicato *ad hoc*, tuttavia, non mi consente di svolgere ulteriori considerazioni). Per maggiori approfondimenti su questi casi sia consentito rinviare ad A. DEFFENU, *L'interpretazione del potere di grazia nelle prime decisioni del Presidente Mattarella: verso il consolidamento (preoccupante) di una prassi distorta*, in *Studium Iuris*, n. 10/2016, 1117 ss.; *Idem*, *La scomparsa dei comunicati del Quirinale sui provvedimenti di grazia: assenza temporanea o nuova tecnica comunicativa?*, in AA.VV., *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto, Ediesse, Roma, 2018, 130 ss.

⁹ Il comunicato del Quirinale, del 13 novembre 2015, è consultabile al link <https://www.quirinale.it/elementi/1962>.

quali era stato commesso l'omicidio richiama la questione della legittima difesa domiciliare, tema sul quale tale forza politica aveva presentato diverse proposte di legge. Se poi si considera che, in maniera esplicita, i principali leader del partito avevano chiesto al Capo dello Stato un intervento clemenziale, sono evidenti i connotati politici assunti dal caso Monella¹⁰. La lettura della sentenza di condanna, oltretutto, non offre spunti dai quali emergano profili di carattere umanitario tali da far percepire come "ingiusta" la decisione del giudice. Al contrario, le motivazioni della Corte d'Assise d'appello di Brescia consentono di attribuire al delitto una dimensione che fa apparire la decisione – considerate le numerose attenuanti concesse – ragionevole e proporzionata. Difatti: a) «... il Monella, esperto cacciatore, dal balcone della propria camera da letto, dopo aver preso da sotto il letto, avere imbracciato ed armato il proprio fucile a canne sovrapposte (arma che gli era molto familiare), consapevolmente e volontariamente esplose una fucilata, puntando le canne verso il basso, ad altezza d'uomo, nei confronti della persona che si trovava alla guida e che stava rubando la fiammante Mercedes nuova di zecca (acquistata pochi giorni prima) ... In tale contesto ... evidente era la concreta probabilità che il colpo attingesse il conducente, provocandone la morte; Monella si rappresentò concretamente tale probabilità (o possibilità) ed agì nonostante tale rappresentazione e tale previsione»¹¹; b) la Corte d'Assise non ha ritenuto applicabile l'esimente della legittima difesa domiciliare, introdotta pochi mesi prima del compimento dell'omicidio, in quanto, da un lato, al momento del fatto non era in corso alcuna aggressione alla persona del Monella o ai suoi familiari e, dall'altro lato, il colpo sparato col fucile verso l'autovettura poteva, più correttamente, essere indirizzato in aria a fini intimidatori; c) il Monella, come evidenziato nella decisione del giudice, «si era predisposto ad una reazione offensiva, come quella posta in essere, occultando sotto il letto un fucile da caccia, con le relative cartucce, in violazione delle doverose precauzioni richieste dalle norme sulle armi»¹². La decisione di Mattarella, dunque, appare avvolta in una sorta di "nebbia motivazionale" che ne offusca le ragioni profonde, in quanto le spiegazioni addotte sono – a mio avviso – insufficienti per giustificare una grazia umanitaria. D'altro canto, il peso politico assunto dal caso Monella lascia il dubbio che le ragioni reali – di ordine politico – che hanno indotto il Capo dello Stato a decretare la grazia parziale non siano state esplicitate nel comunicato.

Vi sono, poi, altre due decisioni, più recenti, assunte da Mattarella con i decreti del 27 ottobre 2017 e del 9 febbraio 2018, ad apparire di dubbia natura. Tali provvedimenti sono accomunati dal fatto che il Quirinale non ha ritenuto necessario accompagnarli da un comunicato esplicativo delle ragioni poste a fondamento della decisione. Solamente da una tabella riepilogativa delle grazie concesse dal Presidente della Repubblica e pubblicata sul sito web è possibile avere conoscenza – in forma anonima e senza motivazioni – dell'avvenuta emanazione dei decreti. Una rapida ricerca sugli organi di stampa mi ha consentito di individuare i due casi in esame, senza però poterne trarre certezze in merito alle ragioni sottostanti la decisione presidenziale.

Mi limito a segnalare che il primo provvedimento concerne la grazia a favore di Livio Bearzi, preside di una scuola crollata a L'Aquila durante il terremoto e che determinò la morte di tre studenti. Il Preside era stato ritenuto responsabile di aver omesso la ristrutturazione dell'edificio e l'approvazione del piano di sicurezza. Non è possibile stabilire se l'atto clemenziale derivi da considerazioni di ordine politico, umanitario o misto, tuttavia è indubbio che l'assenza di una nota esplicativa del Quirinale – forse opportuna riguardando fatti che suscitano scalpore e attenzione da parte di stampa e opinione pubblica – non ha reso trasparente il provvedimento di Mattarella.

Valutazioni analoghe possono essere svolte nei confronti del secondo provvedimento, una grazia parziale a favore dell'ex vice-questore Pietro Antonacci, condannato a oltre 15 anni di reclusione

¹⁰ V. *amplius* A. DEFFENU, *L'interpretazione del potere di grazia*, cit., 1119.

¹¹ Corte di Assise d'Appello di Brescia del 29 giugno 2012, 38.

¹² *Idem*, 51.

per l'omicidio di un contrabbandiere avvenuto durante un inseguimento. Dalle notizie desumibili dalla stampa – difatti – non si può stabilire se, a fondamento del decreto presidenziale, siano state decisive ragioni umanitarie. Così, anche per scongiurare il dubbio – non implausibile in casi del genere – che la decisione sia stata favorita dall'elevata posizione professionale occupata in passato dal soggetto graziato, un comunicato ufficiale avrebbe consentito di conoscere le ragioni del Capo dello Stato.

4. Segue. *Le grazie politiche "manifeste"*.

A fronte di alcuni casi dubbi, ve ne sono altri che, a mio avviso, vanno qualificati come espressione manifesta di grazie di tipo politico, nel senso che le ragioni poste a fondamento della decisione presidenziale sono estranee o comunque marginali rispetto a considerazioni di carattere umanitario del condannato. Si tratta, in particolare, degli atti di clemenza concessi a tre persone coinvolte nel noto rapimento dell'Imam Abu Omar, vicenda che aveva già visto l'intervento del Capo dello Stato Giorgio Napolitano a favore del colonnello della Nato Joseph Romano III¹³.

Betnie Medero, Seldon Lady e Sabrina De Sousa hanno ricevuto il perdono presidenziale da Mattarella sulla base di considerazioni che potremmo valutare di politica internazionale *tout court*. I comunicati del Quirinale, infatti, spiegano con chiarezza che alla base degli interventi ex art. 87, comma 11, Cost., vi è stata la considerazione che gli Stati Uniti hanno annunciato l'interruzione delle *extraordinary renditions*, in quanto giudicate dall'Italia e dall'Unione europea non compatibili con i principi fondamentali di uno Stato di diritto¹⁴. In sostanza, come più ampiamente precisato nel primo comunicato relativo al caso Abu Omar e avente come destinatario Joseph Romano III «... con il provvedimento di grazia, il Presidente della Repubblica nel rispetto delle pronunce della Autorità giudiziaria ha inteso dare soluzione a una vicenda considerata dagli Stati Uniti senza precedenti per l'aspetto della condanna di un militare statunitense della NATO per fatti commessi sul territorio italiano, ritenuti legittimi in base ai provvedimenti adottati dopo gli attentati alle Torri Gemelle di New York dall'allora Presidente e dal Congresso americani. L'esercizio del potere di clemenza ha così avviato a una situazione di evidente delicatezza sotto il profilo delle relazioni bilaterali con un Paese amico, con il quale intercorrono rapporti di alleanza e dunque di stretta cooperazione in funzione dei comuni obiettivi di promozione della democrazia e di tutela della sicurezza»¹⁵.

I comunicati del Quirinale, tuttavia, forse nel tentativo di ricondurre le grazie in esame a ragioni *lato sensu* umanitarie, hanno "integrato" l'argomento politico con ulteriori considerazioni di vario genere (fattuali, normative, ecc.) che invero, ad un'attenta analisi, ci appaiono, a seconda dei casi, ultronee, non conferenti o, comunque, marginali. Mi limiterò a segnalarne alcune:

a) la presa in considerazione della grazia all'agente della CIA Lady deriverebbe dalla constatazione che «il Capo dello Stato ha ritenuto di riequilibrare il trattamento sanzionatorio a lui inflitto rispetto a quello degli altri condannati per il medesimo reato»¹⁶. Tuttavia, la maggior condanna a carico di Lady non è qualificabile in alcun modo come una forma di ingiustizia derivante, ad esempio, dall'applicazione eccessivamente rigida della legge penale. Dalle motivazioni della

¹³ Su quest'ultima vicenda – anch'essa indubbia grazia politica – rinvio alle considerazioni svolte in A. DEFFENU, *La grazia (anche) "politica" come atto*, cit., 26 ss.

¹⁴ Il comunicato del Quirinale del 23 dicembre 2015 riguardante Betnie Medero e Seldon Lady è consultabile al link <https://www.quirinale.it/elementi/2194>; il comunicato del 28 febbraio 2017 riguardante Sabrina De Sousa è, invece, consultabile al link <https://www.quirinale.it/elementi/2651>.

¹⁵ Il comunicato del Quirinale del 5 aprile 2013 è consultabile al seguente link: <http://presidenti.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Comunicato&key=14800>.

¹⁶ Così il comunicato del 23 dicembre 2015.

sentenza di condanna, infatti, si evince come all'ex capo della CIA milanese sia stato contestato, in più rispetto agli altri condannati, lo svolgimento di un'attività «particolarmente intensa di organizzazione, coordinamento, reclutamento e realizzazione» del fatto delittuoso¹⁷. Un'affermazione analoga è formulata nella nota quirinalizia riguardante la De Sousa, ove si può leggere che la grazia parziale di un anno concessa sarebbe derivata – *inter alia* – dall'esigenza di riequilibrare la pena a suo carico rispetto a quella degli altri condannati. Anche in questo caso, tuttavia, non è chiaro in cosa consista il presunto squilibrio, considerato che, a parte la "mente" organizzatrice del sequestro, destinataria della più grave condanna a nove anni di reclusione, a tutti gli altri imputati "americani" – inclusa la De Sousa – è stata comminata la pena detentiva di sette anni. Del pari, la motivazione della sentenza è cristallina nell'individuare le responsabilità, consistenti nell'avere, assieme ad altri, «... deliberato e coordinato l'azione delittuosa, garantendo ad altri concorrenti nel reato anche l'appoggio in fase organizzativa e preparatoria di una struttura del SISMI e garantendo loro collegamenti ed assistenza ... anche per la qualità di componente della rete CIA in Italia»¹⁸;

b) per quanto concerne la De Sousa, il comunicato del Quirinale evidenzia che si è tenuto conto, tra l'altro, dell'«atteggiamento tenuto dalla condannata». Ora, a parte il fatto che un'affermazione così generica non consente di intendere in cosa si sarebbero concretizzati tali comportamenti, invero la condotta processuale tenuta dalla cittadina americana dovrebbe indurre a considerazioni opposte. Infatti, – e questo vale anche per gli altri soggetti graziati dal Capo dello Stato nell'ambito della vicenda Abu Omar – la De Sousa è stata dichiarata colpevole *in absentia*, rendendosi poi latitante in seguito alla condanna definitiva. Si tenga in considerazione, oltretutto, che l'agente della CIA è stato arrestato in Portogallo, alla fine del 2015, solamente grazie a un mandato di arresto europeo emesso dalla Procura di Milano e che non risulta che la De Sousa (e gli altri graziati) abbiano versato alla parte offesa e alla famiglia la somma di denaro riconosciuta dall'autorità giudiziaria a titolo di risarcimento del danno. Dovrebbe far riflettere, infine che, sempre la De Sousa, affidata in prova ai servizi sociali per un periodo di tre anni in seguito al decreto clemenziale, a pochi mesi dal termine sia fuggita negli Stati Uniti, violando il divieto di espatrio¹⁹. Non sono rinvenibili, pertanto, elementi dai quali si sia potuto trarre un apprezzamento positivo del comportamento della cittadina americana, che nella prassi presuppone che l'esecuzione della pena sia stata avviata²⁰.

Da quanto rilevato, dunque, emerge: a) da un lato, l'assenza di ragioni di ordine umanitario, riconducibili alle condizioni soggettive o al comportamento positivo dei condannati (eventuali benefici premiali derivanti dal processo rieducativo, giudizio positivo sulla condotta inframuraria tenuta, ecc.); b) dall'altro lato, l'appalesarsi di considerazioni di ordine politico così forti da indurre all'adozione dei decreti presidenziali nonostante i comportamenti – non certo irreprensibili – assunti dai condannati.

5. Considerazioni finali

Ci siamo limitati a considerare, nel corso delle presenti riflessioni, i provvedimenti clemenziali adottati dal Presidente Mattarella. Considerazioni non dissimili potrebbero svolgersi anche per quanto concerne la presidenza Napolitano, nel corso della quale sono state assunte decisioni ex art.

¹⁷ V. la sentenza della Corte d'Appello di Milano del 15 dicembre 2010, 129, consultabile in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it).

¹⁸ Corte d'Appello di Milano n. 3688 del 2010.

¹⁹ *Corriere della Sera* del 26 ottobre 2019.

²⁰ Cfr. L. D'AMBROSIO, *Esercizio del potere di grazia dopo la sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, n. 2/2011, 780 ss.

87, comma 11, Cost. – penso alle grazie a favore di Sallusti, Romano III e quella prefigurata per Berlusconi – a seguito di considerazioni di carattere essenzialmente politico²¹. Mi pare di poter affermare che, complessivamente, a distanza di tredici anni dalla sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale si sia assestata una prassi in forza della quale il potere di grazia non è più concepito – come avveniva in passato – come atto duale, espressione dell'accordo tra Capo dello Stato e Ministro della Giustizia, ma come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale. Tale mutazione è stata indotta, ovviamente, dalla decisione della Consulta sopra richiamata in quanto, come si ricorderà, essa qualificò il potere di clemenza presidenziale quale atto di spettanza esclusiva del Presidente della Repubblica. Senza eccezione alcuna, dal 2006 ad oggi, il radicamento del potere di grazia nella sfera decisionale esclusiva del Capo dello Stato è stato costantemente ribadito da Napolitano prima e da Mattarella poi, financo nello stesso sito del Quirinale²².

Il *punctum dolens* di quanto rilevato risiede nella constatazione che il recepimento della sent. n. 200/2006 è stato solo parziale. Il punto di equilibrio della decisione della Corte, infatti, consisteva nel concepire il potere di grazia come atto presidenziale, ma a condizione che esso fosse esercitato solamente come «eccezionale strumento destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria»²³. Come correttamente detto da Pasquale Costanzo «... la peculiare funzionalizzazione della grazia ... funge da premessa maggiore del secondo punto [la qualificazione della grazia come atto presidenziale] (che, infatti, senza il primo non avrebbe ragione d'essere nella sillogistica della Corte medesima)»²⁴. Lo spostamento del potere decisionale sul Presidente della Repubblica, in sostanza, veniva controbilanciato dalla riduzione dello spazio funzionale della grazia alle sole ragioni umanitarie.

Questo precario equilibrio teorizzato dalla Corte costituzionale non ha retto, come ho cercato di mostrare, alla prova della prassi e si è sgretolato rapidamente con l'adozione, a partire dall'ultima fase della presidenza Napolitano, di grazie strettamente politiche. Si è così pian piano affermato, in concreto, un modo di intendere distorsivo dell'art. 87, comma 11, Cost che, diversamente dallo schema elaborato dal giudice delle leggi, si fonda, da un lato, sulla riconosciuta spettanza esclusiva del potere di clemenza in capo al Presidente della Repubblica e, dall'altro lato, sulla (insopprimibile) polifunzionalità della grazia. Questa interpretazione del potere di grazia appare censurabile, a mio avviso, per una serie di ragioni, alle quali dedicherò alcuni cenni conclusivi.

In primo luogo, la prassi esaminata può indurre, quando il provvedimento è caratterizzato da particolare delicatezza e da un alto tasso di politicità, ad utilizzare nei comunicati quirinalizi delle motivazioni vacue, deboli e poco convincenti, o addirittura omissive come nel caso De Sousa. Ciò rischia di accrescere il dubbio che taluni provvedimenti siano stati espressione di meri privilegi personali o che comunque siano privi di una qualche giustificazione. Così, se per chi ha cercato di mostrare gli aspetti positivi della decisione della Corte del 2006, uno dei suoi effetti od obiettivi, coerenti con i principi del costituzionalismo, doveva essere quello di «... dare forme e contenuti sempre più certi e trasparenti al potere pubblico»²⁵, ebbene esso è stato, *de facto*, frustrato.

In secondo luogo, tale prassi rischia di consolidare un improprio *enlargement* delle prerogative presidenziali e, più in generale, della posizione costituzionale del Presidente della Repubblica.

Infine, questo *modus operandi* può alterare gli equilibri tra i poteri dello Stato in quanto cristallizza e rende costante l'esercizio di un potere – quando la grazia assume connotati politici –

²¹ V. *amplius* A. DEFFENU, *La grazia (anche) "politica" come atto*, cit., 1 ss.

²² V., sul sito del Quirinale, la sezione dedicata al potere di grazia ove si evidenzia, in una nota dal titolo *Le indicazioni della sentenza 200/2006 e le conseguenti iniziative*, che tale attribuzione spetta alla valutazione esclusiva del Presidente della Repubblica.

²³ Punto 6.2. del *Considerato in diritto* della sent. n. 200/2006.

²⁴ P. COSTANZO, *Il potere di grazia chiave di decifrazione per rinnovati scenari istituzionali?*, cit., 308.

²⁵ Così P. COSTANZO, *Il potere di grazia chiave di decifrazione per rinnovati scenari istituzionali?*, cit., 309.

privo di responsabilità, tenuto conto del contributo meramente istruttorio del Guardasigilli rispetto ad una decisione di stretta prerogativa presidenziale, così da rendere inservibile il circuito fiduciario della responsabilità politica ex art. 94 Cost.

Sarebbero forse sufficienti le criticità qui sopra riassunte per indurre – almeno questo è l’auspicio – ad un ripensamento della prassi attuale a favore di un ritorno – abbandonato lo schema della quanto mai improvvida sent. n. 200/2006 – del potere di grazia inteso quale atto duale esercitabile per ragioni sia politiche che umanitarie.

Consulta Online

- IV -

LA MAGISTRATURA

PIETRO PINNA
La legislazione e la giurisdizione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La discrezionalità del giudice e la struttura aperta del diritto. – 3. L'applicazione indistinguibile dalla creazione normativa e la dottrina pura del diritto. – 4. Il potere costitutivo del legislatore rappresentativo del popolo. - 5. La giurisdizione presidio dei diritti costituiti legislativamente.

1. Premessa

Il principio della separazione delle funzioni legislativa e giurisdizionale è un caposaldo del governo rappresentativo che è stato instaurato dalle rivoluzioni settecentesche. Tuttavia l'opinione, secondo cui vi è una inevitabile confusione tra di esse, ha guadagnato molti consensi. Raramente è formulata in modo diretto e apertamente teorizzata: spesso si nutre della difficoltà di segnare in modo netto e preciso il confine, soprattutto per l'incerta discriminazione tra la creazione e l'applicazione del diritto. Lo scetticismo pervade quindi i discorsi circa la distinzione dell'interpretazione giuridica, specie quella giudiziaria, dal fatto produttivo del diritto. Qui non ne posso dar conto in modo esauriente. Forse non sarebbe neppure utile: è un atteggiamento che si manifesta su una vasta gamma tematica e raramente esprime dottrine completamente elaborate. Perciò può essere più efficacemente contrastato dimostrando che il confine è conoscibile e può essere segnato con precisione, piuttosto che evidenziando i difetti delle tesi opposte. Fa eccezione la teoria della discrezionalità giudiziaria, che è sostenuta in modo diverso e con conseguenze di diversa portata dalla dottrina della struttura aperta del diritto di Hart e da quella pura del diritto di Kelsen. Perciò bisogna occuparsene direttamente.

2. La discrezionalità del giudice e la struttura aperta del diritto

Hart crede che il diritto abbia una struttura aperta, a causa dell'indeterminazione della comunicazione dei criteri generali di condotta, e che l'imprecisione comunicativa, riguardo alla legislazione¹, dipenda dalla naturale approssimazione del linguaggio e dalle limitate capacità di previsione. In conseguenza, deve essere «lasciato molto spazio all'attività dei tribunali e dei funzionari che decidono, alla luce delle circostanze, tra interessi che variano di importanza di caso in caso»². L'interpretazione giurisdizionale dunque può essere discrezionale e perciò creativa del diritto.

Senonché l'argomento hartiano della naturale indeterminatezza del linguaggio considera soltanto il significato letterale degli enunciati. Non comprende i significati di sfondo presupposti da essi, relativi alle capacità umane e alle conoscenze del mondo; e neppure quelli impliciti propri della rete semantica cui appartiene l'enunciazione. Può essere indeterminata e incompleta la lettera dell'enunciazione. Tuttavia l'intenzione di chi la pronuncia o la scrive può essere compresa, quindi

¹ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, 115 ss. considera anche il precedente giudiziario autoritario, la cui comunicazione è indeterminata per l'intrinseca complessità del messaggio, poiché tra i molti fatti che lo compongono occorre individuare quelli rilevanti da imitare; inoltre esso è valutato diversamente nel tempo nello stesso ordinamento e nei vari ordinamenti che lo contemplano. Ma qui non me ne occupo perché non attiene, perlomeno non direttamente, alla questione del rapporto tra la legislazione e la giurisdizione.

² *Ibidem*, 159.

determinata in modo preciso e completo, estendendo lo sguardo verso le conoscenze che essa presuppone e i significati impliciti che contiene³.

L'indeterminatezza o l'incompletezza degli enunciati legislativi suscita importanti problemi conoscitivi delle regole giuridiche. Ma ciò non vuol dire che queste siano vaghe e che la fattispecie cui esse si riferiscono siano descritte in maniera incompleta. Chi elabora norme giuridiche attraverso l'interpretazione mette nel conto il problema semantico e ricerca i mezzi per risolverlo. Anch'egli, come colui che capisce l'atto linguistico, l'intenzione comunicata verbalmente o con qualsiasi scrittura o segno, stabilisce il contenuto normativo della disposizione legislativa, considerando i significati presupposti dall'enunciato, che fanno da sfondo a ogni rappresentazione della realtà - l'esperienza comune, la conoscenza degli uomini e delle cose del mondo - e quelli impliciti, propri dell'ordinamento giuridico settoriale o di quello generale cui appartiene la legge. Il giurista allora va ben oltre il significato letterale della proposizione legislativa, non ne prescinde, ovviamente, perché è l'oggetto della sua conoscenza, ciò che interpreta, cui attribuisce un significato regolativo. Compie una sofisticata operazione intellettuale, ricavandone una norma univoca e coerente con l'insieme delle altre norme del complesso ordinamento cui essa appartiene e con ciò che si sa di come sono fatti gli uomini e il mondo. Quindi dice qual è la norma vera di quell'ordinamento, che è creata legislativamente con l'approvazione di disposizioni valide come legge da parte dei rappresentanti del popolo. Sicché l'imprecisione o perfino l'oscurità delle formule linguistiche non implica la creazione giudiziaria della regola giuridica al posto di quella legislativa. Il diritto prodotto con l'approvazione degli atti legislativi è diverso da quello determinato interpretativamente, perché l'interpretazione è l'atto conoscitivo della legge. Lo presuppone come diritto valido e ne stabilisce il suo significato, con un atto che è tanto creativo quanto ogni attività cognitiva.

Pertanto, secondo Hart, i giudici creano diritto non sempre, né necessariamente, ma quando un caso non si lascia definire completamente dalla norma stabilita dalla legge o da un precedente giudiziario. Inoltre la produzione riguarda solamente alcuni aspetti non centrali, quindi è parziale e marginale. Generalmente la norma è completa. Egli sostiene dunque che alcuni (o meglio alcuni aspetti dei) casi, su cui un giudice si deve pronunciare, sono disciplinati in modo incompleto e perciò il diritto di quei casi lo crea il tribunale: *«essi sono giuridicamente non regolati e i tribunali per raggiungere una decisione devono esercitare quella limitata funzione legislativa che io chiamo "discrezionalità"»*⁴.

3. L'applicazione indistinguibile dalla creazione normativa e la dottrina pura del diritto

Invece, secondo la dottrina kelseniana, l'applicazione è indistinguibile dalla produzione del diritto, quindi i giudici, come chiunque applichi norme giuridiche, sempre e necessariamente producono diritto. L'ordinamento normativo descritto da Kelsen infatti consiste nel fatto che una norma è prodotta sulla base di un'altra norma che ne fonda la validità, in quanto stabilisce il modo della sua produzione. Sicché la formazione delle norme è normativa, implica l'applicazione della norma riguardo alla produzione del diritto, quindi chi crea una norma contemporaneamente ne applica un'altra relativa alla sua creazione. Insomma, le norme sono prodotte normativamente,

³ Cfr. J. S SEARLE, *Speech Act*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, trad. it., *Atti linguistici*, Bollati Boringhieri, Torino, 1976, 177 ss., e più di recente Id., *The Rediscovery of the Mind*, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, 1992, trad. it., *La riscoperta della mente*, Bollati Boringhieri, Torino, ed. digitale 2017, cap. 8.

⁴ *Ibidem*, 324. Il corsivo è mio.

cosicché ogni atto produttivo è allo stesso tempo applicativo e viceversa ogni atto applicativo è contemporaneamente creativo di una norma⁵.

Tuttavia Kelsen sostiene che la legislazione è diversa dalla giurisdizione e che la differenza consiste nel fatto che la prima crea norme generali, mentre la seconda singolari o individuali.

Non si capisce quale sia il fondamento di questa discriminazione, cioè perché la legge debba essere generale e la sentenza particolare. Infatti, secondo la dottrina pura, si può dire che le norme derivano da altre norme sovrastanti nel senso che queste stabiliscono le condizioni di validità di quelle, ma non che le prime sono più generali delle seconde. Quest'ultima affermazione è esatta solamente considerando staticamente l'ordinamento, quindi se la derivazione va intesa nel senso che una norma particolare è dedotta da un'altra generale. Però per Kelsen questa deduzione non è vera creazione del diritto. La produzione del diritto per lui è ordinata dinamicamente. Quindi la norma è valida se il fatto della sua creazione può essere sussunto nella norma che lo prevede come produttivo di diritto. Generale o particolare può essere il contenuto della norma, non il modo in cui si è formata. Allora si può dire soltanto che la regola di produzione della sentenza è stabilita dalla legge.

È vero che gli ordinamenti vigenti in genere attribuiscono alla giurisdizione il potere di stabilire norme singolari o individuali, per le ragioni che illustrerò più avanti. Ma questo è un altro discorso, dommatico e non teorico. E teoricamente la dottrina pura del diritto non spiega il fenomeno, non spiega cioè che cosa distingue la produzione del diritto giurisdizionale da quella legislativa: per essa la nomogenetica giurisprudenziale non ha una caratterizzazione specifica.

Eppure anche Kelsen parla di indeterminatezza delle norme e di discrezionalità applicativa: «la norma del piano superiore determina (...) l'atto con cui si produce la norma del piano inferiore, oppure l'atto dell'esecuzione, se è soltanto più di esso che si tratta; ed in ciò essa determina non soltanto la procedura con cui produrre la norma inferiore o l'atto di esecuzione, ma eventualmente anche il contenuto della norma da statuire o dell'atto dell'esecuzione da porre in essere»⁶. Dire che la norma superiore determina il modo in cui debba essere prodotta la norma inferiore, è un'affermazione ovvia per chi sostiene che il diritto è creato giuridicamente: infatti, è logicamente necessario che sia descritto il fatto produttivo e che la norma sia prodotta da un fatto corrispondente alla descrizione (rapporto di determinazione o correlazione, lo definisce Kelsen), affinché l'atto soggettivo di dettare una regola giuridica valga obiettivamente come una norma dell'ordinamento. Può essere che sia difficile stabilire se un certo fatto sia sussumibile nella previsione normativa e quindi controverso se esso sia diritto valido. Ma da ciò non si può trarre la conclusione che la norma sulla produzione sia incompleta: se il fatto non corrisponde alla previsione non è norma. Né è sostenibile che la descrizione sia determinabile o completabile nel momento della sua applicazione perché metterebbe in discussione l'assunto fondamentale della dottrina pura che una norma deriva da un'altra norma, quindi non può essere che una norma stabilisca, completandole, le condizioni della propria validità, cioè abbia ad oggetto la propria validità, sia pure in parte. C'è dunque da capire quale sia il significato dell'affermazione kelseniana secondo cui la determinazione della norma di grado inferiore «non è (...) mai completa. La norma del piano superiore non può vincolare in tutte le direzioni l'atto con cui si applica. Deve sempre rimanere un ambito di discrezionalità, ora più ampio ora più limitato, cosicché la norma superiore, in rapporto all'atto con cui deve essere applicata, cioè all'atto di produzione della norma o dell'esecuzione, ha sempre e soltanto il carattere di uno schema che deve essere completato con questo atto»⁷.

⁵ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1960, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975, passim, spec. 217 ss.

⁶ *Ibidem*, 382.

⁷ *Ibidem*, 382.

L'idea che il giudice completi lo schema normativo è compatibile con la dottrina pura soltanto riferendola non alla modalità della produzione ma al diritto prodotto, ossia alla norma primaria, per usare la terminologia hartiana. L'esempio che Kelsen fa in proposito è chiarificatore: «Un ordine, per quanto specifico, deve affidare una grande quantità di particolari a colui che lo esegue. Se l'organo A decide che l'organo B deve arrestare il suddito C, l'organo B deve decidere discrezionalmente quando, dove e come si deve eseguire il mandato di cattura: queste decisioni dipendono dalle circostanze esterne, che l'organo da cui proviene l'ordine non ha previsto e, in gran parte, non può prevedere»⁸.

Allora il pensiero di Kelsen è questo: la norma è determinata da quella superiore nella misura in cui la fonda, stabilisce le condizioni necessarie della sua validità come norma dell'ordinamento giuridico, cioè tali per cui non sarebbe norma se esse non fossero soddisfatte; invece è più o meno indeterminata e completabile giudiziariamente, per quanto concerne gli altri aspetti riguardanti ciò che essa eventualmente dispone. La prescrizione eventuale di una condotta è uno schema che va riempito discrezionalmente da chi sia autorizzato dalla stessa norma sulla produzione. Pertanto, «il fatto che una sentenza giudiziaria si fondi su una legge significa in verità soltanto che essa si mantiene nei limiti dello schema rappresentato dalla legge, e non che essa è *la* norma individuale, bensì *una* fra le norme individuali che possono essere prodotte all'interno dello schema della norma generale»⁹. Insomma, per la dottrina pura la regola di condotta stabilita dalla decisione giudiziaria è determinata normativamente non sempre né necessariamente e solo sino a un certo punto, quindi è creata più o meno dal giudice secondo la norma della sua produzione.

È evidente che l'applicazione di una norma, nel senso della specificazione di una regola di condotta in essa contenuta, o perfino l'esecuzione di un ordine è qualcosa di più della mera e insensata ripetizione di una previsione o di un ordine. L'atto applicativo o esecutivo contiene sempre qualcosa che non c'è in quello applicato o eseguito, nella misura in cui la norma ha bisogno dell'attuazione e un ordine dell'esecuzione. Tuttavia stabilire una regola non è lo stesso che attuarla o dare un ordine non equivale a obbedirgli e il completamento giudiziario dello schema della regola di condotta, quando sia stabilita dalla legge, non dimostra che esso è un'attività legislativa o dello stesso tipo di quella legislativa.

4. Il potere costitutivo del legislatore rappresentativo del popolo

La legislazione ha fondamenti legittimanti, caratteri strutturali e funzionali diversi dalla giurisdizione, che non possono essere spiegati con i concetti di creazione e di applicazione del diritto, sia che vengano confusi o contrapposti. Per chiarirli conviene partire da qui: il legislatore del governo rappresentativo è il parlamento, l'assemblea dei rappresentanti del popolo eletti democraticamente.

A prima vista la legge vale come tale per il potere e l'autorità di chi la pone, cioè dei rappresentanti nazionali. Sennonché dire che la legge è ciò che stabilisce il legislatore è un'affermazione recursiva che non spiega nulla. Bisogna capire perché la legge è deliberata dagli eletti dal popolo e quindi quale sia la sua peculiare caratteristica che richiede la potestà e l'autorità del popolo attraverso i suoi rappresentanti. Allora è importante stabilire che cosa dispone la legge, che quindi va intesa in senso materiale.

Poiché la domanda è perché la legge deve deliberarla il parlamento, va determinata quale sia la caratteristica propria della disposizione legislativa per la quale occorre l'approvazione

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, 384.

parlamentare: così soltanto emerge quale potere si esercita con la legge e di conseguenza si stabilisce chi - e in larga misura anche come - lo debba esercitare. Pertanto, la giustificazione della natura parlamentare della legislazione implica la considerazione non della forma della legge ma di ciò che la legge dispone, ossia dell'oggetto o della materia che contraddistingue la disposizione legislativa.

Ebbene, la ragione per cui la legislazione spetta ai rappresentanti del popolo è che la legge contiene le regole costitutive. La legge può disporre anche regole regolative, come qualsiasi atto giuridico.

Ma essa è tale - e innanzitutto lo è la prima, la costituzione, che crea il legislatore dando origine all'ordinamento - perché costituisce il potere, ha il potere di creare il potere. Non solo disciplina fatti preesistenti a essa, non solo è regolativa, ma soprattutto ne crea di nuovi, è costitutiva. Si riferisce non tanto al passato, a fatti concreti e precisamente identificati, quanto al futuro, a fatti ipotizzati e perciò definiti genericamente per tipologia o classi astratte. La distinzione tra il potere costitutivo e quello regolativo - che ricalca evidentemente quella tra le regole costitutive e regolative¹⁰ - non va confusa con la ripartizione tra la norma e il provvedimento, che negli ordinamenti dualisti ottocenteschi separava la legislazione del parlamento dall'esecuzione amministrativa e giudiziaria dell'apparato regio.

Anch'essa esprime una concezione materiale della legge e considera la normatività un attributo ricorrente della regola legislativa. Infatti la normatività è una mera conseguenza e in più eventuale della funzione costitutiva: siccome la regola costitutiva crea qualcosa di nuovo, si riferisce a fatti ipotetici e perciò descritti in modo più o meno astratto e generico. Peraltro la legge può essere anche regolativa e ciò nonostante essere deliberata dal legislatore per conferirle il valore che è proprio della legislazione. Ma il punto cruciale in questo discorso è non la descrizione di come sia la legge, ma la spiegazione del perché le regole costitutive devono essere deliberate legislativamente.

Al riguardo, è importante l'osservazione che il governo rappresentativo degli ordinamenti che derivano dalle rivoluzioni borghesi si basa sul principio che la sua costituzione è una legge, deliberata dall'assemblea dei rappresentanti della nazione perché è un atto sovrano; e sovrano - secondo l'idea che suggerisco - significa (o significa anche) originario o fondativo; e la regola costitutiva in quanto tale è originaria, non regola ciò che esiste, ma crea fatti nuovi. Perciò, deliberare una regola costitutiva significa esercitare un potere sovrano: a un fatto sociale è imposto un nuovo *status*.

È la creazione non di una situazione, ma di una norma, ad opera di un legislatore, di un'organizzazione popolare che ne ha il potere e l'autorità in quanto riconosciuta come rappresentativa del popolo. In democrazia, dunque, stabilire le regole costitutive spetta al popolo strutturato come legislatore.

Pertanto, da quando si è imposta la pretesa di decidere la costituzione, quindi è stato esercitato il potere costituente, che è essenzialmente il potere di costituire il legislatore con la legge dei rappresentanti della nazione riuniti nell'assemblea parlamentare, da allora in poi la deliberazione delle regole costitutive è stata monopolizzata dal parlamento.

La legge del parlamento è divenuta l'atto di esercizio della sovranità popolare e la costituzione di ogni potestà giuridica. Fondamento di qualsiasi pretesa di potere regolativo di tipo amministrativo o giudiziario e quindi di ogni diritto. Sicché, secondo il principio fondamentale del governo rappresentativo, oggi *legis-latio* significa avere il potere di costituire, creare il diritto con una deliberazione parlamentare.

¹⁰ Teorizzata da J. R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, 1955, trad. it *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino 2006, 51 ss.

5. La giurisdizione presidio dei diritti costituiti legislativamente

L'art. 101 della Costituzione dispone che la giustizia è amministrata in nome del popolo. A prima vista sembra che attribuisca alla magistratura una funzione rappresentativa del popolo¹¹, analoga a quella dell'art. 67, per la quale ciascun parlamentare rappresenta la nazione. Sembra dunque confermare l'idea generale che la giurisdizione e la legislazione esprimano, se non la stessa, perlomeno una politicità analoga.

Sennonché i giudici sono funzionari pubblici, magistrati, che esercitano la giurisdizione vincolati dalla legge. È sicuro dunque che non sono una rappresentanza popolare. Nondimeno, potrebbero rappresentare il popolo nel senso della rappresentazione dell'interesse generale, di ciò che unisce il popolo¹². Sarebbero allora un'istanza politica di tipo legislativo, che crea diritto quanto il legislatore, sia pure in un modo peculiare. Ma non è così. La giurisdizione è differente dalla legislazione, perché non costituisce il diritto: dice se sia fondata giuridicamente la pretesa avanzata da qualcuno, stabilisce se chi agisce in giudizio versi nella condizione descritta dalla legge per avere il diritto che chiede per sé. Non crea il diritto di tutti, ma pronuncia quale sia il diritto di ciascuno.

Il giudice deve servire la legge. Allora la regola giurisdizionale non esprime alcuna politica, non è una rappresentazione del popolo. Il riferimento al popolo in nome del quale è amministrata la giustizia indica il soggetto cui si deve la legge, il diritto che il giudice pronuncia. La giustizia è amministrata in nome del popolo, perché il popolo è l'autore della legge cui il giudice è soggetto (art. 101) e su cui si fonda la propria pronuncia. In nome del popolo dunque non significa rappresentanza del popolo. Per il giudice il bene comune è quello incorporato nella legge. La giurisdizione non ne può dare alcuna idea, se non quella che risulta dalla legislazione¹³. È un presidio dell'interesse individuale protetto dalla legge, secondo quanto risulta dall'art. 24 della Costituzione che assicura a tutti il diritto di azione e di difesa per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

I legislatori non sono vincolati dal diritto esistente, poiché la modifica di questo è l'oggetto della loro attività legislativa: possono innovare le regole costitutive dei diritti, quando lo richieda l'interesse generale; rappresentano il popolo da cui ha origine il diritto. I giudici sono invece vincolati dalle leggi e possono stabilire se le pretese avanzate dai cittadini hanno un fondamento legale e non se sono giustificate politicamente; sono non rappresentanti ma magistrati del popolo che pronunciano il diritto che spetta a ognuno. Insomma, «in nome del popolo» ha a che vedere con la giustificazione della decisione giudiziaria, che è diversa da quella della legge. Bisogna capire che cosa la distingue.

La legislazione deve essere giustificata con la ragione pubblica¹⁴, con argomenti dibattuti pubblicamente che ne sostengono la sua corrispondenza all'interesse generale. Le decisioni dei giudici devono essere giustificate soltanto con la legge; non possono avere altre ragioni. Il loro

¹¹ Così S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2017, 8, il quale tuttavia precisa che la rappresentanza giurisdizionale è istituzionale e giuridica, se la giurisdizione non sconfinava nella produzione normativa (per questo aspetto cfr. 26 ss.).

¹² Per un approfondimento di questa idea della rappresentanza politica rinvio al mio *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino, 2018, 154 ss.

¹³ Cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2016, IX, 73, il quale evidenzia che quando si smarrisce il confine tra la *legis-latio* e la *iuris-dictio* l'interprete cessa di essere interprete e diventa qualcos'altro: diventa un rappresentante, con la conseguenza importante che i diritti e i doveri non sono più «nella disponibilità dei cittadini, capaci di darsi le costituzioni e le leggi che – nei limiti consentiti dal gioco della rappresentanza - vogliono, ma di un'aristocrazia di guardiani».

¹⁴ È l'idea sostenuta da J. RAWLS, *Theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2009, 25 ss.; ID., *Political liberalism*, Columbia University Press, 1993, trad. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, 125; ID., *Justice as fairness: a restatement*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, trad. it. *Giustizia come equità*, Feltrinelli, Milano, 2002, 45 s.

motivo è sempre e necessariamente la ragione pubblica incorporata nella legge. Quella del legislatore è fuori dalla legge. È vero che anche il legislatore produce diritto in base al diritto, applica e crea diritto, come sostiene la dottrina pura. Però la funzione eminente della legge è quella di costituire il diritto e quindi la legislazione almeno in parte ha bisogno di una giustificazione che non si trova nel diritto vigente: infatti deve giustificare la modifica della legge. Insomma, i cittadini e i legislatori che li rappresentano alla fin fine esercitano poteri sovrani e di conseguenza non possono trovare in un diritto precedente la giustificazione del loro voto; il loro compito è stabilire quando e come il diritto deve essere cambiato. Perciò discutono e votano liberamente. Tuttavia i loro atti devono essere riconosciuti come propri del popolo nella sua unità. Pertanto tutte le deliberazioni politiche devono essere il prodotto della ragione pubblica.

I cittadini e i legislatori sono non terzi disinteressati, ma parti interessate che decidono ciò che è bene per sé stessi come comunità. Sono il popolo che decide su sé stesso. La ragione pubblica è non il motivo del voto di ciascuno votante o di tutti coloro che hanno votato in un certo modo, ma la logica del procedimento che, presuppone il disaccordo, coinvolge molte e differenti visioni, mira all'accordo e scoraggia i comportamenti strategici e faziosi. In altri termini, la deliberazione politica è un atto della ragione pubblica perché è stata approvata democraticamente, in una situazione favorevole a rendere presente la volontà generale – secondo l'originaria idea rousseauviana -: è stata discussa e votata da tutti i cittadini, uomini liberi e uguali, che si sono impegnati reciprocamente a decidere per il bene della propria comunità; in conseguenza è data non dalla semplice somma dei molti e diversi motivi e interessi particolari dei votanti, ma dalla ragione pubblica. È il risultato di una complessa pratica sociale, che peraltro potrebbe apparire fallace e ingiusto, non corrispondente al bene del popolo, secondo qualcuna delle concezioni di questo bene. Perciò è sempre discutibile e rivedibile. In conclusione, la ragione pubblica delle decisioni politiche è procedimentale.

Pure l'esercizio della giurisdizione è procedimentale; anzi il processo è il particolare procedimento che lo contraddistingue. Ma la discussione che vi si svolge ha la forma del contraddittorio tra le parti, ciascuna delle quali pretende per sé un diritto, cioè sostiene il proprio interesse contro l'altro. Essa si svolge a partire dall'affermazione della pretesa di qualcuno interessato, che lamenta la lesione di un proprio diritto, e dalla sua negazione da parte di qualcun altro controinteressato. Il processo contraddittorio serve ad assicurare la difesa dei controinteressati e non la democraticità della decisione. Ciascuno dice o contraddice sostenendo l'interesse proprio, la propria ragione, e non quella comune. Le parti si possono accordare e mettere fine alla lite facendosi reciproche concessioni, perché ciascuna considera la transazione vantaggiosa per il proprio interesse e non ha più bisogno di una sentenza. Insomma, ciò che spinge all'azione o alla difesa e che anima il contraddittorio processuale è l'interesse di parte. La procedura di giustificazione politica invece non conosce gli interessati e ad essa ha il diritto di partecipare ogni cittadino. È realistico immaginare che chi avanza una proposta in questa procedura lo faccia nel proprio interesse, come chi agisca in giudizio. Però, benché sia motivata dall'interesse del proponente, deve dimostrare pubblicamente, resistendo alle critiche di chi le oppone una diversa idea politica, che corrisponde all'interesse comune, o perlomeno comune a molti, se vuole ottenere il consenso necessario per la sua approvazione e sia riconosciuta come rappresentativa del popolo.

Inoltre, nel procedimento di giustificazione politica è un cittadino o un parlamentare che propone all'assemblea del popolo o dei rappresentanti, di cui egli stesso fa parte, l'approvazione di un atto come decisione di tutti. Nel processo invece una parte chiede a un terzo, al giudice, una decisione a suo favore e contro un'altra parte. Il giudice non è un contraddittore e non ha interessi in comune con alcuna delle parti. Perciò la sua sentenza è imparziale. La deliberazione dell'assemblea popolare o parlamentare non lo è, non nello stesso senso: è generale, riguarda il comune interesse e non soltanto quello di una parte. Quindi la sentenza è imparziale nel senso che è pronunciata da un

giudice che non ha interessi in comune con le parti. La decisione politica è più propriamente unitaria; e non per la posizione al di sopra delle parti del decidente, ma, al contrario, proprio perché è presa nel foro pubblico da tutti coloro sui quali produce effetti.

Il giudice quando decide dà ragione a una parte e torto a un'altra, quindi alla fine prende parte; e questa presa di posizione è motivata da un giudizio, che deve avere un metro: per stabilire dove stia il torto o la ragione prima bisogna sapere che cosa sia bene o male, giusto o ingiusto, vero o falso. Il metro di giudizio del giudice è evidentemente la legge. Quindi innanzitutto deve interpretare la disposizione legislativa che definisce il fatto e la regola per esso prevista, cioè la norma costitutiva del diritto. È un'attività conoscitiva del diritto diretta alla formulazione di un giudizio su una controversia circa la spettanza di un diritto. Il suo giudizio ha ad oggetto il fatto posto a fondamento del diritto preteso, e precisamente se esso somiglia a quello previsto dalla legge come costitutivo del diritto; e se corrisponde il giudice sentenzia che quel caso è soggetto alla regola prevista dal legislatore. La sentenza dunque contiene un giudizio su questi fatti e una conseguente decisione su quale sia la regola legislativa che si applica ad essi. Deve essere giustificata da questo giudizio. Perciò va motivata, ed è evidente che questa motivazione può contenere soltanto quegli argomenti che giustificano con la ragione pubblica il dispositivo della sentenza.

Anche i giudici votano, quando è un collegio a giudicare, e può darsi che ogni giudice voti secondo la dottrina comprensiva di cui è seguace o perlomeno influenzato da essa. Ma la sentenza va motivata soltanto con una dottrina interpretativa della legge e quindi le idee circa la giustizia e il bene proprie del giudice le sono totalmente estranee, tanto che non possono essere dette. Quindi stabilire se e quanto le ragioni del giudice possano avere realmente determinato la decisione, è un'indagine, forse psicologica o sociologica, comunque sicuramente non giuridica.

ROBERTO MICCÙ

**Ancora su magistratura e politica nell'epoca della disintermediazione:
un riequilibrio necessario tra i poteri**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'incandidabilità dei magistrati. – 3. Magistrati titolari di incarichi di governo nazionali e territoriali. – 4. Ricollocamento dei magistrati candidati e non eletti. – 5. Ricollocamento dei magistrati eletti. – 6. Conclusioni: il magistrato in Parlamento o titolare di incarichi di governo.

1. Introduzione.

Quello della partecipazione dei magistrati alle competizioni elettorali, sia nazionali sia amministrative, rappresenta uno dei due aspetti che compongono il vasto e complesso tema dei rapporti tra politica e potere giudiziario: il disegno di legge del quale in questa sede ci occupiamo¹ deve essere, infatti, letto in combinato disposto con il divieto per i magistrati di partecipare in modo continuativo e sistematico ai partiti politici².

Al riguardo, v'è da dire che parte della dottrina ha colto i problematici rapporti intercorrenti tra i limiti posti dall'art. 3, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 109/2006³ e la disorganica disciplina riguardante l'accesso dei magistrati alle cariche pubbliche elettive o agli incarichi di governo, nazionali e territoriali⁴.

¹ Il presente contributo costituisce la rielaborazione di un intervento predisposto in occasione di un'audizione presso le commissioni riunite prima e seconda del Senato, investite in sede referente di tale d.d.l. (Atto Sen. n. 255, XVIII legisl., *Disposizioni in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali. Modifiche alla disciplina in materia di astensione e ricusazione dei giudici*).

² Il dibattito su questo specifico aspetto è molto ampio. Senza pretesa di completezza si veda: A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, in *Giur. cost.* 1966, 1920 ss.; F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982; ID., *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Foro it.*, 1985, IV; S. SENESE, *Giudici e iscrizione ai partiti politici*, in *Quaderni della giustizia*, n. 61/1986, 6 ss.; V. CARUSI, Art. 98, in V. CRISAFULLI-L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve della Costituzione*, Padova 1990; G. BORRÈ, Art. 98, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997; G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 21 febbraio 2007; S. PRISCO, *Politica e magistratura in Italia: i nodi da sciogliere con pazienza*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) del 27 agosto 2008; G. FERRI, *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224 del 2009 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, fasc. n. 2/2010, 136 ss.; N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2014; G. MORBIDELLI, *Magistrati e politica fra separazione ed equilibrio dei poteri*, in S. MERLINI (a cura di), *Magistratura e politica*, Firenze 2016, 49 ss.; G.E. POLIZZI, *Il magistrato al Parlamento*, Padova 2017, ID., *L'incandidabilità del magistrato: profili di legittimità costituzionale e questioni di opportunità politica*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) del 26 marzo 2019; V. DE SANTIS, *Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per i magistrati nel (poco democratico) sistema dei partiti*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>) fasc. n. 2/2017, 16; L. LONGHI, *Il divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per motivi elettorali. Riflessioni a margine del c.d. caso Emiliano*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), n. 3/2018; *amplius*, ID., *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017, 11 ss.; S. CURRERI, *Le "convergenze parallele" tra diritto del magistrato ad assumere cariche politiche e divieto di iscrizione e militanza partitica*, in *Studium Iuris* fasc. 2/2019, 147 ss.

³ Cfr. su questa particolare ipotesi di illecito disciplinare F. SORRENTINO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Questione giustizia* (www-questionegiustizia.it) n. 1, 2007, 61; nonché più in generale sul tema cfr. D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma*, Padova, 2011.

⁴ Cfr. su questi aspetti le considerazioni critiche di G.E. POLIZZI, *L'incandidabilità del magistrato: profili di legittimità*, cit., 13 ss.

Su questo profilo è invero possibile registrare un panorama di posizioni sintetizzabile su due fronti opposti: da una parte vi è chi sottolinea come la severità della norma disciplinare più sopra richiamata debba essere estesa a interventi normativi organici che rendano, se non impossibile, quanto meno difficile la partecipazione del magistrato alla vita politica del paese, ovvero dei territori⁵; dall'altra si è sottolineato come tale partecipazione, essendo strettamente connessa allo *status* di cittadino e dunque tutelata quale diritto politico fondamentale, non possa essere compressa eccessivamente o addirittura impedita⁶.

Sempre su questi temi è ben nota, poi, la posizione assunta dalla Corte costituzionale, la quale, significativamente, da un lato ha recisamente negato l'incostituzionalità dell'illecito disciplinare più sopra richiamato, e dall'altro, ha sottolineato la posizione peculiare ricoperta dal magistrato nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, dalla quale derivano "speciali doveri" di imparzialità e di indipendenza che necessariamente devono essere osservati dal magistrato in ogni suo comportamento (Corte cost., sent. n. 224/2009⁷).

Per alcuni, siffatta posizione della Corte sembra negare il suindicato rapporto tra militanza politica e accesso a cariche politiche elettive, di modo che il secondo non implichi necessariamente la prima⁸. Per altri invece, la normativa disciplinare vigente, nella misura in cui vieta qualsiasi contatto del magistrato con i partiti, risulta contraddittoria – se non ipocrita – rispetto alla possibilità degli stessi di accedere a cariche elettive⁹.

A ben vedere la posizione della Corte, sempre modulata in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame, appare condivisibile pur nella sua radicalità e ciò in ragione anche di specifici indici rinvenibili nel testo costituzionale: l'articolo 51 della Costituzione, infatti, nel richiamare il principio di eguaglianza, quale condizione di accesso di tutti i cittadini alle cariche elettive, impone di applicare alla materia in questione, quel principio di ragionevolezza, elaborato dalla giurisprudenza costituzionale¹⁰, in virtù del quale è ben possibile ed anzi necessario disciplinare in modo ragionevolmente diverso fattispecie che si presentano sul piano ontologico diverse.

La premessa, dunque, dalla quale parte la Corte, e che mi sembra essenziale per qualsiasi riflessione su questi problemi, consiste nella necessaria differenziazione dello *status* di magistrato da quello di "comune" cittadino¹¹: le funzioni pubbliche esercitate dal primo, in nome e per conto del potere giudiziario al quale appartiene, si riflettono necessariamente, sulla sfera giuridica di questi, modificandola non sempre e non necessariamente in senso ampliativo.

Tale impostazione comporta, infatti, non solo l'imposizione di "speciali doveri" di imparzialità e di indipendenza agli appartenenti all'ordine magistratuale, ma la compressione dell'esercizio da parte di quest'ultimi di determinate situazioni giuridiche soggettive ancorché di rilievo costituzionale. È lo stretto nesso di immedesimazione che intercorre tra il soggetto e l'organo (o meglio l'ordine), di cui si ha riprova nel principio di esclusiva soggezione del giudice alla legge (art.

⁵ Cfr. S. CURRERI, *Le "convergenze parallele"*, cit., 154 ss.

⁶ Cfr. G.E. POLIZZI, *L'incandidabilità del magistrato: profili di legittimità*, loc. ult. cit.

⁷ Sulla sentenza in parola, cfr. nel dibattito R. CHIEPPA, *Il divieto dell'attività politica dei magistrati: meglio tardi che mai (ricordi storici delle tesi dell'associazione dei magistrati)*, in *Giur. cost.*, 2009, 2585 ss., nonché S. PRISCO, *Una nuova sentenza della Corte costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte dei magistrati*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) del 26 agosto 2009.

⁸ Cfr. S. CURRERI, *Le "convergenze parallele"*, cit., 151; nonché L. LONGHI, *Il divieto di iscrizione a partiti politici*, cit., 48 ss.

⁹ Cfr. G.E. POLIZZI, *L'incandidabilità del magistrato: profili di legittimità*, loc. ult. cit.

¹⁰ Sul quale v. da ultimo F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino, 2011.

¹¹ Questo aspetto è da ultimo valorizzato anche da L. LONGHI, *Il divieto di iscrizione a partiti politici*, cit., 50 ss., secondo il quale il rapporto tra lo *status* di cittadino e quello di magistrato è rovesciato, "(da cittadino-magistrato a magistrato-cittadino), nel senso di ritenere prevalenti prerogative e doveri della funzione rispetto al godimento di alcuni diritti "uti cives" (la partecipazione alla vita di un partito politico)".

101 Cost.), a giustificare, da un lato, la facoltà del Parlamento di stabilire nei confronti dei magistrati limitazioni al diritto di iscriversi in partiti politici (art. 98, comma 3, Cost.), e dall'altro la ragionevole distinzione di questi soggetti rispetto agli altri cittadini in ordine all'accesso a cariche pubbliche elettive.

In questo contesto ben si comprende la preoccupazione della Corte, che mi sento di condividere, di tutelare, tanto l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, quanto (e soprattutto) l'apparenza delle medesime, in quanto strettamente connesse alla legittimazione sul piano culturale e sociale dell'ordine medesimo. Nel bilanciamento di questi valori rispetto alla garanzia dell'elettorato passivo dei soggetti che ricoprono funzioni giurisdizionali, la Corte costituzionale e la stessa Costituzione privilegiano i primi per quelle evidenti ragioni di tenuta dell'intero sistema costituzionale che sembrano affiorare anche in questo disegno di legge e che si cercherà di evidenziare volta per volta.

Nello specifico, esaminerò puntualmente alcuni passaggi del testo, soffermandomi in particolare su quegli aspetti che, più di altri, ritengo idonei a rivelare il segno di quel bilanciamento cui ho fatto cenno e che rappresenta il perno di questo disegno di legge.

2. L'incandidabilità dei magistrati.

L'iter parlamentare del disegno di legge di cui si discorre è lungo e abbastanza noto. Si tratta infatti di un testo il cui esame era stato avviato, con un certo profitto, già nella precedente legislatura, e aveva ricevuto un'accoglienza positiva anche da parte del Consiglio Superiore della Magistratura¹² che, in più occasioni, aveva invocato un intervento organico di rango primario rispetto a un tema fino ad oggi regolato in modo rapsodico da alcune normative tra loro non coordinate e da talune circolari dell'organo di autogoverno della magistratura: un'opera, quest'ultima, di 'supplenza' del Legislatore, di cui lo stesso CSM non ha esitato a evidenziare gli intrinseci limiti¹³.

¹² Si fa riferimento chiaramente al A.S. n. 116 e abbinati, recante 'Disposizioni in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali'. Nel corso dell'iter parlamentare, e in particolare dopo l'approvazione del Senato in prima lettura, è intervenuto il parere del CSM, di segno sostanzialmente positivo, del 21 maggio 2014 sul disegno di legge in parola.

¹³ Al riguardo, cfr. la circolare CSM n. 12046 dell'8 giugno 2009, riguardante riguarda il conferimento di funzioni ai magistrati che si siano candidati ad elezioni politiche o amministrative, senza essere eletti, ovvero di coloro che dopo l'elezione cessino dalla carica, nonché la risoluzione del CSM adottata il 28 aprile 2010 riguardante la partecipazione alla attività politica e amministrativa locale da parte dei magistrati, nell'ambito della quale l'organo di autogoverno auspicava «un intervento del legislatore che attraverso normativa primaria renda la disciplina in tema di eleggibilità e di rientro in ruolo dei magistrati chiamati a ricoprire cariche pubbliche nelle amministrazioni degli enti locali del tutto omogenea a quella oggi vigente per le elezioni al Parlamento». Per il CSM era (ed è) essenziale «evitare che il magistrato si proponga come amministratore attivo nel medesimo contesto territoriale nel quale, senza soluzioni di continuità, ha appena svolto attività giurisdizionali, rischiando in tal modo di creare un'oggettiva confusione di ruoli e di funzioni, di per sé idonea ad appannare l'immagine di imparzialità». In dottrina, su tale atto di indirizzo cfr. E. TIRA, *Il CSM invita il legislatore a porre dei limiti alle candidature dei magistrati alle elezioni politiche e amministrative*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), fasc. n. 1/2011; sulla stessa lunghezza d'onda delle precedenti delibere, cfr. poi la delibera del CSM del 21 ottobre 2015 dal titolo "*Rapporto tra politica e giurisdizione, con particolare riferimento al tema del rientro nel ruolo della magistratura di coloro i quali abbiano ricoperto incarichi di Governo ed attività politica e parlamentare. Candidabilità e successivamente non ricollocamento in ruolo dei magistrati che siano candidati ad elezioni politiche od amministrative, ovvero che abbiano assunto incarichi di governo nazionale, regionale e negli enti locali*". ^[1] ^[2] ^[3] ^[4] ^[5] ^[6] ^[7] ^[8] ^[9] ^[10] ^[11] ^[12] ^[13] ^[14] ^[15] ^[16] ^[17] ^[18] ^[19] ^[20] ^[21] ^[22] ^[23] ^[24] ^[25] ^[26] ^[27] ^[28] ^[29] ^[30] ^[31] ^[32] ^[33] ^[34] ^[35] ^[36] ^[37] ^[38] ^[39] ^[40] ^[41] ^[42] ^[43] ^[44] ^[45] ^[46] ^[47] ^[48] ^[49] ^[50] ^[51] ^[52] ^[53] ^[54] ^[55] ^[56] ^[57] ^[58] ^[59] ^[60] ^[61] ^[62] ^[63] ^[64] ^[65] ^[66] ^[67] ^[68] ^[69] ^[70] ^[71] ^[72] ^[73] ^[74] ^[75] ^[76] ^[77] ^[78] ^[79] ^[80] ^[81] ^[82] ^[83] ^[84] ^[85] ^[86] ^[87] ^[88] ^[89] ^[90] ^[91] ^[92] ^[93] ^[94] ^[95] ^[96] ^[97] ^[98] ^[99] ^[100] ^[101] ^[102] ^[103] ^[104] ^[105] ^[106] ^[107] ^[108] ^[109] ^[110] ^[111] ^[112] ^[113] ^[114] ^[115] ^[116] ^[117] ^[118] ^[119] ^[120] ^[121] ^[122] ^[123] ^[124] ^[125] ^[126] ^[127] ^[128] ^[129] ^[130] ^[131] ^[132] ^[133] ^[134] ^[135] ^[136] ^[137] ^[138] ^[139] ^[140] ^[141] ^[142] ^[143] ^[144] ^[145] ^[146] ^[147] ^[148] ^[149] ^[150] ^[151] ^[152] ^[153] ^[154] ^[155] ^[156] ^[157] ^[158] ^[159] ^[160] ^[161] ^[162] ^[163] ^[164] ^[165] ^[166] ^[167] ^[168] ^[169] ^[170] ^[171] ^[172] ^[173] ^[174] ^[175] ^[176] ^[177] ^[178] ^[179] ^[180] ^[181] ^[182] ^[183] ^[184] ^[185] ^[186] ^[187] ^[188] ^[189] ^[190] ^[191] ^[192] ^[193] ^[194] ^[195] ^[196] ^[197] ^[198] ^[199] ^[200] ^[201] ^[202] ^[203] ^[204] ^[205] ^[206] ^[207] ^[208] ^[209] ^[210] ^[211] ^[212] ^[213] ^[214] ^[215] ^[216] ^[217] ^[218] ^[219] ^[220] ^[221] ^[222] ^[223] ^[224] ^[225] ^[226] ^[227] ^[228] ^[229] ^[230] ^[231] ^[232] ^[233] ^[234] ^[235] ^[236] ^[237] ^[238] ^[239] ^[240] ^[241] ^[242] ^[243] ^[244] ^[245] ^[246] ^[247] ^[248] ^[249] ^[250] ^[251] ^[252] ^[253] ^[254] ^[255] ^[256] ^[257] ^[258] ^[259] ^[260] ^[261] ^[262] ^[263] ^[264] ^[265] ^[266] ^[267] ^[268] ^[269] ^[270] ^[271] ^[272] ^[273] ^[274] ^[275] ^[276] ^[277] ^[278] ^[279] ^[280] ^[281] ^[282] ^[283] ^[284] ^[285] ^[286] ^[287] ^[288] ^[289] ^[290] ^[291] ^[292] ^[293] ^[294] ^[295] ^[296] ^[297] ^[298] ^[299] ^[300] ^[301] ^[302] ^[303] ^[304] ^[305] ^[306] ^[307] ^[308] ^[309] ^[310] ^[311] ^[312] ^[313] ^[314] ^[315] ^[316] ^[317] ^[318] ^[319] ^[320] ^[321] ^[322] ^[323] ^[324] ^[325] ^[326] ^[327] ^[328] ^[329] ^[330] ^[331] ^[332] ^[333] ^[334] ^[335] ^[336] ^[337] ^[338] ^[339] ^[340] ^[341] ^[342] ^[343] ^[344] ^[345] ^[346] ^[347] ^[348] ^[349] ^[350] ^[351] ^[352] ^[353] ^[354] ^[355] ^[356] ^[357] ^[358] ^[359] ^[360] ^[361] ^[362] ^[363] ^[364] ^[365] ^[366] ^[367] ^[368] ^[369] ^[370] ^[371] ^[372] ^[373] ^[374] ^[375] ^[376] ^[377] ^[378] ^[379] ^[380] ^[381] ^[382] ^[383] ^[384] ^[385] ^[386] ^[387] ^[388] ^[389] ^[390] ^[391] ^[392] ^[393] ^[394] ^[395] ^[396] ^[397] ^[398] ^[399] ^[400] ^[401] ^[402] ^[403] ^[404] ^[405] ^[406] ^[407] ^[408] ^[409] ^[410] ^[411] ^[412] ^[413] ^[414] ^[415] ^[416] ^[417] ^[418] ^[419] ^[420] ^[421] ^[422] ^[423] ^[424] ^[425] ^[426] ^[427] ^[428] ^[429] ^[430] ^[431] ^[432] ^[433] ^[434] ^[435] ^[436] ^[437] ^[438] ^[439] ^[440] ^[441] ^[442] ^[443] ^[444] ^[445] ^[446] ^[447] ^[448] ^[449] ^[450] ^[451] ^[452] ^[453] ^[454] ^[455] ^[456] ^[457] ^[458] ^[459] ^[460] ^[461] ^[462] ^[463] ^[464] ^[465] ^[466] ^[467] ^[468] ^[469] ^[470] ^[471] ^[472] ^[473] ^[474] ^[475] ^[476] ^[477] ^[478] ^[479] ^[480] ^[481] ^[482] ^[483] ^[484] ^[485] ^[486] ^[487] ^[488] ^[489] ^[490] ^[491] ^[492] ^[493] ^[494] ^[495] ^[496] ^[497] ^[498] ^[499] ^[500] ^[501] ^[502] ^[503] ^[504] ^[505] ^[506] ^[507] ^[508] ^[509] ^[510] ^[511] ^[512] ^[513] ^[514] ^[515] ^[516] ^[517] ^[518] ^[519] ^[520] ^[521] ^[522] ^[523] ^[524] ^[525] ^[526] ^[527] ^[528] ^[529] ^[530] ^[531] ^[532] ^[533] ^[534] ^[535] ^[536] ^[537] ^[538] ^[539] ^[540] ^[541] ^[542] ^[543] ^[544] ^[545] ^[546] ^[547] ^[548] ^[549] ^[550] ^[551] ^[552] ^[553] ^[554] ^[555] ^[556] ^[557] ^[558] ^[559] ^[560] ^[561] ^[562] ^[563] ^[564] ^[565] ^[566] ^[567] ^[568] ^[569] ^[570] ^[571] ^[572] ^[573] ^[574] ^[575] ^[576] ^[577] ^[578] ^[579] ^[580] ^[581] ^[582] ^[583] ^[584] ^[585] ^[586] ^[587] ^[588] ^[589] ^[590] ^[591] ^[592] ^[593] ^[594] ^[595] ^[596] ^[597] ^[598] ^[599] ^[600] ^[601] ^[602] ^[603] ^[604] ^[605] ^[606] ^[607] ^[608] ^[609] ^[610] ^[611] ^[612] ^[613] ^[614] ^[615] ^[616] ^[617] ^[618] ^[619] ^[620] ^[621] ^[622] ^[623] ^[624] ^[625] ^[626] ^[627] ^[628] ^[629] ^[630] ^[631] ^[632] ^[633] ^[634] ^[635] ^[636] ^[637] ^[638] ^[639] ^[640] ^[641] ^[642] ^[643] ^[644] ^[645] ^[646] ^[647] ^[648] ^[649] ^[650] ^[651] ^[652] ^[653] ^[654] ^[655] ^[656] ^[657] ^[658] ^[659] ^[660] ^[661] ^[662] ^[663] ^[664] ^[665] ^[666] ^[667] ^[668] ^[669] ^[670] ^[671] ^[672] ^[673] ^[674] ^[675] ^[676] ^[677] ^[678] ^[679] ^[680] ^[681] ^[682] ^[683] ^[684] ^[685] ^[686] ^[687] ^[688] ^[689] ^[690] ^[691] ^[692] ^[693] ^[694] ^[695] ^[696] ^[697] ^[698] ^[699] ^[700] ^[701] ^[702] ^[703] ^[704] ^[705] ^[706] ^[707] ^[708] ^[709] ^[710] ^[711] ^[712] ^[713] ^[714] ^[715] ^[716] ^[717] ^[718] ^[719] ^[720] ^[721] ^[722] ^[723] ^[724] ^[725] ^[726] ^[727] ^[728] ^[729] ^[730] ^[731] ^[732] ^[733] ^[734] ^[735] ^[736] ^[737] ^[738] ^[739] ^[740] ^[741] ^[742] ^[743] ^[744] ^[745] ^[746] ^[747] ^[748] ^[749] ^[750] ^[751] ^[752] ^[753] ^[754] ^[755] ^[756] ^[757] ^[758] ^[759] ^[760] ^[761] ^[762] ^[763] ^[764] ^[765] ^[766] ^[767] ^[768] ^[769] ^[770] ^[771] ^[772] ^[773] ^[774] ^[775] ^[776] ^[777] ^[778] ^[779] ^[780] ^[781] ^[782] ^[783] ^[784] ^[785] ^[786] ^[787] ^[788] ^[789] ^[790] ^[791] ^[792] ^[793] ^[794] ^[795] ^[796] ^[797] ^[798] ^[799] ^[800] ^[801] ^[802] ^[803] ^[804] ^[805] ^[806] ^[807] ^[808] ^[809] ^[810] ^[811] ^[812] ^[813] ^[814] ^[815] ^[816] ^[817] ^[818] ^[819] ^[820] ^[821] ^[822] ^[823] ^[824] ^[825] ^[826] ^[827] ^[828] ^[829] ^[830] ^[831] ^[832] ^[833] ^[834] ^[835] ^[836] ^[837] ^[838] ^[839] ^[840] ^[841] ^[842] ^[843] ^[844] ^[845] ^[846] ^[847] ^[848] ^[849] ^[850] ^[851] ^[852] ^[853] ^[854] ^[855] ^[856] ^[857] ^[858] ^[859] ^[860] ^[861] ^[862] ^[863] ^[864] ^[865] ^[866] ^[867] ^[868] ^[869] ^[870] ^[871] ^[872] ^[873] ^[874] ^[875] ^[876] ^[877] ^[878] ^[879] ^[880] ^[881] ^[882] ^[883] ^[884] ^[885] ^[886] ^[887] ^[888] ^[889] ^[890] ^[891] ^[892] ^[893] ^[894] ^[895] ^[896] ^[897] ^[898] ^[899] ^[900] ^[901] ^[902] ^[903] ^[904] ^[905] ^[906] ^[907] ^[908] ^[909] ^[910] ^[911] ^[912] ^[913] ^[914] ^[915] ^[916] ^[917] ^[918] ^[919] ^[920] ^[921] ^[922] ^[923] ^[924] ^[925] ^[926] ^[927] ^[928] ^[929] ^[930] ^[931] ^[932] ^[933] ^[934] ^[935] ^[936] ^[937] ^[938] ^[939] ^[940] ^[941] ^[942] ^[943] ^[944] ^[945] ^[946] ^[947] ^[948] ^[949] ^[950] ^[951] ^[952] ^[953] ^[954] ^[955] ^[956] ^[957] ^[958] ^[959] ^[960] ^[961] ^[962] ^[963] ^[964] ^[965] ^[966] ^[967] ^[968] ^[969] ^[970] ^[971] ^[972] ^[973] ^[974] ^[975] ^[976] ^[977] ^[978] ^[979] ^[980] ^[981] ^[982] ^[983] ^[984] ^[985] ^[986] ^[987] ^[988] ^[989] ^[990] ^[991] ^[992] ^[993] ^[994] ^[995] ^[996] ^[997] ^[998] ^[999] ^[1000]

Non è questa ovviamente la sede per interrogarsi sul fondamento e sul perimetro dei poteri normativi del CSM¹⁴, dal momento che questo testo, una volta approvato, supererà i problemi che, nel silenzio del Legislatore, erano stati sollevati a riguardo.

Il testo odierno, che ricalca più o meno fedelmente quello approvato dal Senato in prima lettura nella scorsa Legislatura, configura un sistema che nelle sue linee generali è abbastanza condivisibile: facendo propri gli spunti offerti dalle circolari del CSM in materia di accesso alle cariche elettive da parte dei magistrati, esso le sviluppa e, per certi versi, le radicalizza con l'evidente fine di tutelare la libertà di voto dell'elettore da forme di *captatio benevolentiae* o di *metus publicae potestatis*.

Ciò che, però, rimane ancora in parte in ombra è l'altro obiettivo della garanzia (costituzionalmente necessitata) del prestigio e dell'imparzialità della magistratura, non sempre raggiunto a pieno.

In quest'ultimo senso va certamente letto l'art. 1 del d.d.l. in esame che prevede l'incandidabilità del magistrato, anche fuori ruolo, per l'elezione alla carica di membro del Parlamento Europeo, di senatore o di deputato nonché a quella di Presidente di regione o di Consigliere regionale nelle circoscrizioni elettorali ricadenti in tutto o in parte nelle aree di competenza territoriale delle sedi o degli uffici presso i quali egli abbia prestato servizio nei cinque anni precedenti la data di accettazione della candidatura.

Medesima *ratio* – quella di garantire il buon andamento della giustizia e il prestigio della magistratura – si rinviene poi nell'obbligo per il magistrato di mettersi in aspettativa almeno sei mesi prima dell'accettazione della candidatura.

Queste misure che implementano il c.d. 'periodo di sterilizzazione'¹⁵ sono certamente da condividere, così come la scelta di limitare l'accesso alle cariche politiche dei magistrati attraverso l'istituto della incandidabilità, il quale, come è noto, implica un controllo in una fase antecedente alla consultazione elettorale e mette così al riparo l'indipendenza e l'imparzialità dell'ordine magistratuale rispetto a indebite iniziative personali.

Sul punto è appena il caso di precisare come tale ultima categoria rientri nel più ampio *genus* dell'ineleggibilità intesa in senso lato¹⁶ e che pertanto non emergono apprezzabili ragioni interpretative per escludere tale intervento dalla copertura costituzionale di cui all'art. 65 Cost., per quanto riguarda l'elezione alla carica di senatore o deputato¹⁷.

Appare infine opportuna l'estensione di tali misure anche ai magistrati dimissionari, non tanto per impedire possibili elusioni delle misure sin qui richiamate, quanto (soprattutto) per evitare il sorgere di sospetti di parzialità del magistrato rispetto ai provvedimenti giurisdizionali adottati quando era ancora in servizio (specialmente a ridosso delle dimissioni).

L'articolo in esame rappresenta, dunque, un passo in avanti sul tema, attesa la disciplina disorganica e lacunosa, ad oggi vigente, che, in alcuni casi, consente una piena eleggibilità dei

¹⁴ Su questi temi, classici, cfr. F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 37; A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, in *Rass. Parl.*, 2010, 374, nonché, da ultimo, D. PICCIONE, *Il Consiglio superiore della magistratura attraverso il prisma del suo regolamento*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), fasc. 4/2017, 3 ss.

¹⁵ Cfr. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 149 ss.

¹⁶ In questi termini, cfr., per tutti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, 475 ss.; nella giurisprudenza costituzionale, tale lettura (per quanto applicata ad elezioni regionali e locali) è rinvenibile in Corte cost. sentt. nn. 407/92 e 141/96; sulla categoria, invece, della incandidabilità cfr. di recente nel dibattito scientifico F. SCUTO, *La nuova dimensione dell'incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), fasc. 4/2013; N. LUPO-G. RIVOSECCHI, *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 590 ss.; G. RIVOSECCHI, *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del parlamento*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), fasc. 3/2011; L. TRUCCO, *La riforma del sistema elettorale e le legislature dei "passi perduti"*, in *Giur. It.*, 2013, 6, 1469 ss.

¹⁷ Cfr. in senso contrario, G.E. POLIZZI, *L'incandidabilità del magistrato: profili di legittimità*, cit., 10 ss.

soggetti senza nemmeno l'obbligo espresso di collocamento in aspettativa¹⁸, mentre in altri permette comunque un passaggio, tanto repentino, quanto discutibile, da un ruolo ad un altro anche nei territori nei quali si sono esercitate le funzioni magistratuali¹⁹.

3. Magistrati titolari di incarichi di governo nazionali e territoriali.

Si deve parimenti apprezzare l'obbligo, previsto dall'art. 2 del d.d.l. in esame, di collocamento in aspettativa del magistrato chiamato ad assumere incarichi di governo nazionali o territoriali.

Al riguardo, è appena il caso di notare che tale obbligo è oggi previsto espressamente solo per gli incarichi di governo nazionale²⁰, e che non sussistono cause di ineleggibilità o di incompatibilità nel caso in cui il magistrato svolga incarichi di governo territoriale in zone situate al di fuori del territorio ove esercita le funzioni giurisdizionali. Una situazione a dir poco paradossale e, si consenta, inaccettabile, alla luce di quella separazione dei poteri che impone anche una distinzione di ruoli. Tutto al contrario, è lo stesso CSM, come sapete, che ha riconosciuto, sul punto, l'impossibilità di *"una ricognizione circa il numero di magistrati impegnati contemporaneamente in funzioni giurisdizionali ed in funzioni politico-amministrative"*²¹.

Sotto questo profilo, vale dunque la pena di sottolineare che le problematiche maggiori connesse all'accesso dei magistrati alle cariche elettive, ovvero a incarichi di governo, deflagrano proprio quando dette cariche attengono a livelli di governo territoriale o locale; ovvero ad un livello dove il rapporto tra cittadino ed Istituzione si fa più stretto, rendendo così più evidenti e diretti non solo le responsabilità politiche del magistrato-amministratore sul territorio governato ma anche gli inevitabili riflessi politici delle decisioni prese da quest'ultimo nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali; l'imparzialità del magistrato, titolare di incarico di governo territoriale e che esercita funzioni giurisdizionali in altra area geografica, viene così radicalmente compromessa anche agli occhi di chi usufruisce dei servizi di giustizia erogati da quel magistrato.

Non bisogna peraltro dimenticare che l'attuale contesto di possibile sovraesposizione mediatica del magistrato è in grado di amplificare oltremodo le conseguenze delle scelte amministrative prese dal magistrato-amministratore, finendo così per delegittimare sul piano sociale e culturale, tanto la sua figura personale quanto quella dell'intero ordine.

Anche qui, dunque, si registra un passo avanti della legislazione in ordine alla garanzia della terzietà e dell'indipendenza della magistratura.

4. Ricollocamento dei magistrati candidati e non eletti.

Il punto centrale, a mio avviso, del complesso tema dell'accesso e della titolarità da parte di magistrati di cariche politiche risiede esattamente nella parabola 'discendente' di tale attività, ovvero nella disciplina del ricollocamento in ruolo di tali soggetti. Centrale perché, una volta che il magistrato abbia partecipato a una competizione elettorale e prima ancora che esso abbia

¹⁸ Si pensi, per esempio, alla eleggibilità pressoché piena sia per le elezioni politiche, che europee, che regionali e locali dei magistrati appartenenti alle giurisdizioni superiori.

¹⁹ Si pensi, per esempio, all'attuale possibilità per i magistrati in ruolo (non appartenenti alle giurisdizioni superiori) di candidarsi alle elezioni regionali o locali nel territorio nel quale esercitano le funzioni, alla sola condizione di mettersi in aspettativa o di essere trasferiti non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature.

²⁰ Cfr. la legge n. 215 del 2004.

²¹ Così il parere cit. del CSM del 21 maggio 2014.

esercitato un qualche tipo di mandato, si pone la questione di come ristabilire un'apparenza di imparzialità di tale soggetto; ammesso e non concesso che tale apparenza sia davvero ricostruibile.

Su tale ultimo profilo, invero, nutro delle serie riserve: una volta che il delicato velo dell'imparzialità del singolo magistrato viene squarciato dalla sua partecipazione a una competizione politica, è difficile pensare di riuscire ricucirlo.

Tanto premesso, cercherò comunque di valutare se le disposizioni contenute nel presente testo risultino funzionali a garantire uno *standard* minimo di imparzialità del magistrato 'ricollocato' nelle sue funzioni.

Per quanto riguarda i magistrati candidati e non eletti, l'art. 5 del d.d.l. in esame prevede il ricollocamento del soggetto nel ruolo di provenienza, disponendo che, nei cinque anni successivi alla data delle elezioni, egli non possa esercitare le funzioni presso uffici con competenza territoriale ricadente, in tutto o in parte, nella circoscrizione elettorale in cui ha presentato la propria candidatura. In particolare, si prevede che tale ricollocamento sia disposto nella funzione giudicante e con vincolo nell'esercizio delle funzioni collegiali per un periodo di cinque anni.

Ebbene, tale misura – cui fa eccezione il ricollocamento diretto dei magistrati già in servizio presso la Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti centrale e la Corte militare, nonché presso le Procure generali presso detti organi – appare per certi versi velleitaria.

In termini più espliciti, tali ricollocamenti infatti non sembrano scongiurare, di per sé, il rischio concreto di 'condotte ritorsive' del magistrato non eletto, per le quali, invece, appare strumento sicuramente più efficiente quello della riconsiliazione da parte della parte processuale, previsto nel presente d.d.l.²²

Sotto altro aspetto va poi sottolineato come, il fatto che l'ufficio di destinazione abbia una competenza territoriale diversa da quella della circoscrizione elettorale nella quale il magistrato si è candidato, non sembra un fattore di per sé idoneo a ristabilire l'apparenza di imparzialità del magistrato stesso.

Al riguardo, forse, solo il trascorrere del tempo potrà costituire un elemento in grado di rafforzare l'apparenza di imparzialità del singolo magistrato, sul quale – al contempo – grava certamente il dovere di ricostruire la propria immagine di soggetto terzo ed indipendente attraverso un esercizio equilibrato della funzione.

5. Ricollocamento dei magistrati eletti

Quanto appena affermato per i magistrati non eletti, vale, *a fortiori*, per quelli risultati vincitori nella competizione elettorale, giacché su di essi, al termine del mandato, graverà, non solo l'aver partecipato alla competizione elettorale, ma anche le responsabilità politiche connesse alla carica elettiva ricoperta.

Su questa categoria di magistrati il d.d.l. distingue tra magistrati eletti a cariche elettive di rilievo nazionale (Parlamento Europeo, Senato della Repubblica e Camera dei Deputati), ovvero titolari di incarichi di governo nazionali o territoriali, e quelli eletti invece negli enti territoriali.

Per la prima categoria di soggetti, il d.d.l., oltre al divieto di ricollocamento nelle funzioni svolte prima del mandato, prevede la possibilità per gli interessati di optare, qualora non abbiano già maturato l'età per il pensionamento obbligatorio, fra quattro distinte ipotesi:

²² V. art. 12 del d.d.l. che prevede l'inserimento, quale causa di astensione o riconsiliazione del giudice, l'aver quest'ultimo ha partecipato a consultazioni elettorali europee, nazionali, regionali, provinciali o comunali ovvero ha ricoperto incarichi di governo nazionale, regionale o locale e una delle parti ha partecipato nei cinque anni precedenti a una di tali consultazioni ovvero ricopre o ha ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi di governo nazionale, regionale o locale.

(i) il ricollocamento in ruolo in un distretto di Corte di Appello diverso da quello in cui è ricompresa, in tutto o in parte la circoscrizione elettorale, sempre con vincolo all'esercizio di funzioni collegiali per cinque anni e con divieto di ricoprire incarichi direttivi e semi-direttivi per un periodo di cinque anni e con divieto di esercitare successivamente le funzioni nel distretto di Corte di Appello in cui è ricompresa la circoscrizione elettorale in cui sono stati eletti. Tale opzione non si applica ai magistrati appartenenti alle Giurisdizioni Supreme, per i quali resterebbe solo il divieto di ricoprire incarichi direttivi e semi-direttivi per un periodo di cinque anni;

(ii) essere inquadrati in un ruolo autonomo dell'Avvocatura generale dello Stato con mansioni di studio o ricerca ovvero per la destinazione presso enti od organismi internazionali in cui sia richiesta la presenza di magistrati italiani;

(iii) essere inquadrati in un ruolo autonomo del Ministero della Giustizia, ma con divieto di ricoprire incarichi e funzioni corrispondenti a incarichi direttivi e semi-direttivi per un periodo di cinque anni;

(iv) essere collocati a riposo con contribuzione volontaria fino ad un massimo di cinque anni di servizio.

Per i magistrati eletti negli enti territoriali, il presente d.d.l. prevede invece un ricollocamento analogo a quello dei magistrati non eletti, vale a dire il reingresso diretto nel ruolo di provenienza, con divieto di esercitare le funzioni nei cinque anni successivi presso uffici con competenza territoriale ricadente, in tutto o in parte, nella circoscrizione elettorale in cui sono stati eletti. Il ricollocamento, anche in questo caso, avviene nella funzione giudicante e con vincolo nell'esercizio delle funzioni collegiali per un periodo di cinque anni.

In via preliminare occorre segnalare un primo ordine di perplessità che tale disciplina suscita.

In particolare, occorre evidenziare l'identità della disciplina del ricollocamento per due fattispecie fra loro molto diverse (magistrati eletti a cariche regionali e magistrati non eletti in qualsiasi competizione elettorale) e, al contempo, il differente trattamento riservato a fattispecie in verità analoghe o comunque non troppo dissimili (magistrati eletti a cariche nazionali e magistrati eletti a cariche territoriali, gli uni con possibilità di optare tra diversi percorsi, mentre i secondi no), specie se traggiate alla luce della *ratio* sottesa al presente d.d.l., vale a dire la tutela dell'imparzialità del magistrato e della magistratura, o meglio dell'apparenza di tale carattere.

Tali caratteri, infatti, sembrano stridere con il principio costituzionale di eguaglianza, declinato nella sua accezione di principio di ragionevolezza, ovvero di intrinseca coerenza delle misure contenute nell'atto legislativo con la propria causa normativa.

Con riferimento al primo profilo (di identità delle discipline del ricollocamento), si suggerisce l'opportunità di differenziare – estendendolo – quanto meno il dato temporale per quanto riguarda il magistrato eletto a cariche regionali: in un periodo di cinque anni, infatti, non sembra pensabile un apprezzabile ricambio del personale amministrativo – specie di rango dirigenziale – venuto a contatto diretto con il magistrato in qualità di amministratore (eletto o titolare di incarichi di governo territoriale o locale), e oggi potenzialmente in grado di tornare sul quel territorio in altra veste.

Da questo punto di vista, attesa anche la dimensione quantitativamente non conosciuta del fenomeno dei magistrati-amministratori locali, si suggerisce peraltro l'opportunità di prevedere anche per tale categoria di magistrati il divieto, una volta ricollocati, di esercitare le funzioni nel distretto di Corte di appello in cui è ricompresa la circoscrizione elettorale in cui sono stati eletti o per la quale hanno ricevuto un incarico di governo.

Con riferimento poi al secondo profilo (di diversità delle discipline del ricollocamento), si suggerisce di uniformare il trattamento riservato ai magistrati eletti quanto meno a cariche regionali a quello previsto per i magistrati eletti a cariche nazionali, vale a dire la possibilità di poter optare tra le quattro alternative suindicate.

Attese infatti le rilevanti responsabilità politico-amministrative, e il peso dei connessi interessi, sopportati dagli amministratori regionali è certamente non dissimile da quanto affrontato da qualsiasi esponente politico di carattere nazionale, appare senz'altro auspicabile – per le ragioni di cui si è detto – estendere anche al magistrato-amministratore regionale la possibilità di non essere ricollocato nelle sue funzioni giurisdizionali.

Un trattamento differente, così come è attualmente congegnato, non appare invece del tutto ragionevole.

Nel merito, poi, delle quattro alternative delineate dal d.d.l. per il ricollocamento del magistrato eletto a cariche elettive di rilievo nazionale si osserva quanto segue.

Sulla prima delle opzioni richiamate (ricollocamento in ruolo in altro distretto di Corte di appello) ricadono le medesime perplessità che si sono già adombrate con riferimento alla disposizione riguardante il ricollocamento dei magistrati non eletti.

Anche in questo caso, se la *ratio* del presente intervento normativo è quella di preservare l'effettiva imparzialità del magistrato e dell'intero ordine, nonché di sottolineare l'estraneità di quest'ultimo a logiche politico-partitiche, il ricollocamento nelle funzioni giurisdizionali rappresenta di per sé un ostacolo a tale obiettivo.

Ben più idonee allo scopo sembrano invece le misure che consentono una “via di uscita onorevole” del soggetto dalla magistratura, prevedendo ruoli *ad hoc* presso l'Avvocatura Generale dello Stato e il Ministero della giustizia che valorizzino l'*expertise* professionale acquisita nel tempo dal magistrato, ovvero le altre disposizioni che facilitano il collocamento a riposo di questi.

Altra soluzione certamente più consona agli obbiettivi perseguiti dal presente d.d.l. potrebbe poi essere anche il ricollocamento del magistrato presso gli uffici della Corte di cassazione o della procura generale, qualora ne abbiamo i requisiti, esattamente come prevedeva una versione del d.d.l. risalente alla precedente legislatura.

6. Conclusioni: il magistrato in Parlamento o titolare di incarichi di governo.

Come si sarà intuito dalle precedenti considerazioni, la mia posizione sul disegno di legge all'esame delle Camere è positiva ma con qualche riserva in ordine ad alcuni punti e con il timore che la disciplina in questione sia ancora per certi versi “timida”.

Come si è cercato di argomentare all'inizio di questa breve trattazione, il tessuto normativo costituzionale relativamente al tema che qui ci interessa e l'interpretazione che ne ha fornito la Corte costituzionale sembrano infatti avallare discipline anche più restrittive di quella presente, sia in ordine all'accesso dei magistrati alle cariche elettive o agli incarichi di governo, sia alle vicende connesse al ricollocamento di tali soggetti al termine del mandato.

Ciò, non per una idiosincrasia nei confronti della categoria, quanto in realtà per le necessarie tutele e guarentigie che l'imparzialità e indipendenza dell'intero ordine magistratuale richiedono: l'*apparenza* di imparzialità della magistratura è cosa fragile che va tutelata, finanche con discipline particolarmente limitative delle facoltà del singolo giudice, pena la perdita di fiducia da parte della società nella magistratura tutta. Il che va scongiurato ad ogni costo.

In questo senso, la presente disciplina, letta in combinato disposto con il divieto per i singoli magistrati di partecipazione a partiti politici, sembra delineare uno specifico modello di magistrato-parlamentare, tutt'altro che contraddittorio o impossibile da rinvenire nella realtà: si dovrebbe trattare di una persona che gode di una certa riconoscibilità nella società civile, anche al di fuori del territorio dove opera, grazie all'esercizio autorevole ed equilibrato delle proprie funzioni, tale da poter essere eletto in qualsiasi parte del territorio nazionale senza alcuna sostanziale collaborazione con altri partiti politici (o al massimo grazie a una candidatura come indipendente).

Va da sé che, una volta candidato, tale soggetto, ormai sceso nell'agone politico e dunque compromessa la sua apparenza di imparzialità, dovrebbe esser conscio di aver compiuto una scelta personale definitiva che gli impedirà in futuro di tornare sui suoi passi; in questo quadro, la presente disciplina sul ricollocamento, nella misura in cui escludesse un ritorno a qualsiasi tipo di funzione giudiziaria, potrebbe rappresentare un serio incentivo a ponderare con estrema attenzione una scelta di questo tipo, attese le inconciliabili peculiarità dei ruoli di magistrato e di rappresentante politico, e al contempo confermare che siffatte scelte del singolo magistrato hanno un effetto diretto sul prestigio e l'immagine di imparzialità dell'intero ordine magistratuale, tale da non consentire al medesimo il mantenimento delle stesse funzioni una volta conclusa la competizione elettorale o cessato dal mandato o incarico.

Del resto, è appena il caso di osservare che il diritto alla conservazione del posto di lavoro, di cui all'art. 51 della Costituzione, non si traduce, come ha chiarito la Corte costituzionale, in un diritto a *"continuare nell'esercizio delle attività o delle funzioni in cui si concreta la prestazione del lavoratore o dell'impiegato"*, ma significa semplicemente *"mantenere il rapporto di lavoro o di impiego"*²³. Cosa che, nel caso di specie, ben potrebbe essere garantita all'interessato a prescindere dal suo ricollocamento nelle sue precedenti funzioni giurisdizionali.

²³ Così Corte cost., sent. n. 6/1960.

**Il magistrato parlamentare: la rilevanza disciplinare dei suoi comportamenti
alla luce del d.lgs. 109/2006 tra scelte legislative e problemi aperti**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La problematica relativa all'utilizzabilità delle intercettazioni del magistrato-parlamentare in sede disciplinare. – 3. La questione relativa alla possibilità di sottoporre a procedimento disciplinare il magistrato-parlamentare temporaneamente in aspettativa per lo svolgimento del mandato elettorale. – 4. In merito alla contestazione di alcuni possibili illeciti, presenti nel d.lgs. 109/2006, al magistrato-parlamentare. – 4.1. Sulle dinamiche dell'art. 2, comma 1, lett. d). – 4.2. L'eventuale ipotesi di cui all'art. 3, comma 1, lett. i) e il profilo del condizionamento dell'esercizio di funzioni costituzionalmente previste. – 4.3. In via conclusiva: l'art. 1, comma 1, quale clausola etica e disciplinare di riferimento in connessione con la tipizzazione degli illeciti e le scelte del legislatore.

1. Premessa.

All'interno del tema generale relativo alla cosiddetta "crisi" nell'ambito del sistema giudiziario e delle note vicende che hanno coinvolto anche il Consiglio superiore della magistratura sono emerse una serie di nuove e delicate questioni che meritano un'attenta riflessione.

Tra queste, sembra opportuno approfondire, in considerazione di alcuni specifici e problematici profili, quella relativa alla sottoponibilità al procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del d.lgs. 109/2006, del magistrato nella sua concomitante qualità di parlamentare.

Rispetto a tale tematica occorre, in primo luogo, verificare in quali termini la suddetta qualità possa incidere sull'utilizzabilità delle intercettazioni raccolte nell'ambito di un processo penale anche in un distinto (seppur connesso) procedimento disciplinare. In secondo luogo, occorre verificare se la qualità di parlamentare possa in qualche modo limitare la possibilità di sottoporre a procedimento disciplinare il magistrato e quale sia la disciplina applicabile, anche alla luce della giurisprudenza di legittimità e costituzionale.

Gli aspetti, così come sopra identificati, vanno poi contestualizzati all'interno del ricordato complesso sistema, rappresentato dal d.lgs. 109/2006, che ha operato scelte precise, lasciando, come si cercherà di dimostrare, un vuoto normativo sul punto e aprendo dunque alla possibilità di un opportuno intervento legislativo.

2. La problematica relativa all'utilizzabilità delle intercettazioni del magistrato-parlamentare in sede disciplinare.

Un primo aspetto da trattare attiene alla possibilità di utilizzare nel procedimento disciplinare le intercettazioni di magistrati-parlamentari che consentono di dimostrare la commissione di illeciti riconducibili alle fattispecie dettate dal d.lgs. 109/2006.

Un risalente indirizzo giurisprudenziale, tendente ad escludere la suddetta utilizzabilità, deve ritenersi ormai superato sin dalla sentenza della Sezione disciplinare del CSM, 11 maggio 2007, n. 52. Tale decisione, che ha trovato maggiore specificazione in successive pronunce del giudice

disciplinare dei magistrati¹ ed è stata fatta propria anche dalla Corte di cassazione², ha sostanzialmente aperto ad un'ampia utilizzabilità delle intercettazioni di conversazioni quali fonti di prova per la dimostrazione degli illeciti disciplinari.

Come affermato anche dalla Suprema Corte il fulcro del mutato orientamento giurisprudenziale sarebbe da individuare nell'impossibilità di applicare al giudizio disciplinare la norma dell'art. 270, comma 1, c.p.p.³, nella misura in cui, secondo la Cassazione, sarebbe da rilevare una differenza "quantitativa" tra il processo penale e quello disciplinare, ove la maggiore sensibilità del bene intaccato (libertà personale) nel primo caso giustificerebbe l'adozione di garanzie maggiori nell'acquisizione della prova rispetto al secondo⁴.

A seguire la suddetta giurisprudenza sarebbe da rilevare una differenza "quantitativa" tra il processo penale e quello disciplinare, ove la maggiore sensibilità del bene intaccato (libertà personale) nel primo caso giustificerebbe l'adozione di garanzie maggiori nell'acquisizione della prova rispetto al secondo.

È la stessa Sezione disciplinare a stabilire che le preclusioni all'utilizzo delle intercettazioni in altro giudizio penale «hanno una peculiare ragion d'essere solo nell'ambito [di tale processo], le cui garanzie devono essere massime [...] essendo massimo il bene, quello della libertà, sacrificato con l'applicazione della sanzione e massimo il disvalore sociale e le conseguenze giuridiche legate alla condanna», quando, invece, «siano in gioco interessi individuali se non di diverso rango, certamente di diversa natura, come nel giudizio civile o disciplinare», tale limite non avrebbe ragione di operare⁵.

Si avrebbe, in definitiva, una differenza tra procedimento penale e procedimento disciplinare ove, pur con alcune assimilazioni nella scelta dei moduli procedurali (o, come sembrerebbe più corretto affermare, processuali), non sarebbe possibile trasformare il secondo nel primo, vista la differenza dello scopo e del bene passibile di essere intaccato dalla sanzione.

Si potrebbe, ovviamente, discutere a lungo sul profilo della sovrapponibilità del processo penale al processo disciplinare e nella specie di quello dinanzi alla Sezione disciplinare, considerato il dato normativo esistente e, dunque, le scelte del legislatore che, in concreto, non hanno, però, avuto sempre una univoca risposta o una sostanziale definizione sul piano giurisprudenziale⁶.

¹ Sez. disc. Consiglio superiore della magistratura, 10 marzo 2009, n. 28.

² Con Cass. sez. un. civ., 23 dicembre 2009, n. 27292. Si vedano al riguardo le osservazioni di F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Procedimento disciplinare: utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche autorizzata nel processo penale*, in *Giust. civ.*, 2010, 1392 ss.

³ Secondo il quale "I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza".

⁴ La Cassazione, afferma, infatti che «l'art. 270, comma 1, riguarda specificamente il processo penale, deputato all'accertamento delle responsabilità appunto penali che pongono a rischio la libertà personale dell'imputato (o dell'indagato), cosa questa che giustifica l'adozione di limitazioni più stringenti in ordine all'acquisizione della prova, in deroga al principio fondamentale della ricerca della verità materiale. In ragione di tanto, è solo con riferimento ai procedimenti penali che una ipotetica, piena utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nell'ambito di procedimenti penali diversi da quello per cui le stesse intercettazioni erano state validamente autorizzate contrasterebbe con le garanzie poste dall'art. 15 Cost. a tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni» (Cass. sez. un. civ., 23 dicembre 2009, n. 27292).

⁵ Come sostenuto sempre da Sez. disc., 10 marzo 2009, n. 28.

⁶ Noto è il dibattito sollevato su alcune rilevanti criticità che riguardano il giudizio disciplinare dei magistrati, con particolare riferimento anche alle modalità relative alla composizione della Sezione disciplinare. Per un approfondimento sia consentito rinviare a G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma*, Torino, 2018, 179 ss. Più di recente va segnalata la modifica del comma 1 dell'art. 4 del Regolamento Interno del CSM, disposta in data 8 luglio 2020, relativamente alla elezione dei componenti supplenti della Sezione disciplinare. A seguito di tale modifica è disposta l'elezione di sei membri effettivi e di quattordici supplenti, tra i quali: un magistrato di Cassazione, tre esercenti funzioni requiranti, sei esercenti funzioni

In tale circostanza, il problema, infatti, non è tanto e non solo quello del bene tutelato, ma la portata della clausola di compatibilità (v. ad es. art. 18, comma 4, sul dibattimento), quella cioè che prescrive che le norme del processo penale si applicano “in quanto compatibili” al processo disciplinare, con l’effetto, data la genericità della norma, di aver attribuito alla Sezione disciplinare un significativo, e in alcuni casi eccessivo, margine di discrezionalità interpretativa sul punto⁷.

A ciò si aggiunga che, pur prescindendo dall’ultima riflessione sull’identificazione tra i due processi, l’orientamento, così come sopra ricostruito, ad una prima lettura, non appare del tutto in linea con il principio costituzionale di libertà e segretezza della corrispondenza, di cui all’art. 15 Cost.⁸.

Il carattere fondamentale della libertà e della segretezza della corrispondenza è stato da tempo riconosciuto dalla Corte costituzionale (su tutte si veda, ad esempio, Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366)⁹ la quale ha affermato che l’art. 15 Cost. «enuncia la possibilità di limitazioni del diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge», tuttavia, tali limitazioni devono sempre essere il frutto di un adeguato bilanciamento tra interessi distinti, ovvero quello riguardante la libertà e la segretezza delle comunicazioni, stante la connessione con l’art. 2 Cost., e quello calibrato sulla necessità della prevenzione e repressione dei reati, sempre nella logica di preservare un bene sempre oggetto di tutela costituzionale¹⁰.

giudicanti e quattro membri di elezione parlamentare. La *ratio* di tale modifica va ricercata nella volontà di garantire l’effettiva funzionalità della Sezione a fronte dei complicati processi disciplinari che, al momento in cui si scrive, si stanno per aprire.

⁷ In particolare la “clausola di compatibilità” è espressamente prevista dall’art. 16, in tema di indagini all’interno del procedimento, in cui si prescrive che «per le attività di indagine si osservano in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale», dall’art. 18, con riguardo alla regolamentazione della discussione nel procedimento disciplinare, laddove si stabilisce che «si osservano in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale sul dibattimento» (salvo alcuni limiti che valgono per entrambe le norme citate), mentre con l’art. 24, in materia di impugnazione delle decisioni emesse dalla Sezione disciplinare, si prevede che il mezzo di gravame, rappresentato dal ricorso per cassazione, si presenta «nei termini e con le forme previsti dal codice di procedura penale». In maniera indiretta, la clausola è richiamata anche a proposito del giudizio di revisione ex art. 25. Circa l’effettiva applicabilità della clausola si è sviluppato un vivace dibattito giurisprudenziale, teso a chiarirne i margini di applicazione. Si veda al riguardo V. G. GRASSO – A. IACOBONI – U. GIACOMELLI, *Rassegna di giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati (2006-2013)*, in *Foro it.*, 2014, I, 1913 ss., 2595 ss., 2915 ss., 3281 ss.; nonché, *ibid.*, 2017, I, 1954 ss., 2482 ss. e ora in A. IACOBONI – G. GRASSO – M. CONVERSO (a cura di), *Codice dell’ordinamento giudiziario*, Piacenza, 2020, 1007 ss., spec. 1016 ss.

⁸ Vanno, tuttavia, rilevati in dottrina due distinti orientamenti sulla definizione dell’oggetto della tutela riferibile all’art. 15 Cost. Secondo un primo orientamento, riferibile ad una nozione di comunicazione in senso “estensivo”, non sarebbero rilevanti l’oggetto, il contenuto o lo strumento impiegato, la tutela si estenderebbe a qualsiasi forma di comunicazione indipendentemente dal fatto che siano utilizzati strumenti che non ne garantiscano la riservatezza (in tal senso, P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2017, 375 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte speciale*, Padova, 1992, 248 ss.). Seconda altro orientamento, inteso in senso “restrittivo”, la comunicazione oggetto di tutela sarebbe soltanto quella sottratta alla conoscibilità da parte dei terzi in ragione delle cautele e dei mezzi adottati dal soggetto interessato. Sul dibattito in questione cfr. C. MAINARDIS, *Commento all’art. 15 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 121 s.

⁹ In merito alla quale si veda G.G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell’uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro. it.*, I, 1992, 3257 ss.

¹⁰ Sul punto v. Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34. A commento della decisione V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, 317 ss.; M. SCAPARONE, *Intercettazioni di conversazioni tra presenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 801 ss. In tempi più recenti è tornato sulla decisione, in generale, sui profili legati alla tenuta costituzionale delle intercettazioni di comunicazioni P. COSTANZO, *Le intercettazioni delle comunicazioni interpersonali (un vademecum costituzionale)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, 2016/II, 231 ss.

Il bilanciamento in questione trova la sua concretizzazione proprio nel testo del vigente art. 270 c.p.p. che sancisce la regola generale della inutilizzabilità delle intercettazioni al di fuori del processo penale nel quale le relative operazioni furono autorizzate. Allo stesso tempo, però, detta quelle che sono le “eccezioni” al suddetto principio generale, vale a dire la circostanza che in un distinto giudizio si stia procedendo per un delitto per il quale la legge preveda l’arresto obbligatorio in flagranza.

La suddetta natura “eccezionale” delle disposizioni derogatorie al principio generale dell’art. 270 c.p.p. (inutilizzabilità) esclude la possibilità che queste possano essere oggetto di una impropria estensione analogica. Le eccezioni fissate dall’art. 270 c.p.p. sono infatti il frutto di un bilanciamento compiuto dal legislatore tra due beni di fondamentale importanza: quello della segretezza della corrispondenza e quello della repressione dei reati. Appare possibile ritenere che, in mancanza di una espressa ulteriore disposizione derogatoria, non sia stata data positiva concretezza al bilanciamento tra la suddetta segretezza della corrispondenza e l’esigenza di repressione degli illeciti disciplinari, verosimilmente di rango inferiore rispetto a quella di accertamento e repressione dei reati. Manca, in sostanza, una analoga eccezione che consenta di utilizzare le intercettazioni autorizzate nell’ambito di un processo penale in altro procedimento disciplinare, in deroga al principio di carattere generale dell’art. 270 c.p.p.

Su questo profilo è intervenuta più di recente la Cassazione, a sezioni unite civili, la quale, con la recente sentenza del 15 gennaio 2020, n. 741¹¹, ha ribadito la tradizionale tesi per cui le intercettazioni, effettuate nell’ambito di un procedimento penale, sono pienamente utilizzabili in quello disciplinare del magistrato in quanto non soffrono «i limiti previsti dall’art. 270 c. p. p. [...], norma riferibile solo al procedimento deputato all’accertamento delle responsabilità penali dell’imputato o dell’indagato, nel quale si giustificano limitazioni più stringenti in ordine all’acquisizione della prova, in deroga al principio fondamentale della ricerca della verità materiale».

In tale ultima decisione, però, la Suprema Corte sembra trascurare il fatto che il problema davvero centrale della questione relativa all’utilizzabilità delle intercettazioni in sede disciplinare, e che trova conferma anche nella sua stessa giurisprudenza, riguarda l’esclusiva utilizzabilità delle intercettazioni legittimamente acquisite¹², dimostrato poi dalla richiesta proveniente dalla Procura generale presso la Corte di cassazione e indirizzata alla Camera di appartenenza del magistrato-parlamentare in merito alla prevista autorizzazione ex art. 68, comma 3, Cost.

In tal senso, «è stato precisato che presupposto per l’utilizzo esterno delle intercettazioni è la legittimità delle stesse nell’ambito del procedimento in cui sono state disposte»¹³. Occorre, quindi, interrogarsi se, alla luce delle possibili peculiarità connesse al caso concreto, le intercettazioni siano raccolte legittimamente nel processo penale. In mancanza di suddetta condizione – anche a prescindere dalle sopra menzionate ragioni di illegittimità sostanziale – le intercettazioni non sembrerebbero poter essere comunque utilizzate nel giudizio disciplinare.

Come ben noto, l’art. 68, comma 3, Cost. stabilisce che è richiesta autorizzazione della Camera di appartenenza *“per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza”*.

Rispetto al sopra ricordato dato normativo, ha acquisito, così, rilievo la distinzione tra intercettazioni “dirette”, “indirette” e “fortuite” (così come emerge anche da Corte cost., 15 gennaio

¹¹ La decisione si può leggere in *Foro it.*, 2020, I, 2041 ss. con nota di richiami di G. GRASSO.

¹² Sarebbe lo stesso art. 15 Cost. a costituire il fondamento delle disposizioni del Codice di procedura penale che vietano l’utilizzo processuale dei risultati di intercettazioni effettuate in difformità alla legge. Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà*, cit., 256.

¹³ V. Cass. sez. un. civ., 23 dicembre 2009, n. 27292.

2013, n. 1)¹⁴. La natura del tutto “casuale” delle ultime esclude che per esse possa avvalersi del modello di cui all’art. 68, comma 3, Cost., tuttavia, analogo discorso non si può fare per le altre due ipotesi. Mentre le intercettazioni “dirette”, per loro natura implicano la conoscenza del soggetto di cui si intende raccogliere le conversazioni, quelle “indirette” possono anche non essere casuali, con ciò intendendo «quelle indagini che, pur non riguardando (a differenza delle intercettazioni “dirette”) le utenze in uso al soggetto immune, siano comunque mirate a captarne le comunicazioni»¹⁵.

La giurisprudenza costituzionale ormai consolidata ritiene che la *ratio* propria dell’art. 68, comma 3, Cost., non consenta di differenziare quanto a trattamento le intercettazioni “dirette” da quelle “indirette”, ma soltanto queste due dalle “fortuite”. Nelle prime due ipotesi, infatti, sarebbe sempre individuato in anticipo il destinatario dell’attività di captazione che, ove fosse parlamentare, godrebbe della prerogativa di cui si discute. La previsione dell’autorizzazione preventiva al compimento dell’atto, e non anche dell’autorizzazione successiva all’utilizzazione dei suoi risultati, è fondata sulla circostanza secondo la quale, essendo noto il destinatario della captazione e la sua qualità, l’autorità giudiziaria ha comunque la possibilità di richiedere anticipatamente l’assenso alla Camera cui appartiene il parlamentare.

Sul punto la Consulta¹⁶ ha ampiamente chiarito l’ambito di garanzia dell’art. 68, comma 3, evidenziando come, nell’alveo della copertura di tale disposizione costituzionale, rientrino le intercettazioni “indirette” (intese, come captazioni delle conversazioni del membro del Parlamento effettuate ponendo sotto controllo le utenze dei suoi interlocutori abituali), a fronte del fatto che, con riguardo alle intercettazioni “casuali” o “fortuite”, considerando la loro peculiarità e dunque, il carattere impreveduto dell’interlocuzione del parlamentare «l’autorità giudiziaria non potrebbe, neanche volendo, munirsi preventivamente del placet della Camera di appartenenza».

Se dunque, come emerge, la *ratio* dell’art. 68, comma 3, Cost., è quella di salvaguardare lo svolgimento del mandato parlamentare, «volendosi impedire che l’ascolto di colloqui riservati da parte dell’autorità giudiziaria possa essere indebitamente finalizzato ad incidere sullo svolgimento di [questo]», non avrebbe ragione di sussistere analogo “controllo” preventivo da parte delle Camere ove la captazione non sia il frutto di un atto preordinato dell’autorità giudiziaria, come nel caso delle intercettazioni fortuite¹⁷.

Una condizione essenziale di utilizzo, quindi, è quella della legittima acquisizione dell’intercettazione nella sede del processo penale che, quando ha come destinatario passivo un parlamentare, dovrà avvenire nel rispetto della procedura dettata dall’art. 68, comma 3, Cost., vale

¹⁴ La decisione, come noto, è stata oggetto di notevole attenzione da parte dei commentatori per le implicazioni sui rapporti tra poteri dello Stato che essa ha prodotto. Non è possibile dar conto con completezza a tutti i contributi che la riguardano si rinvia a L. CARLASSARE, *La riservatezza del Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi*, in *Giur. cost.*, 2013, 59 ss.; O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia*, in *Quad. cost.*, 2013, 21 ss.; P. COSTANZO, *Postilla*, in *Rass. parl.*, 2013, 243 ss.; F. MODUGNO, *Tanto rumore per nulla (o per poco)?*, in *Giur. cost.*, 2013, 1247 ss.; A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2013; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo: le ragioni della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2013, I, 408 ss.

¹⁵ Come affermato da Corte cost. 15 gennaio 2013, n. 1.

¹⁶ In particolare, Corte cost. 23 novembre 2007, n. 390, sulla quale si vedano T.F. GIUPPONI, *Le intercettazioni 'indirette' nei confronti dei parlamentari e la legge n. 140/2003: cronaca di un'illegittimità costituzionale (pre)annunciata*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2007, e N. ZANON, *Il regime delle intercettazioni "indirette" e "occasional" fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 23/2007

¹⁷ In merito a queste ultime la Consulta, sempre nella decisione 390/2007, afferma che «l'eventualità che l'esecuzione dell'atto sia espressione di un atteggiamento persecutorio – o, comunque, di un uso distorto del potere giurisdizionale nei confronti del membro del Parlamento, volto ad interferire indebitamente sul libero esercizio delle sue funzioni – resta esclusa, di regola, proprio dalla accidentalità dell'ingresso del parlamentare nell'area di ascolto»

a dire, sempre in presenza della previa autorizzazione della Camera di appartenenza (anche in caso di intercettazione “indiretta”), salva l’ipotesi del tutto eccezionale dell’intercettazione “fortuita” (in quanto non prevedibile). Per quest’ultima, a norma dell’art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 (nella parte tutt’ora vigente dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 390/2007)¹⁸, ove l’autorità giudiziaria ritenga che sia rilevante ai fini processuali, deve chiedersi l’autorizzazione all’utilizzo alla Camera di appartenenza del parlamentare.

Tutto il discorso fin qui proposto trova evidente riscontro nel caso in cui si abbia a che fare con intercettazione oggettivamente fortuita, ad esempio ove il testo emerso dall’intercettazione effettuata nei confronti di persona soggetta a procedimento penale soltanto causalmente traccia anche la presenza e le parole del/dei parlamentari presenti.

Va osservato, tuttavia, che con la sentenza n. 741/2020 la Cassazione, chiamata a pronunciarsi su vicende analoghe o comunque connesse, ha ritenuto che le intercettazioni in quella sede acquisite fossero da qualificare certamente come “casuali” sulla scorta di una pluralità di elementi¹⁹. Anche alla luce di tale decisione permane, comunque, la necessità di un attento scrutinio sulle circostanze fattuali che possano dimostrare o meno la prevedibilità della presenza durante la comunicazione di un soggetto coperto da immunità e, in caso di scioglimento dell’accertamento in positivo, imporre la necessità di rivolgersi alla Camera di appartenenza per ottenere l’autorizzazione preventiva.

Se, infatti, da un lato, si contesta o si ricostruisce in fatto anche una qualche attività preparatoria ad un incontro nel quale si presume la presenza di un parlamentare, allora le intercettazioni dovrebbero essere inutilizzabili nei confronti dello stesso, mancando la relativa autorizzazione.

Se, invece, dall’altro lato, si dovessero contestare o ricostruire la sostanza e i contenuti dell’incontro alla presenza del parlamentare, allora si tratterebbe di intercettazioni fortuite con le conseguenze che da tale qualificazione ne derivano.

3. La questione relativa alla possibilità di sottoporre a procedimento disciplinare il magistrato-parlamentare temporaneamente in aspettativa per lo svolgimento del mandato elettorale.

In primo luogo, va chiarito che non sembra sussistere una vera e propria distinzione in termini assoluti tra magistrato in aspettativa e magistrato fuori ruolo dal punto di vista disciplinare, sussistendo piuttosto un rapporto di *genus-species* tra le due ipotesi.

È invalsa presso il CSM una sostanziale equiparazione tra aspettativa e fuori ruolo²⁰. Possono in sintesi individuarsi due distinte categorie di collocamento fuori ruolo: una, per così dire, ordinaria, disciplinata attualmente dalla legge 13 novembre 2008, n. 141, art. 1 *bis*, e relativi allegati (in particolare All. 1), per la quale il numero massimo di magistrati destinati a funzioni non giudiziarie è fissato a 200 (si tratta in particolare di magistrati addetti allo svolgimento di funzioni amministrative presso diversi organismi: Ministero della Giustizia, Ispettorato generale, Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria, Presidenza del Consiglio dei ministri, Camera dei deputati,

¹⁸ L’illegittimità costituzionale ha riguardato, in particolare, gli effetti particolarmente drastici che conseguivano alla mancata concessione dell’autorizzazione, vale a dire, la distruzione del materiale anche ai fini dell’accertamento della posizione processuale dei terzi. Cfr. T.F. GIUPPONI, *Commento all’art. 68 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 629.

¹⁹ Tutti «argomenti i quali documentavano che la direzione dell’atto d’indagine non era volta ad accedere nella sfera delle comunicazioni dei parlamentari captati», legittimando in tal modo la deroga rispetto alla necessaria autorizzazione preventiva di cui all’art. 68, comma 3, Cost.

²⁰ In tal senso si vedano all’interno del sito istituzionale del Consiglio superiore della magistratura (www.csm.it) i riferimenti normativi ivi indicati e, in particolare, la Circolare del CSM 24 luglio 2014.

Ministeri, Autorità indipendenti, Commissioni parlamentari, Organismi internazionali, Scuola superiore della Magistratura).

A fianco a questa si possono collocare diverse ipotesi di “fuori ruolo” in situazioni speciali, disciplinate solitamente da apposite leggi. A queste ipotesi non si applica il limite massimo dei 200 magistrati da destinare a funzioni non giudiziarie. In primo luogo, è la stessa legge 141 del 2008, all’art. 1 *bis*, comma 4, a stabilirlo per i magistrati collocati fuori ruolo presso la Presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale e il Consiglio superiore della Magistratura. Più nello specifico, una particolare ipotesi di collocamento fuori ruolo è quella disposta in conseguenza della richiesta di aspettativa per l’esercizio del diritto di elettorato passivo del magistrato o al fine di svolgere funzioni politiche o amministrative²¹.

In pratica, vi sono fattispecie in cui il collocamento fuori ruolo non è altro che la conseguenza della richiesta dell’aspettativa: per svolgimento del mandato parlamentare nazionale o europeo; per assumere funzioni di governo; per mandato amministrativo regionale o comunale; per la nomina ad assessore esterno.

In tutti questi casi il magistrato in aspettativa sarebbe sempre e comunque un magistrato fuori ruolo e occorrerebbe fare riferimento alla giurisprudenza, della Sezione disciplinare e della Corte di cassazione, per verificare la sua assoggettabilità al giudizio disciplinare. Non pare, infatti, espressamente presa in considerazione l’ipotesi del magistrato in aspettativa, quanto più in generale quella del magistrato fuori ruolo.

Tuttavia, dal punto di vista strettamente disciplinare, non pare che in giurisprudenza debbano riscontrarsi differenze, in quanto il magistrato in aspettativa è pur sempre considerato un magistrato fuori ruolo.

La giurisprudenza della Corte di cassazione sarebbe orientata nel senso della assoggettabilità a procedimento disciplinare del magistrato fuori ruolo, infatti, ha ribadito «*il concetto secondo cui il magistrato collocato fuori ruolo mantiene tutte le connotazioni tipiche del suo status e pertanto non può essere considerato, nel suo operare, come non esercitante le funzioni caratterizzanti l’appartenenza in atto all’Ordine giudiziario*». Ciò che rivelerebbe²², ai fini di una responsabilità disciplinare, sarebbe, dunque, lo status di appartenenze all’ordine giudiziario, condizione che sussisterebbe anche nel caso in cui al magistrato fossero attribuite funzioni amministrative²³.

Il criterio di appartenenza, prima solo genericamente richiamato, è stato poi, invece, diffusamente specificato, soprattutto escludendo la sussistenza di una causa di giustificazione per il solo che fatto che il magistrato risultasse sospeso dal concreto esercizio delle funzioni e fosse dunque posto fuori del ruolo organico della magistratura.

Ciò che rileva, al fine di valutare la sottoponibilità del magistrato al procedimento disciplinare, non è tanto il collegamento esclusivo con l’effettivo esercizio o, comunque, con la possibilità di

²¹ Sulla collocazione fuori ruolo per lo svolgimento di funzioni politiche e amministrativa si vedano V. DE SANTIS, *Indipendenza e imparzialità del magistrato fuori ruolo tra disciplina sul rientro dei magistrati e democraticità interna dei partiti*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 22/2018; L. LONGHI, *Il divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per motivi elettorali. Riflessioni a margine del cd. caso Emiliano*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 3/2018. In merito a tale ultima vicenda si vedano anche Corte cost. 170/2018 e Cass. sez. un., 14 maggio 2020, n. 8906. Da ultimo v. F. DAL CANTO, *Magistrati e impegno politico: problemi e prospettive a partire dalla recente definizione della vicenda Emiliano*, in corso di pubblicazione in *Giustizia Insieme* (www.giustiziainsieme.it).

²² In merito a questo delicato passaggio, si v. Cass. sez. un. civ., 23 dicembre 2009, n. 27292.

²³ Sul punto, da ultimo, la Cassazione, con la decisione 8906/2020, ha espressamente affermato che «*il divieto per i magistrati di iscrizione ai partiti politici, che si ricava dall’art. 3, 1° comma, lett. h) del d.lgs. 109/2006, vale per tutti i magistrati, sia che svolgano funzioni giudiziarie, sia che siano collocati in aspettativa e fuori dal ruolo organico della Magistratura per qualunque ragione, ivi compreso lo svolgimento di un mandato elettorale e/o amministrativo*». Sul punto v. R. FUZIO, *Collocamento fuori ruolo*, in A. IACOBONI – G. GRASSO – M. CONVERSO (a cura di), *Codice dell’ordinamento giudiziario*, cit., 295 ss. e la già ricordata Circolare del Consiglio superiore della magistratura del 24 luglio 2014.

esercizio delle funzioni, quanto piuttosto la connessione con la «peculiare funzione che il magistrato è chiamato a svolgere o anche potenzialmente tornare a svolgere. Il presupposto dell'esercizio della potestà punitiva nei confronti di un magistrato è l'appartenenza all'ordine giudiziario, che non cessa con la sospensione o con il conseguente collocamento fuori ruolo»²⁴.

Il problema che emerge, rispetto a tale ultima decisione e alle più recenti sopra richiamate, è, però, il chiaro contrasto tra il richiamo al concetto generalissimo di appartenenza all'ordine giudiziario che, interpretato in senso assoluto ed eccessivamente generico sottoporrebbe sempre e comunque il magistrato fuori ruolo o in aspettativa ad un procedimento disciplinare e il riferimento alla funzione giudiziaria e al suo esercizio che dimostra, in concreto, la difficoltà se non proprio la contraddittorietà nel contestare al magistrato in aspettativa illeciti disciplinari funzionali.

Essendo stato affermato in giurisprudenza l'orientamento per il quale il magistrato possa essere sottoposto a giudizio disciplinare anche soltanto in ragione del profilo "soggettivo" dell'appartenenza all'Ordine giudiziario e non in base a quello "oggettivo" del concreto esercizio delle funzioni che si connette alla sua permanenza in ruolo, occorre soffermarsi in questa sede su un ulteriore e conseguente profilo distinto rispetto a quello della collocazione fuori ruolo del magistrato, ovvero quello della duplice qualifica soggettiva di magistrato-parlamentare²⁵.

In generale sembrerebbe inconciliabile, dal punto di vista degli ambiti funzionali di riferimento, poter immaginare che un parlamentare, magistrato in aspettativa, possa essere perseguito dal punto di vista disciplinare, per il suo *status* di magistrato.

In via concettuale il ragionamento potrebbe essere fondato sul fatto che il magistrato, da parlamentare, è chiamato ad esercitare funzioni completamente differenti che sospendono, per il periodo coincidente con il mandato parlamentare, il nesso e il collegamento con l'appartenenza all'ordine giudiziario.

In senso contrario, e molto banalmente, si imporrebbe al parlamentare magistrato un comportamento peculiare e diverso da quello di altri parlamentari che non sono magistrati e ciò comporterebbe l'ulteriore effetto distorsivo secondo il quale il magistrato parlamentare sarebbe sempre e indifferentemente sottoposto a procedimento disciplinare in qualità di magistrato e a procedimento disciplinare in qualità di parlamentare.

Va, però, aggiunto che la riforma del 1993 dell'art. 68 Cost., che ha escluso la particolare garanzia di cui al vecchio testo del secondo comma della norma costituzionale, è stata interpretata in modo molto chiaro dalla Cassazione nel senso che la stessa ha sostenuto come il concreto esercizio dell'azione disciplinare, combinato con l'effettiva e piena giurisdizione della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, non trova impedimento o ostacoli nel periodo in cui il soggetto incolpato eserciti le funzioni di membro del Parlamento, poiché non varrebbe, sul punto, alcun tipo di immunità²⁶.

Il problema è che non è tanto in gioco l'immunità a favore del parlamentare-magistrato che lo dovrebbe sottrarre al procedimento disciplinare di cui al d.lgs. 106/2009, quanto piuttosto una sorta di improcedibilità, stante la totale distanza tra *status* attuale, quello di parlamentare appunto, le funzioni svolte e, invece, le condotte il cui addebito seguirebbe invece la reviviscenza del riconoscimento di una funzione sospesa qual è quella di magistrato.

Il tutto ovviamente, come si dirà in conclusione, al netto dello stato attuale, laddove, da un punto di vista normativo, manca, tra l'altro, una espressa tipologia di illecito che possa coprire la particolare figura del magistrato-parlamentare incolpato.

²⁴ Così Sez. disc., sentenza n. 15 del 2018.

²⁵ Principio, tra l'altro, recentemente ribadito dalla ricordata sentenza della Cassazione 741/2020, n. 741, in particolare al par. 5.2. della motivazione.

²⁶ In questa direzione l'orientamento espresso da Cass. sez. un. civ., 28 gennaio 2003, n. 1239 sulla quale si veda la nota di B. GIANGIACOMO, in *Dir. e Formazione*, 2003, 1204

Il discorso potrebbe, infatti, essere completamente differente se, anche alla luce degli eventi accaduti nell'ultimo anno, il legislatore decidesse di intervenire sul d.lgs. 109/2006, andando a prevedere un illecito specifico e, dunque, una fattispecie disciplinarmente rilevante anche solo con riguardo all'ambito delle invasioni delle competenze o dell'interferenza, in una logica maggiormente dettagliata e più circostanziata rispetto a quella attualmente prevista dall'art. 3, comma 1, lett. i) del d.lgs. 109.

Ciò che residua, pur considerando l'ultima riflessione di carattere più generale, è, però, l'importante verifica circa la sussistenza relativa all'operatività dell'istituto dell'insindacabilità.

Sul profilo in esame la giurisprudenza della Corte costituzionale sembrerebbe in posizione contraria alla tutela della posizione difensiva del parlamentare.

Sul punto, infatti, la Consulta, implicitamente ammettendo che il magistrato-parlamentare possa essere assoggettato a procedimento disciplinare, in un giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sorto a seguito della delibera del Senato della Repubblica, relativa alla insindacabilità delle opinioni espresse da un proprio membro, magistrato in aspettativa al momento della commissione dell'illecito, promosso con ricorso della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, ha sostenuto che «i comportamenti addebitati al magistrato incolpato, e oggetto del conflitto, non sono qualificabili come “opinioni” (né tanto meno come “voti”) espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari, e non possono dunque essere ricondotti in alcun modo alla sfera della insindacabilità garantita dall'art. 68, primo comma, della Costituzione», valendo il consueto meccanismo di riscontro sulla sussistenza del “nesso funzionale”²⁷.

In merito a tale aspetto va, però chiarito il contenuto della decisione nella misura in cui la fattispecie concreta, disciplinarmente rilevante e che ha condotto al conflitto e poi alla sentenza della Corte costituzionale si riferiva (pur considerando la complessa ricostruzione fattuale) a condotte poste in essere dal magistrato prima di assumere la qualifica di parlamentare.

Ciò vuol dire che l'insindacabilità dovrebbe valere, come nel caso in esame, con riferimento a fatti commessi nel corso del mandato parlamentare, quando il magistrato è ormai collocato fuori ruolo/aspettativa e non può, per definizione, esercitare funzioni giudiziarie.

Diverso sarebbe il caso, come quello preso in esame nella sentenza 270/2002, del magistrato, poi parlamentare, sottoposto a procedimento disciplinare per la contestazione di un illecito funzionale riferito ad un fatto commesso in un momento precedente alla sua collocazione fuori ruolo.

Sempre sul profilo dell'ambito di applicazione dell'insindacabilità, va poi anche ricordato il successivo intervento avvenuto con la l. 140/2003²⁸. Quest'ultima, nel riorganizzare l'intera disciplina applicativa e procedimentale dell'insindacabilità, all'art. 3, comma 9, ha stabilito che i presupposti sostanziali e procedurali (es. pregiudizialità), specificati in generale dalle diverse disposizioni contenute nel richiamato articolo, devono trovare applicazione anche «in quanto compatibili, ai procedimenti disciplinari, sostituita al giudice l'autorità investita del procedimento. La sospensione del procedimento disciplinare, ove disposta, comporta la sospensione dei termini di decadenza e di prescrizione, nonché di ogni altro termine dal cui decorso possa derivare pregiudizio ad una parte». Nulla è mutato sotto il profilo innanzi indicato, vale a dire, sulla necessità che anche

²⁷ Si tratta di Corte cost., 24 giugno 2002, n. 270. A commento della decisione F. LOY, *L'autonomia della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura: applicazioni in tema di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Giust. civ.*, 2002, 2719 ss. Più di recente è tornata sul rapporto tra il Consiglio superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato, secondo una prospettiva di più ampio respiro, C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2016.

²⁸ Per un commento sostanzialmente critico alla riforma in questione si vedano G. AZZARITI e R. ROMBOLI, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 247 ss.

nell'ambito del procedimento disciplinare può operare l'istituto dell'insindacabilità attraverso una deliberazione della Camera di appartenenza del magistrato incolpato che assumerà, se favorevole all'applicazione dell'art. 68 Cost., efficacia inibente del giudizio innanzi alla Sezione disciplinare.

In conclusione, sul punto, bisognerebbe, per un verso, insistere sul profilo dell'inconciliabilità assoluta delle funzioni parlamentari con il permanere di un qualche legame, anche in senso lato con le funzioni giudiziarie, che rappresentano il presupposto che giustifica la sottoponibilità del magistrato parlamentare al procedimento disciplinare e, per altro verso, sarebbe comunque necessario far valere la sussistenza dei presupposti per una delibera di insindacabilità da parte della Camera di appartenenza in quanto le "dichiarazioni" del magistrato si riferiscono alla sua specifica funzione parlamentare.

Va tuttavia rilevato che, da ultimo, con l'ordinanza 25 giugno 2020, n. 129, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzioni promosso da un magistrato, attualmente nella qualità contestuale di parlamentare, proprio avverso l'atto del Procuratore generale presso la Corte di cassazione del 5 luglio 2019 (*rectius* con riguardo poi all'azione disciplinare esercitata da quest'ultimo), in relazione all'intercettazione da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Perugia, in connessione con alcune vicende piuttosto note.

La decisione non adduce elementi di particolare innovazione al profilo sostanziale, in quanto si limita a censurare la carenza dell'elemento soggettivo nel conflitto proposto dal singolo parlamentare.

Invero, per quanto con ordinanza n. 17/2019 la Corte abbia aperto alla legittimazione del singolo parlamentare, la deliberazione circa l'autorizzazione all'uso delle intercettazioni che lo riguardano è atto di spettanza della Camera di appartenenza, posto secondo l'art. 68, comma 3, Cost. a salvaguardia della sua integrità, e non del singolo parlamentare che, pertanto, è privo di legittimazione attiva al conflitto.

4. In merito alla contestazione di alcuni possibili illeciti, presenti nel d.lgs. 109/2006, al magistrato-parlamentare.

Partendo dalla recente e già ricordata decisione 741/2020 della Corte di cassazione è possibile ragionare su alcune fattispecie di illecito che, almeno in astratto, presentano profili di criticità rispetto alla figura del magistrato-parlamentare incolpato.

Su tutte, destano maggiore interesse quella dell'art. 2, comma 1, lett. d), (effettivamente contestata), ma anche, quanto meno in via ipotetica, quelle dell'art. 3, comma 1, lett. i), e dell'art. 1 del medesimo d.lgs. 109/2006.

Si tratta di fattispecie che hanno una evidente differenza di fondo che ne impone una trattazione separata.

Mentre la prima fattispecie rientra tra le ipotesi di illecito c.d. funzionale, la seconda rientra tra le ipotesi di illecito c.d. extrafunzionale, l'ultima, invece, riguarda una generica violazione dei doveri del magistrato, una sorta di clausola di riferimento che caratterizza l'intero quadro normativo disciplinare.

Va ribadito anche in questo passaggio quanto già anticipato ovvero che la lettura dei possibili illeciti richiamabili rispetto alla posizione del magistrato-parlamentare sconta, all'interno del d.lgs. 109/2006, l'assenza di disposizioni direttamente collegabili al particolare *status* in esame, con la conseguenza di dover ragionare, per forza di cosa, sull'ambito applicativo delle ipotesi al momento previste, salvo un auspicabile e puntuale intervento legislativo a riguardo.

4.1. *Sulle dinamiche dell'art. 2, comma 1, lett. d).*

Tale disposizione sanziona «i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori»²⁹.

La possibilità di contestare la suddetta ipotesi di illecito al magistrato-parlamentare sembrerebbe controversa in quanto, proprio perché "illecito funzionale", dovrebbe essere riferita al magistrato nell'esercizio delle sue funzioni e non al magistrato temporaneamente collocato fuori ruolo e, quindi, non esercente funzioni giudiziarie in senso proprio.

La giurisprudenza della Corte di cassazione, tuttavia, ha adottato una nozione elastica e piuttosto discrezionale di "funzioni giudiziarie" che le ha consentito di sanzionare illeciti non strettamente connessi all'attività del magistrato, ma anche derivanti dalla sua sola qualità soggettiva, puntando, infatti, sul rilievo attribuito, ai fini della responsabilità disciplinare, allo *status* di appartenenza all'ordine giudiziario, condizione che, come ricordato in precedenza, non viene meno con il conferimento al magistrato di funzioni amministrative³⁰. In virtù di tale per questo motivo anche

Rispetto a tale ultima decisione citata va, però, segnalata l'importanza di altra e più recente sentenza, sempre del giudice di legittimità, che approfondisce la nozione di "funzione", riferita al contesto normativo di cui al d.lgs. 109/2006, giungendo a sostenere come la stessa vada intesa in "senso dinamico", proprio perché in connessione con le differenti dimensioni dello *status* di magistrato³¹.

La rilevanza della pronuncia citata va evidenziata nella misura in cui la stessa, pur richiamando un astratto richiamo ai "doveri" del magistrato, in concreto, fonda ancora una volta la sussistenza dell'illecito ad un nesso inscindibile, seppur non sostanziale, con l'esercizio delle funzioni giudiziarie che non paiono immediatamente percepibili nel caso di magistrato-parlamentare.

Tra l'altro, come nel caso della decisione della Corte costituzionale 270/2002, i precedenti citati vanno contestualizzati proprio rispetto al caso del magistrato-parlamentare emergendo, sul punto, differenze piuttosto rilevanti.

Entrambi i casi sopra citati, nell'apparente estensione della nozione di "funzione giudiziale" hanno ad oggetto sempre questioni concrete in cui, in un modo o nell'altro, il comportamento del magistrato incolpato "interferiva" con l'attività giudiziale in senso stretto (nel primo caso, ad esempio, per aver interferito con l'attività di altri magistrati chiedendo informazioni e previsioni sullo stato di procedimenti giudiziari in corso, nel secondo, per aver pronunciato frasi allusive a possibili pregiudizi futuri a carico di soggetto già consulente d'ufficio presso il medesimo ufficio giudiziario).

Tale perimetro applicativo non potrebbe valere, ovviamente, con riferimento a quei fatti commessi nel corso del mandato parlamentare, quando il magistrato è ormai collocato fuori ruolo e non può esercitare funzioni giudiziarie. Diverso sarebbe il caso del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare per la contestazione di un illecito funzionale riferito ad un fatto commesso in un momento precedente alla sua collocazione fuori ruolo.

²⁹ Per un approfondimento sulla qualificazione e sull'ambito di applicazione con riguardo all'illecito in esame si rinvia a M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE, S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010, 155 ss.; P. FIMIANI e M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013, 113 ss.

³⁰ In virtù di tale affermazione, sempre secondo Cass. sez. un. civ., 23 dicembre 2009, n. 27292, «il magistrato collocato fuori ruolo mantiene tutte le connotazioni tipiche del suo status e pertanto non può essere considerato, nel suo operare, come non esercitante le funzioni caratterizzanti l'appartenenza in atto all'Ordine giudiziario».

³¹ Secondo Cass. sez. un. civ., 9 novembre 2018, n. 28653, alla luce di tali premesse, si deve considerare «quale scorrettezza funzionale anche quella correlata a comportamenti che, pur se non compiuti direttamente nell'esercizio delle funzioni, sono inscindibilmente collegati a contegni precedenti o anche solo in fieri, involgenti l'esercizio delle funzioni giudiziarie, al punto da divenire tutti parte di un *modus agendi* contrario ai doveri del magistrato».

Nella fattispecie del magistrato-parlamentare, dunque, un illecito “funzionale” potrebbe essere contestato nell’ipotesi in cui ciò abbia implicato in qualche modo una diretta incidenza sulle funzioni giudiziarie.

Oltre a tale considerazione, andrebbe poi verificato in quale misura un determinato atto possa assumere rilievo anche in connessione con la funzione parlamentare. In questo caso varrebbe quanto si è detto al punto precedente, ossia, occorrerebbe verificare se non sussistono le condizioni per una dichiarazione di insindacabilità da parte della Camera di appartenenza, la quale avrebbe valore pregiudiziale anche rispetto al procedimento disciplinare innanzi alla Sezione disciplinare del CSM.

Nella sua recente sentenza n. 741/2020 la Corte di cassazione ha, però, adottato una nozione particolarmente ampia della “funzionalità” tale da non riferirsi all’esclusivo esercizio della giurisdizione, ma estendendola a quei comportamenti che «non debbono necessariamente essere frutto dell’esercizio delle funzioni attribuite al magistrato, potendo riferirsi anche ai rapporti personali tra colleghi all’interno dell’ufficio, atteso che la formulazione normativa appare prescindere del tutto dalla “funzionalità” della scorrettezza». In questo senso, «il concetto di “ufficio” non si riferisce esclusivamente ai rapporti attinenti all’esercizio di funzioni strettamente giudiziarie ma investe anche le relazioni di tipo personale che intercorrono con soggetti che tali relazioni hanno intessuto con il Magistrato per il ruolo che questi svolge».

A ben vedere, una nozione tanto ampia di “funzionalità” dell’illecito andrebbe quantomeno armonizzata all’interno del sistema esistente, improntato alla tipizzazione, al fine di evitare di sfumare sensibilmente la stessa ragione d’essere della tripartizione degli illeciti pensata dal legislatore del 2006.

4.2. L’eventuale ipotesi di cui all’art. 3, comma 1, lett. i) e il profilo del condizionamento dell’esercizio di funzioni costituzionalmente previste.

Discorso diverso va fatto, ad esempio, per l’ipotesi dell’art. 3, lett. i), finora non oggetto di esame da parte della Cassazione, ma molto rilevante, per le sue caratteristiche, rispetto al contesto attuale e alle note vicende dell’ultimo anno, soprattutto con riguardo al tema del condizionamento dell’esercizio di funzioni costituzionali.

Si tratta, infatti, di un’ipotesi, come detto, di illecito extrafunzionale, che può quindi essere contestata al magistrato per atti che prescindono completamente dall’esercizio delle funzioni giudiziarie e si connettono esclusivamente alla qualità di magistrato.

Non vi è dubbio, quindi, che dette condotte possano essere addebitate anche al magistrato fuori ruolo e, quindi, al magistrato-parlamentare. Il quale potrà risponderne nel caso in cui l’atto non presenti quel nesso funzionale all’attività parlamentare necessario ad una delibera di insindacabilità.

In vero, si tratta di una fattispecie di illecito di “raro” riscontro nella giurisprudenza disciplinare, in quanto volta a sanzionare, fuori dall’esercizio delle funzioni, «l’uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l’esercizio di funzioni costituzionalmente previste»³².

Lo stesso ha spesso operato in combinato con la distinta fattispecie prevista dall’art. 3, comma 1, lett. a) (*“l’uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri”*),

³² Si rinvia nuovamente a M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE, S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, cit., 293 ss.; P. FIMIANI e M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, cit., 315 ss.

rispetto alla quale, non senza incertezze, la Sezione disciplinare ha operato in tempi recenti alcuni distinguo.

In un primo momento, infatti, la Sezione aveva ritenuto che «l'illecito disciplinare per l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri e l'illecito disciplinare per l'uso strumentale che, per la posizione di magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste, non si pongono in rapporto di specialità e possono, quindi, concorrere atteso che, mentre la prima previsione tutela il bene dell'indipendenza e dell'imparzialità del magistrato anche in relazione alla condotta extrafunzionale, la previsione dell'art. 3 comma 1 lett. i) tutela il diverso bene giuridico del libero e corretto funzionamento degli organi intestatari di funzioni attribuite dalla Costituzione»³³.

Successivamente, la Sezione ha riconosciuto che alla seconda fattispecie dovesse essere riconosciuto carattere assorbente in quanto caratterizzata da un fine maggiormente "specifico" rispetto alla prima³⁴. Quanto alla possibile condotta idonea ad integrare la fattispecie, si è in genere ravvisato in giurisprudenza il caso che il magistrato cerchi di influenzare l'esercizio della funzione costituzionale di un organo costituzionale o di rilievo costituzionale³⁵. La tassatività della fattispecie è, però, in concreto mitigata dall'effettivo conseguimento dell'effetto distorsivo e dal rilievo della condotta alla luce del comportamento tenuto complessivamente nella carriera giudiziaria, emergendo così, anche la rilevanza degli elementi fattuali³⁶.

Per le ragioni sopra esposte, pur trattandosi di illecito extrafunzionale, quindi astrattamente addebitabile, è pur vero che la disposizione citata fa espressamente riferimento alla qualità di magistrato, qualità che sembrerebbe disperdersi, almeno temporaneamente, nel mandato parlamentare. Ciò non toglie, però, che in concreto, che il magistrato, utilizzando tale qualità, possa condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste, agendo però da parlamentare, divenendo così destinatario di una possibile incolpazione sulla base della disposizione esaminata. Appare ovvio che il confine appare piuttosto labile e sfugge ad una trattazione calibrata solo ed

³³ V. Sez. disc., n. 149 del 2013.

³⁴ In tal senso secondo Sez. disc., n. 5 del 2015 «la condotta del magistrato, [...] qualora oggettivamente diretta in via immediata a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste, può integrare l'illecito disciplinare fuori dell'esercizio delle funzioni per l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste (art. 3, comma 1, lett. i del d.lgs. 109/2006) e non consente di ritenere contemporaneamente integrato l'illecito disciplinare fuori dell'esercizio delle funzioni per l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri (art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. 109/2006) atteso che, ove si accerti che la condotta è diretta in via immediata a condizionare le funzioni costituzionali del CSM, l'eventuale conseguimento di vantaggi ingiusti da parte del magistrato costituisce una indiretta ed ulteriore conseguenza e si configura, in sostanza, come un post factum non punibile».

³⁵ Così, ad esempio, sempre secondo Sez. disc., n. 149 del 2013 «integra l'illecito disciplinare fuori dell'esercizio delle funzioni per l'uso strumentale che, per la posizione di magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste, la condotta del magistrato il quale tenti di influenzare, attraverso alcuni intermediari, un componente del C.S.M. al fine di indurlo ad esprimere un voto favorevole alla sua nomina per un incarico direttivo».

³⁶ In tal senso, infatti, «non integra l'illecito disciplinare fuori dell'esercizio delle funzioni, per l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste (art. 3, comma 1, lett. i), del d.lgs. 109/2006), la condotta del magistrato, candidato alla nomina per un posto direttivo, il quale, in virtù della propria posizione di preposto ad un altro ufficio direttivo, solleciti un ufficiale della polizia giudiziaria ad attivare le sue conoscenze al fine di influenzare un componente del C.S.M. ad esprimere il proprio voto in favore della nomina, qualora si accerti che, per la desistenza attiva dello stesso incolpato, il tentativo di condizionare il componente del C.S.M. non ha avuto seguito, potendosi ritenere, anche in ragione del carattere assolutamente occasionale dell'episodio nella vita professionale dell'incolpato, che il fatto sia di scarsa rilevanza per non aver inciso, se non in misura minimale, sull'immagine del magistrato» (Così Sez. disc., n. 35 del 2016).

esclusivamente sulla portata normativa dell'illecito, incidendo, sul punto, molto più gli elementi fattuali e ricostruttivi che non sono, però, nella disponibilità di chi scrive.

4.3. In via conclusiva: l'art. 1, comma 1, quale clausola etica e disciplinare di riferimento in connessione con la tipizzazione degli illeciti e le scelte del legislatore.

Residuano alcune brevi riflessioni su una disposizione generale, di riferimento e di sistema del d.lgs. 109/2006 e, in via conclusiva, sulle più complessive scelte operate dal legislatore con l'apparato normativo fin qui esaminato.

Per ciò che concerne la disposizione, ci si riferisce all'illecito di cui all'art. 1, comma 1, in merito al quale va ricordato come lo stesso identifichi alcuni parametri generali, quali "l'imparzialità, la correttezza, la diligenza, la laboriosità, il riserbo e l'equilibrio" che devono caratterizzare il comportamento del magistrato e che si pongono anche su un piano più strettamente etico, tesi, cioè, ad identificare il ruolo dello stesso all'interno dell'ordinamento, prescindendo, pare in senso assoluto, dalla posizione eventualmente rivestita.

La *ratio* della norma sembrerebbe orientata a riconoscere uno "*status comportamentale*" che qualunque magistrato, anche nella veste di parlamentare, dovrebbe tenere, a tutela dell'ordine al quale appartiene.

Anche in questo caso sussiste, però, quanto meno a livello formale, un problema nei confronti del magistrato-parlamentare, legato al fatto che tali valori generali e indiscutibilmente rilevanti si connettono, sempre e comunque, all'esercizio delle funzioni e non soltanto, come potrebbe essere, allo *status* in quanto tale.

Sempre con riguardo alla disposizione in esame valgono considerazioni analoghe a quelle fatte per l'illecito dell'art. 2, comma 1, lett. d), in quanto, nella sentenza n. 741/2020, la Cassazione ritiene che la bipartizione funzionale-extrafunzionale non assuma un peso tale da distinguere la responsabilità dei magistrati a seconda che esercitino o meno la funzione giurisdizionale, piuttosto la stessa sembrerebbe finalizzata «a "prevedere ipotesi di responsabilità disciplinare che possono rilevare a prescindere dal fatto che il magistrato che le ponga in atto eserciti o meno le funzioni stesse", tanto da affermare che possa essere chiamato a rispondere delle ipotesi di cui agli artt. 1 e 2, pure, chi in atto non eserciti funzioni giudiziarie, in quanto "ciò che rileva, ai fini della responsabilità disciplinare, è lo status dell'appartenenza all'Ordine giudiziario"».

Si tratta di una affermazione che, per quanto rimandi a conformi precedenti della Suprema Corte in materia, sfuma il significato della tipizzazione e rievoca un sistema disciplinare improntato ad una minore certezza propria delle "clausole aperte", così come avveniva nel previgente regime dell'art. 18 del r.d.lgs. 511/1946.

Tra l'altro, in via conclusiva, va rilevato un ulteriore elemento che pare dirimente.

Il legislatore, con il d.lgs. 109/2006, proprio per sfuggire all'eccessiva discrezionalità applicativa e interpretativa fornita dall'art. 18 del r.d.lgs. 511/1946, ha operato una scelta netta, procedendo ad una chiara tipizzazione degli illeciti disciplinari e omettendo tra l'altro di stabilire una clausola di chiusura che potesse perseguire comportamenti non preventivati o preventivabili.

La tipizzazione doveva, nelle intenzioni, garantire maggiore certezza e migliori garanzie all'incolpato e, più in generale, al procedimento disciplinare e quindi a tutti i soggetti coinvolti.

Il dato evidente è che per raggiungere questo risultato il legislatore ha deciso, prescindendo da una valutazione sulla correttezza o meno di tale opzione, di rimuovere alcuni illeciti che la prima versione del d.lgs. 109/2006 aveva previsto e che, invece, la l. 269/2006 ha inteso eliminare.

Da questo punto è molto significativo il fatto che la l. 269/2006 abbia abrogato proprio gli illeciti che non erano ancorati all'esercizio delle funzioni, ma che miravano, più di altri, a garantire il prestigio dell'ordine giudiziario e l'immagine del magistrato a prescindere dal ruolo rivestito³⁷.

In questa direzione non si possono non ricordare:

- l'art. 1, comma 2, secondo il quale si stabiliva che *"il magistrato, anche al di fuori delle proprie funzioni, non deve tenere comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio, il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria"*;

- l'art. 2, comma 1, lett. i) che, nell'ambito degli illeciti funzionali, puniva *"il perseguimento di fini estranei ai suoi doveri ed alla funzione giudiziaria"*;

- l'art. 3, comma 1, lett. l) che, proprio nell'ambito degli illeciti extrafunzionali, perseguiva *"ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza"*.

È evidente, a seguito delle abrogazioni sopraricordate, la presenza di un vuoto normativo che, almeno al momento, non pare così facilmente colmabile con una forzatura interpretativa e con il conseguente uso delle disposizioni vigenti per intraprendere un'azione disciplinare nei confronti del magistrato-parlamentare.

Al contempo, emerge chiara la necessità o comunque praticabile la possibilità di intervenire in via legislativa, non tanto ripristinando illeciti che avevano comunque nella loro indeterminatezza una discrezionalità connessa ad una tendenza punitiva di fondo, quanto piuttosto a ragionare sulla previsione di nuovi illeciti, direttamente calibrati su fattispecie che, sicuramente non ipotizzabili, si sono purtroppo registrate e che potrebbero colmare le lacune dell'attuale assetto normativo.

³⁷ Sulla problematica inerente alla tipizzazione degli illeciti disciplinari si vedano Su cui, ad esempio, v. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 258 ss.; ID., *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, in N. ZANON – G. di RENZO VILLATA – F. BIONDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini*, Milano, 2012, cit., 109 ss.; D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011, 29 ss.; A. CAPUTO, *La tipizzazione dell'illecito disciplinare del magistrato ordinario*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013, 186 ss.; A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2009, 127 ss.; F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quad. cost.*, 3/2017, 683 ss.; L. LONGHI, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017, 123 ss.

Il Consiglio superiore della magistratura tra crisi e prospettive di rilancio¹

SOMMARIO: 1. La pietra angolare e la sua erosione. – 2. La dimensione politico-rappresentativa del CSM: una questione da (ri)mettere a fuoco. – 3. Per un rilancio della natura costituzionale del CSM. – 4. La crisi attuale e la riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005-2007. – 5. Spunti per qualche correttivo, non solo in materia elettorale. – 6. Dal 1958 ad oggi, sette discipline elettorali. – 7. Verso una nuova legge elettorale. – 8. In conclusione.

1. La pietra angolare e la sua erosione.

Per discutere in modo equilibrato delle prospettive di riforma del Consiglio superiore della magistratura credo sia opportuno partire da due considerazioni preliminari, in parte ovvie e tuttavia imprescindibili in considerazione del dibattito più recente.

Innanzitutto, è doveroso ricordare come a partire dal 1958 il CSM abbia svolto una funzione essenziale ed insostituibile, ponendosi quale “pietra angolare” dell'ordinamento giudiziario², a presidio dell'interesse *pubblico* all'autonomia e all'indipendenza della magistratura, da intendere non come privilegio corporativo di una particolare categoria professionale bensì quale garanzia strumentale all'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla giustizia e dunque presupposto indefettibile dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Al CSM - prima ancora che alla Corte costituzionale e al legislatore, quest'ultimo per molti anni latitante in questo settore - si deve la progressiva affermazione dei principi costituzionali in tema di magistratura e la conseguente definizione del sistema italiano di ordinamento giudiziario, da tempo apprezzato sul piano internazionale, dove spesso è stato considerato un vero e proprio modello di riferimento.

Va poi detto che, nel processo di diffusione della cultura costituzionale sulla magistratura, e all'interno della magistratura, anche l'associazionismo giudiziario - anch'esso al centro del dibattito attuale, insieme al CSM - ha fornito un contributo determinante; ruolo che, per inciso, era stato assai rilevante anche prima del 1948 e in particolare nel corso della fase di elaborazione del Titolo IV della Parte II della Costituzione³.

In definitiva, è indiscutibile che CSM e associazionismo giudiziario, ciascuno nel proprio ambito, hanno avuto un peso fondamentale nella democratizzazione della magistratura e nell'affermazione conseguente dell'assetto democratico della Repubblica.

Ma, come dicevo, v'è una seconda osservazione che appare necessaria.

E' difficile nascondere, infatti, che il CSM stia attraversando oggi la peggiore crisi dal momento della sua istituzione. La pietra angolare corre il rischio di erodersi. Le cronache degli incontri clandestini avvenuti nei mesi scorsi tra alcuni esponenti politici e alcuni magistrati, tra i quali dei componenti del CSM, finalizzati a concordare preventivamente una serie di nomine di competenza

¹ Il presente contributo - che riprende una relazione presentata a Roma l'11 ottobre 2019 al Convegno della rivista *Giustizia Insieme* (www.giustiziainsieme.it) dal titolo *Migliorare il CSM nella cornice costituzionale* - è dedicato al Prof. Pasquale Costanzo.

² Corte cost., sent. n. 4/1986.

³ Si noti che nel 1910, pochi mesi dopo la nascita della Associazione nazionale magistrati, l'allora ministro Orlando manifestò alcune perplessità rispetto a tale avvenimento, evidenziando un generico rischio che l'assetto associativo potesse condurre ad una “eccessiva” democratizzazione del corpo giudiziario, allora caratterizzato, come si sa, da una struttura marcatamente gerarchica. In effetti, i dubbi del ministro si dimostrarono fondati e l'associazionismo giudiziario contribuì a preparare il terreno alle novità che sarebbero state successivamente introdotte dalla Carta costituzionale.

di tale organo - per lo più riguardanti incarichi direttivi requirenti⁴ - non rappresentano soltanto degli specifici episodi di rilevanza penale ed etica; tali vicende sono idonee a insinuare dei dubbi sul grado di autonomia reciproca tra magistratura e politica e sulla stessa credibilità e legittimazione dell'organo di autogoverno. Tali avvenimenti hanno rivelato, per dirla con il Presidente della Repubblica, "un quadro sconcertante e inaccettabile"⁵.

Si è aperta dunque una ferita particolarmente profonda nel rapporto di fiducia tra società civile, sistema politico e CSM. Viene rilanciato il tema antico della c.d. politicizzazione dell'organo di autogoverno, i cui lavori sarebbero condizionati, più che da criteri oggettivi e trasparenti, da spinte corporative derivanti dalla suddivisione dei suoi componenti togati in gruppi facenti riferimento alle diverse correnti interne alla magistratura⁶; con la conseguenza che sovente le decisioni non sarebbero adottate nell'interesse generale al buon andamento del sistema giustizia ma in applicazione di un criterio di sostanziale lottizzazione tra le diverse componenti associative. Alla crisi esterna se ne aggiunge poi una interna, nel senso che gli episodi sopra richiamati hanno ampliato la distanza tra il CSM e i singoli magistrati, molti dei quali hanno perso fiducia nelle modalità con cui viene esercitato il governo della magistratura.

La crisi del CSM preoccupa molto anche perché non riguarda soltanto l'istituzione in sé ma immancabilmente rischia di coinvolgere l'intero ordine giudiziario. Del resto, la storia, com'è stato sottolineato, mostra che "le tensioni che si riversano sul CSM sono, in linea generale, il puntuale riflesso sull'organo di autogoverno delle tensioni che investono la nostra società e il ruolo del giudice"; dunque, quando nel dibattito pubblico si ripropone il tema della crisi del Csm, "è il ruolo del giudice ad essere messo in tensione e in discussione"⁷.

2. La dimensione politico-rappresentativa del CSM: una questione da (ri)mettere a fuoco.

Per inquadrare la fase attuale del CSM è necessario affrontare un equivoco di fondo, presente nel dibattito di questi mesi. La questione, rispetto alla quale si è originato l'equivoco, ruota intorno al quesito su quale sia il corretto rapporto che deve sussistere tra il Consiglio e la politica in senso lato.

Alcune recenti proposte di riforma, infatti, sembrano muovere dall'idea che la ragione di tutti i mali del governo della magistratura abbia a che fare con la sua eccessiva vicinanza alla dimensione politica; in conseguenza di tale assunto, viene prospettata l'idea di riformare il CSM facendo di esso un organo dalla esclusiva natura burocratico-amministrativa, di mera gestione del personale magistratuale.

Si tratta di semplificazioni pericolose, che non tengono conto, tra l'altro, dell'estrema poliedricità del termine "politica"; tali ricostruzioni rischiano di favorire - anzi, in alcuni casi, è proprio questo il loro principale obiettivo - una visione estremamente riduttiva del CSM, assolutamente non

⁴ Cfr., da ultimo, G. VERDE, *Il conferimento degli incarichi direttivi fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, in *Lo Stato*, 2019, 105.

⁵ G. MATTARELLA, *Intervento nel corso del Plenum straordinario del CSM del 21 giugno 2019*.

⁶ Per quanto, come giustamente nota L. PEPINO, *La magistratura e il suo consiglio superiore*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 2020, le vicende di cronaca cui si fa riferimento evidenziano in realtà un fatto ancora più grave del (già grave) fenomeno della lottizzazione correntizia; esse, infatti, riguardano una serie di contatti intercorsi tra politici e magistrati finalizzati ad individuare i candidati più idonei per certi incarichi direttivi in relazione non tanto alla loro appartenenza ad una certa associazione quanto alla loro "ritenuta maggiore o minor *duttilità* nella gestione di indagini eccellenti".

⁷ E BRUTI LIBERATI, *Crisi del Csm, indipendenza della magistratura, modifica del sistema elettorale*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), n. 1/1990, 18 ss.

conforme al modello delineato dalla Costituzione, plasmato dalla Corte costituzionale e invariato nella prassi degli ultimi decenni.

È pertanto quanto mai opportuno tornare a riflettere sull'effettiva natura giuridica del CSM⁸.

La Costituzione e la legge istitutiva del 1958 offrono in proposito numerosi appigli dai quali occorre ripartire: la presidenza dell'organo affidata al Capo dello Stato, la composizione mista laici-togati, la presenza di un terzo di membri eletti dal Parlamento in seduta comune a maggioranza qualificata, la vicepresidenza affidata ad un componente laico, l'attribuzione per legge all'organo di autogoverno del compito di rendere pareri e formulare proposte in materia di giustizia e di presentare annualmente, per il tramite del Ministro della Giustizia, una relazione al Parlamento sullo stato della giustizia.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle singole previsioni richiamate, peraltro di peso e di tenore diverso. Certo è che dal loro combinato disposto sembra agevole ricavare l'impossibilità di affermare la natura meramente amministrativa del CSM, collocato al centro di un delicato equilibrio tra organi costituzionali e interlocutore del potere politico.

Ma vi è di più. Nell'esercizio delle stesse attribuzioni più tipicamente amministrative (assegnazioni, promozioni, assunzioni trasferimenti, ecc.), elencate all'art. 105 Cost., il CSM è chiamato ad assumere decisioni che, per non risultare frutto di arbitrio, non possono che essere fondate su criteri predeterminati, ovvero su un insieme di indirizzi, una *policy* come sottolineava Alessandro Pizzorusso⁹. Le decisioni adottate dal CSM non sono frutto di scelte meramente tecniche e neutrali; assegnazioni e promozioni dei magistrati sono effettuate nel contesto di una "politica" dell'amministrazione della magistratura¹⁰. Del resto, si tratta di quel potere di indirizzo che prima del 1948 era il Governo ad esercitare e che, con la Costituzione, è stato in gran parte trasferito al CSM a garanzia dell'indipendenza del potere giudiziario¹¹.

La valenza "politica" del CSM risiede, com'è stato notato, nel complesso delle sue attribuzioni. Tutti i poteri del CSM, "considerati nel loro insieme, non sono la sommatoria di competenze frazionate, generatrici di atti isolati, privi di criteri ordinatori, ma si inseriscono in una *policy* di settore, i cui confini sono tracciabili a partire dal dettato costituzionale e dalle leggi attuative"¹². Ci troviamo dunque al cospetto di un organo "di garanzia" chiamato ad esprimere, nei limiti fissati dalla Costituzione e dalla legge sull'ordinamento giudiziario, "indirizzi" in materia di amministrazione della giurisdizione¹³.

In questo senso, e solo in questo senso, può dirsi che il CSM è un organo dotato di una "politicalità intrinseca"¹⁴. Com'è ovvio, si tratta di una natura politica del tutto diversa da quella di cui sono espressione gli organi titolari di indirizzo politico. Altrettanto certamente, si tratta di una politicalità che non giustifica le sue possibili degenerazioni, quali la pratica delle spartizioni tra le correnti per l'assegnazione degli incarichi direttivi o, a maggior ragione, la soggezione dei processi decisionali a pressioni provenienti da esponenti della politica partitica.

⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, ora in Id., *L'ordinamento giudiziario*, II, Napoli, 2019, 519ss.

⁹ A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, ora in Id., *L'ordinamento giudiziario*, I, Napoli, 2019, 116.

¹⁰ G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, Padova, 2005, 247.

¹¹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il CSM nella forma di governo vigente in Italia*, in Id., *L'ordinamento giudiziario*, II, cit., 548.

¹² G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), n. 4/2017, 24.

¹³ Da ultimo, la Commissione Scotti (cfr. *Relazione della Commissione ministeriale per le modifiche alla Costituzione e al funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*, in www.giustizia.it, 2016, 19) ha ricordato che il CSM "non è un semplice consiglio di amministrazione, è piuttosto un'istituzione di garanzia nonché rappresentativa di idee, di prospettive, di orientamenti su come si effettua il governo della magistratura e su come si organizza il servizio giustizia, anzi su quale sia il ruolo della magistratura e dello stesso Consiglio superiore".

¹⁴ P. BARILE, *Il CSM e la Costituzione*, in *la Repubblica*, 9 aprile 1986.

Altro tradizionale problema, all'altro strettamente collegato, è poi quello riguardante la riconducibilità del CSM alla categoria degli organi di tipo rappresentativo. E anche in questo caso, come sulla questione della sua natura politica, occorre intenderci sulle parole.

Sicuramente non può parlarsi di rappresentanza politica, non essendo il CSM un organo di democrazia rappresentativa, né può dirsi che il CSM rappresenti propriamente il corpo giudiziario; opzione, del resto, che sarebbe coerente con la sua eventuale natura corporativa, ipotesi chiaramente scartata dai Padri costituenti, quando, tra l'altro, optarono per la composizione mista laici-togati. E del resto, la stessa Corte costituzionale ha da tempo escluso che il CSM possa essere considerato uno strumento di "rappresentanza in senso tecnico dell'ordine giudiziario"¹⁵.

Ciò che invece può affermarsi è che il CSM deve avere una *necessaria composizione rappresentativa*¹⁶. Con ciò va inteso che, tenuto conto del complesso delle funzioni di cui è titolare, esso deve tendere a presentarsi quale specchio del pluralismo ideale e culturale presente nella magistratura (con riguardo ai componenti togati) e nella società civile (con riguardo ai componenti laici)¹⁷. Le decisioni adottate dal *plenum* costituiscono necessariamente il risultato di bilanciamenti tra visioni e sensibilità diverse in materia di giustizia e la loro autorevolezza sarà tanto maggiore quanto più i componenti risulteranno individuati secondo criteri idonei a garantirne la differente estrazione e la più ampia rappresentatività.

Del resto, il collegamento tra associazionismo giudiziario e designazione dei componenti togati trova la sua esclusiva ragione - ovviamente in linea di principio, vale a dire a prescindere dalla sua resa effettiva, su cui mi soffermerò più avanti - proprio nella garanzia del pluralismo all'interno del collegio. In altre parole, i componenti togati non rappresentano (o non dovrebbero rappresentare) gli interessi delle associazioni alle quali sono eventualmente collegati, ma ciò non esclude che le regole elettorali sulla composizione dell'organo possano (o forse debbano) essere congegnate in modo tale da dare voce, per il tramite di tali associazioni, alla complessità degli orientamenti e delle idee che circolano all'interno del corpo giudiziario. A ciò si aggiunga che l'attuazione del massimo pluralismo possibile nella componente togata si pone quale garanzia anche dell'indipendenza di tutti i magistrati nei confronti dello stesso Consiglio¹⁸.

3. Per un rilancio della natura costituzionale del CSM

Ma è tempo di riprendere in mano anche un'altra annosa questione, da tempo trascurata dalla dottrina malgrado la non particolare linearità degli approdi raggiunti. La crisi attuale deve rappresentare infatti occasione per un "rilancio", ovvero indurre a tratteggiare "per intero" la dimensione costituzionale di tale organo.

Mi riferisco al tradizionale indirizzo per il quale il CSM deve essere inserito tra gli organi cosiddetti di rilievo costituzionale - previsti e disciplinati dalla Carta e dunque non modificabili, né tanto meno sopprimibili, senza una revisione costituzionale - mentre andrebbe scartata la possibilità di

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 142/1973.

¹⁶ Nella pronuncia richiamata alla nota precedente, del resto, la stessa Corte costituzionale ha affermato, con riferimento alla componente togata, che il CSM è un "organo a composizione parzialmente rappresentativa".

¹⁷ Nella Relazione conclusiva della Commissione ministeriale presieduta dall'on. Scotti, incaricata nel 2016 della predisposizione di "modifiche alla costituzione e al funzionamento del CSM", si legge che il Consiglio "è una istituzione di garanzia nonché rappresentativa di idee, di prospettive, di orientamenti su come si effettua il governo della magistratura e su come si organizza il servizio di giustizia, anzi su quale sia il ruolo della magistratura e dello stesso Consiglio superiore".

¹⁸ A. PIZZORUSSO, *Il CSM nella forma di governo vigente in Italia*, ora in *Id.*, *L'ordinamento giudiziario*, II, cit., 540.

riconoscere allo stesso la natura di vero e proprio organo costituzionale¹⁹. Si tratta, com'è noto, di una conclusione largamente accolta nel dibattito dottrinale degli ultimi decenni, che molto deve alla fortuna registrata da un fondamentale studio pubblicato negli anni Sessanta²⁰, e verso la quale, tuttavia, con specifico riguardo al CSM, si è registrata un'acquiescenza forse eccessiva.

Va premesso che ogni indagine su tale questione deve prendere avvio dalla constatazione che le formule di organo "costituzionale" e "di rilievo costituzionale", malgrado i tentativi profusi dalla dottrina, sono e rimangono assai sfuggenti e controverse, in quanto fondate su criteri di identificazione non assoluti, nel tempo variamente individuati.

Del resto, è pure controverso che la circostanza di riconoscere natura costituzionale ad un determinato organo comporti come conseguenza l'attribuzione ad esso di uno specifico e comune regime giuridico, ad esempio in termini di assoggettabilità dei rispettivi atti ad un controllo esterno, essendo per lo più ammesse, salvo quanto si dirà subito dopo, differenziazioni da caso a caso²¹. A ben vedere, vi è un solo carattere tipico che generalmente, ancorché non unanimemente, si tende ad attribuire ai soli organi costituzionali: quello della loro "insopprimibilità" in prospettiva di una revisione costituzionale²².

Ad ogni modo, anche se la sola affermazione davvero indiscutibile dovesse risultare quella, certo un pò vaga, per cui gli organi costituzionali sono "quelli più importanti dello Stato"²³, risulterebbe comunque davvero anomalo non poter ricomprendere tra questi il CSM. Senza contare, specularmente, che talora, soprattutto in passato, la qualifica di organo di mera rilevanza costituzionale attribuita al CSM ha dato spazio proprio a quelle teorie tese a degradare il suo ruolo a un'attività di carattere esclusivamente amministrativo²⁴.

Ciò detto, senza voler ripercorrere in questa sede un dibattito sconfinato e non molto appagante, possiamo partire dall'orientamento maggioritario, che individua il principale elemento di differenziazione tra le due categorie di organi nella circostanza che soltanto quelli costituzionali sarebbero "in grado di esercitare, nello svolgimento delle loro funzioni - attive, di controllo e organizzative - un'influenza effettiva sul processo produttivo delle norme primarie"²⁵.

Traducendo in pratica tale definizione, l'orientamento dottrinale qui richiamato riconduce al novero degli organi costituzionali - alcuni di indirizzo politico, altri di garanzia - il corpo elettorale, il Parlamento, il Governo, il Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale e il CNEL, quest'ultimo

¹⁹ In argomento, da ultimo, M. LUCIANI, *Il consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 7 gennaio 2020.

²⁰ Il riferimento è ovviamente a E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (appunti per una definizione)*, in *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari*, XLVI, 1, 1966, 155ss.

²¹ S. FRANZONI, *I giudici del Consiglio superiore della magistratura*, Torino, 2014, 117 ss.

Nel 2019, peraltro, la Corte dei conti (N. 2/SSRRCO/QMIG/19) ha avuto modo di precisare che il suo controllo contabile deve essere escluso nei confronti dei soli organi costituzionali, pur riconoscendo che anche quelli di rilevanza costituzionale abbiano quale tratto comune riconoscibile "l'estraneità ad una sussunzione del loro operato nell'ambito delle politiche pubbliche governative".

²² Di recente M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 8, ha proposto una variante a tale indirizzo tradizionale con specifico riferimento agli organi di rilevanza costituzionale: mentre di essi, a differenza di quanto valga per gli organi costituzionali, il legislatore costituzionale potrebbe certamente disporre, altrettanto non potrebbe fare con riguardo alle prestazioni agli stessi affidate, che comunque dovrebbero essere erogate in quanto connesse a scelte costituzionali fondamentali e non eludibili.

²³ A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del CSM*, ora in Id., *L'ordinamento giudiziario*, II, cit., 1067.

²⁴ Cfr. L. GENINATTI SATÉ, *Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, Torino, 2012, 85.

²⁵ E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, cit., 100 s., ove peraltro si osserva come tale definizione sia il risultato dell'adozione di un criterio inedito fondato, tuttavia, sull'utilizzo sinergico di due caratteri tradizionali, già presenti nel precedente dibattito scientifico, ovvero quello della "posizione" e quello delle "funzioni" riconosciute agli organi.

in quanto titolare dell'iniziativa legislativa e compartecipe dell'elaborazione della legislazione economica e sociale; al contrario, sulla base dello stesso ragionamento, vengono invece esclusi la Corte di cassazione, la Corte dei conti, il Consiglio di Stato e, per quanto qui più interessa, il CSM, "perché nessuno di questi organi, per quanto *superiorem non recognoscens*, appare dotato di poteri politici o di poteri suscettibili di operare allo stesso livello di quelli politici" ed in particolare "è in grado di esercitare una influenza sul contenuto sostanziale delle norme primarie"²⁶.

Malgrado la raffinatezza del ragionamento seguito, tali conclusioni, con riguardo al CSM, non sembrano del tutto convincenti. Aldilà di ogni altra considerazione, pare davvero piuttosto formalistico riconoscere al CNEL il potere di incidere sulla normazione primaria, e per tale ragione annoverarlo tra gli organi costituzionali, e negare tale attitudine al CSM, estromettendolo da quel catalogo, senza tener conto, da un punto di vista sostanziale, che a tale organo è di fatto riconosciuto un ruolo fondamentale nella "scrittura" delle regole in materia di ordinamento giudiziario; attività, com'è noto, favorita per molti anni dalla sostanziale latitanza del Parlamento²⁷, ma che, anche all'indomani della riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005-2007, non è affatto venuta meno²⁸.

Ad ogni modo, alla conclusione di inserire il CSM tra gli organi costituzionali è possibile giungere anche seguendo un diverso indirizzo, che a me pare più lineare, avendo esso anche il pregio, se così si può dire, di riconoscere una pari "dignità costituzionale" agli organi di indirizzo politico e a quelli di garanzia, questi ultimi un poco sacrificati seguendo la precedente impostazione.

Tale orientamento è incentrato sul criterio dell'indispensabilità dell'organo costituzionale per il raggiungimento di finalità indicate come fondamentali dalla Costituzione. L'appellativo di "costituzionali", in altre parole, dovrebbe spettare a quegli organi che devono necessariamente essere previsti, "pena la lesione di quel nucleo essenziale la cui integrità è la vera ragion d'essere della Repubblica democratica e pluralista"²⁹.

La natura costituzionale del CSM sarebbe desumibile dal suo carattere di indefettibilità in relazione all'obiettivo di "garanzia e immediata attuazione" del principio fondamentale dell'autonomia e indipendenza della magistratura, non potendosi immaginare, per la difesa dello stesso, soluzioni alternative a quelle dell'istituzione di un organo svincolato dal Governo a cui affidare funzioni prima appartenenti al potere esecutivo³⁰. In definitiva, al CSM dovrebbe riconoscersi una natura costituzionale in quanto, sebbene la sua disciplina sia certamente modificabile con il procedimento di revisione costituzionale, la sua "esistenza" si configura come un "punto di non ritorno" nel disegno costituzionale³¹.

4. La crisi attuale e la riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005-2007

Tornando alla crisi che ha investito il CSM, a me pare che essa non sia tanto manifestazione della natura eccessivamente politica dell'organo ma, all'opposto, dell'incapacità di esprimere correttamente tale natura.

²⁶ E. CHELLI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, cit., 105 s.

²⁷ Cfr. A. PIZZORUSSO, Art. 108, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1992, 6.

²⁸ Sia consentito il rinvio a F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, 2018, 66 ss.

²⁹ G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, cit., 21.

³⁰ In senso analogo, pur con diverse sfumature, U. DE SIERVO, *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del CSM*, in *Giur. cost.*, 1968, 698, L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973, 269ss., cui appartiene peraltro il virgolettato nel testo, L. G. SATÉ, *Il ruolo costituzionale del CSM*, cit., 75ss. e G. Silvestri, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, cit., 22.

³¹ C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore della magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2007.

Da qui l'equivoco a cui ho fatto prima riferimento. Proprio la difficoltà del CSM a mostrare la sua natura intrinsecamente politica ha favorito il rafforzarsi delle logiche burocratico-amministrative, fondate per lo più sulle appartenenze dei singoli componenti, di pari passo con la torsione delle correnti da motori di pluralismo ideale a centri di interessi particolari³².

Ma come si è arrivati a questo punto? Le ragioni sono probabilmente molte e alcune hanno radici culturali profonde, che riguardano l'intera magistratura e la società più in generale.

Tuttavia, tra le ragioni della crisi attuale, a me sembra che possano essere annoverate anche alcune scelte compiute dal legislatore della riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005-2007. O meglio, quest'ultimo ha inconsapevolmente favorito il riaccendersi di alcune antiche criticità.

La ragione principale può essere individuata nella modifica dei criteri per l'attribuzione delle funzioni ai magistrati, soprattutto con riguardo agli incarichi direttivi, laddove il criterio dell'anzianità, perno del sistema a partire dalla legge Breganze n. 560/1966, è stato sostanzialmente sostituito con modalità di selezione di tipo concorsuale fondate prevalentemente sulla valutazione del merito dei candidati.

A prescindere dagli obiettivi che il legislatore ha inteso perseguire, per certi versi condivisibili, tale riforma ha di fatto innescato una serie di problemi a catena.

In primo luogo, è prepotentemente rientrata nella cultura di una parte della magistratura la logica della carriera, ovvero della rincorsa all'avanzamento di "grado". Sebbene sia vero che la maggiore attenzione ai temi della dirigenza, anche grazie agli interventi del CSM all'indomani della riforma³³, ha contribuito ad innalzare il livello medio dei titolari degli incarichi direttivi e semi-direttivi, tuttavia è altresì incontestabile che si è venuta a creare una più netta separazione tra una sorta di "carriera dirigenziale", percorsa da alcuni magistrati, che si snoda da un incarico direttivo ad un altro incarico direttivo, senza soluzione di continuità, e il normale avanzamento dei magistrati "normali"³⁴.

La frattura appena richiamata suscita perplessità. Non è inutile ricordare che il descritto fenomeno favorisce inevitabilmente un assetto più gerarchico della magistratura e costituisce il terreno ideale, come più volte evidenziato in passato, nel quale può diffondersi l'atteggiamento di deferenza e di conformismo giudiziario, i quali, a propria volta, mettono a rischio l'indipendenza del giudice³⁵. Per tali ragioni l'idea stessa della carriera è incompatibile con l'assetto costituzionale della magistratura, che, com'è ben noto, si fonda sugli assunti per i quali i magistrati sono soggetti "soltanto alla legge" (art. 101, comma 2, Cost.) e si distinguono "soltanto per funzioni" (art. 107, comma 3, Cost.).

³² Numerosi esempi di tale degenerazione, che non hanno risparmiato affatto la componente laica del Consiglio, sono contenuti nel saggio di A. NAPPI, *Quattro anni a Palazzo dei marescialli. Idee eretiche sul Consiglio superiore della magistratura*, Roma, 2014, 1ss.

Sulle correnti osserva di recente G. MELIS, *Le correnti della magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 2020, come esse abbiano subito negli anni una involuzione; "da ossatura della democrazia interna della magistratura, da arterie, quali erano efficacemente, di una circolazione sanguigna fondamentale per la stessa esistenza della dialettica, da portatrici di idee e di modelli differenti circa la funzione giurisdizionale e il modo di esercitarla, si sono via via trasformate in ambigue articolazioni di potere; dedite, più che non alla realizzazione di un progetto alla propria autoconservazione".

³³ Mi riferisco, in particolare, al *Testo unico sulla dirigenza* adottato con delibera del 28 luglio 2015, sul quale si veda G. CAMPANELLI, *Nuovo testo unico sulla dirigenza giudiziaria: possibili effetti sui limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it) 2016.

³⁴ N. ROSSI, *L'etica professionale dei magistrati: non un'immobile Arcadia, ma un permanente campo di battaglia*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), n. 3/2019, 44 ss.

³⁵ Cfr. G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana tra passato e presente*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 328 ss.

Un secondo problema che si è creato con la riforma, al primo strettamente collegato, è quello della grande mole di aspettative, tensioni e pressioni che si sono scaricate sul CSM, organo chiamato a gestire l'applicazione dei nuovi criteri in materia di carriera.

Gli oltre dieci anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina hanno confermato, qualora ve ne fosse stato bisogno, che valutare il merito è operazione estremamente complessa. Malgrado i tentativi svolti dallo stesso CSM di rendere più trasparenti le proprie scelte, attraverso l'adozione della richiamata disciplina secondaria, tanto minuziosa quanto fragile, tale obiettivo si è rivelato di ardua realizzazione. Si è rafforzata, in una grande parte della magistratura, la percezione che le scelte discrezionali del CSM, non agganciate a criteri oggettivi e davvero verificabili, siano sovente poco trasparenti, imprevedibili, talora del tutto arbitrarie.

Del resto, non sono stati rari i casi in cui i provvedimenti adottati dall'organo di autogoverno riguardanti gli incarichi direttivi e semidirettivi hanno peccato per insufficiente o incongrua motivazione; ciò che ha innescato un aumento esponenziale del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo. Facendo una media dal 2010 al 2018, risulta che circa il 30% delle delibere adottate dal CSM di conferimento di incarichi direttivi è stata impugnata dinanzi al TAR Lazio³⁶.

Per inciso, proprio allo scopo di ridurre il contenzioso, era stato adottato il d.l. n. 90/2014, sulla semplificazione e trasparenza amministrativa, laddove, all'art. 24, si era previsto che "contro i provvedimenti riguardanti il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi il controllo del giudice amministrativo ha ad oggetto i vizi di violazione di legge e l'eccesso di potere *manifesto*" (c.vi aggiunti). A prescindere dalle difficoltà che si sarebbero inevitabilmente presentate per distinguere tra vizio manifesto e vizio non manifesto, appariva chiaro l'intento del Governo di venire incontro al CSM, impedendo le impugnazioni degli atti consiliari motivate in ragione dei vizi meno evidenti. Ed è dunque significativo che il Parlamento abbia ritenuto di non convertire, con la legge n. 114/2014, tale disposizione, dando un segnale di sostanziale sfiducia nei confronti dell'organo di governo della magistratura.

Infine, un terzo problema esaltato dalla riforma è stato proprio il rafforzamento delle logiche corporative. Nell'applicazione dei criteri riguardanti la carriera dei magistrati, divenuti meno oggettivi, i componenti del CSM, soprattutto i togati ma non soltanto loro, hanno non raramente assecondato le aspettative derivanti dalle rispettive appartenenze, spogliandosi del ruolo di rappresentanti imparziali di pluralismo culturale per divenire meri terminali delle scelte delle rispettive "associazioni di categoria", al fine di tutelare gli interessi degli affiliati.

Com'è stato efficacemente sintetizzato, "nell'ambito della selezione dei dirigenti, il difficile esercizio della discrezionalità ha incrociato le più forti resistenze culturali di una magistratura che, di fronte al venir meno delle certezze rappresentate dal criterio dell'anzianità, ha riscoperto il valore della carriera e la dimensione della corporazione"³⁷.

Va detto che sia il CSM sia la magistratura associata si sono mostrati in più occasioni consapevoli di tali rischi. In una delibera del 20 gennaio 2014, ove si elencano i doveri dei componenti dell'organo, si precisa che la volontà di questi ultimi "deve essere frutto di un personale studio e valutazione" e che il consigliere "non deve essere acritico interprete di posizioni di gruppi dell'associazionismo giudiziario anche solo per ragioni di appartenenza o debito elettorale". Sono state poi predisposte negli ultimi anni puntuali regole deontologiche tese a sottolineare con forza l'importanza del "disinteresse personale" nella vita professionale e sociale³⁸.

³⁶ Cfr. Ufficio Statistico del CSM, in www.csm.it.

³⁷ Cfr. M. GUGLIELMI, *La discrezionalità del Consiglio una prerogativa irrinunciabile dell'autogoverno o un peso insostenibile per la magistratura?*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), n. 4/2017, 34.

³⁸ Cfr. N. ROSSI, *L'etica professionale dei magistrati: non un'immobile Arcadia*, cit., 44 ss. Il codice etico dei magistrati, modificato da ultimo nel 2010, è consultabile in www.associazionemagistrati.it.

Ma tale attenzione formale non ha costituito un argine adeguato contro le derive descritte.

5. Spunti per qualche correttivo, non solo in materia elettorale

Numerose sarebbero le riforme utili per aiutare il CSM ad uscire dalla crisi in cui versa attualmente. Non essendo questa la sede per affrontare le questioni in modo puntuale, mi limito ad alcuni cenni, per lo più in continuità con quanto detto in precedenza.

In primo luogo, pare necessario intervenire sulla disciplina della carriera dei magistrati, sia individuando un equilibrio diverso tra il criterio dell'anzianità e quello del merito sia attraverso l'utilizzo di criteri e indicatori più puntuali e oggettivi, maggiormente idonei ad apprezzare le attitudini effettive dei candidati e a contenere, conseguentemente, la "crisi di discrezionalità" che oggi investe il CSM.

Un altro obiettivo da perseguire sembra quello di riformare gli incarichi direttivi rendendoli davvero temporanei.

Oggi la normativa prevede che essi abbiano una durata di quattro anni e siano rinnovabili una volta; ciò non esclude, tuttavia, che al termine di un incarico direttivo il magistrato possa passare senza soluzione di continuità ad un altro incarico direttivo, solitamente più prestigioso del precedente. Ma tale circostanza è incompatibile con la *ratio* più profonda della temporaneità degli incarichi, ovvero l'esigenza di preservare l'orizzontalità nei rapporti tra magistrati.

Dunque, la provvisorietà non dovrebbe riguardare il singolo incarico ma, in generale, la titolarità della funzione direttiva; insomma, al termine di un periodo di "servizio" il magistrato dovrebbe tornare a svolgere, almeno per un certo periodo, la normale funzione giurisdizionale.

Come è stato efficacemente precisato, "il ruolo di direzione di un ufficio giudiziario non è uno *status*, ma un incarico temporaneo, di durata adeguata a garantirne l'incisività, che non istituisce differenze permanenti tra dirigenti e diretti, ma solo una temporanea diversità di funzioni"³⁹.

Ancora, in stretto collegamento con quanto appena evidenziato, pare opportuno impedire, o quanto meno limitare, con puntuali previsioni, i collegamenti troppo stretti tra la titolarità di incarichi istituzionali (CSM, Scuola della Magistratura, consigli giudiziari, ecc.) o associativi e la carriera professionale. Si tratta, infatti, di potenziali "circoli viziosi" che si prestano a divenire il terreno ideale per il diffondersi delle logiche corporative.

Infine, venendo più da vicino al CSM, nel tempo sono state avanzate proposte e correttivi volti a rendere i suoi processi decisionali più trasparenti e meno soggetti a condizionamenti impropri o a dinamiche spartitorie; per tutte, può richiamarsi l'idea di vietare le cd. nomine a pacchetto, oggi soltanto limitate dall'art. 38 del Regolamento interno del 2016, attraverso la previsione del voto separato per ciascuno dei candidati indicati nella proposta unitaria della commissione competente.

Occorre anche ricordare che l'Associazione nazionale magistrati ha reagito con fermezza agli scandali degli ultimi mesi, in particolare adottando, a conclusione del suo trentaquattresimo Congresso nazionale, svoltosi a Genova alla fine del 2019, una mozione (consultabile in www.associazionemagistrati.it) nella quale si legge che "i diversi gruppi che compongono l'associazione devono recuperare la loro funzione di luoghi di confronto ideale ed elaborazione culturale. Il pluralismo culturale, infatti, rappresenta una ricchezza, costituendo elemento essenziale dell'identità stessa dell'ANM, in seno alla quale le diverse visioni si confrontano e trovano una sintesi sulla base dei valori costituzionali comuni". E ancora: "Consapevoli del ruolo e dei propri doveri i magistrati italiani ribadiscono, a fronte dei gravi fatti emersi, la centralità dell'etica della funzione giudiziaria e riaffermano come prioritaria esigenza l'adempimento dei doveri di correttezza, trasparenza e decoro nell'esercizio della giurisdizione, in tutti gli organi di governo autonomo e nell'impegno associativo".

³⁹ N. Rossi, *L'etica professionale dei magistrati: non un'immobile Arcadia*, cit., 54.

6. Dal 1958 ad oggi, sette discipline elettorali

Ma è sulla legge elettorale per il rinnovo della componente togata del CSM che in questi mesi si sono concentrate le attenzioni maggiori.

Non è la prima volta che accade. Dal 1958 ad oggi si sono avute quindici consiliature del CSM e ben sette discipline elettorali (cfr. leggi nn. 195/1958, 1198/1967, 695/1975, 1/1981, 655/1985, 74/1990 e 44/2002). Senza contare che la legge elettorale è stata oggetto, nel 1986 e nel 2000, anche di due procedimenti referendari promossi senza successo dai radicali. Nessun sistema elettorale, almeno a partire dagli anni Settanta, ha mai retto all'accusa di favorire la politicizzazione del Consiglio superiore⁴⁰.

Le correnti della magistratura, vive e vitali fin dall'inizio delle attività del CSM, "entrano" ufficialmente al suo interno con la legge n. 695/1975, con la quale non soltanto i componenti togati elettivi vengono portati da 14 a 20 (8 giudici di legittimità, 8 di tribunale e 4 di appello) ma si introduce per la prima volta il voto per liste concorrenti, con nome e simbolo del gruppo e con possibilità di esprimere preferenze all'interno della lista prescelta. Il sistema introdotto è proporzionale, con collegio unico nazionale e con clausola di sbarramento al 6%.

Il ragionamento che conduce all'approvazione di tale riforma, realizzata con il diffuso consenso della magistratura associata, della classe politica e della prevalente dottrina, è il seguente: poiché il CSM definisce i criteri generali sulla cui base è tenuto ad adottare i singoli provvedimenti riguardanti i magistrati, esso è in grado di incidere con un potere "immenso" sulla politica giudiziaria, ragione per la quale la sua composizione deve necessariamente essere "rappresentativa" delle diverse anime di cui la magistratura si compone⁴¹.

Inoltre, tale assetto viene considerato il più adeguato allo scopo di consentire all'organo di autogoverno di farsi garante dell'indipendenza non soltanto esterna ma anche interna della magistratura⁴². In definitiva, in una fase storica nella quale viene raggiunta la piena consapevolezza del ruolo del giudice e della funzione giudiziaria nell'ordinamento, la componente togata del CSM diviene diretta espressione della vivacità culturale presente nel corpo giudiziario.

Quindici anni più tardi le prospettive sono parzialmente mutate. In un clima caratterizzato da forti tensioni tra politica e magistratura e preso atto, già allora, di alcune evidenti degenerazioni del "correntismo"⁴³, si giunge all'approvazione della legge n. 74/1990, approvata con la quasi esclusiva finalità di diminuire il peso delle correnti nel CSM. Vengono previsti più collegi nazionali, uno per l'elezione di due magistrati di cassazione e quattro (composti associando una pluralità di distretti di Corte d'Appello scelti mediante sorteggio) per l'elezione di diciotto magistrati di merito; il voto è espresso a favore delle liste e all'assegnazione dei seggi, realizzata con metodo proporzionale, partecipano soltanto i gruppi che hanno conseguito almeno il 9% dei suffragi sul piano nazionale.

Se l'obiettivo è quello di riavvicinare i candidati agli elettori, riducendo il peso della mediazione dei gruppi organizzati, in realtà la non sufficiente ristrettezza dei collegi, unita ad alcuni infelici tecnicismi, sortirà l'effetto esattamente contrario, rendendo ancora più decisivi gli apparati⁴⁴.

Si giunge quindi alla legge n. 44/2002, oggi in vigore, anch'essa figlia di una stagione caratterizzata da contrapposizioni tra politica e magistratura e da una malcelata volontà di depotenziare, con l'associazionismo giudiziario, il ruolo e il peso dell'organo di autogoverno della

⁴⁰ Cfr. N. ZANON-F. BIONDI, *Chi abusa dell'autonomia rischia di perderla*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2019, 2.

⁴¹ M. RAMAT, *Consiglio superiore della magistratura: false alternative e alternativa reale*, in *Quale Giustizia*, 1972, 377.

⁴² A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del CSM*, cit., 1069.

⁴³ G. VOLPE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc.dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 380.

⁴⁴ G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit., 36.

magistratura. I componenti togati vengono ridotti a sedici, eletti col sistema maggioritario in tre collegi unici nazionali: uno per eleggere due magistrati di Cassazione, uno per eleggere dieci magistrati giudicanti, uno per eleggere quattro magistrati requirenti. Il voto non è per lista ma sui singoli candidati, ogni elettore ne ha uno per ciascun collegio, risultano eletti coloro che hanno ottenuto più suffragi fino alla copertura dei posti. Anche in questo caso la finalità perseguita è quella di “ridurre sensibilmente” il peso delle correnti e la logica spartitoria che ne segue⁴⁵.

Tale obiettivo non sarà raggiunto. A prescindere dalle critiche tradizionali rivolte ad un siffatto sistema, di tipo maggioritario, da alcuni ritenuto “la negazione del ruolo assegnato al CSM dalla Costituzione”⁴⁶, ben presto viene in risalto soprattutto l’incongruenza tra abolizione del voto di lista e introduzione soltanto di tre collegi unici nazionali; la prassi, infatti, mostra fin da subito l’impossibilità per i candidati di fare a meno dell’appoggio di gruppi organizzati su tutto il territorio nazionale.

In definitiva, l’esperienza insegna che nessuna formula elettorale è in grado, di per sé, di risolvere il problema del peso delle correnti all’interno del CSM.

7. Verso una nuova legge elettorale

E’ ovvio che il vero problema è quello di mettere a fuoco l’obiettivo della riforma elettorale.

Alla luce di quanto prima evidenziato, circa la corretta collocazione del CSM nell’ordinamento e la sua valenza in senso lato politico-rappresentativa, appare chiaro che non si dovrebbe prospettare tanto l’espulsione delle correnti dal meccanismo elettorale ma predisporre un sistema idoneo - ovviamente nei limiti ristretti in cui una formula elettorale può incidere su questo profilo - a contenere le degenerazioni del correntismo senza rinunciare al pluralismo di idee di cui le correnti devono essere espressione anche all’interno del CSM⁴⁷.

Insomma, pur nella consapevolezza che i congegni elettorali non sono da soli risolutivi, è opportuno rintracciare una soluzione che vada nel senso di ridurre gli effetti perversi del correntismo senza, allo stesso tempo, frustrare il pluralismo di cui le correnti sono espressione. Come detto, una cosa è il pluralismo culturale, che è un valore da preservare, altro è la lottizzazione, che è una degenerazione da combattere. La circostanza per la quale le correnti si sono dimostrate non sempre all’altezza del ruolo “pubblico” loro affidato, in quanto assorbite dal far prevalere gli interessi particolari dei propri associati, è un fattore di cui si deve tenere conto ma che non incide sulla centralità della loro funzione, che è da apprezzare, per inciso, anche in termini di garanzia di *accountability* dei componenti togati⁴⁸.

Quanto si è venuti dicendo impone innanzi tutto di scartare, tra le diverse ipotesi di riforma prospettate in questi mesi, la non-soluzione del sorteggio dei componenti togati del CSM, peraltro già a suo tempo avanzata nel d.d.l. costituzionale n. 4275/2011 e prima ancora, negli anni Settanta, dal Movimento sociale italiano. A prescindere dalla circostanza che tale prospettiva, anche se preceduta o seguita da una fase elettorale, potrebbe essere percorribile soltanto con una revisione dell’art. 104 Cost., contro di essa depone soprattutto l’evidente incompatibilità con la natura del

⁴⁵ S. PANIZZA, *Art. 104*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, 2014.

⁴⁶ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 180.

⁴⁷ Cfr., da ultimo, S. BENVENUTI, *Brevi note sull’affaire CSM: vecchi problemi, ma quali soluzioni?*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2020, 10.

⁴⁸ Come sottolinea ancora S. BENVENUTI, *Brevi note sull’affaire CSM*, cit., 10, il quale altresì precisa che, tenuto conto del divieto di secondo mandato dei consiglieri, il collegamento tra eletti e correnti rappresenta la sola forma di responsabilizzazione dei primi.

CSM così come appena tratteggiata: il sorteggio, infatti, presuppone un Consiglio del tutto svilito, ridotto a mero organismo burocratico, in netto contrasto con l'esigenza di valorizzazione del pluralismo interno di cui si è detto. Senza contare che tale modalità di selezione, più che garantire una riduzione del peso delle correnti all'interno dell'organo di autogoverno, è in grado di assicurare soltanto una sua casuale redistribuzione; né la stessa può offrire uno scudo insuperabile contro le pratiche lottizzatorie, le quali, anzi, potrebbero rinnovarsi secondo logiche diverse e meno trasparenti. Infine, com'è ovvio, il sorteggio non assicura l'individuazione delle persone più adeguate a ricoprire quel peculiare ruolo⁴⁹.

Sembrano peraltro troppo radicali i recenti progetti di legge C. 226 e C. 227, presentati negli scorsi mesi alla Camera dei deputati per iniziativa dei deputati Stefano Ceccanti e Marco Di Maio (in realtà riproduttivi di proposte analoghe presentate nella XVI legislatura), tesi all'introduzione di un sistema, di tipo maggioritario, caratterizzato dall'articolazione in sedici piccoli collegi uninominali (uno per i magistrati di legittimità, quattro per i pubblici ministeri, undici per i giudici di merito) e dalla circostanza che ogni elettore può votare soltanto per il collegio ad esso relativo. Tale sistema, avvicinando i candidati agli elettori, renderebbe almeno in prima battuta plausibilmente meno essenziale l'intermediazione delle correnti; d'altra parte, il rischio in cui si potrebbe incorrere sarebbe duplice: da un lato favorire la creazione di una rappresentanza fortemente localistica, dove l'interesse generale potrebbe cedere il posto agli interessi particolari, con possibile esaltazione di rapporti clientelari tra elettori ed eletti; dall'altro, il rischio di estromettere le minoranze culturali dal Consiglio.

A mio giudizio sono da preferire sistemi più calibrati. Ne richiamo tre, senza alcuna pretesa di esaustività.

Può innanzi tutto segnalarsi il progetto elaborato dalla Commissione Scotti, che ha ultimato i suoi lavori nel 2016, laddove in esso si è tentato di coniugare il sistema maggioritario con quello proporzionale, prevedendo sia collegi territoriali che un collegio nazionale. Le votazioni sono articolate infatti in due turni, il primo maggioritario, su base territoriale, il secondo, proporzionale per liste concorrenti, su base nazionale.

Appare poi coerente con l'obiettivo indicato anche la proposta avanzata a suo tempo dalla Commissione Balboni, istituita nel 1995. La soluzione del "voto singolo trasferibile", infatti, ha il vantaggio di "mantenere un elevato grado di proporzionalità" impedendo al contempo di far prevalere la "logica di lista e degli schieramenti", valorizzando la personalità dei singoli magistrati⁵⁰. I collegi sono plurinominali e l'elettore si esprime votando un singolo candidato di una lista e indicando, in ordine di preferenza, altri candidati, non necessariamente della stessa lista, ai quali il voto potrebbe essere trasferito qualora il primo candidato non possa essere eletto o non abbia bisogno del voto per essere eletto.

Nello stesso senso, ovvero con la finalità di coniugare esigenze di "conservazione del pluralismo ideale e culturale [...] e valorizzazione delle capacità e dell'indipendenza dei singoli magistrati", si muove anche la recente proposta di un sistema proporzionale "temperato"⁵¹. Essa, in particolare, prevede tanti collegi uninominali quanti sono i magistrati da eleggere (esclusi quelli di legittimità, da concentrare in un collegio apposito), con collegamento di ciascun candidato con candidati in altri collegi facenti parte dello stesso gruppo e con distribuzione dei seggi su scala nazionale con il sistema proporzionale. Una volta ripartiti su scala nazionale i seggi tra i diversi gruppi, risultano eletti i candidati che, nel rispettivo collegio, ottengono la percentuale di voti più alta.

⁴⁹ Cfr. V. SAVIO, *Come eleggere il CSM, analisi e proposte: il sorteggio è un rimedio peggiore del male*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 2019, 1 ss.

⁵⁰ Cfr. Relazione conclusiva del Presidente della Commissione Enzo Balboni, in *Quad. cost.*, 1997, 552.

⁵¹ G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, cit., 27 ss.

Tale sistema manterrebbe il ruolo delle correnti ma garantirebbe allo stesso tempo un rapporto diretto tra elettore e candidato nel collegio uninominale.

8. In conclusione

I congegni elettorali sono sempre perfezionabili e nessuno mai davvero decisivo. Sono in ogni caso da prediligere, come accennavo, soluzioni equilibrate, che tengano conto dell'esigenza di contemperare le diverse istanze coinvolte, tutte di rilievo costituzionale.

Di tutto c'è bisogno meno che di risposte frettolose e scomposte.

In effetti, all'indomani degli scandali che hanno lambito il CSM la classe politica ha mostrato, almeno in una prima fase, una straordinaria reattività, con la messa in cantiere di una serie di proposte di riforma non sempre sufficientemente meditate. Reattività, per inciso, certamente giustificata in ragione della gravità dei fatti, anche se piuttosto inusuale se raffrontata ai tempi di reazione che si registrano di solito in altri settori dell'ordinamento, pur certamente bisognosi di interventi normativi. Mentre si scrive, in realtà, l'entusiasmo iniziale sembra essersi un poco raffreddato e il CSM appare meno al centro del dibattito politico rispetto soltanto a pochi mesi fa. Vedremo nei prossimi mesi se tale rallentamento è sintomo di una maggiore riflessione.

Per quanto molti dei problemi attuali abbiano una matrice culturale, e su quel piano debbano essere affrontati, qualche intervento normativo appare senza dubbio necessario. Ciò che deve essere tuttavia scongiurato è lo "scatto di nervi" del Parlamento, ovvero che si possa varare una riforma che non tenga conto dell'effettiva posta in gioco e risulti diretta a mortificare un organo fondamentale per l'equilibrio dei poteri e per il loro assetto democratico.

Brevi note sulle possibili linee di una riforma della legge elettorale del CSM

SOMMARIO: 1. Qualche premessa di ordine generale. – 2. Una riforma utile, ma a condizione che non resti isolata. – 3. Le caratteristiche che deve possedere una buona legge elettorale del CSM. – 4. Quali coordinate per una riforma? – 5. In conclusione: ma la dimensione territoriale è un valore in sé?

1. Qualche premessa di ordine generale.

Le recenti vicende che hanno portato alla ribalta rilevanti e reiterati episodi di malgoverno nell'esercizio dei poteri costituzionalmente assegnati al Consiglio Superiore della Magistratura hanno improvvisamente riaperto un dibattito pubblico, in realtà mai completamente sopito, sull'urgenza di mettere mano a una riforma complessiva del funzionamento dell'organo. Tale discussione ha investito anche, ma non soltanto, il tema della legge per l'elezione dei componenti togati del Consiglio.

La questione della riforma elettorale, in buona sostanza, tende ad essere collegata alla (più generale) questione della riforma del funzionamento del CSM, e quest'ultima, a sua volta, viene evocata nella speranza che, a partire da una modifica delle regole, si realizzino le condizioni materiali affinché non si ripropongano in futuro i gravissimi episodi di vera e propria "spartizione delle cariche", soprattutto nelle assegnazioni degli incarichi direttivi, che le indagini giudiziarie della Procura della Repubblica di Perugia hanno fatto emergere.

Ora, è fuor di dubbio che il grave scandalo che ha investito il modo in cui taluni componenti del Consiglio Superiore hanno preteso di interpretare il loro altissimo ruolo di garanzia dell'indipendenza della magistratura desti preoccupazione, per gli inquietanti risvolti che esso rivela con riferimento alla concezione che molti magistrati hanno mostrato di nutrire circa la natura e il ruolo dell'organo di autogoverno e il modo di relazionarsi con esso. È altrettanto evidente che le modalità con cui sembrano essersi svolte molte trattative aventi ad oggetto il conferimento di funzioni direttive appaia gravemente lesivo della stessa idea costituzionale di autonomia e indipendenza. Ciò che invece non è, di per sé, auto-evidente, è se ad una reale e netta inversione di tendenza rispetto a tali gravi episodi di malcostume, che talvolta sembrano aver addirittura integrato fatti penalmente rilevanti, possa realmente ed efficacemente contribuire un ennesimo "intervento sulle regole", un'altra "riforma" ordinamentale. E soprattutto, *a fortiori*, se la parte più urgentemente bisognosa di interventi riformatori sia proprio quella relativa alla disciplina delle elezioni.

Che vi sia un diretto e immediato collegamento tra legge elettorale e malfunzionamento dell'organo, in altre parole, non è da ritenere di per sé scontato. Tanto meno appare scontato che la modifica del sistema elettorale della componente togata del Consiglio costituisca, a tal fine, un rimedio sicuro, rapido ed efficace.

Confesso di appartenere, sul punto, al partito dei perplessi (se non degli scettici). Non credo affatto che la modifica del sistema elettorale per la composizione della componente togata del CSM sia davvero in grado di incidere sugli attuali problemi dell'autogoverno della magistratura. Il che non significa peraltro che la vigente, pessima, legge elettorale non meriti di essere modificata. Al contrario, per le ragioni che proverò brevemente ad illustrare, penso che tale legge – di gran lunga la peggiore delle sette che si sono susseguite nel corso degli anni – sia stata una vera e propria "polpetta avvelenata" che ha contribuito ad intossicare dall'interno lo stato di salute dell'associazionismo giudiziario. Le ragioni della mia perplessità sono più profonde e radicali.

Nutro seri dubbi, in generale, in merito alla autonoma capacità conformativa delle regole. A partire dalle regole costituzionali. Fare affidamento solo ed esclusivamente sulla modifica ordinamentale per promuovere un mutamento incisivo di prassi comportamentali che quelle regole hanno reso possibili è, nella migliore delle ipotesi, illusorio. Nella peggiore è mistificatorio. Ho sempre diffidato di quell'illusione costruttivistica che assegna alle norme il compito esclusivo di modificare gli assetti politici, gli equilibri di potere, le modalità concrete con cui esso si manifesta nella prassi. Continuo a ritenere che tali assetti, equilibri e prassi si formino, in larga parte *nonostante* e non certo *per effetto* di quelle regole.

Per essere ancor più chiaro, ritengo davvero mistificatorio l'atteggiamento di chi prova a convincerci che siano le norme (a cominciare da quelle costituzionali, per proseguire con quelle che condizionano i modi di composizione degli organi elettivi) a determinare meccanicamente il funzionamento di questi ultimi, e che dunque basti cambiare le norme affinché si risolvano le difficoltà di funzionamento di quel sistema e ci siano regalate come d'incanto istituzioni più forti, più imparziali, più orientate al perseguimento dell'interesse generale, e così via. La grave malattia che ha colpito il sistema complessivo dei pubblici poteri e, per quello che qui interessa, l'autogoverno del potere giudiziario, dipende dalla progressiva dissoluzione di un tessuto sufficientemente condiviso di valori costituzionali, dal venir meno della solidarietà repubblicana, dall'afasia di fronte all'assalto dei micro-interessi corporativi, da una perdita, mi spiace dirlo, di quella larga e un tempo radicata convinzione circa il supremo valore costituzionale dell'autonomia e dell'indipendenza del potere giudiziario che una volta accomunava, pur nelle diverse sensibilità ideologiche, la maggior parte dei magistrati.

Il Consiglio Superiore della Magistratura non è un semplice organo amministrativo (sia pure, come taluno afferma, di "alta amministrazione") chiamato a gestire l'organizzazione di un corpo burocratico come altri. È l'organo di alto rilievo costituzionale, cui la Costituzione assegna il delicatissimo compito di contribuire a produrre le forme e le condizioni della separazione dei poteri, ossia del complesso equilibrio tra la sovranità della politica e l'autonomia della giurisdizione. Tale autonomia è intesa quindi, essenzialmente, proprio come autonomia *dalla politica*, e si manifesta nella pretesa costituzionale che tutte le scelte più significative riguardanti lo *status* giuridico e la carriera dei magistrati siano operate all'interno di un organo che sia fisicamente lontano dal potere politico e che tale lontananza quotidianamente dimostri e manifesti.

Il che però significa, date le pessime prestazioni che il CSM ha purtroppo dimostrato di fornire sotto tale profilo nell'ultimo periodo, che a dover subire un radicale processo di trasformazione è, in primo luogo, l'attitudine mentale di coloro cui sarà affidata, d'ora in poi, la rappresentanza delle diverse categorie di magistrati nell'organo di autogoverno, e il loro modo di concepire il senso e il valore dei compiti di alto e delicato profilo costituzionale cui sono chiamati. Nonché, in secondo luogo e soprattutto, la sensibilità e la consapevolezza della propria funzione da parte di tutti coloro che all'elezione di quell'organo concorrono, ossia di ogni singolo protagonista di quel "potere diffuso" che di tale «autonomia e indipendenza» quotidianamente beneficia.

Per concludere sul punto: nessuna riforma delle regole funzionerà mai se non è preceduta, accompagnata e seguita da una profonda riforma delle teste. In assenza di un radicale e decisivo cambio di mentalità, al quale si accompagni una rinnovata assunzione di consapevolezza circa il ruolo cui la Costituzione chiama il potere giudiziario, nessuna modifica della legge elettorale potrà servire. Anzi, rischierà di essere addirittura dannosa, se è vero, come insegnano da decenni i politologi, che le regole elettorali tendono sempre a indurre spontaneamente comportamenti adattativi e strategicamente "razionali rispetto allo scopo", in una irresistibile e tendenzialmente inarrestabile tendenza all'approccio utilitaristico (e quindi all'eterogenesi dei fini). Sviluppare una riflessione su questo punto rientra a mio giudizio tra i compiti principali della magistratura associata, in tutte le sue articolazioni.

2. Una riforma utile, ma a condizione che non resti isolata.

Tutto ciò non significa, come si diceva, che una riflessione sulla riforma dell'attuale legge per l'elezione della componente togata del Consiglio Superiore della Magistratura sia inutile o superflua. Al contrario. Se nessuna pur "ottima" formula elettorale, da sola, è in grado di garantire le prestazioni (in termini di qualità morali e doti intellettuali individuali, di imparzialità, di senso di responsabilità nei confronti della funzione esercitata, ecc.) cui la Costituzione chiama coloro che sono designati a rappresentare l'intero ordine giudiziario nell'organo di autogoverno, è invece piuttosto evidente che una "pessima" formula elettorale può contribuire in modo esiziale ad aggravarne i difetti di funzionamento e ad enfatizzarne le degenerazioni. A cominciare dalla c.d. "degenerazione correntizia", formula tanto declamata da essere divenuta ormai un vero e proprio "luogo comune". Sotto questo profilo, ritengo che debba essere assegnato alla riforma della legge elettorale un compito non irrilevante: quello di aiutare la magistratura associata a riorganizzare sé stessa, a ripensare al proprio ruolo e al proprio rapporto con la base nel momento della competizione per l'elezione del CSM; nonché, viceversa, quello di promuovere, nei singoli magistrati, una spinta ad immaginare, a loro volta, in modo diverso il proprio rapporto con la realtà associativa nel momento dell'espressione di quel voto.

Anche qui, peraltro, mi pare che qualsiasi riflessione finirebbe per restare sterile e priva di costrutto se non accompagnata da un'ulteriore, e finale, avvertenza. Quando si argomentano le buone ragioni che suggeriscono di porre mano alla riforma del sistema di elezione del CSM, si tende inspiegabilmente a concentrarsi solo sugli attuali problemi della componente togata e sulle degenerazioni che l'hanno coinvolta. È bene tuttavia non dimenticare che la componente laica non costituisce affatto una variabile indipendente rispetto all'esigenza di un funzionamento ordinato del Consiglio Superiore. Anzi, proprio alla componente laica la Costituzione assegna un ruolo essenziale nell'assicurare la presenza di un contrappeso, diretto ad evitare che una rappresentanza soltanto "corporativa" trasformi la magistratura in una sorta di circolo esclusivo e impermeabile, e alimenti così una gestione autoreferenziale dell'autogoverno, ripiegato su sé stesso e specchio di un ordine giudiziario che a sua volta si autorappresenti come un corpo separato (come precisato dalla Corte costituzionale sin dalla lontana sentenza n. 142/1973).

Paradossalmente, sono proprio i laici i garanti del buon funzionamento del Consiglio. A loro la Costituzione si affida per temperare i rischi di autoreferenzialità dell'ordine giudiziario. I laici hanno, tra l'altro, il compito di contrastare ogni tentazione di lottizzazione delle cariche, di scongiurare il rischio di formazione di clientele, di smontare le eventuali pretese di una gestione opaca o disinvoltata delle assegnazioni agli uffici direttivi, e così via. Se oggi il sistema dell'autogoverno non funziona in maniera corretta, o comunque non garantisce quelle prestazioni cui si faceva cenno, la responsabilità sarà certo in parte attribuibile al modo in cui si sono assestati i rapporti all'interno della componente togata, nelle sue articolazioni associative e nelle relazioni tra queste e i singoli magistrati-elettori. Tuttavia, a tale stato di cose ha altresì contribuito la circostanza obiettiva ed evidente che la componente laica non è riuscita a svolgere appieno il delicato compito che la Costituzione le aveva assegnato. Sotto questo profilo, quella medesima classe politica che oggi, giustificatamente, si indigna di ciò che emerge dalle conversazioni intercettate in merito ai rapporti opachi fra taluni componenti togati e taluni magistrati con cui erano in costante contatto (oltre che con vari esponenti dello stesso mondo politico), e di conseguenza propone revisioni più o meno "punitive" dei modi di selezione di quella componente con l'obiettivo di «spezzare la degenerazione correntizia», farebbe forse bene a riflettere sull'opportunità di rivedere anche le assai discutibili modalità di scelta della componente non togata, la quale – per parte sua – non pare certo meno lottizzata dell'altra, è sempre più spesso diretta espressione dei partiti, segue a sua volta rigide logiche di schieramento e collateralismo che producono talvolta risultati davvero deludenti in

termini di attitudini e qualità individuali dei prescelti. Il che provoca effetti speculari, se non ugualmente dannosi, rispetto alla lamentata spartizione correntizia. Tale questione non pare essere stata adeguatamente affrontata, e tanto meno risolta, dal disegno di legge di riforma recentemente presentato dal ministro della giustizia, il quale si limita a richiedere che i laici non siano o non siano stati nell'ultimo quinquennio parlamentari, consiglieri regionali, assessori. Il problema, tuttavia, non è certo costituito dalle cariche politiche attualmente ricoperte da coloro che aspirano alla designazione quali componenti laici del Consiglio. Il problema è creare meccanismi in grado di promuovere una selezione fondata sulla statura accademica o professionale dei candidati, sulla loro effettiva indipendenza dalla politica, sulla capacità di esercitare fino in fondo quel delicato compito di contrappeso cui la Costituzione li ha chiamati.

3. Le caratteristiche che deve possedere una buona legge elettorale del CSM.

La prima banale considerazione che emerge dall'analisi dei diversi sistemi elettorali che si sono susseguiti nel tempo, e soprattutto degli ultimi due (quello introdotto nel 1990 e quello sperimentato a partire dal 2002), è che ai molti cambiamenti introdotti non sembra essere conseguito l'obiettivo che, di volta in volta, i solerti riformatori si prefiggevano. Molte volte la riforma del sistema elettorale è stata giustificata con l'obiettivo di «spezzare la logica delle correnti» nell'elezione della componente togata e di conseguenza, a cascata, nelle modalità di funzionamento dell'organo. L'ultima revisione, in particolare, aveva proprio questo dichiarato obiettivo. A giudicare dai risultati, si può quantomeno convenire che non vi sia riuscita, ottenendo paradossalmente l'opposto effetto di aumentare patologicamente l'incidenza delle singole articolazioni della magistratura associata su ogni aspetto dell'attività del Consiglio.

Occorre, in proposito, prestare la massima attenzione. È frequente, non certo soltanto in quest'ambito, che un sistema elettorale approvato in funzione della realizzazione di un certo obiettivo abbia prodotto, in concreto, effetti opposti a quelli attesi. Anche in questo caso non può che ribadirsi che nessun intervento ingegneristico sarà mai da solo in grado di condizionare il modo in cui le persone distribuiscono le proprie individuali preferenze politiche. Sono i contesti reali entro i quali si sviluppa la competizione elettorale a determinarne gli esiti. Esiti che molto spesso sovvertono completamente le previsioni di quegli illuminati "ingegneri" ai quali si era affidato il compito di realizzare il presunto "fine" cui il sistema elettorale avrebbe dovuto tendere. Lo abbiamo visto tante volte nelle previsioni puntualmente smentite sul funzionamento delle (troppe) leggi per l'elezione del Parlamento che si sono susseguite nell'ultimo quarto di secolo. Ma il discorso vale *a fortiori* per la legge elettorale del CSM. Si pensi, per fare un solo esempio, al voto di preferenza. Talvolta l'introduzione delle preferenze è stata presentata come il toccasana per spezzare logiche notabiliari. Talaltra l'abolizione delle preferenze è stata individuata come lo strumento che avrebbe allontanato dal voto ogni fonte di inquinamento dello stesso. Il più delle volte, la riforma e la sua successiva contro-riforma non hanno prodotto né l'uno né l'altro dei risultati attesi. Il fatto è che le questioni sono assai più complesse. La legge elettorale per la designazione della componente togata del CSM ha infatti una triplice funzione.

Si tratta, in primo luogo, di *rappresentare* adeguatamente il pluralismo culturale (e anche, perché no, *ideologico*) presente all'interno della magistratura, che non solo non va negato, ma va al contrario favorito e valorizzato, in quanto manifestazione di un'esigenza a sua volta costituzionalmente rilevante, di adeguata rappresentazione, in ogni contesto, del pluralismo sociale che la Costituzione presuppone e protegge.

Si tratta poi, in secondo luogo, di valorizzare, anche nel momento della costruzione della sua rappresentanza elettiva, la naturale configurazione del potere giudiziario come *potere diffuso*. Il

principio costituzionale secondo cui i magistrati si distinguono solo per funzioni deve valere anche nel momento in cui essi sono chiamati ad esprimere la composizione dell'organo di autogoverno. La natura "diffusa" del potere giudiziario si manifesta nella sua complessità funzionale, territoriale, culturale, di sensibilità, di genere ... È per questa ragione, ad esempio, che la Costituzione presuppone che l'elettorato passivo sia tendenzialmente riconosciuto a tutti coloro cui è assegnato l'elettorato attivo. Sotto questo profilo, sono assai perplesso di fronte alle proposte di coloro che vorrebbero limitare l'accesso al Consiglio soltanto a magistrati più anziani, quando non addirittura a magistrati già a riposo. Personalmente, trovo addirittura costituzionalmente discutibile la norma, contenuta nell'attuale disegno di legge di riforma di origine governativa, che parrebbe limitare l'elettorato passivo ai soli magistrati in possesso della terza valutazione di professionalità.

Si tratta infine, in terzo luogo, di favorire una selezione che promuova i candidati sulla base delle loro specifiche *qualità personali* (di ordine intellettuale, professionale, morale), in modo tale da rendere più probabile che l'organo nel suo complesso saprà esercitare adeguatamente la delicata funzione costituzionale cui è chiamato. Un buon sistema elettorale dovrebbe facilitare la selezione di consiglieri in grado di salvaguardare la propria indipendenza, e in tal modo l'indipendenza dell'intero ordine che rappresentano, anche nei confronti delle associazioni che li hanno candidati o comunque alle quali fanno riferimento.

Su quest'ultimo punto è bene essere chiari. Il problema non è difendere il CSM dal rischio di "politicizzazione". Anzi, quello della politicizzazione del CSM è un falso problema: è ovvio che il ruolo dei giudici indipendenti nello Stato costituzionale è anche un ruolo politico. Come scriveva già quarant'anni fa Alessandro Pizzorusso, i giudici sono un corpo di tecnici che non solo leggono e interpretano norme, ma colgono e perseguono i valori di base (pluralistici) dell'ordinamento costituzionale. Se il CSM fosse solo un organo amministrativo "neutro", che senso avrebbe la presenza addirittura di membri eletti dal parlamento in seduta comune e presieduto niente meno che dal Capo dello Stato? E che senso avrebbe la previsione da parte della legge di competenze quali la formulazione di pareri «sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie», ovvero la – peraltro da taluni commentatori contestata – attribuzione in merito alle c.d. «pratiche a tutela»? La politicità, nel senso alto e nobile della pacifica compresenza di diverse opzioni ideali, valoriali, culturali, è un dato ineliminabile e fecondo della società pluralista, che alimenta e arricchisce il dibattito pubblico e contribuisce al progresso complessivo della società. Sotto questo profilo, che i magistrati possano essere "politicizzati", possano cioè "avere un'opinione politica" nel senso sopra specificato non è di per sé affatto contrario al principio di imparzialità del giudice. E dunque non è affatto contrario a tale principio che i magistrati possano associarsi liberamente al fine di promuovere e diffondere la propria declinazione di quei valori di riferimento, nella cui cornice si manifesta il ruolo costituzionale del giudice nell'ordinamento.

Il problema è, invece, far sì che i componenti del Consiglio agiscano sempre, e indipendentemente dalle loro opzioni ideali, con indipendenza di giudizio e di azione di fronte alle pressioni clientelari, ai condizionamenti trasversali, alle spinte corporative, alle tentazioni ad adottare spartitorie pratiche di lottizzazione, che con la c.d. "politicizzazione" nulla hanno a che fare, ma che sono inevitabilmente presenti in tutte le organizzazioni che si trovano ad esercitare un "potere". La "politica" e il "potere" non sono affatto la stessa cosa. È per questo che un buon sistema elettorale dovrebbe contribuire a favorire la selezione di personalità dotate di individuali qualità di autonomia e indipendenza che evitino o riducano il minimo il rischio che l'assunzione di decisioni delicate come quelle che hanno ad oggetto la carriera dei magistrati diventi puro e semplice esercizio di potere.

Orbene, di fronte a tali esigenze, non esiste *un* sistema elettorale ottimale. Anzi, l'ingegneria elettorale, con la sua inesauribile fantasia, è in grado di produrre infinite soluzioni, ciascuna delle

quali, inevitabilmente, presenta pregi e criticità. Né il problema può essere ridotto, come talvolta semplicisticamente ci si ostina a fare, alla falsa alternativa tra sistemi “proporzionali” e “maggioritari”. Da tempo è chiaro agli studiosi di sistemi elettorali che gli effetti (o, come dicono i politologi, i “rendimenti”) di ciascun sistema elettorale prescindono molto spesso dalla formula (astrattamente) maggioritaria o proporzionale che viene di volta in volta prevista. Inoltre, è assai frequente l’evenienza che un sistema elettorale pensato per avere un determinato effetto (proporzionale o maggioritario) produca, alla prova dei fatti, effetti diametralmente opposti a quelli attesi, proprio a causa del comportamento “naturalmente” strategico adottato dai diversi attori che a quell’elezione a vario titolo concorrono.

Una cosa, tuttavia, pare certa: se non esistono sistemi elettorali perfettamente adeguati a garantire ciascuna delle esigenze sopra evidenziate, di sicuro esistono sistemi elettorali che, in vista di tale scopo, risultano letteralmente esiziali. Lo dimostra il sistema adottato nel 2002 e attualmente vigente, il quale, come da più parti rilevato, si è dimostrato totalmente incapace non dico di perseguire gli obiettivi che si sono sopra delineati, ma neppure di realizzare quelli che il legislatore esplicitamente si prefiggeva. L’idea era apparentemente semplice, in realtà semplicistica. Si riteneva che, abolendo formalmente lo scrutinio di lista e promuovendo il c.d. “voto unico” a favore di candidature strettamente *individuali*, si sarebbe automaticamente promosso l’emergere di candidati indipendenti e sarebbero state simmetricamente penalizzate le componenti organizzate. Invece, com’era ampiamente prevedibile, le stesse componenti organizzate hanno presto compreso la necessità di realizzare una forte “organizzazione preventiva” del voto, affinché esso producesse, nella sostanza, risultati conformi alla forza reciproca, e alle corrispondenti aspettative, delle medesime componenti. Come si diceva, è un dato universalmente noto agli studiosi di sistemi elettorali che la legge elettorale induce, nelle forze organizzate che partecipano alla competizione, comportamenti strategici e adattativi. E dunque ci si deve attendere che una pessima legge elettorale induca in costoro pessimi comportamenti adattativi. Le vicende legate alla gestione delle “elezioni primarie”, alla scelta su quali e quanti candidati presentare, ai calcoli preventivi sulla “distribuzione attesa” dei consensi e alla conseguente centralizzazione e “cristallizzazione” a livello nazionale delle relative scelte è, a tal proposito, addirittura paradigmatica. La responsabilità, in massima parte, va ascritta alla stessa formulazione della legge elettorale, che – nel vano intento di «penalizzare le correnti» – pretende di mettere al centro della competizione singoli candidati, ai quali è precluso ogni formale “collegamento” con componenti organizzate, ma contemporaneamente li costringe ad una “impossibile” competizione su scala nazionale, che solo l’appoggio di una componente organizzata può garantire. Con il bel risultato che quelle componenti organizzate, le quali ovviamente continuano sostanzialmente ad esistere, si conformano al sistema e vi si adattano, arrivando al punto di organizzare “a tavolino” la distribuzione tra i propri aderenti delle singole preferenze da attribuire, in modo da evitare eccessive concentrazioni di voti su singoli candidati e conseguenti effetti penalizzanti sugli altri candidati appartenenti alla medesima componente.

E così quella dissennata legge elettorale, nel più evidente esempio di eterogenesi dei fini, non soltanto non ha efficacemente combattuto il corporativismo giudiziario, ma ha finito per esaltarne i tratti più distorti, costringendo le singole articolazioni della magistratura associata a trasformarsi in vere e proprie “macchine di organizzazione del consenso”. Tutto ciò ha favorito un processo di allontanamento delle associazioni tra magistrati dalla loro più autentica vocazione. L’associazionismo giudiziario oscilla da sempre tra i contrapposti modelli, noti alla scienza politica, della “associazione di idee” e della “associazione di servizi”. È evidente, peraltro, che il primo modello è stato a lungo prevalente. Le c.d. “correnti” erano vissute, dai loro appartenenti, innanzi tutto come luoghi di discussione politica e di elaborazione intellettuale, cui si aderiva essenzialmente per motivazioni di tipo ideale. Il sistema elettorale adottato nel 2002 ha sicuramente

contribuito ad accelerare un processo, che per la verità era già in atto da tempo, di progressivo allontanamento da quel modello, e di trasformazione del rapporto tra le componenti organizzate e i singoli magistrati-elettori. Certo è che il progressivo accentramento delle competizioni elettorali intorno alla capacità organizzativa delle correnti ha finito per esaltarne sempre di più il ruolo centrale sotto il profilo burocratico-organizzativo, a scapito della funzione rappresentativa del pluralismo culturale e ideale. Con un'aggravante: che lo stesso profilo burocratico-organizzativo non è più trasparente, ma asseconda una pericolosa torsione dello stesso significato dell'espressione "magistratura organizzata". L'organizzazione rischia di essere sempre più funzionale, esclusivamente, alla "vittoria elettorale", all'occupazione del potere che il CSM obiettivamente esprime, alla stipula di accordi occulti, o in ogni caso opachi, nei quali ogni originaria idealità o "politicità", ogni pubblico confronto di idee e posizioni annega in un indistinto sottobosco di legami particolari, individuali promesse, indicibili scambi, entro i quali si alimenta un perverso meccanismo che consente di mantenere e consolidare nel tempo il vincolo con l'organizzazione e la fedeltà elettorale alla stessa. Per provare a spezzare tale legame, una modifica del sistema elettorale che più di tutti ha contribuito ad alimentarlo non pare affatto inutile.

4. Quali coordinate per una riforma?

Una riforma della legge per l'elezione della componente togata del CSM è dunque indispensabile. E lo è non tanto perché un diverso sistema sia in grado da solo di garantire ciò che finora non è stato, ossia un funzionamento migliore dell'organo di autogoverno e una conseguente rilegittimazione dell'intero ordine giudiziario, attualmente sottoposto a una pericolosa caduta di prestigio, ma perché l'attuale legge elettorale sembra essere di per sé perfettamente funzionale a perpetuare tale stato di cose. Se non esiste, in astratto, una legge elettorale *migliore*, sicuramente ne esiste, in concreto, una *peggiore*. L'attuale legge, sotto tale profilo, non appare più difendibile.

Il primo obiettivo che un nuovo sistema elettorale dovrebbe perseguire deriva proprio dalle considerazioni da ultimo sviluppate. Come evitare che le singole componenti della magistratura organizzata siano indotte o incentivate a trasformarsi in mere macchine elettorali alla ricerca di consenso a qualsiasi prezzo. Anche su questo punto occorre essere chiari. È inevitabile che, in una competizione elettorale, si formino aggregazioni che competono per il consenso. Ma le regole elettorali possono aiutare ad evitare che tale competizione finisca per snaturare il significato stesso dell'associazionismo della magistratura. Se allo scopo di aggiudicarsi un'elezione diventa indispensabile svolgere una capillare attività di campagna elettorale organizzata "dal centro" su tutto il Paese, è inevitabile che le stesse correnti finiscano per perdere ogni residuo ruolo (che dovrebbe essere loro proprio e fisiologico) di luoghi di riflessione e di elaborazione intellettuale e di produzione di pensiero critico, per trasformarsi in meri collettori di consenso e dunque, una volta "vinte" le elezioni, in meri gestori di potere, che restituiscono ciò che avevano "promesso". Inoltre, una competizione di tipo fortemente accentrato, che costringe i candidati a ricercare il consenso su tutto il territorio nazionale, finisce per favorire la selezione sulla base di "qualità" che non dovrebbero avere nulla a che fare con l'elezione del CSM, quali la fama individuale, l'esposizione mediatica, le eventuali pregresse benemeritenze conquistate nell'esercizio di cariche associative o negli organi centrali dell'Associazione nazionale magistrati, e così via.

Non dobbiamo poi dimenticare un dato materiale che rende inevitabilmente diverso il meccanismo di funzionamento del sistema elettorale del CSM rispetto a quello che caratterizza le elezioni politiche. I magistrati sono complessivamente pochissimi. Stiamo parlando di un corpo elettorale che non supera, in tutto, il numero di elettori di una piccola cittadina. Il quale, tuttavia, è "disperso" su una superficie territoriale vastissima, ma contemporaneamente è distribuito su tale

superficie in modo diseguale, con talune sacche di evidente concentrazione. Qualsiasi legge elettorale è costretta a fare i conti con questo complesso dato strutturale, che inevitabilmente condiziona l'idea stessa di "territorialità".

Anche con riferimento a tale ultimo termine è bene fare chiarezza. L'esigenza, da più parti manifestata nel corso del dibattito di questi mesi, di "tornare al territorio", ossia di prevedere un sistema elettorale che garantisca un più adeguato rapporto tra l'eletto e le singole realtà territoriali entro cui si articola l'organizzazione giudiziaria, ha sicuramente motivazioni comprensibili e condivisibili. Si tratta di spezzare le logiche di una rappresentanza nazionale che da un lato, come detto, rischia di esaltare le peggiori manifestazioni di un "correntismo senza qualità", nel quale le componenti della magistratura associata si trasformano in mere cinghie di trasmissione di un consenso clientelare e di un potere opaco e incontrollato, e che dall'altro lato favorisce sempre e inevitabilmente l'egemonia di talune aree territoriali su altre, quelle ove si concentra il maggior numero di elettori e ove possono costruirsi con più facilità reti di consenso, scambi politici e conseguenti aree di sovra-rappresentazione.

D'altro canto, è altresì indispensabile che il vagheggiato "ritorno al territorio", spesso presentato come il toccasana che guarirà ogni male del correntismo, non apra le porte ad un vizio ancor più temibile rispetto allo strapotere nazionale delle componenti organizzate: quello del localismo. Il localismo può produrre sacche di clientela ben più radicate e impermeabili di quelle che si possono formare con sistemi basati su circoscrizioni nazionali. Ricordo che il massimo della degenerazione notabile, nelle elezioni politiche, lo si è sempre raggiunto nell'ambito dei sistemi organizzati intorno a collegi uninominali, soprattutto quando ciò si intrecciava con un numero molto basso di elettori. Si pensi, in particolare, ai sistemi elettorali vigenti negli Stati liberali del secondo Ottocento, quando proprio il collegio uninominale, coniugato con il suffragio ristretto, rappresentava la fonte più immediata e tangibile del clientelismo notabile, radicato soprattutto nelle campagne, al quale soltanto assai lentamente e nel contesto dello sviluppo "urbano" della società industriale e dell'estensione progressiva del suffragio, si andò progressivamente sostituendo una nuova forma dell'azione politica basata sull'egemonia dei partiti di massa.

Sotto questo profilo, mi lascia assai perplesso la proposta, contenuta nel c.d. "progetto Bonafede", di distribuire il già complessivamente esiguo numero degli elettori in ben 18 collegi uninominali territoriali (cui si aggiungono due ulteriori collegi "funzionali" di dimensioni analoghe). Ciò assegnerebbe di fatto la scelta di ciascun singolo componente togato del CSM a circa 450 persone, ossia a una platea estremamente ridotta di elettori perlopiù afferenti a uffici situati nel medesimo luogo o in luoghi vicini, con un evidente rischio di frammentazione della rappresentanza. La campagna elettorale finirebbe inevitabilmente per essere condizionata da questioni localistiche, con una maggiore difficoltà a ricondurre il dibattito alle grandi questioni di principio concernenti il ruolo della giurisdizione, le sue finalità, i criteri generali dell'organizzazione giudiziaria. Ma non basta. Lo stesso progetto, nel prevedere la possibilità di esprimere fino a tre preferenze (in ordine decrescente di importanza e con introduzione del voto "di genere") nell'ambito di uno scrutinio maggioritario a doppio turno, aggiunge difetti ai difetti. In termini teorici la preferenza multipla associata allo scrutinio a doppio turno nell'ambito di un collegio uninominale è letteralmente un'assurdità, in quanto produce, come unico risultato, quello di esaltare il formarsi di "cordate" tra candidati appartenenti al medesimo gruppo, con l'obiettivo di portare al ballottaggio due candidati (verosimilmente appartenenti a generi diversi) della stessa componente organizzata, che così si garantirebbe la vittoria certa dell'elezione.

Il rischio di un sistema del genere è dunque duplice: da un lato di esaltare oltre misura i localismi, dall'altro di incentivare ulteriormente comportamenti strategici e voti di scambio. A ciò si aggiunga che, secondo lo stesso progetto, sarebbe il ministro della giustizia con suo decreto a decidere discrezionalmente, nei tre mesi precedenti la data delle elezioni, come i singoli collegi territoriali (a

parte i due collegi “fissi” individuati per funzione) debbano essere disegnati. Il rischio, in tal caso, è che si realizzino – per mano del ministro – i ben noti fenomeni di “*gerrymandering*” nella determinazione dei collegi, con evidente pregiudizio per lo stesso principio costituzionale di autonomia e indipendenza della magistratura. Ricordo che, ai tempi in cui era previsto l’accorpamento di diversi distretti di Corte di appello in circoscrizioni elettorali territoriali che venivano di volta in volta individuate ad ogni elezione, esso avveniva per sorteggio, e non certo per discrezionale decisione del ministro.

Altre proposte di riforma, tra le molte di cui in questo periodo si dibatte, appaiono più consone ad affrontare le criticità che sono state messe in evidenza, senza presentare gli evidenti difetti palesati dal progetto ministeriale. Nell’impossibilità di esaminarle tutte, mi limiterò ad alcune considerazioni di carattere generale.

Per evitare che l’elezione si esaurisca, collegio per collegio, in un muscolare “scontro maggioritario” tra i gruppi più forti, è stato proposto ad esempio di mantenere la base uninominale del suffragio, coniugandola però con una distribuzione proporzionale dei seggi. Non dobbiamo dimenticare, a tale proposito, che la vera giustificazione addotta dai fautori del sistema “*plurality*” o “*majority*” (ossia maggioritario a turno unico o a doppio turno nell’ambito di collegi uninominali) nelle elezioni di tipo politico sta nella sua asserita capacità di assicurare “stabili maggioranze di governo”. Orbene, al di là della plausibilità dell’assunto (assai spesso smentito dalla realtà dei risultati elettorali nei paesi in cui tale tipo di sistema è stato adottato), qui il punto cruciale è un altro. L’elezione dei componenti togati del CSM non è un’elezione politica, tra i cui obiettivi può essere assunto anche quello di preconstituire una “maggioranza” e una “opposizione” in modo da assicurare la c.d. “governabilità”. Qui non vi è in realtà nulla da “governare”. Vi è tutt’al più da assicurare un funzionamento efficace e funzionale dell’organo, garantendo al contempo, al suo interno, la massima espressione del pluralismo ideale esistente all’interno dell’ordine giudiziario e la massima caratura individuale dei suoi rappresentanti. E cioè, come si diceva all’inizio, *qualità* e *rappresentatività*. Se da un lato, quindi, il principio maggioritario per l’attribuzione del singolo seggio non appare consono alla funzione ascritta all’organo, dall’altro lato la distribuzione degli eleggibili in circoscrizioni elettorali più ristrette può contribuire a favorire una più accurata selezione sul piano della qualità complessiva dei candidati.

È questo l’obiettivo perseguito, ad esempio, dal progetto di riforma proposto da Gaetano Silvestri, che coniuga appunto la distribuzione degli eleggibili sulla base di collegi uninominali con una assegnazione dei seggi su base proporzionale, ricalcando il sistema elettorale vigente fino al 1994 per l’elezione del Senato della Repubblica e fino al 2014 per l’elezione dei consigli provinciali. In ogni collegio uninominale verrebbero presentate candidature individuali, con la possibilità tuttavia, per ciascun candidato, di “collegarsi” ad altri candidati di sensibilità ideale affine presenti in altri collegi. La distribuzione dei seggi avverrebbe su base proporzionale tra i “gruppi” di candidati tra loro collegati, mediante l’utilizzo di uno qualunque dei diversi sistemi di riparto proporzionale esistenti (dal metodo del quoziente al metodo d’Hondt, a seconda della preferenza per un criterio che realizzi una minore o maggiore sovra-rappresentazione dei gruppi di candidati che hanno raccolto più voti). Tale sistema avrebbe l’indubbio effetto di creare un forte collegamento territoriale del singolo candidato con i suoi elettori, ma contemporaneamente di evitare che l’eletto sia solo ed esclusivamente espressione di un “fatto maggioritario” che si esaurisce nel collegio uninominale in una dialettica rozza e semplificata tra un “vincente” e uno o più “perdenti”. Il pluralismo sarebbe salvaguardato in quanto, a livello nazionale, si garantirebbe una distribuzione dei seggi sostanzialmente conforme al consenso complessivamente raccolto dai gruppi di candidati tra loro apparentati.

La principale criticità di questo sistema risiede, a mio giudizio, nella eccessiva esiguità territoriale del singolo collegio. È il medesimo difetto già riscontrato nel progetto ministeriale. Distribuire i circa

9000 magistrati italiani all'interno di 18 o 20 collegi uninominali (nell'ipotesi in cui il numero totale dei componenti togati sia riportato a 20) significa creare collegi di 450 elettori al massimo. La campagna elettorale di ciascun candidato finirebbe in sostanza per esercitarsi nei confronti di un numero molto limitato di persone, con il rischio che i temi della competizione "scadano" a questioni di natura sempre più pericolosamente corporativa, quando non di mero interesse individuale.

È per ovviare a tale obiezione che è stata elaborata da taluno la proposta di prevedere, anziché 20 collegi uninominali, 10 collegi binominali, di dimensioni doppie, ovvero, in un'ipotesi più strutturata, 9 collegi binominali, cui aggiungere due ulteriori eletti risultanti dal ripescaggio dei due candidati (appartenenti al genere meno rappresentato) che abbiano conseguito il maggior numero di voti tra i non eletti nei 9 collegi (sul modello di un sistema elettorale sperimentato a livello politico per una breve stagione storica in Polonia e in Cile, nella fase di transizione alla democrazia). Nell'ambito di ciascun collegio l'elettore avrebbe a disposizione una (sola) preferenza, e l'elezione si svolgerebbe in un unico turno, con scrutinio maggioritario di tipo *plurality*. Tale sistema avrebbe l'effetto di mantenere, in capo alle componenti organizzate, un ruolo nella determinazione delle candidature, ma contemporaneamente di non impedire drasticamente la possibilità che un forte candidato indipendente dotato di un rilevante seguito personale in una specifica area territoriale riesca a prevalere nell'ambito di una competizione che mantiene comunque una sua dimensione locale, sebbene meno caratterizzata dalla micro-frammentazione rispetto a quella derivante dalla divisione del territorio in collegi uninominali.

Sebbene la proposta costituisca un indubbio passo avanti rispetto ai segnalati difetti del progetto ministeriale, mi pare peraltro che anche questo sistema non sia esente da criticità. La natura binominale del collegio, coniugata allo scrutinio maggioritario, produrrebbe una naturale tendenza alla bipolarizzazione dell'elezione, nell'ambito della quale vi sarebbe da aspettarsi una convergenza degli elettori sui due candidati espressivi delle componenti organizzate più forti (o comunque maggiormente dotate di capacità coalizionale). Forse, da questo punto di vista, potrebbe essere allora più interessante ragionare di una opportuna combinazione tra i due sistemi da ultimo descritti: una base binominale nella determinazione dei collegi, con una distribuzione dei seggi di tipo proporzionale attraverso il sopradescritto meccanismo del collegamento. In tal modo sarebbe salvaguardata, da un lato, l'esigenza che i candidati non siano la pura e semplice espressione di una scelta "nazionale" che cala dall'alto, ma dall'altro lato che la competizione elettorale non si risolva in una contrapposizione rigidamente bipolare che si esaurisce a livello del singolo collegio territoriale con la "vittoria" di un candidato e la "sconfitta" di tutti gli altri.

Lo si ripete: il CSM non è una sorta di "parlamento" della magistratura cui è assegnato il compito di esprimere una "maggioranza di governo". L'esigenza è quella di garantire il più ampio spazio alle diverse sensibilità politico-ideali e alle diverse declinazioni e possibili interpretazioni del ruolo costituzionale del magistrato nella società pluralistica. In tutto ciò non vi può essere davvero nulla di "maggioritario". Contemporaneamente, tuttavia, occorre anche immaginare un sistema che promuova la migliore selezione in base alle capacità individuali, alle attitudini personali, alla professionalità di ciascun eligendo (nella consapevolezza che, in assenza di una fattiva collaborazione da parte delle singole componenti della magistratura organizzata all'atto della selezione dei candidati, le regole elettorali da sole non saranno mai in grado di assicurare che tale obiettivo venga raggiunto). Un sistema che, d'altro canto, non produca l'egemonia dei distretti territoriali naturalmente più coesi e organizzati. Anche da questo punto di vista, la proposta di Gaetano Silvestri presenta indubbi vantaggi, dal momento che, dopo l'assegnazione dei seggi su base proporzionale, l'individuazione di ciascun eletto all'interno del singolo gruppo di candidati collegati non verrebbe effettuata in ragione dei voti assoluti raccolti da ognuno, bensì in base alla percentuale degli stessi rispetto a quelli complessivamente espressi (con un evidente effetto di riequilibrio a favore dei territori meno capaci di esprimere un consenso fortemente strutturato a

priori). Tale sistema, è stato osservato, produrrebbe il rischio che in certi collegi risulti più di un eletto, mentre altri collegi potrebbero restare del tutto privi di rappresentanza. Questo rischio, tuttavia, è insito in ogni competizione elettorale a base proporzionale. Inoltre, la circostanza che un collegio rimanga privo di rappresentanza non dipenderebbe dalla sua strutturale “debolezza organizzativa”, bensì da fattori non prevedibili a priori e in fin dei conti imponderabili. Il che, nuovamente, potrebbe addirittura rappresentare un vantaggio, nella logica di non assegnare un eccessivo potere “conformativo” alle componenti organizzate dal centro.

5. In conclusione: ma la dimensione territoriale è un valore in sé?

C'è però un'ulteriore questione su cui forse vale la pena di formulare qualche riflessione conclusiva.

Tutte le proposte che sono state avanzate in questi mesi sembrano dirette, pur con strumenti e soluzioni diverse, a spostare l'asse della campagna elettorale dall'attuale dimensione nazionale a una dimensione territoriale più contenuta. La principale criticità dell'attuale sistema viene giustamente individuata nella vastità della circoscrizione nazionale, che da un lato costringe i candidati a campagne elettorali molto faticose, e dall'altro trasforma, come si diceva, le componenti organizzate della magistratura in vere e proprie macchine elettorali, che agiscono con il fine di preordinare, e alla fin fine di sclerotizzare, il consenso. L'abolizione della circoscrizione unica viene quindi a buon diritto presentata come uno degli strumenti che dovrebbero contribuire, per dirla con uno slogan, a «salvare le correnti da sé stesse».

Nel condividere questa impostazione di fondo, rivolgo tuttavia una domanda con cui vorrei provare a fare un passo in più. Siamo sicuri che la più efficace risposta ai guasti della circoscrizione unica nazionale sia il puro e semplice ritorno ad una dimensione esclusivamente territoriale? Siamo sicuri che il miglior sistema elettorale sia quello in cui pochi elettori presenti su un territorio omogeneo (siano essi 450 o 900) si confrontano con il singolo candidato di ciascuna componente, in presenza – in qualche prevedibilmente rara occasione – di un singolo candidato indipendente che corre da “outsider” in quanto in possesso in talune specifiche realtà di un suo autonomo prestigio individuale? Il rischio è che la competizione per l'elezione finisca per esaltare nuovamente quegli esiziali difetti del sistema attuale che sono stati da tutti messi in evidenza. Che in altre parole continui a diffondersi e a perpetuarsi – soprattutto tra le più giovani generazioni, meno politicizzate o comunque meno legate da un solido vincolo ideale, e magari prive di salde e profonde convinzioni in merito al ruolo costituzionale della magistratura nella società – il messaggio secondo il quale l'elezione di un consigliere del CSM non sia altro che l'individuazione di un “referente”. Che ciascun elettore avrà sempre il “proprio” consigliere superiore, che tutelerà il suo individuale interesse alla carriera, o al quale potrà rivolgersi qualora si trovi di fronte a una questione disciplinare o a una qualunque individuale problematica legata al proprio *status*. E che si sentirà legittimato a farlo proprio perché ciò rappresenta esattamente la promessa che quel consigliere gli aveva rivolto in campagna elettorale.

Se così fosse, nessuno dei problemi da cui siamo partiti sarebbe risolto. E allora a nulla sarebbe valso lo sforzo. Da questo punto di vista, continuo a ritenere che la troppo stretta identificazione del singolo eletto con un territorio che lo abbia designato rischia di generare un improprio e micidiale rapporto di mandato, che reca con sé una serie di altrettanto improprie “aspettative”. Il Consiglio Superiore della Magistratura non dovrebbe mai funzionare sulla base della logica del mandato, che sarebbe in questo caso – mi si perdoni la provocazione – un mandato di sapore prettamente “*Ancien Régime*”, un mandato ... imperativo (e corporativo), e non certo il mandato senza vincoli caratteristico della rappresentanza politica nazionale post-rivoluzionaria.

A ciò si aggiunga che il collegio territoriale fisso non stimola affatto, checché se ne pensi, le singole componenti della magistratura organizzata a sforzarsi per candidare sempre e in ogni caso coloro che sono in grado di garantire le più alte prestazioni sul piano morale e professionale. Ciò finisce per dipendere, in definitiva, dalle caratteristiche specifiche del singolo collegio territoriale nel quale si svolgerà la competizione. Caratteristiche che, in genere, sono ampiamente note in precedenza.

Se quindi, rispetto all'attuale sistema a base nazionale, è sicuramente da preferire qualsiasi formula che garantisca la distribuzione delle candidature in circoscrizioni elettorali più piccole secondo la logica di una più capillare ripartizione territoriale, forse varrebbe la pena di studiare un sistema in grado di ovviare anche alle evidenti criticità che un eccesso di localismo delle campagne elettorali rischia inevitabilmente di produrre. Mi chiedo in particolare se non sia possibile studiare una distribuzione degli elettori tra i diversi collegi (siano essi uninominali o binominali) non secondo criteri rigorosamente territoriali, bensì mischiando le carte, rovesciando la logica e assegnandoli a ciascuna circoscrizione sulla base di criteri diversi dal territorio, mettendo insieme magistrati che provengono da funzioni diverse, da luoghi diversi, da esperienze professionali diverse. Anche, al limite, attraverso una loro ripartizione puramente casuale. Questo, tra l'altro, costringerebbe i candidati a non concentrarsi esclusivamente sulle "esigenze del singolo territorio" nel quale devono conquistarsi i voti, con le inevitabili derive di cui abbiamo a lungo discorso, ma al contrario a presentare i profili di carattere generale dei propri programmi, senza essere "indotti in tentazione".

Le soluzioni tecniche per realizzare collegi "misti", privi di una rigida e predeterminata base territoriale, sono abbastanza semplici da trovare. Lo sforzo che, al di là del sistema che ciascuno di noi ritiene individualmente preferibile, deve essere compiuto è quello di realizzare una legge elettorale in grado di assecondare processi virtuosi di autoriforma. Nessun sistema elettorale, lo si diceva in esordio, può sperare di produrre, da solo, una radicale svolta rispetto ai gravissimi fatti che hanno colpito l'immagine e il prestigio dell'intero ordine giudiziario. A tale obiettivo non si perverrà mai in assenza di un profondo ripensamento delle prassi comportamentali e delle stesse attese che i singoli magistrati ripongono nel loro organo di autogoverno. In assenza, cioè, di quella auspicata "riforma delle teste" cui sopra si faceva cenno. La legge elettorale può al limite aiutare, accompagnandola, questa indispensabile e indifferibile attività di autoriforma (o di "autorigenrazione"). Per fare ciò, il nuovo sistema di elezione della componente togata del CSM, quale che sia la soluzione adottata in concreto, dovrà essere in grado di favorire, insieme alla più ampia rappresentatività di tutte le espressioni culturali (in assenza della quale interi settori della magistratura si sentirebbero esclusi dalla rappresentanza), una adeguata valorizzazione delle singole professionalità e delle singole qualità di autonomia e indipendenza. Un sistema che, in qualche modo, "costringa" la magistratura associata nel suo insieme a candidare i migliori esponenti di ciascuna componente, ma che contemporaneamente non produca un altrettanto drammatico scivolamento nel localismo.

La via è ardua, ma merita sicuramente di essere perseguita, nello sforzo di contribuire all'indispensabile rilegittimazione di un organo da cui dipende la tenuta stessa del modello costituzionale di organizzazione dell'ordine giudiziario, e di difesa della sua autonomia dalla politica.

- V -

L'ORDINAMENTO REGIONALE

I nodi problematici nel processo di attuazione dell'autonomia regionale differenziata, tra questioni giuridiche e obiettivi politico-economici

SOMMARIO: 1. L' autonomia regionale nella Costituzione e le sue specie. L'art. 116, comma 3, come occasione di vibrante confronto tecnico e politico. – 2. Le reciproche influenze tra Spagna e Italia in ordine all'autonomia regionale differenziata. – 3. I rischi delle "intese" differenziate per l'unità nazionale. – 4. Necessità e permanente validità del regionalismo cooperativo. – 5. Conclusioni: regionalismo italiano e obiettivi politico-economici di medio-lungo periodo.

1. L' autonomia regionale nella Costituzione e le sue specie. L'art. 116, comma 3, come occasione di vibrante confronto tecnico e politico.

L'art. 116, comma 3, come occasione di vibrante confronto tecnico e politico. Com'è stato incisivamente detto, «l'autonomia speciale» è la «condizione tipica degli ordinamenti regionali», nel senso che è la *ratio* giustificatrice della loro stessa esistenza, in relazione a particolari esigenze di specifici territori interni agli Stati e dunque, mentre in quelli federali le entità territoriali singole che li costituiscono preesistono a quella nuova e non hanno bisogno perciò di riconoscimenti istituzionali, al contrario in quelli regionali – che sono generalmente espressione, all'opposto dei primi, di una dinamica "centrifuga" – le realtà territoriali endostatuali e le relative competenze (giacché «sempre, in buona misura, "costruite"») sono di volta in volta enumerate e variamente perimetrate¹.

Tanto premesso, il modello di specialità regionale italiana è – per scelta originaria dell'Assemblea Costituente² – quello in cui si distinguono due livelli, essendovi innanzitutto regioni a statuto ordinario e altre a statuto appunto "speciale" (che sono, come noto, alcune tra quelle di confine e le insulari)³ ed esso si è nel tempo arricchito di una nuova articolazione, prevedendosi «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», ex art. 116, comma 3, come risultante a seguito della riforma costituzionale del titolo V nel 2001, che concernono singole materie di competenza concorrente o – per alcuni profili – talune di competenza statale esclusiva.

Questa variante è attivabile solo a seguito dell'esercizio dell'iniziativa in proposito da parte di Regioni a statuto ordinario che siano interessate a conseguire tale peculiare forma, che da tempo la dottrina ha proposto di definire come mirante a un regionalismo «differenziato», seppur nell'ambito della rilevata ordinarietà statutaria⁴, in modo che venga insomma realizzato un *tertium genus* tra due specialità, collegato a quella ordinaria, ma per poi diversificarsene, nel senso dell'ampliamento di competenze.

* Nell'ambito di una comune ispirazione, Fulvia Abbondante ha scritto i paragrafi 1, 4, 5; e Salvatore Prisco i paragrafi rimanenti.

¹ Così A. MORELLI, Art. 116, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, F. Rosa e G. E. Vigevari, Bologna, 2018, II, 235 ss.

² La più recente ricostruzione delle diverse posizioni assunte in tale sede è quella di S. STAIANO, *Articolo 5*, Roma, 2017, 15 ss.

³ Come osserva L. PALADIN, *Diritto regionale*, VII ed., Padova, 2000, 9, l'Assemblea costituente si trovò almeno per quattro regioni dinanzi a un «fatto compiuto di cui tenere conto» e (lo osserva E. ROTELLI, *L'avvento della Regione in Italia*, Milano, 1967, 55) si trattò di una scelta resa obbligata in parte dai vincoli internazionali assunti dopo la Seconda guerra mondiale e in altra dalla necessità di arginare le rivendicazioni di forze separatiste presenti in quei territori.

⁴ F. PALERMO, *Il regionalismo differenziato in La Repubblica delle autonomie. Regioni ed altri enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, II ed., Torino, 2003, 57 ss., seguito poi da altri.

La specialità delle autonomie territoriali su scala regionale è cioè – in realtà – un *continuum* fluido, dinamico, piuttosto che una rigida successione di àmbiti non comunicanti e nel mezzo tra i due indicati estremi si situa una sorta di “premio” a regioni che si considerano più efficienti e pronte più di altre ad avviarsi lungo un percorso che ne aumenti le funzioni⁵. Si tratta in sostanza della presa d’atto, dal punto di vista giuridico, di un’asimmetria economico-sociale che preesiste al diritto e che caratterizza, inevitabilmente, tutti gli Stati composti, ma che può essere gestita in chiave ricompositiva di un’unità plurale, ovvero enfatizzando le tendenze dissociative e concorrenziali⁶.

È noto come già con l’art. 1, comma 571, della l. 147/2013 (ossia con la legge di stabilità per il 2014) sia stata dettata una prima disposizione di attuazione del richiamato art. 116, comma 3.

Se nella Carta fondamentale è previsto che le assemblee parlamentari si esprimano sulle intese intervenute tra le parti stipulanti (le regioni – previo parere degli enti locali – e il Governo che impegna lo Stato), approvandole in ipotesi con legge ordinaria rinforzata, a maggioranza assoluta, la legge del 2013 aveva infatti introdotto il termine di sessanta giorni dalla ricezione dell’atto di iniziativa dell’intesa delle regioni interessate, presentato al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali affinché il corso successivo del procedimento incominciasse.

Sul piano formale, il riferimento alle “intese”, contenuto *in parte qua* nel titolo V, è più complesso del mero e criptico rinvio a tale strumento nell’unico altro caso in cui esso è richiamato nella Carta Costituzionale, quello dei rapporti fra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica, art. 8⁷.

Rispetto a tale ipotesi, in particolare, la disposizione è più articolata e la precisazione della rammentata legge di stabilità vale quantomeno ad escludere che l’avvio di accordi tra enti territoriali interessati e Governo possa essere, dopo una richiesta debitamente avanzata, del tutto escluso o rimesso alla determinazione unilaterale dell’Esecutivo, in quanto “atto politico”, come invece è appunto pervenuta a statuire appunto la giurisprudenza costituzionale nella sentenza 52/2016.

In ogni caso, il riferimento al medesimo *nomen juris* copre situazioni profondamente diverse, atteso che entità territoriali endostatuali, come le autonomie territoriali di dimensione regionale, non sono assimilabili alle confessioni religiose, la cui natura giuridica è piuttosto quella di entità transnazionali. Nemmeno è identica la funzione dell’atto nei due casi, giacché l’intesa cui fa riferimento l’art. 116, comma 3, della Carta costituzionale introduce un regime derogatorio rispetto al normale riparto di competenze fra Stato e Regioni, inserendosi nella più ampia categoria di quei moduli concertativi attraverso cui si realizza la modulabile collaborazione fra centro e periferia⁸, anche se è vero che un avvicinamento può venire ravvisato appunto nell’adozione in entrambi i settori di uno strumento cooperativo, piuttosto che unilateralmente autoritario, per il governo del pluralismo.

Comunque, anche se certamente il testo dell’art. 116, comma 3, è più articolato che nell’altra ipotesi, in realtà in esso «non c’è un solo punto della procedura che non abbia suscitato negli anni numerose ipotesi attuative e questo non solo perché espressioni quali “sentiti gli enti locali” o “su iniziativa della regione interessata” sembrano essere state concepite con il preciso intento di generare dubbi interpretativi»⁹.

⁵ Così F. BENELLI, *Art. 116*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, II ed., 2008, 1043.

⁶ Sul punto, *ex plurimis*, L. CAPPUCCIO, *Le regioni italiane tra crisi del modello e tentativi di riforma. Quale futuro?*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 26 (2017), 135.

⁷ Per tutti, ci si permette di rinviare a S. PRISCO - F. ABBONDANTE, *Intendersi sulle intese*, in *Il diritto come “scienza di mezzo”*. Studi in onore di Mario Tedeschi, Cosenza, 2017, IV, 1967 ss., spec. 1999, ove anche molti riferimenti alla dottrina su punto.

⁸ F. GALLARATI, *Il ruolo del Parlamento nell’attuazione del regionalismo differenziato tra Italia e Spagna*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), 1/2019, 80 ss.

⁹ E. DI CARPEGNA BRIVIO, *L’applicazione del regionalismo differenziato per la sperimentazione delle politiche pubbliche*, in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it) 3/2019, 2.

Invero – incalza un altro studioso – se «dalla citata disposizione si possono distinguere quattro fasi procedurali: la fase dell'iniziativa, riservata alla regione interessata; la fase della consultazione degli enti locali; la fase della stipula dell'intesa fra lo Stato e la regione; quella dell'approvazione della legge del Parlamento sulla differenziazione», è pur vero che «non solo nessuna di queste fasi è disciplinata in modo esaustivo, ma l'interpretazione dalla disposizione costituzionale si presta a letture sostanzialmente diverse»¹⁰.

Detto in altri termini, «l'iter formativo delle leggi di autonomia negoziata è solamente tratteggiato dalla disposizione costituzionale. Molte questioni perciò possono essere risolte in modo non univoco»¹¹.

Com'è stato da molti messo in luce, è piuttosto prevalsa, nel lacunoso disegno testuale della disposizione richiamata, l'intenzione tutta politica di attrarre alla regione (ordinaria, ma ad autonomia differenziata) che intendesse incamminarsi per questa strada un ulteriore complesso di materie, rispetto a quelle di base spettanti ai sensi dell'art.117, il cui esercizio andrebbe dunque finanziato con risorse aggiuntive.

Tale obiettivo è perciò strumentale alla vera posta in gioco, ossia quella di far restare nel territorio della regione medesima il "residuo fiscale", concetto come noto elaborato da J. M. Buchanan, in termini di divario fra risorse esistenti, tra quanto prodotto *in loco* e quanto andrebbe trasferito al centro e che alla regione ritorna, per essere redistribuito in funzione perequativa; un saldo, secondo le regioni del Nord attivate, negativo a loro danno.

Questo, sul piano pratico e in sostanza, si traduce nella richiesta di un trattamento asimmetrico in senso favorevole alle popolazioni residenti nelle regioni che chiedano ed ottengano l'autonomia differenziata, rispetto all'effettivo godimento dei diritti fondamentali. Una situazione che (giacché le regioni più attive in tale rivendicazione sono anche quelle normalmente più ricche di servizi pubblici, il che in altri Paesi è normalmente anche la motivazione alla base di istanze secessioniste) comporta in concreto un aumento secco della disuguaglianza interterritoriale¹².

L'intenzione, peraltro neppure celata, di raggiungere tale fine appare chiara guardando all'iter prodromico all'attivazione dell'intesa da parte della Regione Veneto.

La legge regionale n.15 del 2014 presupponeva lo svolgimento di un referendum preliminare all'attivazione della richiesta da parte dell'ente territoriale, che peraltro non è previsto dalla disposizione costituzionale che regge il disegno.

I relativi quesiti¹³ verbalizzavano (qualora non fosse stato possibile ottenere addirittura l'"indipendenza", pure oggetto di un'esplicita domanda referendaria, alternativamente contenuta nella stessa legge regionale) il reale obiettivo del procedimento di differenziazione.

Il tentativo più radicale è stato peraltro bloccato dall'intervento della Corte costituzionale (sent. n. 118/2015), che ha ritenuto ammissibile solo il quesito letteralmente formulato in modo da risultare aderente al testo della disposizione della Carta fondamentale e alla sua logica di fondo, correttamente intesa¹⁴.

¹⁰ C. IANNELLO, *La piena sovranità del Parlamento nella determinazione dei contenuti e dei limiti dell'autonomia differenziata*, ivi, 8

¹¹ A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo Fiscale*, 2007, 153.

¹² In termini anche M. DOGLIANI, *Quel pasticciaccio brutto del regionalismo italiano*, in *Il Piemonte delle Autonomie* (<http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it>), 1/2019, 4.

¹³ «Vuoi tu che una percentuale non inferiore all'ottanta per cento dei tributi pagati annualmente dai cittadini veneti all'amministrazione centrale venga utilizzata nel territorio regionale in termini di beni e servizi?»; «Vuoi tu che la regione mantenga almeno l'ottanta per cento dei tributi riscossi nel territorio regionale?».

¹⁴ D. TEGA, *Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 11/2015, sottolinea appunto come le iniziative referendarie volte ad affidare la decisione ultima al corpo elettorale possano, nell'impianto del ragionamento della Corte, muoversi solo in

Secondo un documento dell'Osservatorio sul regionalismo differenziato dell'Università Federico II¹⁵, «adeguatezza dell'attività redistributiva, misurata alla luce di un parametro obiettivo: a tanto è inteso il calcolo del residuo fiscale», tenendo conto che i redditi sono differentemente prodotti e dunque distribuiti su un territorio a sviluppo economico differenziato.

Il documento così prosegue: «Quasi esattamente l'opposto di quanto si assume. Sotto il profilo analitico, occorre poi segnalare quanto rilevato da SVIMEZ: se nella base di calcolo del residuo fiscale si comprendono anche gli interessi sul debito pubblico (residuo fiscale finanziario), esso si assottiglia fino a scomparire. Dunque, il residuo fiscale non sussiste, o è largamente inferiore a quanto enunciato. Ma, nella parte in cui esista, dovrebbe fondare politiche di perequazione tra Regioni».

Come insomma afferma anche la Corte costituzionale (sentenza n. 69/2016), il criterio «non è parametro normativo riconducibile all'art. 119 Cost., bensì un concetto utilizzato nel tentativo, storicamente ricorrente tra gli studiosi della finanza pubblica, di individuare l'ottimale ripartizione territoriale delle risorse ottenute attraverso l'imposizione fiscale. Data la struttura fortemente accentrata, nel nostro ordinamento, della riscossione delle entrate tributarie e quella profondamente articolata dei soggetti pubblici e degli interventi dagli stessi realizzati sul territorio, risulta estremamente controversa la possibilità di elaborare criteri convenzionali per specificare su base territoriale la relazione quantitativa tra prelievo fiscale e suo reimpiego».

Nel calcolare quanto reddito può essere trattenuto sul territorio di quello che è in esso prodotto¹⁶, va del resto considerato che alla creazione di quello complessivo delle regioni più ricche concorrono quanti, emigrati in esse dalle aree del Paese meno favorite – ad esempio in ragione dell'immigrazione interna dal Meridione anche solo degli impiegati pubblici, come appartenenti a corpi civili e militari di ordine pubblico, insegnanti, eccetera – hanno contribuito a produrlo, sicché la “restituzione” ponderata di tale *surplus* al Sud sarebbe, in ogni caso, un esercizio di pura e semplice equità, che è valore non solo etico-politico, ma principio costituzionale, espressione di solidarietà «politica, economica e sociale».

2. Le reciproche influenze tra Spagna e Italia in ordine all'autonomia regionale differenziata.

Il modo di procedere delle regioni finora attivate al riguardo appare – a volere adottare l'interpretazione delle relazioni interterritoriali da loro dichiarata, dunque virtuosa e ottimistica – funzionale ad innescare una dinamica di competizione orientata nel senso di una “rincorsa verso l'alto” delle regioni sfavorite, che si porrebbero cioè all'inseguimento di quelle di maggiore benessere, già partite per consolidarlo lungo siffatto cammino, con effetti emulativi in grado di beneficiare l'intero sistema. Di ciò si dirà meglio oltre.

È chiara l'influenza su questo sperato andamento dell'esempio delle *Comunità Autonome* spagnole e del resto l'intreccio tra le vicende storiche dei due Paesi data da lungo tempo.

Prima ancora che l'Italia nascesse come entità politica, la Costituzione di Cadice del 1812 aveva infatti influenzato il dibattito culturale della penisola e le concessioni costituzionali accordate e poi revocate negli Stati preunitari, subito dopo la sua adozione e quindi successivamente alla sua

«uno spazio relativamente ristretto, rinserrato nelle maglie procedurali e sostanziali dell'art. 116, comma 3 e 4, Cost. e nella logica che lo anima, e che parte non dalle risorse, ma dalle maggiori competenze e responsabilità di governo».

¹⁵ Lo si legga *ad locum* in *Roars* (www.roars.it).

¹⁶ A parte le obiezioni tecnico-economiche sul punto, argomentate ad esempio da A. GIANNOLA e G. STORNAIUOLO, *Un'analisi delle proposte avanzate sul «federalismo differenziato»*, in *Riv. econ. Mezz.*, 1-2/2018, 5 ss.

reintroduzione nel 1820, ponendosi come modello liberale avanzato nell'età delle costituzioni di monarchia limitata¹⁷.

Nello specifico, ossia per quanto attiene al tema del presente scritto, lo "Stato regionale" fu poi offerto al costituzionalismo europeo – quale *tertium genus* tra Stato accentrato e Stato composto federale e variante di quest'ultimo – dalla Costituzione della II Repubblica del 1931, per morirvi però quasi in culla nel 1936, a seguito del successo dell'"*alzamiento*" franchista.

Fu proprio l'Italia a raccogliere nel 1948 il testimone di tale intuizione, con la prima articolazione autonomistica della sua Costituzione postbellica tra regionalismo speciale e ordinario che si è sopra rammentata, ma la rinnovata democrazia spagnola tornò a riprenderselo trent'anni dopo.

Nel 1978 essa guardò infatti ed appunto a Germania e Italia: come le aveva ispirate sul piano del modello, raccolse cioè lo stimolo da quanto effettivamente realizzato in tali Paesi. Pur non menzionando le Comunità Autonome in Costituzione come obbligatorie (diversamente che da noi, dove le Regioni sono elencate nella Carta fondamentale), di fatto si determinò una divisione in esse dell'intero territorio nazionale, istituendo peraltro forme variabili di autonomia: alcune più intense, altre meno, come era appunto in Italia.

Siamo stati infine ancora noi a riprendere l'idea di autonomie territoriali ulteriormente differenziate – stavolta però tutte all'interno delle regioni ordinarie che le avessero richieste, ossia non creando formalmente altre regioni speciali – che allora servirono a normalizzare le spinte alla separazione (di fatto, se non sul piano formale) del Nord del Paese, più ricco ed efficiente, sicché appunto ci dotammo nel 2001 della soluzione che si è richiamata in precedenza, anche se la spinta alla ulteriore differenziazione risale alle leggi Bassanini della fine degli anni Novanta.

La Spagna ha evitato la secessione dei Paesi Baschi – sostenuta anche da un sanguinoso terrorismo – con concessioni amplissime. Quella rivendicata dalla Catalogna, indipendentista e in certe parti della sua opinione pubblica perfino repubblicana, benché non terrorista, è rimasta invece a lungo aperta, fino alla dura repressione di Madrid, che ha sostituito i governanti locali con suoi funzionari e incarcerato i *leaders* di Barcellona, dopo un referendum in cui l'istanza secessionista aveva vinto, ma che era irregolare¹⁸ e al quale non aveva del resto partecipato nemmeno la maggioranza assoluta dei catalani¹⁹.

Incidentalmente, per valutare l'influenza su simili dinamiche dell'istituto referendario, deve qui ricordarsi anche la vicenda britannica, nella quale l'uscita dall'Unione Europea, sventatamente favorita dall'allora primo ministro Cameron con l'indizione appunto di un referendum teoricamente solo consultivo²⁰, in cui egli sperava che vicesse il *remain*, è stata finora bloccata almeno da due gravi difficoltà: se davvero il processo di uscita si compisse, bisognerebbe ripristinare la frontiera tra le due Irlanda (quella del Nord, ad essa legata e quella del Sud, cattolica, europeista e repubblicana), che era stata abolita dopo la fine di una lunga e sanguinosa guerra civile e inoltre pesa molto sull'incerto esito anche il ricordo del risultato del referendum del 2014 di secessione dalla Gran

¹⁷ J. J. RUIZ RUIZ, *Un manuale repubblicano per una nazione monarchica*, introduzione al testo della traduzione italiana di S. Sileoni, Macerata, 2009; A. GUARINO, *Tra Spagna e Italia, il racconto delle Costituzioni. In omaggio a Pasquale Ciriello*, Napoli, 11 novembre 2011, sala delle conferenze del Rettorato dell'Università Orientale in Palazzo Du Mesnil (al momento inedita).

¹⁸ Per un approfondimento specifico, peraltro diversamente orientato, si veda G. FERRAIUOLO, *La petita pàtria catalana nello scontro tra unilateralismi*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2019.

¹⁹ *Ex plurimis*, I. ABBADESSA, *La via spagnola al federalismo*, in *Menabó di Etica ed Economia*, online (<https://www.eticaeconomia.it/>) 13 gennaio 2011; M. MANGANARO, *L'evoluzione del regionalismo differenziato alla luce delle riforme costituzionali. Alcune osservazioni sul punto, in comparazione con il modello territoriale vigente in Spagna*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2016/III, 432 ss.

²⁰ Sulla natura e gli effetti di tale referendum si vedano le approfondite riflessioni di C. MARTINELLI, *L'isola e il continente: un matrimonio d'interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2017, 23 ss.

Bretagna, indetto nella Scozia europeista e perso dai secessionisti per poco. Secondo molti osservatori, se nella situazione odierna venisse nuovamente indetto, avrebbe grandi possibilità di essere approvato²¹.

In Italia, la Lombardia e il Veneto – quest' ultimo però, come ricordato sopra, solo dopo l'intervento della Corte costituzionale – sono state più accorte che in Catalogna, ma egualmente è stato indetto un referendum anch'esso solo consultivo e senza *quorum*, né – come si è detto – necessario, ai sensi della Costituzione, i cui risultati sono stati favorevoli all'ulteriore corso del procedimento di cui all'art. 116, comma 3. Tale sviluppo degli eventi è stato invero sostenuto politicamente dal rispettivo elettorato locale in misura diversa: in Veneto il sì ha ottenuto il consenso del 97% degli elettori sul 57% dei votanti, in Lombardia la percentuale è stata identica, ossia il 96%, ma da calcolare sul solo 38% di partecipanti effettivi alla consultazione.

Queste osservazioni dimostrano comunque che, tra i tipi di referendum, quelli disciplinati al fine di fare conseguire effetti vincolanti al loro risultato (come ad esempio sono le loro specie – pur diverse – di cui agli artt. 75 e 138 della Carta costituzionale) si distinguono da un interpello meramente consultivo, ma la distinzione teorica si rivela comunque ardua da sostenere nella pratica, se l'intento è quello di depotenziare la forza politica dell'appello al popolo, giacché – quando il corpo elettorale si è attraverso un referendum pronunciato su un quesito – è inevitabile tenere comunque conto della volontà popolare che si è espressa.

3. I rischi delle “intese” differenziate per l'unità nazionale.

La Spagna non è peraltro un esempio sempre virtuoso, come anche gli ultimi eventi sembrano confermare: se oggi la forma di governo è analoga a quella italiana e tedesca, ossia parlamentare in un assetto rappresentativo bicamerale, il suo sistema politico è ancora più diviso di quanto appaia essere in questi Paesi, per la presenza – negli anni più recenti – di formazioni molto radicali, rispetto a quelle del tradizionale bipolarismo che era succeduto al monopartitismo franchista, con la conseguenza che negli ultimi quattro anni si è lì votato altrettante volte (e due solo nel 2019), senza peraltro trovare finora la sperata stabilità, anche perché la cultura di coalizione tipica dei sistemi politici italiano e tedesco è estranea all'*humus* iberico.

Lo stesso regionalismo vi appare stravolto dalle istanze secessionistiche catalane che sopra si sono rammentate e tra le due questioni esiste un nesso, nel senso che sono state proprio le tendenze separatiste a produrre inevitabilmente effetti sull'atteggiamento degli elettori e quindi sull'equilibrio politico complessivo, che ha visto rafforzarsi le spinte alla polarizzazione.

Così in Spagna, come in Italia, la combinazione di crisi economica e istanze autonomistiche estreme, cui hanno risposto reazioni di accentramento altrettanto decise, ha cioè comunque messo in forte difficoltà le posizioni moderate e centriste, la cui area di consenso si è nel tempo fortemente ristretta²².

Una lettura diffidente e più realistica di quanto si è intrapreso da noi con i referendum lombardo e veneto (certo indetti tenendo in qualche modo conto, anche grazie alla diversa giurisprudenza costituzionale dei due Paesi al riguardo, di quanto veniva svolgendosi in terra catalana), nonché con l'iniziativa meno dirompente dell'Emilia-Romagna in tale direzione e con le tendenze che, sull'esempio di queste iniziative, stanno mobilitando i ceti dirigenti di altre regioni e di cui meglio si dice oltre, porta peraltro a sottolineare i rischi dissociativi e di “cripto-secessione”, o “secessione

²¹ Peraltro, sulla inopportunità di un secondo referendum, che aprirebbe la strada a soluzioni ancora più complicate e difficili, sia dal punto di vista strettamente giuridico, sia sul piano politico, si veda ancora C. MARTINELLI, *Il ruolo del referendum nella British Constitution*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 20, 30/10/2019.

²² S. FABBRINI, *Il voto spagnolo parla anche a noi*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 novembre 2019.

mascherata”, da molti denunciati, dinamica che comunque si innescerebbe, anche senza seguire apertamente la strada prescelta da una parte del ceto politico e della popolazione di Barcellona. Che di tali rischi si fosse consapevoli lo prova il procedimento di attuazione successivo alla richiesta di intesa, preceduto da accordi preliminari – le cosiddette pre-intese – sottoscritti nel febbraio 2018 dal governo dell'epoca (Gentiloni) con ciascuna delle regioni interessate.

Esso è stato infatti tenuto a lungo riservato, gestito da delegazioni delle Regioni interessate e del Governo, senza vedere il coinvolgimento delle Camere e l'informazione dell'opinione pubblica sui loro contenuti²³. Si aggiunga che, al momento della conclusione di tali accordi preliminari, le materie originariamente indicate per le “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” erano, per tutte e tre le Regioni, solo cinque.

Con il passaggio alle effettive bozze di intesa, il Veneto ha richiesto l'attribuzione di altre diciassette materie²⁴, la Lombardia di altre quindici e l'Emilia di ulteriori nove, col relativo previsto spostamento delle risorse finanziarie necessarie e l'evidenziarsi anche concreto (e non solo nei timori) del rischio dell'incremento delle disuguaglianze tra parti del Paese che si è sopra segnalato, giacché la realizzazione integrale di tale disegno finirebbe, come s'è detto, per stravolgere l'impianto di regionalismo solidale e cooperativo della Carta fondamentale, svuotando di senso il meccanismo della gestione concorrente delle materie tra Stato e Regioni. Non è poi nemmeno da trascurare un ulteriore elemento di preoccupazione, puntualmente notato da attenta dottrina.

Sempre durante gli ultimi mesi del governo Gentiloni, anche altre sette Regioni ordinarie (Campania, Liguria, Lazio, Marche, Piemonte, Toscana e Umbria) avevano avviato le trattative per ottenere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, mentre tre (Basilicata, Calabria, Puglia) avevano assunto al riguardo iniziative “preliminari”. In tal modo, però, una «normativa chiaramente riservata a “pochi” diventa terreno di caccia per “tutti”»²⁵, innescando proprio quella rincorsa emulativa che si era prima descritta come da taluni auspicata, che a cascata potrebbe tuttavia produrre un risultato disgregativo, in contrasto con il principio e con la logica di ricomposizione del pluralismo territoriale in un quadro di unità “arricchita”, di cui all'art. 5 della Costituzione.

4. Necessità e permanente validità del regionalismo cooperativo.

Va invero osservato che, se l'autonomia regionale – ordinaria, ma differenziata – non può invero essere negata, a meno di non cambiare di nuovo *in parte qua* la Carta costituzionale, essa può

²³ Si vedano criticamente, *ex plurimis*, G. CHIARA, *Il regionalismo differenziato tra attese federaliste deluse e rischi di eccessi*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 6 luglio 2019 e i *pamphlets* di G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma - Bari, 2019 e di M. VILLONE, *Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Napoli, 2019.

²⁴ Tra le quali la giustizia di pace, le norme generali dell'istruzione, la tutela dell'ambiente, i rapporti internazionali e con la UE, la ricerca scientifica e tecnologica in raccordo con il sistema universitario regionale e la tutela della salute, la protezione civile e il governo del territorio, le infrastrutture, comprese porti e aeroporti, la produzione, il trasporto, la distribuzione di energia e la gestione del demanio regionale; la previdenza complementare e i servizi per il lavoro, la tutela dei beni culturali e paesaggistici e le soprintendenze, nonché il controllo e la gestione dei flussi migratori, per poter definire e programmare la quota di ingresso dei cittadini extracomunitari.

²⁵ Così A. SPADARO, *Appunti sul “regionalismo differenziato”: una buona idea che può diventare un disastro*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 19/2019, che propone di attribuire i benefici in discorso «solo a poche Regioni – quelle effettivamente in grado di svolgere, con chiara efficienza amministrativa e vantaggio per tutti – dette “funzioni ulteriori”» pena la violazione della Costituzione. che prevede le Regioni a Statuto ordinario (regola) e occasionalmente Regioni differenziate (eccezione)». Tale soluzione sarebbe motivata anche dal fatto che con un regionalismo differenziato diffuso si introdurrebbero surrettiziamente nuove regioni a Statuto speciale, in violazione dell'art. 116, comma 1, Cost.

tuttavia essere correttamente attuata solo inquadrandola nell'ambito del modello del titolo V integralmente assunto, ossia ribadendo il valore centrale del principio di solidarietà fra territori, di cui agli articoli 5 e 119 e quindi la necessità di previa individuazione dei livelli essenziali di prestazione e di assistenza nelle diverse materie (art. 117, comma 2, lettera m), nell'ambito di una perequazione interterritoriale che porti al finanziamento pieno e non parziale delle attività di competenza di ogni regione ed ente locale²⁶.

Sotto questo punto di vista, la bozza di c. d. legge-quadro sul procedimento per disciplinare l'autonomia regionale differenziata (con funzione di recarne i principi e le linee guida) che, a seguito del cambio di governo (Conte II), è stata resa nota dal nuovo Ministro per gli affari regionali nel mese di novembre 2019²⁷ non appare tuttavia soddisfacente, per la palese inversione logica e cronologica tra procedimento parlamentare di approvazione dell'intesa e individuazione dei "livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i fabbisogni *standard*", attività che si prevede rimessa all'operato di un commissario (art. 2, comma 2), il quale avrebbe allo scopo un anno di tempo dall'entrata in vigore delle legge che approva l'intesa stessa (dunque già avvenuta, secondo tale disegno).

La bozza contiene peraltro la previsione di salvaguardia che «qualora entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge che di approvazione dell'intesa non siano stati determinati i livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i relativi fabbisogni *standard*, e fino alla loro determinazione, le funzioni sono attribuite con decorrenza dal 1° gennaio dell'esercizio immediatamente successivo e le relative risorse sono assegnate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sulla base del riparto delle risorse a carattere permanente iscritte nel bilancio dello Stato a legislazione vigente» (ivi, art. 1, lettera e).

Questo lo stato dell'arte, nel momento in cui il presente lavoro viene licenziato.

Da parte delle Regioni che hanno attivato il procedimento in esame si dichiara non esservi l'intenzione di recedere dalle loro posizioni, o di ammorbidirle, quanto al numero delle materie e alla incisività delle funzioni rivendicate, né tantomeno il Governo assume di volere rivedere la bozza di legge-quadro, quanto all'impianto in essa previsto.

A questo punto diventa decisivo osservare il comportamento anche di altri attori istituzionali, in particolare riaprire il dibattito su quanto potranno fare le Camere in sede di approvazione della legge sull'eventuale intesa raggiunta. La questione è strettamente legata alla configurazione di tale legge. Nel caso in cui essa sia considerata come meramente formale e dunque di semplice ratifica dell'accordo intervenuto (sul modello di quanto è accaduto – sia pure, anche in tal caso, senza una inevitabilità teorica – per le intese di cui all'art. 8 Cost., comma 3, di cui si è già discusso²⁸), le Camere,

²⁶ Per l'analisi dell'effettiva e diversa vicenda italiana, M. ESPOSITO, *Zero al Sud. La storia incredibile (e vera) dell'attuazione perversa del federalismo fiscale*, Soveria Mannelli, 2018; la corretta impostazione in termini – che sottolinea l'esigenza di non confondere tra attuazione di un regionalismo solidale e suo stravolgimento e l'opportunità di dichiarare apertamente se è la seconda opzione che s'intende in realtà perseguire – è quella di A. PIRAINO, *op. cit.*; sui due modelli, si vedano anche E. GROSSO - A. POGGI, *Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici*, in *Il Piemonte delle Autonomie* (<http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it>), 2/2018, 1 ss.

²⁷ Si legga anch'essa in Roars (<https://www.roars.it/>).

²⁸ In tal senso N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V* in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 51, poi autorevolmente sostenuta anche da A. D'ATENA e da S. MANGIAMELI nelle audizioni rispettivamente rese in sede di Commissione parlamentare per le questioni regionali, *Documento conclusivo approvato*, 6/10/2018 (in documenti.camera.it, 9 s.). Un espresso riferimento a tale soluzione era stato sancito negli accordi preliminari negoziati con il governo Gentiloni all'art. 2, ult. comma, dei medesimi (di cui si leggano i testi in <http://www.regioni.it>).

qualora non condividessero il contenuto dell'intesa, avrebbero come unica opzione percorribile quella di negare l'approvazione alla legge²⁹.

Tale lettura non trova peraltro consenso unanime in dottrina. Secondo una differente impostazione, giacché il testo costituzionale richiede allo scopo una maggioranza assoluta che presuppone l'esistenza di un ampio dibattito tra tutte le forze parlamentari, tanto più in un quadro sostanzialmente proporzionalistico, se la legge in questione avesse natura meramente ratificatoria il ricorso a tale elevata maggioranza non si giustificerebbe razionalmente.

Sarebbe peraltro paradossale che le Camere, titolari del potere di revisione costituzionale e quindi libere anche di modificare in qualsiasi momento la ripartizione di materie fra centro e periferia, non potessero, in sede di approvazione, modificare l'intesa raggiunta fra l'esecutivo statale e quello regionale³⁰, quasi che il resto del Paese (nelle Camere egualmente rappresentato e alla specifica statuizione interessato) non potesse che subire in proposito un *diktat*.

Un simile accordo, del resto, non produce di per sé effetti giuridici autonomi, ma si innesta, come presupposto, in un procedimento complesso, restando la legge del Parlamento l'unica fonte del diritto abilitata a innovare l'ordinamento. Sebbene tra i due atti esista un nesso di interdipendenza, il legame non comporta una necessaria identità di oggetto tra i medesimi, né può far retrocedere la qualità politica della legge a un ruolo caudatario³¹.

Tale conclusione non solo è più rispondente alla fondamentale funzione, che le Camere devono potere svolgere, di compartecipazione alla disciplina della nuova e differente allocazione delle materie fra Stato e Regioni, ma rappresenterebbe – a ben vedere – anche l'unica (e forse l'ultima) forma di controllo sul contenuto dell'intesa.

La legge di approvazione, infatti, una volta conseguito positivamente il definitivo vaglio delle Assemblee, non sembra poter essere rimessa in discussione. L'introduzione nella legge-quadro di una clausola di verifica dell'intesa decorsi dieci anni dall'entrata in vigore della legge medesima non è ragionevolmente utile allo scopo, né dunque praticabile sul piano concreto³².

Nemmeno si potrebbe d'altro canto procedere all'abrogazione di una legge che, essendo rinforzata, impone anche di ripercorrere, per qualsivoglia sua messa in discussione o modificazione, il procedimento previsto dall'art. 116, comma 3.

Poiché dunque, anche in questo caso, l'ente territoriale dovrebbe prestare il consenso affinché le competenze in precedenza ottenute ritornino allo Stato, è evidente che il verificarsi effettivo di una simile ipotesi sarebbe del tutto irrealistico. Il processo avviato avrebbe in sostanza i connotati dell'irreversibilità e della permanenza³³.

²⁹ Un'ipotesi intermedia è stata individuata in dottrina da R. DICKMAN, *Note in tema di legge di attribuzione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2019/5, 4, nel senso che le Camere avrebbero la possibilità di esaminare le bozze di intesa e, nell'eventualità che non vi sia condivisione, quella di sottoporre una nuova versione al Governo, onde le trasmetta alle Regioni. Si tratta tuttavia, di una soluzione che non è giuridicamente vincolante per la Regione, che potrebbe disattendere i rilievi fatti dalla Camere.

³⁰ In particolare, in tale prospettiva, A. PIRAINO *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, cit., in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 8/2019, 18.

³¹ A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 163 ss. In senso adesivo a tale posizione D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 cost., conforme a costituzione*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2019, 277.

³² Così A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), 3/2019, 18 e in precedenza R. CARIDÀ, *Notazioni sulla portata applicativa dell'art. 116 della Costituzione e funzioni amministrative*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 2/2019, 28.

³³ C. IANNELLO, *Regionalismo differenziato: disarticolazione dello Stato e lesione del principio di uguaglianza*, in *economiaepolitica.it*, ma anche A. SPADARO, *Appunti sul "regionalismo differenziato": una buona idea che può diventare un disastro*, cit., che sottolinea come « l'art. 116 III prevede un regionalismo meno progressivo di quanto si pensi, ma

La situazione in cui ci troviamo attualmente ha come principale responsabile l'immobilismo delle Camere, laddove sarebbe stato necessario individuare – sin dalla fase di avvio delle richieste di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» – un procedimento legislativo *standard* di attuazione dell'art. 116, comma 3.

Sarebbe stata questa la premessa logica agli invocati trasferimenti di competenze materiali, prevedendo anche e in particolare che si fosse proceduto a una previa analisi delle funzioni da svolgere effettivamente nei territori considerati, con una valutazione puntuale del rendimento atteso in termini di assunto miglioramento delle medesime e dei servizi pubblici come effetto delle azioni redistributive, per censire le effettive e non astratte necessità dei territori stessi, muovendosi a tale scopo – nelle relazioni tra Stato e Regioni – attraverso politiche pubbliche convergenti e sulla base del metodo della “leale collaborazione” e immaginando anche meccanismi di coinvolgimento delle Camere già nella fase di predisposizione dell'intesa.

Si torna così a quanto si sottolineava all'inizio: l'intero procedimento di attuazione dell'art. 116, comma 3, avrebbe dovuto essere disciplinato da una legge costituzionale avente vaghezza minore di quanto oggi sia e non sembrano, al momento, esistere le condizioni per la percorribilità di una ipotesi di sua integrazione testuale³⁴.

Appare peraltro suggestiva una recente prospettazione, che affiderebbe alla delega legislativa il compito di sopperire alla difficoltà di ricorrere all'art. 138 Cost. Tale soluzione consentirebbe infatti di “blindare”, in sede di approvazione del decreto delegato contenente l'intesa, sia le prescrizioni procedurali, sia quelle di merito, da indicarsi, in linea di principio, appunto nella legge da approvare ex art. 76 Cost³⁵.

5. Conclusioni: regionalismo italiano e obiettivi politico-economici di medio-lungo periodo.

Le critiche tecniche al processo in atto non esprimono peraltro *tout court* un giudizio negativo verso il regionalismo differenziato, che può anzi rappresentare una sfida ed essere utile al Meridione, che sarebbe da esso indotto ad ammodernare la qualità dell'organizzazione amministrativa, a migliorare le sue *performances* e a valorizzare le proprie risorse migliori: non la riproposizione dell'industrialismo fondato su mastodontiche “cattedrali nel deserto”, bensì l'investimento in imprese non inquinanti, a forte impiego di tecnologie avanzate e con un rapporto positivo tra costi e benefici, la formazione qualificata del “capitale umano” giovanile, di cui esso è ricco, l'agricoltura e le attività connesse, il forte miglioramento dell'attrattività del turismo e della fruibilità dei beni culturali, attesa l'eccellenza dei luoghi naturali e dei monumenti culturali di cui dispone, a patto che naturalmente vengano tuttavia in via preliminare raggiunti i presupposti materiali, di ordine politico-economico, che garantiscano poi a ciascuna entità territoriale di esprimere effettivamente in positivo la propria “differenza”. Un'opportunità, dunque, non una definitiva ed inarrestabile frattura fra aree ricche e povere del Paese³⁶.

semmai un regionalismo rigido, che vede le Regioni famelicamente intente ad acquisire più competenze possibili *una volta per sempre*» (corsivo testuale).

³⁴ Così S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), 3/2019, 6, nonché A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, cit., 9.

³⁵ Ancora S. STAIANO, *ivi*, 7. L'A. osserva che la legge delega andrebbe «approvata nella specie a maggioranza assoluta, per corrispondere, a questo livello, all'atipicità prescritta dall'art. 116, c. 3, Cost.».

³⁶ S. MANGIAMELI, *I problemi della differenziazione e della omogeneità nello Stato regionale*, in *ISSIRFA* (<http://www.issirfa.cnr.it/>), febbraio 2019, 2. L'A. sostiene giustamente come non sia tanto in discussione la possibilità per le regioni del Nord di migliorare il proprio assetto economico di crescita, quanto la circostanza che la differenziazione non tenga conto delle condizioni non ancora favorevoli delle regioni del Sud e propone quale soluzione ottimale «un

Passando così, sotto questo profilo, a qualche osservazione politico-economica di merito, un macro-obiettivo condivisibile per tutta la comunità nazionale è ad esempio l'eliminazione o la riduzione nella massima misura possibile del peso dell'economia sommersa – presente soprattutto, benché non solo, al Sud e comunque per tale area particolarmente foriero di ritardo nello sviluppo – anche abbattendo drasticamente l'uso del contante nelle negoziazioni, al fine di seguire pagamenti tracciabili e recuperare l'evasione fiscale (come è del resto nei propositi dell'attuale Governo) e per contrastare la morsa della criminalità organizzata, che anche di essa si alimenta, nonché introducendo ulteriori riforme, sempre di portata nazionale e beneficio generale, come lo snellimento dei riti processuali – civili, penali e amministrativi – senza però ridurre le garanzie e l'abbattimento dei subappalti nelle opere pubbliche.

Non va peraltro dimenticato che – in prospettiva – l'accorpamento di quelle attuali in macroregioni, incominciando subito col valorizzare l'esercizio aggregato di talune funzioni e servizi, sembra una prospettiva ineludibile e l'orizzonte a cui guardare nelle ulteriori tappe del regionalismo italiano, che necessita di nuovo smalto³⁷.

patto tra lo Stato le Regioni del Nord e quelle del Sud che comporti, grazie ad una distribuzione asimmetrica dei poteri e al ruolo flessibile dello Stato, un'assunzione di responsabilità, in modo da fare convergere l'ordinamento generale verso una condizione di maggiore omogeneità».

³⁷ In tema, di recente, O. SPATARO, *Crisi del regionalismo e macroregioni. Spunti di riflessione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 6/2018, 10 ss.; A. LUCARELLI, *Le Macroregioni "per funzioni" nell'intreccio multilivello del nuovo tipo di Stato*, ivi, 6/2015, 1 ss. Per un bilancio e indicazioni di scenario di più ampio respiro, P. COSTANZO, *Le Regioni tra tendenze evolutive e prospettive future*, in *Il Piemonte delle Autonomie* (<http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it>), 3/2018.

**Il sistema di finanziamento delle Regioni ad autonomia differenziata nel quadro dell'art. 119 Cost.:
il federalismo asimmetrico come variabile di quello simmetrico**

1. In un recente scritto, parlando delle sorti dell'art. 119 Cost. e della sua attuazione, il prof. Pasquale Costanzo osserva come la prospettiva di veder portare a compimento quella riforma si allontani sempre più¹: e argomenta richiamando le osservazioni formulate dalla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale in una relazione del 2016, secondo cui «la instabilità e la provvisorietà dei rapporti finanziari e della distribuzione del potere di entrata e di quello di spesa» comportano «incertezza e all'incertezza si accompagna l'incertezza dell'instabilità»².

Visto l'interesse costante, e produttivo di un'ampia riflessione, dello studioso nei confronti del tema delle autonomie, pare opportuno svolgere alcune considerazioni sull'attualità della legge di attuazione dell'art. 119 Cost. – la l. 5 maggio 2009, n. 42 recante «Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione» – che ha indicato i riferimenti per definire il sistema della finanza delle Regioni ordinarie; e che è purtroppo rimasta a tutt'oggi disattesa, posto che le risorse attraverso le quali le autonomie esercitano le loro funzioni non vengono assegnate secondo il quadro introdotto dalla riforma correntemente denominata del 'federalismo fiscale'. Tale disciplina dovrebbe, al contrario, apparire oggi particolarmente attuale, poiché il processo in atto di impiego della possibilità messa a disposizione dall'art. 116, c. 3, Cost. – la prospettiva del regionalismo differenziato – non può non transitare attraverso i precetti della legislazione di attuazione dell'art. 119 Cost., ovvero la stessa legge del 2009 nonché il d. lgs. 6 maggio 2011, n. 68 che ha introdotto «Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle Regioni a statuto ordinario e delle Province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario». Il percorso finora seguito dalle tre Regioni richiedenti maggiore autonomia – Veneto, Lombardia, Emilia Romagna – appare invece ignorare il modello offerto dalla normativa richiamata, e sembra volersi ispirare a criteri che solo parzialmente rimangono nel solco di un sistema di finanza regionale che deve avere come categorie di riferimento i livelli essenziali delle prestazioni ed i costi di queste ultime, utilizzati secondo valori standard a partire dai quali può essere effettuata la quantificazione dei fabbisogni dei vari territori; nel rispetto, costituzionalmente necessitato, delle logiche solidaristiche che derivano dagli artt. 3, 5 e 119 Cost., e che determinano il ricorso a meccanismi di perequazione.

L'interesse non è quello di esprimersi sulla specifica vicenda attuale delle tre Regioni richiedenti, ma quello di riflettere su quale è il modello che l'art. 116, c. 3, Cost. richiede e che dovrà rimanere da riferimento per tutte le presenti e successive richieste di autonomia differenziata.

2. Il percorso da seguire, a livello costituzionale, è indicato proprio dallo stesso art. 116, c. 3, che richiede che le forme di autonomia rafforzata siano coerenti con i principi dell'art. 119: ciò significa in primo luogo che il finanziamento delle materie aggiuntive deve compiersi in conformità con il quadro di regole poste dall'art. 119; e che dal finanziamento delle medesime materie aggiuntive non deve prodursi un'alterazione della perequazione interregionale. Circa il primo requisito, esso è

¹ P. COSTANZO, *Le Regioni tra tendenze evolutive e prospettive future*, in *Il Piemonte delle Autonomie* (<http://piemonteaautonomie.cr.piemonte.it>), 2019, 8.

² Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, *Relazione semestrale sull'attuazione del federalismo fiscale*, approvata nella seduta del 30 giugno 2016, doc. XIV-bis, 1.

dunque soddisfatto dal rispetto della l. n. 42/2009 e del d. lgs. n. 68/2011: quest'ultimo disciplina gli elementi costitutivi fondamentali del complesso sistema di finanziamento e perequazione delle Regioni ad autonomia ordinaria nelle materie della sanità, dell'assistenza, dell'istruzione e del trasporto pubblico locale, nonché il meccanismo della perequazione infrastrutturale.

La l. n. 42/09 prevede due ruoli distinti per la tassazione regionale: uno rivolto al finanziamento di spese finalizzate a soddisfare il fabbisogno di servizi pubblici essenziali e un altro rivolto al finanziamento delle attività residuali. Le spese 'essenziali' sono quelle destinate al soddisfacimento di diritti sociali e civili, e sono riconducibili all'assegnazione di competenze di cui all'art. 117, c. 2, lett. *m*: per esse è espressamente prevista la definizione da parte dello stato dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP).

Per il finanziamento di tali spese, una volta *standardizzate e oggettivate*, il decreto legislativo del 2011 destina specifici tributi, con un gettito valutato ad aliquota base e basi imponibili uniformi, per lasciare margini di autonomia. Tali strumenti fiscali, alla luce dell'art. 7, c. 1, lett. *b*, e art. 8, c. 1, lett. *d*, della legge del 2009, sono tributi propri *derivati*, cioè istituiti e regolati da leggi statali il cui gettito è attribuito localmente: si tratta dell'IRAP, dell'addizionale regionale IRPEF e della compartecipazione IVA. Qualora attraverso tali fonti di entrata non si riuscisse a sostenere le spese essenziali, tale legislazione prevede l'intervento di trasferimenti integrativi a carattere perequativo, secondo il dettato dell'art. 119, c. 4, Cost.

Le restanti spese secondo l'art. 7, c. 1, lett. *c*), del decreto governativo è previsto che vengano sostenute con la variazione dell'aliquota dell'addizionale IRPEF e dell'IRAP e con l'introduzione di deduzioni e/o detrazioni. Lo spazio di autonomia delle Regioni si apre quindi a questo livello, dal momento che questi strumenti fiscali, insieme al trasferimento perequativo sulla capacità fiscale, possono assicurare i livelli di spesa delle prestazioni che vanno oltre la soglia essenziale, le altre spese e un'eventuale riduzione della pressione fiscale regionale.

L'osservazione fondamentale da effettuare è che tale sistema di finanziamento non è, ad oggi, realizzato: a dieci anni dall'avvio dell'attuazione dell'art. 119 Cost. le risorse a disposizione delle Regioni seguono altre modalità di assegnazione. Ciò è stato ripetutamente stigmatizzato dalla Corte costituzionale, che con le sentt. nn. 273/2013, 188/2016, 275/2016, 169/2017 ha evidenziato che «la lunga transizione verso l'attuazione della lettera *m*) dell'art. 117, secondo comma, Cost. è eziologicamente collegata alla notevole complessità di elaborazione e acquisizione di dati analitici idonei a determinare costi e fabbisogni standard (...) ma rimane la necessità di provvedere al più presto ad «una coerente proiezione macroeconomica dei costi in termini di fabbisogno regionale»³. La l. 27 dicembre 2017, n. 205 – legge di bilancio per il 2018 – ha rimandato al 2020 l'attuazione di alcune componenti rilevanti del d.lgs. n. 68/2011, ma oltre a ciò non sono ancora stati emanati i provvedimenti relativi alla determinazione dei fabbisogni standard delle spese regionali collegate ai livelli essenziali delle prestazioni e delle capacità standard destinate al finanziamento sia alle spese LEP sia alle altre spese regionali, quelli relativi alla definizione degli schemi di perequazione regionale distinti tra spese LEP (sui fabbisogni standard) e spese non LEP (sulla capacità fiscale), nonché quelli concernenti il principio di territorialità nell'attribuzione del gettito IVA.

3. Va dunque riconosciuto che il sistema prefigurato dalle norme attuative dell'art. 119 Cost. è quello che, pur non essendo ancora realizzato, deve costituire il modello di riferimento per definire le modalità di finanziamento delle materie aggiuntive per i territori che si avviano a ampliare la loro autonomia: la prima considerazione che ne discende è allora che l'autonomia finanziaria delle Regioni che auspicano l'ampliamento di autonomia deve rimanere nell'alveo del meccanismo di

³ Corte cost. sent. 21 marzo 2017, n. 169, al punto 9.3.1. del *Considerato in diritto*.

finanziamento ordinario che è proprio di tutte le Regioni ordinarie. Opportunamente Alessandro Petretto in audizione davanti alla Commissione per l'attuazione del federalismo fiscale ha osservato che il finanziamento dell'autonomia rafforzata «potrà assumere quell'indispensabile carattere di variazione al margine che la Costituzione intende assegnargli»⁴.

Ma al tempo stesso si impone una seconda considerazione, a fronte dello sviluppo – a partire dal 2017 – della più convinta applicazione dell'art. 116, c. 3 Cost.: ovvero che la soluzione più ragionevole e appropriata sarebbe che la riforma della finanza regionale – il c.d. federalismo simmetrico - preceda quella per le funzioni aggiuntive⁵, ovvero il c. d. federalismo asimmetrico: i due processi di attuazione dovrebbero andare almeno in parallelo, a fronte dell'assenza del quadro individuato dal d. lgs. n. 68/2011. Che la finanza di tre Regioni richiedenti maggiori potestà venga definita addirittura con precedenza rispetto a quella delle restanti dodici appare francamente poco coerente con l'impianto costituzionale. Perché se è vero quanto argomentato, che le relazioni finanziarie da associare al regionalismo differenziato sono da ricondurre all'autonomia ordinaria e non a quella speciale, la circostanza che invece solo per alcuni territori si vada a definire un modello ulteriore – che non è quello della specialità ma è differente anche dai canoni dell'art. 119 Cost. – introduce con tutta evidenza delle contraddizioni rispetto alla norma fondamentale. E purtroppo, proprio la previsione – nelle bozze di intesa delle tre Regioni del Nord di maggio 2019 – di commissioni paritetiche a cui demandare il meccanismo di finanziamento delle funzioni aggiuntive aumenta il sospetto che il modello perseguito si avvicini molto di più a quello della specialità rispetto a quello delle Regioni ordinarie.

Alcuni vincoli fanno sì che sia discutibile una definizione del sistema di finanziamento che non coinvolga il Parlamento. Ci si riferisce anzitutto all'esigenza che da esso non derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica nel suo complesso; e secondariamente che abbia luogo una compensazione tra aumento del prelievo regionale e parallela riduzione di quello erariale: ciò significa che il finanziamento delle competenze aggiuntive non deve determinare incrementi di pressione fiscale sui contribuenti delle Regioni richiedenti, bensì deve realizzarsi mediante riallocazione a loro favore di parte del gettito erariale. Come si può facilmente comprendere, si tratta di questioni di grande complessità che investono interessi che vanno ben al di là dell'orizzonte dei territori che chiedono competenze aggiuntive: la valutazione di meccanismi che siano neutrali rispetto alla finanza del Paese non può essere frutto di un confronto solo tra le Regioni interessate ed il Governo. Dovranno necessariamente passare attraverso il dibattito ed il contributo del Parlamento nazionale.

Che i LEP e i fabbisogni standard siano gli ineludibili punti di riferimento del sistema di finanziamento del regionalismo asimmetrico è del resto confermato da alcune decisioni della Corte costituzionale, che hanno sottolineato l'importanza della quantificazione dei costi dei livelli essenziali⁶ affinché il sistema delle autonomie sia adeguatamente sostenuto da risorse idonee all'esercizio delle funzioni di tali istituzioni.

La sent. n. 169/2017 – già richiamata – è stata adottata a seguito del ricorso delle Regioni Veneto e Liguria a fronte di una serie di tagli lineari sulla spesa sanitaria introdotti nel 2015 da una normativa orientata a ottenere la razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale. La doglianza delle Regioni in quella circostanza era stata la mancanza di considerazione né dei costi standard di cui al d. lgs. n. 68/2011, né dei «livelli di spesa delle Regioni virtuose che hanno già raggiunto elevati

⁴ A. PETRETTO, *Federalismo differenziato e finanza delle regioni a statuto ordinario: due riforme necessariamente concomitanti*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), n. 13, 2019, 22.

⁵ In tal senso la condivisibile posizione di A. ZANARDI, *Le criticità del finanziamento dell'autonomia differenziata*, nella *Rassegna 2019 di Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), 2019, 15.

⁶ Cfr. per tale trattazione C. BUZZACCHI, *Lea, costi, fabbisogni e copertura finanziaria: le categorie di riferimento per la finanza regionale presente e in corso di differenziazione*, in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it).

livelli di efficienza nella gestione della sanità, senza tenere in alcun conto la forte disomogeneità che caratterizzerebbe il sistema della sanità regionale italiana»⁷; nonché l'irragionevolezza di un finanziamento del sistema sanitario che prescinderebbe completamente dalla considerazione dell'adeguatezza delle risorse rispetto al conseguimento degli obiettivi, cosicché «mentre i LEA resterebbero invariati, per effetto del censurato taglio, le Regioni vedrebbero diminuite le risorse disponibili per il loro perseguimento»⁸.

Con la sent. n. 197/2019 il giudice costituzionale ricorda la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti Stato-Regioni in tema di competenza legislativa. Tale primazia dovrebbe condurre a sviluppare una dimensione 'sinergica' della dialettica finanziaria tra questi soggetti⁹, e ciò si dovrebbe tradurre in primo luogo nella simmetrica evidenziazione dei costi dei livelli essenziali di assistenza tanto nel bilancio dello Stato, quanto nei bilanci regionali ed in quelli delle aziende erogatrici, conformemente all'art. 8, c. 1, l. n. 42/2009: la dialettica tra Stato e Regioni sul finanziamento dei LEA dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale»¹⁰. Nella decisione del 2017, con un richiamo alla precedente sent. 10/2016, si indicavano la programmazione e la proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate quali intrinseche componenti del principio del buon andamento, che è «strettamente correlato alla coerenza della legge finanziaria», per cui «organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate [...] in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore si deve attenere puntualmente»¹¹.

Con tali decisioni si afferma dunque la necessità che la quantificazione dei costi dei livelli essenziali di assistenza sia simmetricamente attuata, e si evidenziano alcuni elementi indefettibili nell'individuazione ed allocazione delle risorse inerenti ai livelli essenziali delle prestazioni, in conformità al d. lgs. 23 giugno 2011, n. 118 in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi.

Copertura finanziaria e livelli essenziali appaiono così inestricabilmente connessi, e il legame passa attraverso l'ulteriore categoria dei fabbisogni che, come si è visto, è centrale in queste pronunce. La decisione del 2017 aveva risolto questioni a partire da una legge dello Stato; nel caso della decisione del 2019 l'oggetto del giudizio è, al contrario, una legge regionale. Insieme – le due pronunce – costituiscono punti di riferimento per la determinazione dell'autonomia finanziaria, considerati dall'una e dall'altra faccia della medesima medaglia. Si tratta di punti di riferimento irrinunciabili per la corretta determinazione dell'autonomia finanziaria delle Regioni, così come la si conosce ora e anche di quel modello 'differenziato' a cui alcune istituzioni regionali stanno aspirando.

⁷ Corte cost. sent. 21 marzo 2017, n. 169, al punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*.

⁸ *Ivi*, al punto 4.1 del *Ritenuto in fatto*. La Regione Liguria lamenta un allontanamento dal percorso tracciato dalla Costituzione e dalle disposizioni di questa attuative per inseguire unicamente contingenti logiche di risparmio; e osserva che se anche è condivisibile la necessità di rivedere e riqualificare i criteri per la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard regionali, purtuttavia «la revisione dei criteri non può mettere in discussione il principio dei costi standard».

⁹ *Ivi*, al punto 9.3.2 del *Considerato in diritto*. La decisione è stata commentata, sotto altri profili, da P. GIANGASPERO, *Ancora una variazione sul tema di tecnica, scienza e diritto: indicazioni di erogabilità e appropriatezza terapeutica, diritto alla salute, prescrizioni mediche "in scienza e coscienza" e vincoli alle Regioni*, in *Le Regioni*, 1/2018.

¹⁰ Corte cost. sent. 2 luglio 2019, n. 197, al punto 3. 1 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Corte cost. sent. 21 marzo 2017, n. 169, al punto 9.3.2 del *Considerato in diritto*.

4. Chiarito tale modello, da cui pare difficile che possa discostarsi la legge parlamentare chiamata ad assegnare le «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», ci si intende interrogare rispetto alla qualità dell'autonomia finanziaria a cui aspirano le Regioni che vogliono candidarsi al percorso di differenziazione.

Proprio in coerenza con quanto la Costituzione e la disciplina del 2009 prevedono – e che però pare diventato, dal 2004, un argomento privo di effettività – un rafforzamento dell'autonomia finanziaria potrebbe determinarsi grazie al recupero della competenza delle Regioni in tema di istituzione di tributi propri, sia per sé stesse che per i Comuni e le città metropolitane situate nella Regione.

Tale obiettivo è anzitutto coerente con la previsione costituzionale che riconosce agli enti territoriali di stabilire ed applicare tributi ed entrate propri; e inoltre si inquadra nel potere, che la legge delega del 2009, art. 2, assegna ai decreti legislativi da adottare, di introdurre un quadro di norme per cui:

«q) la legge regionale possa, con riguardo ai presupposti non assoggettati ad imposizione da parte dello Stato:

- 1) istituire tributi regionali e locali;*
- 2) determinare le variazioni delle aliquote o le agevolazioni che comuni, province e città metropolitane possono applicare nell'esercizio della propria autonomia con riferimento ai tributi locali di cui al numero 1)»*

A ciò si aggiunge quanto disposto dall'art. 7, che al c. 1, lett *b*, specifica che per tributi delle Regioni si intendono:

- «1) i tributi propri derivati, istituiti e regolati da leggi statali, il cui gettito è attribuito alle regioni;*
- 2) le addizionali sulle basi imponibili dei tributi erariali;*
- 3) i tributi propri istituiti dalle regioni con proprie leggi in relazione ai presupposti non già assoggettati ad imposizione erariale».*

Nel tempo tali previsioni hanno subito interpretazioni diverso tenore tale, che si è andata a smarrire la portata soprattutto della lett. *b*, punto 3.

In effetti, la prima interpretazione degli art. 117 e 119 Cost. sembrava riconoscere alle Regioni alcune di queste prerogative. Ma, come è noto, nel tempo è prevalsa una nozione sempre più ristretta della capacità delle Regioni di regolare una finanza degli enti territoriali interni ad esse: è infatti prevalsa l'esigenza della salvaguardia dell'idea di unitarietà della finanza pubblica, a cui è divenuta funzionale la competenza concorrente del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, a sua volta indirizzata a garantire il rispetto delle *fiscal rules* di provenienza europea. Se si tornasse allo spirito originario dell'art.119, ci si potrebbe attendere che le Regioni richiedenti autonomia differenziata puntassero a recuperare tale potestà impositiva. A cui è evidentemente associata una rilevante dimensione di responsabilità politica, sulla quale si gioca il mandato di queste istituzioni del territorio ed il loro rapporto con le rispettive comunità.

Può essere utile, a questo riguardo, recuperare il cammino giurisprudenziale che ha caratterizzato l'art. 119 sul terreno della nozione di 'tributo proprio'. E ritornare soprattutto alle prime decisioni in materia di art. 119, che hanno chiarito cosa potesse intendersi per 'tributo proprio regionale'. Il primo richiamo è alle sentt. nn. 296 e 297/2003: in entrambe l'espressione «tributo proprio della Regione» veniva riferita «ai soli tributi istituiti dalle Regioni con propria legge, nel rispetto dei principi del coordinamento con il sistema tributario statale». È interessante anche la successiva sent. n. 17/2004: oggetto di ricorso è l'art. 29 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, che stabiliva una serie di misure che, per rafforzare l'efficienza e la economicità di gestione delle pubbliche amministrazioni, operavano un complesso di tagli lineari e dischiudevano alle Regioni forme di autofinanziamento. Le stesse Regioni avevano dimostrato dubbi sulla convenienza, per

esse, di questa sostituzione tra trasferimenti erariali e forme di autofinanziamento: ad esse il giudice delle leggi aveva risposto che tale opportunità non doveva considerarsi lesiva della competenza legislativa regionale in materia di organizzazione e di funzionamento della Regione; aggiungendo che «nell'assetto delle competenze costituzionali configurato dal nuovo Titolo V, parte II, della Costituzione, l'autofinanziamento delle funzioni attribuite a Regioni ed enti locali non costituisce altro che un corollario della potestà legislativa regionale esclusiva in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa, affinché per tale via possa trovare compiuta realizzazione il principio più volte ribadito da questa Corte circa il parallelismo tra responsabilità di disciplina della materia e responsabilità finanziaria»¹².

Dopo le prospettive che erano sembrate aprirsi – la diffusa aspettativa di un prossimo esercizio assai articolato dell'autonomia impositiva delle Regioni – si è ben presto affermata invece la consapevolezza che gli spazi per l'autonomia di prelievo da parte degli enti territoriali sarebbero stati irrisori. E a ciò ha contribuito la medesima Corte costituzionale, che a partire dalla sent. n. 37/2004 ha affermato che il sistema finanziario e tributario degli enti locali delineato dall'art. 119 Cost. considera, in linea di principio, sullo stesso piano Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, stabilendo che tutti tali enti «hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa»; ma che l'attuazione di questo disegno costituzionale richiede come necessaria premessa l'intervento del legislatore statale che, per coordinare l'insieme della finanza pubblica, deve non solo fissare i principi cui i legislatori regionali dovranno attenersi, ma anche determinare le grandi linee dell'intero sistema tributario, e definire gli spazi e i limiti entro i quali potrà esplicarsi la potestà impositiva di Stato, Regioni ed enti locali. Pur prospettando il passaggio da un sistema tributario in buona parte 'derivato', cioè dipendente dal bilancio statale, ad uno di diversa natura, la Corte ha riconosciuto altresì che non si danno ancora, se non limitatamente, tributi che possano definirsi a pieno titolo "propri" delle Regioni o degli enti locali perché frutto di una autonoma potestà impositiva, e che possano essere disciplinati dalle leggi regionali o dai regolamenti locali. E ammette che anche i tributi di cui già oggi la legge dello Stato destina il gettito, in tutto o in parte, agli enti autonomi, e per i quali la stessa legge riconosce già spazi limitati di autonomia agli enti quanto alla loro disciplina – e che perciò la stessa legislazione definiva talora come 'tributi propri' delle Regioni – sono istituiti dalla legge statale e in essa trovano la loro disciplina, salvo che per i soli aspetti espressamente rimessi all'autonomia degli enti territoriali.

Ma soprattutto la Corte ha sancito¹³ l'inammissibilità di una piena esplicazione di potestà regionali autonome in carenza della legislazione di coordinamento dettata dal Parlamento nazionale: ritenendo preclusa alle Regioni la potestà di legiferare sui tributi esistenti, istituiti e regolati da leggi statali; e tuttora spettante al legislatore statale la potestà di dettare norme modificative, anche nel dettaglio, della disciplina dei tributi locali esistenti.

Con le successive sentt. nn. 148/2006, 216/2009 e 357/2010 la Corte costituzionale ha chiarito la portata dell'espressione 'tributo proprio': partendo dal presupposto che sarebbe proprio solo quel tributo istituito con legge regionale, si è finito per riconoscere che gli spazi in tal senso sono assai ristretti e che la formula da considerare prevalente è quella del 'tributo proprio derivato', ovvero di

¹² Corte cost. sent. 16 gennaio 2004, n. 17, al punto 4.2 del *Considerato in diritto*. Si aggiunge:

«Il modello di finanziamento della finanza regionale è incentrato sul sistema della compartecipazione a quote dei tributi statali e non più su trasferimenti a carico del bilancio dello Stato (...) L'applicabilità della norma in esame alle Regioni a statuto ordinario non può determinare la denunciata lesione dell'autonomia finanziaria regionale (...). D'altro canto, per le residue quote di finanza "derivata" che ancora alimentano la finanza regionale, la semplice circostanza della riduzione dei trasferimenti e stanziamenti statali a seguito di entrate proprie, nel quadro del recupero di efficienza e di mezzi finanziari eventualmente indotti dalla disposizione censurata, a seguito di libere scelte affidate alle Regioni, non è di per sé sufficiente ad integrare una violazione dell'autonomia finanziaria regionale».

¹³ Corte cost. sent. 28 ottobre 2004, n. 320.

quel prelievo stabilito dallo Stato ed il cui gettito viene fruito dalla Regione¹⁴. La tesi giurisprudenziale prevalente in base all'art. 119 Cost. è dunque che non si devono considerare propri soltanto i tributi introdotti attraverso legge regionale, anche se solo su questi la potestà legislativa regionale può esplicarsi in tutta la sua ampiezza: ben diversi risultano infatti gli spazi di autonomia con riferimento ai tributi propri istituiti da legge statale.

Ne è derivata la delineazione di un sistema 'misto', nel quale le entrate regionali sono apparse, e ancora appaiono, costituite prevalentemente dai tributi derivati e dalle partecipazioni, mentre ai tributi autonomi è stato riservato uno spazio minore, residuale¹⁵, posto che veramente pochi risultano quei presupposti non ancora tassati dallo Stato e pertanto nella disposizione delle Regioni.

In più va evidenziato come la giurisprudenza costituzionale abbia frequentemente avallato forme di esercizio legislativo del coordinamento finanziario anche piuttosto invadenti nei confronti delle sfere di autonomia finanziaria degli enti decentrati in nome delle complessive esigenze di bilancio e del rispetto degli impegni concordati in sede europea in tema di saldi di bilancio¹⁶.

In anni più recenti le sentt. nn. 97 e 121/2013 hanno ancora ribadito tale lettura del tributo proprio derivato, che conserva in pieno la sua natura di tributo erariale: come confermato con la sent. n. 67/2015, nella quale il tributo proprio derivato, di cui si riconosce il carattere erariale, è quello attribuito alle Province.

Questa evoluzione ha ormai caratteri difficilmente reversibili, e implica che lo spazio di potestà impositiva effettiva sia piuttosto angusto e assai poco ascrivibile al tema dell'autonomia¹⁷. A fronte di questo cammino di svuotamento delle potenzialità insite nell'art. 119 Cost., anche dalle stesse Regioni richiedenti autonomia differenziata vi è stata disattenzione per l'attivazione di un modello di finanza regionale che punti alla potestà di prelievo. Gli atti di indirizzo delle Regioni, così come anche gli accordi preliminari di febbraio 2018, insistono molto sulla necessaria corrispondenza tra risorse e funzioni, ma in realtà non contengono accenni ad un'effettiva autonomia tributaria e si limitano a chiedere nuove forme di partecipazione ai tributi erariali. Soltanto la risoluzione n. 97/2017 del Consiglio regionale della Lombardia ha richiesto espressamente «la piena autonomia sulla disciplina sui tributi regionali, a partire dalla tassa automobilistica» e un maggiore potere di determinazione dell'ammontare della cd. ecotassa. Gli atti di negoziato con il Governo però non sembrano aver dato seguito alla richiesta lombarda¹⁸.

Tale irreversibilità potrebbe proprio essere capovolta dal processo di attivazione dell'autonomia differenziata. Al momento l'obiettivo delle Regioni richiedenti è sembrato essere prevalentemente quello della massimizzazione dell'introito: l'operazione sarebbe deludente se pervenisse solo a tale risultato, mentre potrebbe essere invece l'occasione per una rivitalizzazione dell'autonomia, rimodellando la sua declinazione in ambito finanziario, con l'obiettivo di ridare effettività al potere impositivo – ed alla responsabilità di spesa – dei territori. Stando a Costantino Mortati, il profilo finanziario è la 'pietra angolare' del sistema delle autonomie¹⁹: si vuole credere che le occasioni perse, per costruire equilibratamente tale profilo, negli ultimi due decenni siano invece colte nel cammino verso la differenziazione.

¹⁴ Cfr. le riflessioni di M. V. SERRANÒ, *I limiti dei tributi regionali e l'articolo 23 della Costituzione*, in *Dir. prat. trib.*, n. 4, 2014, 733 ss.

¹⁵ D. IMMORDINO, *La disciplina spetta alle regioni (entro limiti massimi di manovrabilità) ma il tributo è statale. Il "nuovo" status della tassa automobilistica*, in *Le Regioni*, n. 2, 2013, 426 ss.

¹⁶ In questi termini si esprime G. M. SALERNO, *Dopo la norma costituzionale sul pareggio del bilancio: vincoli e limiti all'autonomia finanziaria delle Regioni*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2012, 573 ss.

¹⁷ V. le riflessioni di F. GALLO, *La crisi del federalismo fiscale*, nella Rassegna 2015 di Astrid (<http://www.astrid-online.it>).

¹⁸ Cfr. sul punto E. DI CARPEGNA BRIVIO, *L'applicazione del regionalismo differenziato per la sperimentazione delle politiche pubbliche*, in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), n. 3, 2019, 18.

¹⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, IX ed., 906.

LUISA AZZENA

Regioni: la differenziazione possibile.

La materia infrastrutture nella prospettiva del regionalismo differenziato

SOMMARIO: 1. Una premessa. La non intrinseca divisività del tema del regionalismo differenziato. – 2. Una prima rassicurazione: i “confini” costituzionali della competenza legislativa regionale. – 3. Una seconda rassicurazione. L'oggetto della possibile devoluzione: non “materie”, ma “forme” e “condizioni” di autonomia. – 4. Non “esclusività” della competenza legislativa “differenziata” delle Regioni; semmai, una nuova (e mutevole) forma di “concorrenza”. – 5. La necessità di impostare la questione della differenziazione possibile in termini puntuali (cioè analizzando puntualmente ogni specifica materia nelle sue partizioni e nelle attribuzioni relative). – 6. La “materia” infrastrutture: identificazione di quali “competenze” siano deferibili alle Regioni che intendano differenziarsi. Spunti. – 7. Una conclusione.

1. Una premessa. La non intrinseca divisività del tema del regionalismo differenziato

Quello del regionalismo differenziato appare essere un tema intrinsecamente divisivo; il processo di attuazione attualmente in corso divide infatti non solo i politici, ma anche gli studiosi e in genere gli osservatori, tra chi vi vede soprattutto un'opportunità per la crescita del Paese e chi vi ravvisa piuttosto un pericolo per l'unità nazionale¹.

Che la differenziazione delle autonomie regionali di per sé sia divisiva è però un assioma tutt'altro che dimostrato.

Al contrario, quello tra differenziazione e unità non è un conflitto ontologicamente irriducibile; l'attuazione del regionalismo differenziato non è incompatibile con l'unità della Repubblica.

I timori per l'unità nazionale, i timori di una “secessione” economica, politica, culturale della parte “ricca” del Paese², in parte almeno, possono essere infatti quantomeno ridimensionati ove si affronti la questione³ muovendo dall'individuazione dei confini costituzionali, costituiti da quell'“orientamento assiologico complessivamente risultante dal quadro costituzionale”⁴ al quale ogni processo politico di attuazione della Costituzione deve necessariamente attenersi, utile rassicurazione nei confronti dei rischi paventati.

Fondamentale a tal fine è altresì rivolgere l'attenzione all'identificazione dell'*oggetto* della possibile differenziazione, alla ricerca di un'indicazione di metodo che consenta, una volta sgomberato il campo da equivoci interpretativi, di impostare la questione nei termini più rigorosi e (soprattutto) costruttivi, rigettando quell'assioma, fonte di divisività che si rivela così non essere intrinseca ma, in quanto derivante da pregiudiziali ideologiche, destinata a ridimensionarsi ove si affronti la questione non in astratto ma in concreto, ovvero nel merito.

¹ Di “opposti estremismi” parla E. BALBONI, *Per scongiurare la “secessione dei ricchi” basterebbe la buona amministrazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 28 febbraio 2019; anche ID., *In tema di regionalismo differenziato in attuazione dell'art. 116 della Costituzione*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), 26 giugno 2019.

² Il riferimento è a G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Laterza, Bari, 2019.

³ Questione, “terribile”, riguardante, al fondo, il rapporto tra Costituzione e politica: l'una “descrive i confini del campo su cui l'altra si muove, ma di siffatte movenze non precostituisce né i ritmi né il loro complessivo modo di essere”, A. RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2002 (Relaz. al Convegno su Regionalismo differenziato: il caso italiano e spagnolo, Messina 18-19 ottobre 2002).

⁴ A. RUGGERI, *Neoregionalismo*, cit.

Così impostata la questione, campo di osservazione particolarmente proficuo risulta essere la “materia” delle infrastrutturazioni, materia dalla sottostimata rilevanza sociale, con riferimento alla quale la differenziazione, se ben impostata, può essere motivo di crescita, piuttosto che fonte di stasi e danni per il Paese⁵.

2. Una prima rassicurazione: i “confini” costituzionali della competenza legislativa regionale

A rassicurare chi teme che l'accresciuta autonomia regionale rechi il rischio di disgregazione dell'ordinamento nazionale sta innanzitutto l'interpretazione assiologica del quadro costituzionale, che esprime la necessaria conciliazione tra autonomia e unità, tra esigenze dell'autonomia territoriale e esigenze dell'unità della Repubblica.

Necessità che, come ha costantemente orientato l'interpretazione delle norme costituzionali relative al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, così non può non costituire un “faro” anche nel presente, delicato passaggio di attuazione della Costituzione.

Sin dall'indomani della riforma del Titolo V, come noto, apparve subito chiaro come le competenze legislative attribuite alle Regioni sulla base del comma 4 dell'art. 117 Cost. fossero “residuali” ma non “esclusive”.

Fu subito chiaro, innanzitutto, come la legge dello Stato potesse “attraversarle” trasversalmente, sulla base della competenza (questa sì esclusiva) attribuitale dalla *lett. m)* del secondo comma dell'art. 117 Cost. (“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”).

Non solo; dal disposto costituzionale risultava altresì come la legge statale potesse, del pari, “attraversare” trasversalmente qualsiasi materia di competenza regionale laddove si trattasse di profili inerenti all’“ordinamento civile” e a quello “penale” (art. 117, comma 2, *lett. l)*).

L’“esclusività” della competenza legislativa regionale veniva così, da più parti, minata, divenendo insostenibile, e rivelando l'asimmetria con la competenza legislativa statale qualificabile come *veramente* esclusiva.

Per di più, allo Stato (al “Governo”) era dato il potere di incidere ulteriormente sull'autonomia regionale in nome di quei principi (non ben definiti e pertanto potenzialmente tanto più pervasivi) di “unità giuridica” e di “unità economica” che, ai sensi dell'art. 120, comma 2 Cost., ne legittimano l'intervento sostitutivo.

Vincoli erano altresì posti dall’art. 119 Cost., espressamente richiamato dallo stesso art. 116, 3 Cost.

Solo all'interno dello stesso Titolo V, dunque, vennero ravvisati elementi che contraddicevano la “esclusività” delle competenze regionali “residuali”. E siffatti elementi (e dunque la negazione della configurabilità come “esclusiva” della competenza regionale, comunque essa disegnata e qualificata) riemergono oggi, di fronte alla sfida dell'attuazione del regionalismo differenziato.

Oltre a quelli, più specifici ed espliciti, previsti dal Titolo V, l'interpretazione assiologica della *intera* Costituzione conduce a ravvisare ulteriori limiti, “confini che non possono essere oltrepassati”⁶ alla competenza legislativa regionale, utili a rassicurare contro i rischi di una “secessione” o comunque di una diversificazione tra Regioni tale da mettere a rischio l'unità della Repubblica.

⁵ A. SPADARO, *Appunti sul “regionalismo differenziato”: una buona idea che può diventare un disastro*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 16 ottobre 2019.

⁶ R. TARCHI, *Dal centralismo napoleonico al regionalismo/federalismo in “salsa italiana”. La questione irrisolta della forma territoriale dello Stato, Parte seconda*, in *Lo Stato*, 11/2018, 40.

Detti confini sono stati individuati nei doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 Cost.), nel principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), nel principio di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), nei principi della capacità contributiva e della progressività del sistema tributario (art. 53 Cost.).

Invero, dalle ricordate disposizioni costituzionali non si ricavano solo confini, ma anche canoni e criteri che valgono a orientare la prospettiva della differenziazione regionale.

Così, il necessario rispetto del principio di eguaglianza, come è stato evidenziato, “va oltre la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale, di cui all'art. 117, comma 2, *lett. m)* Cost., e va invece considerato anche nelle sue declinazioni di ragionevolezza, proporzionalità e di eguaglianza sostanziale”⁷; aspetti, questi ultimi, indispensabili al fine di identificare quali attribuzioni, in concreto, possono o meno essere devolute alle Regioni che richiedono la differenziazione. Sono infatti proprio i canoni di ragionevolezza, proporzionalità e eguaglianza sostanziale che devono fondare la prospettiva dell'attribuzione di una accresciuta autonomia ad una o più Regioni.

Così pure, dall'art. 5 Cost. non si trae solo il confine dell'unità e indivisibilità della Repubblica, ma altresì il canone della “leale collaborazione”, che, valendo ad assicurare il contemperamento di unità e autonomia, deve essere tenuto in particolare considerazione nella prospettiva della differenziazione.

Su di esso, come noto, la giurisprudenza costituzionale ha fondato la dottrina della “chiamata in sussidiarietà”; dottrina che, ammettendo la possibilità che esigenze amministrative consentano a competenze legislative di transitare dall'ambito regionale e quello statale, mostra l'inscindibilità degli ambiti di competenza legislativa e di competenza amministrativa e, nella prospettiva della differenziazione, pone con forza evidente l'esigenza che non si disponga degli ambiti di competenza legislativa Stato/Regioni senza tener conto altresì degli ambiti di competenza amministrativi⁸.

Tale epilogo ermeneutico altro non esprime che quell'esigenza di conciliare la tensione tra differenziazione e unità che lo spirito della Costituzione impone.

Ed è un approdo “rassicurante” per coloro che avversano non preconconcettualmente l'attuazione del regionalismo differenziato identificandolo con un attentato all'unità nazionale; un approdo che dovrebbe valere a ridimensionare i timori e a far svanire le divisioni intorno a tale tema: per quanto accresciuti, gli ambiti di competenza delle Regioni che intendono “differenziarsi” restano pur sempre sotto l'egida unificante dei valori costituzionali fondamentali⁹.

3. Una seconda assicurazione. L'oggetto della possibile devoluzione: non “materie”, ma “forme” e “condizioni” di autonomia

All'origine dell'asserita irriducibilità del conflitto tra differenziazione e unità, tra attuazione del regionalismo differenziato di cui all'art. 116, comma 3, Cost. e rispetto del principio di unità e indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost., sembra ravvisabile un equivoco relativo all'oggetto della possibile maggior autonomia di alcune Regioni: equivoco determinato da una confusione concettuale, oltre che terminologica. In particolare, ad apparire frequentemente male inteso è il concetto di “materia”; concetto che, già di per sé, sconta una intrinseca difficoltà di

⁷ R. TARCHI, *op. cit.*, 40.

⁸ Di “oblio” dell'art. 118 Cost. nel processo di differenziazione in corso parla M. CAMMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art.116.3 Cost.*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), *Rassegna*, maggio 2019.

⁹ Sulle garanzie unitarie del sistema v. G.C. DE MARTIN, *A voler prendere sul serio i principi costituzionali sulle autonomie territoriali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 3/2019.

qualificazione e conseguentemente di “perimetrazione”. Questione antica, aggravatasi dopo la scarsa attenzione posta in relazione ad essa dal legislatore di riforma del Titolo V.

La prima fonte di malintesi è infatti ravvisabile nello stesso testo costituzionale, ed anche nello stesso Titolo V. In particolare, equivoco risulta essere l'art. 117 Cost. che, nel predisporre, nei commi 2 e 3, gli elenchi di “materie” (così espressamente definendole) rispettivamente esclusive statali e concorrenti, fa, a ben vedere, riferimento, in alcuni casi a *vere e proprie* (intere) materie, in altri a *porzioni* di materie, e in altri ancora addirittura a “*non-materie*”, come l'esame attento del contenuto di tali elenchi rivela. Ad esempio, il fatto che l'art. 117 Cost. attribuisca alla legislazione concorrente l' “istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale” (comma 3); mentre riserva allo Stato le “norme generali sull'istruzione” (comma 2 *lett. n*)) dimostra come la *materia* “istruzione” sia suddivisa in “porzioni” di materia, che altro non sono, a ben guardare e a ragionare logicamente, che “attribuzioni” specifiche, assegnate ora all'uno ora all'altro legislatore, inerenti appunto alla *sola* materia “istruzione”. Nonostante l'art. 117 commi 2, 3 e 4 Cost., parli di “materie” di legislazione rispettivamente esclusiva, concorrente, residuale, dunque, non sempre ad essere affidate alla competenza legislativa statale o regionale sono “materie”; più spesso, sono, invece, più o meno ampie, “attribuzioni”.

La questione della corretta definizione dell'oggetto della competenza legislativa si è quindi riproposta al momento dell'attuazione del regionalismo differenziato, come dimostrano le bozze di intese sottoscritte dal Presidente del Consiglio dei Ministri e i Presidenti delle Regioni Veneto, Lombardia, Emilia-Romagna il 25 febbraio 2019, nelle quali i termini “materie” e “competenze” sono usati spesso indifferentemente, rivelando la scarsa consapevolezza della loro diversità concettuale¹⁰.

Nell'impostare la questione dell'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost., occorre invece muovere dal considerare come, testualmente, la lettera dello stesso non alla possibilità di attribuire alle Regioni ulteriori “materie” faccia riferimento, bensì “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia concernenti le materie” indicate; cosicché appare chiaro come oggetto della possibile devoluzione alle Regioni che lo richiedano non possano essere ulteriori materie, ma (solo) *ulteriori attribuzioni inerenti alle materie* attualmente spettanti allo Stato. L'ampiezza della prospettata accresciuta autonomia di alcune Regioni risulta quindi, sulla base di tale considerazione, assai ridimensionata; ciò che dovrebbe valere a rassicurare, attenuandone le preoccupazioni, chi teme per l'unità nazionale, e a ridurre l'irriducibilità delle opposte posizioni.

4. Non “esclusività” della competenza legislativa “differenziata” delle Regioni; semmai, una nuova (e mutevole) forma di “concorrenza”

Se, come si è ricordato, di competenza regionale *esclusiva* è stato escluso potersi parlare con riferimento alle materie riferite alla legislazione regionale dal comma 4 dell'art. 117 Cost., a maggior

¹⁰ Ad esempio, nel testo dell'intesa sottoscritta tra il Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte e il Presidente della Regione Veneto Luca Zaia, l'art. 2, titolato “*Materie*”, afferma che: “1. Ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, alla Regione Veneto sono attribuite *ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia* nelle seguenti materie”, evidenziando sin dal titolo la confusione terminologica e concettuale tra “materie” e “forme e condizioni di autonomia”; per di più, quelle che sono definite nel medesimo articolo “forme e condizioni di autonomia” sono in realtà quelle che l'art. 117 della Costituzione, come già sottolineato, chiama “materie”: “organizzazione della giustizia di pace, limitatamente all'individuazione dei circondari”; “norme generali sull'istruzione”; “istruzione”; “tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali”; “rapporti internazionali e con l'Unione Europea della regione”; “commercio con l'estero”; “tutela e sicurezza del lavoro” (cfr. al sito del Dipartimento per gli affari regionali le autonomie: www.affariregionali.gov.it).

ragione ciò deve essere escluso con riferimento all'ipotesi prefigurata dall'art. 116, comma 3, Cost., nel quale, come si è detto, non è prevista la devoluzione alle Regioni di intere "materie" ma solo di "attribuzioni" (più o meno ampie, ma pur sempre specifiche e limitate) relative a "materie" per l'innanzi non assegnate alle stesse.

Ne consegue che, tanto con riferimento alle ulteriori "forme e condizioni di autonomia" che le Regioni potrebbero assumere erodendo gli spazi di legislazione esclusiva statale (cioè divenendo titolari delle competenze attualmente assegnate dal comma 2 dell'art. 117 Cost. in via esclusiva alla legge statale), tanto con riferimento a quelle competenze che, attualmente concorrenti (previste quindi nel comma 3 del medesimo art. 117), potrebbero risultare accresciute, non si potrebbe parlare di "materie" attribuite *in via esclusiva* alla competenza regionale, ma solo di "attribuzioni", "competenze" *solo relativamente "piene"*, in quanto pur sempre costrette entro i confini delineati dalla Costituzione e dall'interpretazione costituzionale, potendo *al più* divenire di ampiezza pari a quelle residuali di cui al comma 4 dell'art. 117 Cost.; ciò che dovrebbe ulteriormente contribuire a tranquillizzare chi avversa l'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost., per il timore di una eccessiva differenziazione.

L'asimmetria tra ampiezza del tipo di competenza legislativa dello Stato e quello delle Regioni non potrebbe infatti che permanere, baluardo dell'unità della Repubblica.

Cosicché per la legislazione regionale si potrebbe forse parlare di una nuova forma di "concorrenza"¹¹, diversa da quella tradizionale (definita dal comma 3 dell'art. 117 Cost.), che assicurerebbe una più ampia autonomia al legislatore regionale in quanto non dovrebbe rispettare i "principi fondamentali" dettati con legge statale, ma "solo" tutti quei confini che la Costituzione, come si è evidenziato, delinea.

Diversa nell'ampiezza rispetto a quella tradizionale, ma comunque pur sempre una forma di "concorrenza": nella "nuova", così come nella "tradizionale" concorrenza, infatti, quale che sia la materia di cui si tratti, alcune attribuzioni sono (e non potrebbero non essere) sottratte alla legge regionale e affidate a quella statale, uguale per tutto il territorio nazionale, cosicché la compiuta disciplina della materia verrebbe a risultare dal concorso dei due legislatori.

E ciò, vale ribadirlo, tanto se la Regione acquisisse competenze ulteriori e differenziate in materie *attualmente concorrenti* quanto in materie *attualmente esclusive statali* (quelle poche previste dal 116, comma 3).

In ogni caso, infatti, le nuove competenze *al più* potrebbero divenire equiparate a quelle attualmente spettanti alle Regioni ex art. 117, comma 4, Cost., quelle cioè qualificate come "residuali". Le quali, come ricordato, sono "quasi piene", non esclusive. Rispetto alle competenze legislative esclusive statali, quelle regionali, in altri termini, sarebbero sempre "meno che esclusive".

Anche nell'ipotesi-limite in cui *tutte* le Regioni avanzassero la richiesta di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" in *tutte* le materie¹² attualmente concorrenti, se tale richiesta avesse un seguito, risulterebbe sì vanificata l'attuale forma di concorrenza prevista dall'art. 117, comma 3, Cost., ma permarrebbe comunque una asimmetria tra competenze statali *veramente* esclusive e competenze regionali "quasi piene" ma comunque non *esclusive*.

¹¹ Di "un 'tertium genus', una particolare sottocategoria nel panorama delle autonomie regionali" parla P. COSTANZO, *Le Regioni tra tendenze evolutive e prospettive future*, in *Il Piemonte delle Autonomie* (<http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it>), 3/2018.

¹² Ipotesi, invero, che suscita più di una perplessità; così, all'esito di una puntuale analisi, esclude che tutte "le 23 materie previste dal terzo e dal secondo comma dell'articolo 117 Cost. possano essere oggetto di devoluzione autonomistica" A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 17 aprile 2019. Cfr. anche L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4 settembre 2019.

Al di fuori di tale ipotesi-limite, è realistico pensare che, in molte materie, alle Regioni che si differenziano non siano date *tutte le attribuzioni possibili* (nei limiti dei confini costituzionali), ma siano assegnate *solo alcune* attribuzioni “ulteriori”; in tal caso la prospettiva si frastaglierebbe enormemente, potendo accadere che ad una Regione siano date forme e condizioni di autonomia maggiori di quelle attuali ma sempre inferiori a quelle della competenza (quasi) piena, magari ammettendo che solo in relazione ad una porzione di materia, in ipotesi attualmente concorrente ex art. 117, comma 3, Cost., una Regione possa non essere soggetta ai principi della legge statale, ma restando soggetta a questi per i restanti profili della medesima materia, e così via. Le combinazioni di attribuzioni affidate alla legge statale o regionale diventerebbero moltissime, sinanche incalcolabili. Perciò la nuova forma di concorrenza sarebbe “mutevole”: perché non sarebbe più, come l'attuale, monolitica con riguardo all'obbligo di rispettare i principi della legge statale, ma avrebbe ampiezza variabile a seconda di quanto disposto dalla legge di differenziazione.

In ogni caso, dunque, anche nel caso-limite in cui potesse dirsi superata quella tradizionale, non sarebbe segnata la fine della “concorrenza”, che assumerebbe nuova ampiezza e forme mutevoli (ma, in definitiva, niente di rivoluzionario...).

Le cautele, insomma, ci sono; gli strumenti ci sono perché quella delle Regioni, pur accresciuta, non sia mai una competenza veramente esclusiva, tale da tagliar fuori del tutto la legge statale e quindi da far temere una crisi dell'unità nazionale.

5. La necessità di impostare la questione della differenziazione possibile in termini puntuali (cioè analizzando puntualmente ogni specifica materia nelle sue partizioni e nelle attribuzioni relative)

Una volta acquisito che la Costituzione non ripartisce le “materie” tra i due legislatori, ma, più complessamente, ripartisce tra essi le molteplici “attribuzioni” che nell'ambito di ciascuna materia vengono individuate, si può impostare diversamente anche la questione del “tipo” di competenza legislativa che risulterebbe all'esito della devoluzione ex art. 116, comma 3, Cost.

Non è detto infatti che una competenza inizialmente concorrente, per effetto della devoluzione, diventi *esclusiva* della Regione (con i “soli” limiti costituzionali di cui si è detto); così come non è detto che una competenza inizialmente esclusiva dello Stato diventi concorrente: l'ampiezza dell'autonomia regionale all'esito della devoluzione dipende solo ed esclusivamente da quel che, caso per caso, singolarmente la legge di devoluzione preveda. O meglio: da quali competenze e attribuzioni ulteriori la legge rinforzata di cui all'art. 116, comma 3, Cost. intenda affidare alla Regione interessata.

Non c'è, in altri termini, alcun automatismo; essendo oggetto di devoluzione “attribuzioni” e non “materie”, la legge stessa nell'indicarle, ne indicherà anche ampiezza e limiti.

Se ne trae la conseguenza che l'oggetto della devoluzione, e la sua estensione, non può essere identificato in termini generali e generici, essendo al contrario necessario un esame approfondito e attento volto a individuare quali sono le “attribuzioni” nelle quali una “materia” può essere scomposta e quindi, successivamente, quali sono quelle per le quali sussistano giustificazioni ragionevoli nel senso della devoluzione, e, infine, quale ampiezza dare (e quali confini) alle attribuzioni che si decida di devolvere.

Un'operazione complessa, dunque, che deve essere svolta non in generale, ma specificamente materia per materia, attribuzione per attribuzione.

Questa operazione potrà, lungi dal “dividere” (gli osservatori e la Repubblica), consentire di migliorare il testo costituzionale del 2001, superandone le incongruenze che l'esperienza ha sin qui portato a evidenza.

6. La “materia” infrastrutture: identificazione di quali “competenze” siano deferibili alle Regioni che intendano differenziarsi. Spunti

Particolarmente importante è l'adozione di una siffatta prospettiva in relazione alla questione relativa alla “materia” *infrastrutture*. L'attenzione è soprattutto rivolta a quella devoluzione che può portare a criticità i diritti sociali e lo stato sociale, quale quella relativa alla salute o all'istruzione; sottovalutando come la materia infrastrutturale sia centrale per quella crescita economica che della crescita sociale costituisce il presupposto.

Centrale, ma non oggetto di accurata attenzione da parte del legislatore di riforma del Titolo V, il quale, secondo una *ratio* che non è dato di comprendere, ha frammentato e smembrato la materia: l'art. 117, comma 3, Cost., infatti, attribuisce le infrastrutture “grandi” o di carattere “nazionale” alla competenza concorrente (“porti e aeroporti civili”; “grandi reti di trasporto e di navigazione”; “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”), cosicché quelle residuali, non elencate in tale comma (vale a dire altre infrastrutture, di minor rilievo e/o di interesse solo regionale o locale, o relative a settori diversi da quelli considerati, es. quelle nel settore delle comunicazioni) risultano affidate alla competenza legislativa regionale residuale (di cui al comma 4 dell'art. 117 Cost.).

L'assetto disegnato nel 2001, per la sua palese incongruenza, è da tempo oggetto di critiche e ritenuto bisognoso di una riforma¹³, che, opportunamente, affidi alla competenza legislativa statale la disciplina delle infrastrutture di carattere nazionale, lasciando a quella regionale quella delle infrastrutture di diverso rilievo.

Siffatte considerazioni sono sufficienti a rendere più che evidente come, nel processo in corso di attuazione del regionalismo differenziato, la prospettiva della devoluzione alle Regioni (o ad una Regione) della intera “materia” *infrastrutture* si muoverebbe lungo una linea del tutto opposta a quella della razionalizzazione delle competenze, aggravando l'attuale situazione di incongruenza e determinando l'insorgenza non solo di gravi problemi per la crescita economica e sociale, ma altresì di serissimi rischi per l'unità del Paese.

La prospettiva non è meramente ipotetica, dal momento che la differenziazione in materia non solo è stata richiesta da tutte le Regioni che hanno intrapreso il processo devolutivo attualmente in corso, ma è altresì allo studio di altre (es. Liguria)¹⁴; ove dovesse concretamente realizzarsi, tale innovazione porterebbe le infrastrutture di interesse statale nell'ambito della competenza esclusiva (almeno, più esclusiva possibile, stante le precisazioni su svolte) di dette Regioni.

Cercando di tradurre in termini concreti tale prospettiva, si determinerebbe, esemplificando, una situazione per cui una Regione, magari di confine, verrebbe ad avere una competenza (quasi) *esclusiva* (nei limiti cioè su precisati) in ordine alla disciplina legislativa delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, di interesse nazionale (!). Cosicché l'adozione (sempre in ipotesi) da parte di tale Regione di una legislazione che introducesse ostacoli, ad esempio tariffe o pedaggi a costi elevati, renderebbe difficili i collegamenti tra Regioni e addirittura con gli Stati confinanti.

¹³ Cfr. F. BASSANINI, *Introduzione, Paper su “Programmazione, decisione e localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche. Proposte di riforma delle regole e delle procedure”*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), 2010, 9, che propone una “mini-riforma”, dell'art. 117 Cost., ossia una riforma limitata, finalizzata esclusivamente a fissare in capo allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di “grandi reti di trasporto e navigazione”, “porti e aeroporti civili di interesse nazionale”, “produzione e trasporto di energia di interesse nazionale”, “reti di telecomunicazione di interesse nazionale”, lasciando invece alla competenza esclusiva del legislatore regionale le infrastrutture e gli impianti di interesse regionale e locale.

¹⁴ V. Delibera della Giunta Regionale Liguria n. 34 del 25/01/2019, che afferma l'interesse ad ottenere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in materia di “Infrastrutture, Logistica e Portualità”.

Una siffatta conseguenza sarebbe all'evidenza gravissima, e la possibilità di evitarla, invocando le esigenze di "unità giuridica e economica" di cui all'art. 120 Cost. non sarebbe tanto agevole; bisognerebbe infatti riflettere sulla possibilità di azionare il meccanismo del potere sostitutivo, costituzionalmente previsto, dopo che, a norma della stessa Costituzione, ex art. 116, 3 Cost., le competenze legislative siano state legittimamente e costituzionalmente devolute.

D'altra parte, quale maggior attentato all' "unità" del Paese di cui all'art. 5 Cost. della limitazione della libertà di circolazione sull'intero territorio nazionale, non a caso oggetto di specifica tutela costituzionale da parte dell'art. 16 Cost., per il quale *"Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche. Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge"*?

Ad ogni modo, prima di cercare rimedi (eventuali e forse spuntati) *ex post*, occorre evidentemente operare non solo legittimamente, ma anche razionalmente *ex ante*.

Così la materia deve essere innanzitutto attentamente "pensata", prima di ipotizzarne la devoluzione. Ciò significa impegnarsi nell'individuazione puntuale, nell'ambito della "materia" delle *infrastrutture*, di quali siano le "attribuzioni" che possono utilmente e, ancor prima, ragionevolmente, essere affidate ad una più ampia autonomia regionale.

Tenendo conto delle considerazioni "rassicuranti" su svolte, la traslazione delle "attribuzioni" dall'ambito della legislazione statale a quello regionale deve quindi essere sottoposta ad uno scrutinio da effettuarsi alla luce dell'art. 3 Cost., di quel principio di eguaglianza che, oltre alla non discriminazione, impone il rispetto dei canoni di ragionevolezza, proporzionalità e di eguaglianza sostanziale.

Certo, l'identificazione, nell'ambito della materia *infrastrutture* (come del resto qualsiasi altra), di quelle attribuzioni che possono essere devolute, nel rispetto dei "confini" costituzionali di cui si è detto, è tutt'altro che agevole.

Per affrontare la questione, in vista di una devoluzione utile e ragionevole, occorre muovere dalle attuali definizioni costituzionali, e dal rilievo dei loro aspetti critici.

Come già ricordato, l'art. 117, comma 3, Cost., affida alla competenza concorrente la disciplina di "porti e aeroporti civili"; "grandi reti di trasporto e di navigazione"; "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia".

L'assenza di qualsivoglia specificazione con riguardo alla dimensione (nazionale o regionale)¹⁵ induce inequivocabilmente a ritenere che sia i porti che gli aeroporti, siano essi di interesse nazionale o regionale, siano affidati alla competenza legislativa concorrente, vale a dire alla competenza legislativa regionale nel rispetto dei principi posti dalla legge statale.

Dell'incongruenza di siffatta previsione si è detto; palesemente, dunque, l'attribuzione a una o più Regioni addirittura di *ulteriori* forme di autonomia si scontrerebbe (quantomeno) con il canone della ragionevolezza che deve guidare l'eventuale devoluzione. Per di più, occorre tener conto di come molte importanti attribuzioni attengano all'ambito amministrativo; queste, per il loro rilievo, verrebbero a rientrare sulla base dell'art. 118 Cost., nella competenza (amministrativa) statale. Ben potrebbe quindi accadere che si determini l'attrazione in sussidiarietà allo Stato anche della relativa competenza legislativa, come del resto accaduto proprio in riferimento al Piano della portualità, atto amministrativo generale che è stato attratto dalla competenza regionale a quella statale, pur con la garanzia della "intesa" con le Regioni sulla scorta del principio di leale collaborazione¹⁶.

¹⁵ A.M. POGGI, *Perché abbiamo bisogno delle Regioni*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 4 marzo 2020, parla in proposito di "una scrittura dell'art. 117 poco felice", ma anche di "un nodo strutturale irrisolto circa la regolazione, più che delle materie, della scala (nazionale o locale) degli interessi in gioco nella disciplina delle materie".

¹⁶ Garanzia imposta da Corte cost., 11 dicembre 2015, n. 261.

È evidente che, ove la dottrina dell'attrazione in sussidiarietà trovasse applicazione all'indomani dell'affidamento, in applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost., ad una o più Regioni di una più ampia autonomia in materia infrastrutturale, questa finirebbe per risultare essere stata *inutiliter* data.

Ragionamenti analoghi potrebbero svolgersi con riguardo alle “grandi reti di trasporto e di navigazione”, del pari attualmente affidate alla competenza legislativa concorrente. Pare evidente che un atto amministrativo di grande rilevanza, quale ad esempio il rilascio o la revoca di concessioni autostradali¹⁷, non potrebbe, in virtù dell'art. 118 Cost., che essere affidato alla competenza statale, potendo comportare, analogamente a quanto su ipotizzato, l'attrazione in sussidiarietà allo Stato anche della competenza legislativa dello Stato. Porterebbe dunque in una direzione opposta a quella della maggior autonomia regionale; cosicché, ove in ipotesi fosse stata disposta la devoluzione delle attribuzioni in materia a una o più Regioni *ex art. 116, comma 3, Cost.*, questa risulterebbe affatto vanificata.

Addirittura, *in re ipsa* pare essere l'incongruenza (e addirittura il paradosso) dell'affidamento attuale alla competenza concorrente della “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”; il solo fatto che la dimensione dell'interesse venga definita “nazionale” avrebbe dovuto consequenzialmente determinarne l'affidamento alla competenza statale. Ma ove sull'errore (o “svista”) del legislatore di riforma del Titolo V dovesse fondarsi, come richiesto dalle Regioni che si sono attivate, addirittura una più ampia autonomia regionale, il paradosso si accrescerebbe e, salva l'attivazione di quegli strumenti (come l'attrazione in sussidiarietà su ricordata) che potrebbero consentire allo Stato di “avocare” a sé la competenza legislativa, il rischio per l'unità della Repubblica sarebbe di tutta evidenza.

La soluzione, nel senso della migliore allocazione delle competenze, per di più, non risiede solo nella “secca” alternativa Stato/Regione, ma deve essere individuata anche alla luce della valorizzazione dei principi di solidarietà, sussidiarietà orizzontale¹⁸: principi il cui rilievo, in materia infrastrutturale, appare evidente laddove si ponga mente, ad esempio, alle scelte preliminari inerenti ai più rilevanti interventi di infrastrutturazione del territorio, che oggi non possono prescindere dall'attivazione degli istituti di partecipazione¹⁹. Per affrontare correttamente la questione, semplicisticamente ritenuta (dalle Regioni richiedenti e dalle intese sin qui siglate) di traslazione di ulteriori materie, occorre invece, come qui si è cercato di dimostrare, muovere dalla corretta individuazione delle diverse attribuzioni che a ciascuna materia ineriscono; quindi, per ciascuna di esse, effettuare uno scrutinio (almeno) alla luce dei canoni derivanti dall'art. 3 Cost. (ragionevolezza, proporzionalità, eguaglianza sostanziale), dall'art. 5 Cost. (leale collaborazione), dagli artt. 2 e 118 ult comma, Cost. (solidarietà e sussidiarietà orizzontale).

Certo, altre disposizioni costituzionali potrebbero venire in considerazione, ad esempio in relazione alle infrastrutture nel settore dei trasporti sarebbe l'art. 16 Cost. a segnare un ulteriore “confine” costituzionale alla devoluzione di forme più ampie di autonomia alle Regioni. Incongruo sarebbe inoltre accomunare nella “materia” infrastrutture *tutte* le infrastrutture: al contrario, diversi sono i problemi che si pongono in relazione alle infrastrutture dei trasporti, o a quelle delle fonti di energia, o ancora ad altre infrastrutture, quali quelle delle comunicazioni (erroneamente

¹⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Sulla legittimità costituzionale del decreto legge “milleproroghe”, nella parte in cui disciplina il regime delle concessioni di (strade e) autostrade*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>) Rassegna, 2/2020.

¹⁸ Come evidenziato, con riferimento alla materia sanitaria, da F. ANGIOLINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs. universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) 31 luglio 2019.

¹⁹ Quale il *dibattito pubblico* sui “progetti di fattibilità” delle grandi opere richiesto dal Codice degli appalti, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e disciplinato dal d.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76, su cui v. P. VIPIANA, *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 19 gennaio 2019; G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione In Cammino* (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>), 30 settembre 2017.

non prese in considerazione dal legislatore di riforma del Titolo V, e pertanto risultanti affidate alla competenza regionale residuale).

Ma anche all'interno di ciascuna delle categorie infrastrutturali indicate occorre compiere ulteriori specificazioni; così, con riguardo ai trasporti, diverse sono le questioni che si pongono in relazione alle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali o aeroportuali; con riguardo alle fonti di energia diverse in relazione alla fonte di energia considerata (gas, elettricità, ...). Operazione successiva è quella di individuare, nell'ambito dell'attribuibile, le diverse funzioni o attività (e relative competenze). Così, ad esempio, con riferimento alla *realizzazione* di infrastrutture, si tratterà di identificare le competenze con riferimento alle specifiche attività ad essa inerenti: progettazione dell'opera, sua localizzazione, affidamento dei lavori, loro realizzazione, controllo, collaudo.

C'è poi il tema della *gestione*, che comprende quello, importantissimo, della manutenzione, in ordine al quale la chiara individuazione delle competenze risulta più che mai essenziale. E non solo al fine di poter contare su chiaramente definite responsabilità, ma anche perché l'incertezza riguardo alle attribuzioni di ciascun soggetto determina il rischio che vi siano aree di non intervento; rischio tanto più essenziale da scongiurare quanto più le infrastrutture siano inerenti ad attività pericolose per la vita e la salute umana (come nel caso delle infrastrutture stradali, autostradali, ferroviarie, ...). Altro aspetto da trattare partitamente è quello della *sicurezza* delle infrastrutture, per il quale la differenziazione deve essere esclusa; sarebbe inaccettabile un livello di sicurezza diverso nel territorio nazionale. Se con riguardo ad altri aspetti della materia infrastrutturale potrebbe essere reputata adeguata (ed anzi auspicabile) una modifica dell'attuale assetto costituzionale delle competenze, che valesse ad attribuire allo Stato le competenze riguardo alle infrastrutture di interesse nazionale, e alle Regioni quelle di interesse solo regionale o infraregionale, per quanto attiene alla sicurezza delle infrastrutture, la competenza statale dovrebbe essere affermata con chiarezza; non affidata (come pure si potrebbe, ma meno efficacemente e chiaramente) a istituti quale quello di cui alla lettera *m*) del comma 2 dell'art. 117, dall'attivazione solo eventuale, affidata alla sensibilità (non alla responsabilità) del legislatore statale.

7. Una conclusione

Per “prendere sul serio l'opzione autonomistica”²⁰, occorre dunque impegnarsi a distinguere, nel merito delle materie, tra le varie attribuzioni, così da poter riflettere, per ciascuna di esse, sull'opportunità, ragionevolezza, utilità di un eventuale ampliamento dell'ambito di autonomia delle Regioni²¹. Solo così l'attuazione del regionalismo differenziato potrà valere come “occasione di ripensamento critico sulla concreta operatività del titolo V Cost.”²²; solo così sarà possibile considerare il regionalismo differenziato come “un mezzo per rivitalizzare il regionalismo italiano”²³, piuttosto che come un'opzione ideologica da perseguire o, all'opposto, da scongiurare a tutti i costi.

²⁰ G.C. DE MARTIN, *A voler prendere sul serio*, cit.

²¹ Cfr. F. PALLANTE, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 30 ottobre 2019.

²² Da tale considerazione E. BALBONI, *In tema di regionalismo*, cit., trae la propria conclusione: “... la mia risposta sintetica al quesito sulla opportunità e fattibilità dell'attuazione del 116, 3 è: sì, a condizione che...”.

²³ M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 20 marzo 2019, 7.

Principio di unità, referendum consultivi regionali e sovranità frammentata

SOMMARIO: 1. L'anti-regionalismo in Assemblea costituente. – 2. La costituzionalizzazione del principio autonomistico. – 3. Il "limite logico" allo sviluppo delle autonomie rappresentato dal principio di unità e indivisibilità della Repubblica. – 4. Corte costituzionale e "non frazionabilità" del popolo in sede di revisione costituzionale. – 5. Corte costituzionale e negazione della sovranità "parziale". – 6. Considerazioni conclusive.

1. L'anti-regionalismo in Assemblea costituente

Durante i lavori dell'Assemblea costituente, Benedetto Croce definì "pauroso...il favoreggiamento e l'istigazione al regionalismo, l'avviamento ...verso un vertiginoso sconvolgimento del nostro ordinamento statale e amministrativo", che stava "andando incontro all'ignoto con complicate e inesperimentate istituzioni regionali"¹. Analogamente, un altro insigne liberale, Vittorio Emanuele Orlando, ritenne le Regioni persino non degne di rientrare nella "materia costituzionale", dubitando fortemente "delle ragioni per le quali questo nuovo eventuale ente debba essere inserito in Costituzione, come se si trattasse di una riforma influente sugli ordinamenti strutturali dello Stato". E mise in guardia i costituenti, sostenendo che l'istituzione delle Regioni avrebbe creato "tali conflitti con il potere legislativo dei Governi futuri, cioè con voi stessi...che troverete insopportabili i limiti che siete venuti qui stabilendo. Da legislatori vi detesterete come costituenti!"². Indubbiamente, l'avversione tanto verso l'ignoto, evocata da Benedetto Croce, quanto verso i potenziali limiti al potere sovrano del Parlamento, evocata da Vittorio Emanuele Orlando, erano espressione del consolidato anti-regionalismo che connotava il pensiero liberale, per certi versi nostalgico per l'unità intesa come conquista risorgimentale. Tuttavia, tali posizioni mettono in luce i sentimenti antiregionalisti che pervasero, ben prima dell'Assemblea Costituente, molte forze politiche che vedevano nelle Regioni un rischio sia per il carattere unitario del Paese, caro a taluni esponenti della classe politica prefascista, sia per le più moderne prospettive della pianificazione economica nazionale, care soprattutto agli esponenti del partito comunista³. Come osservato da Vezio Crisafulli con riferimento alle autonomie, "entro i limiti prestabiliti, questi enti territoriali sono capaci...di fare politica, di esprimere ed attuare propri indirizzi generali, anche divergenti o contrastanti rispetto all'indirizzo politico generale perseguito, su piano nazionale, dal governo dello Stato"⁴. Si spiegano così "le esitazioni e i timori dei Costituenti nell'allestire il nuovo sistema delle autonomie regionali, avvertendosi probabilmente quanto fragile fosse ancora il

¹ AC, 11 marzo 1947, 2007-8, citati in S. STAIANO, *Costituzione italiana: Articolo 5. La Repubblica, una e indivisibile*, Roma, Carocci, 2017, 36.

² AC 13 giugno 1947, 4779, citato in S. STAIANO, *Costituzione italiana: Articolo 5*, cit., 35.

³ L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 2000, 9. In generale, sul tema, tra molti, C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'articolo 5 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione. Saggi*, Padova, 1954; G. BERTI, *Articolo 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975; R. BIFULCO, *Articolo 5*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006, A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2017, A. LUCARELLI, *Percorsi del regionalismo italiano*, Milano, Giuffrè, 2004, T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2005 e, da ultimo, S. STAIANO, *Costituzione italiana: Articolo 5*, cit.

⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, Cedam, 1970, 59.

sentimento di unità e quanto rischioso fosse l'introduzione di un regionalismo anche, tutto sommato, modesto" come quello disegnato dalla Costituzione repubblicana⁵.

Al di là della possibilità (talvolta percepita come pericolo) che l'autonomia potesse declinarsi in chiave squisitamente *anti-unitaria*, anche l'assenza di autentiche spinte identitarie su base regionale⁶ costituiva un potenziale freno alla scelta regionalista, quasi qualificata come una sorta di codificazione dell'"inesistente", di riconoscimento costituzionale di entità che non corrispondevano a frazioni di territorio pre-esistenti⁷. Notoriamente, l'elencazione delle Regioni contenuta nell'articolo 131 della Costituzione si basava su entità artificiali, prive di un tessuto culturale comune, in quanto basate su circoscrizioni territoriali costruite in passato a fini statistici⁸. Si trattava di quel "permanente ed obbligatorio consorzio interprovinciale denominato Regione", proposto dal Governo Cavour su impulso di Farini e Minghetti succedutisi alla carica di Ministro dell'Interno, che mirava a "conciliare l'esistente varietà regolamentare delle parti d'Italia all'unità legislativa di tutta la Nazione"⁹. In altri termini, per quanto costruisse un tassello importante per l'evoluzione della forma di Stato del nostro ordinamento, il Progetto Minghetti del 1861 era sotteso da un'idea di fondo, relativa a quel "decongestionamento organizzativo" in grado di rendere "più efficiente la trasmissione del comando politico-amministrativo, pur sempre ascrivito al potere centrale"¹⁰. Il retaggio centralistico dovuto all'unificazione amministrativa del 1865, acuitosi durante il ventennio fascista, non ha potuto non influire sulle "ambivalenze" delle Regioni. Se già i primi osservatori notavano l'"oscillazione" delle Regioni "fra la naturale inclinazione a burocratizzarsi e lo sforzo di porsi, al contrario, come enti di normazione e di programmazione democratica delle attività locali"¹¹, anche più di recente è stata sottolineata la "doppia anima" delle Regioni, "rispetto alla quale si può dire che in un certo modo il regionalismo è stato concepito...o come strumento essenziale di decentramento politico dello Stato...oppure, in una logica assai diversa, come rivendicazione essenzialmente identitaria, con conseguente propensione alla differenziazione di obiettivi e di regole"¹².

⁵ P. COSTANZO, *Il regionalismo visto da Pasquale Costanzo*, intervista curata dalla Redazione di *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it) (11 maggio 2011). L'Autore nota anche come "l'autonomia sia stata sempre accompagnata (anche attualmente) da contrappesi idonei a garantire l'eguaglianza dei cittadini nel godimento dei predetti diritti, per non dire che il federalismo non vi ha mai goduto di buona stampa, venendo persino considerato, in certe epoche, come un attentato all'unità della Nazione".

⁶ Ad eccezione, chiaramente, del forte ancoraggio identitario delle Regioni a Statuto speciale, rivendicato più recentemente dalla celebre Dichiarazione d'Aosta del dicembre 2006, sul quale, da ultimo, F. PASTORE, *La crisi del modello di regionalismo duale in Italia*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2/2018.

⁷ Non si intende in alcun modo sottostimare il fatto che l'intenso dibattito sul regionalismo in Italia può essere certamente retrodatato all'epoca dell'unificazione e, ancor prima, all'epoca risorgimentale, contrassegnata da importanti istanze federalistiche tanto di impronta neoguelfa (Gioberti) che liberale, progressista e repubblicana (Cattaneo). È noto infatti che già nel 1861 Giuseppe Mazzini richiama con forza la necessità di creare le Regioni, quali zone intermedie accomunate "dai caratteri territoriali secondari, dai dialetti e dal predominio delle attitudini agricole, industriali o marittime" (G. MAZZINI, *Dell'unità italiana*, in *Scritti politici editi e inediti*, vol. II, Imola, 1907, 333, come citato in L. VANDELLI, *Regionalismo*, in *Treccani, Enciclopedia delle Scienze sociali*, (http://treccani.it/enciclopedia/elenco-opere/Enciclopedia_delle_scienze_sociali) 1997).

⁸ Cfr. N. ANTONIETTI e U. DE SIERVO (a cura di), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle regioni*, Bologna, 1998. Ciò ha probabilmente inciso tanto sulla tarda attuazione delle Regioni (su cui si rinvia a F. BASSANINI, *L'attuazione delle regioni*, Firenze, 1970 ed E. ROTELLI (a cura di), *Dal regionalismo alla regione*, Bologna, 1973) che sulla loro difficoltà nel divenire enti esponenziali di una specifica comunità identitaria (M. CAMMELLI, *Regioni e regionalismo. La doppia impasse*, in *Le Regioni* 4/2012).

⁹ L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., 4.

¹⁰ S. STAIANO, *Costituzione italiana: Articolo 5*, cit., 14.

¹¹ L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., 30.

¹² G.C. DE MARTIN, *Le autonomie regionali tra ambivalenze, potenzialità, involuzioni e privilegi*, in *Amministrazione In Cammino* (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>), 2013, 3.

A prescindere dalle ambivalenze tuttora caratterizzanti il regionalismo italiano, non si può non riconoscere che, nonostante l'assenza di processi identitari dal basso, nonostante il radicato “culto per l'uniformità”¹³ derivante dalla cosiddetta “piemontesizzazione d'Italia”, e nonostante un latente anti-regionalismo trasversale alle forze politiche, il disegno dei Padri Costituenti della Repubblica in merito al “tipo di Stato” e al riparto di competenze tra Stato e Regioni si contraddistingue per la sua forte “impronta garantista”¹⁴. L'allocazione verticale dei poteri, difatti, fu direttamente ancorata al dettato costituzionale, trovando il proprio fondamento nel titolo V, parte II, della Costituzione, per quanto riguarda le Regioni a statuto ordinario e negli Statuti regionali speciali adottati nella forma di legge costituzionale, per quanto riguarda le Regioni a statuto speciale. A differenza di quello che accade in altri ordinamenti, come ad esempio quello spagnolo, i titoli di competenza regionale non sono soggetti alla mutevolezza della negoziazione in quanto contemplati da statuti d'autonomia concordati tra le Regioni e lo Stato, ma sono direttamente previsti dalla Costituzione e da essa ricavati, dunque, quella “tensione verso l'eternità”¹⁵ tipica della rigidità costituzionale. Il fulcro di tale impronta garantista è certamente la “costituzionalizzazione” del principio autonomistico quale principio cardine dell'assetto repubblicano.

2. La costituzionalizzazione del principio autonomistico

Si deve al Comitato per la questione delle autonomie, anche conosciuto come comitato dei 10, creato in seno alla Seconda Commissione chiamata a delineare “l'organizzazione costituzionale dello Stato”, la definizione del ruolo e delle funzioni delle autonomie territoriali come codificate nella Costituzione Repubblicana del 1947¹⁶. Quando il relatore Ambrosini illustrò il lavoro del Comitato in Assemblea costituente, l'afflato regionalista non fu unanime, pur trovando però favorevoli gli esponenti del partito comunista, che rivisitarono le iniziali posizioni antiregionaliste. La Seconda Sottocommissione, guidata dai due relatori Perassi e Ambrosini, imprime nel dettato costituzionale due disposizioni cruciali nella definizione dello Stato unitario composto: l'articolo 5, che si potrebbe considerare il fondamento della garanzia dell'*esistenza* stessa delle Regioni¹⁷, e l'articolo 117, che si potrebbe considerare il fondamento della garanzia delle *attribuzioni* regionali. Quest'ultimo, nell'elencare le competenze regionali, fornendo loro copertura costituzionale, “si atteggia a diretta proiezione dell'art. 5 e dell'ivi previsto principio di unità ed indivisibilità della Repubblica, da un verso, e di riconoscimento e promozione dell'autonomia, dall'altro, segnando...il punto di equilibrio fra le due esigenze in parola”¹⁸. Due i momenti salienti della costituzionalizzazione e della promozione del principio autonomistico da parte dei costituenti. Il primo, l'approvazione, il 1 agosto 1946, del noto ordine del giorno Piccioni, “che stabiliva le quattro fondamentali caratteristiche della

¹³ C. PINELLI, *Del culto per l'uniformità in Italia. Il caso della finanza regionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. 2, Padova, 1995.

¹⁴ L'espressione “impronta garantista” è attribuibile ad A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 58.

¹⁵ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2013, 1.

¹⁶ Come ricorda R. Bifulco, *Articolo 5*, cit., 134, le posizioni dei membri del cosiddetto Comitato dei 10, composto da Ambrosini, Bordon, Pastiglia, Codacci Pisanelli, Einaudi, Greco, Lami Starnuti, Lussu, Uberti, Zuccarini), sono desumibili dalla seduta dell'Assemblea costituente del 13 novembre 1946, in cui Ambrosini espose il lavoro venuto fuori dal comitato.

¹⁷ Secondo Gaspare Ambrosini, il conferimento di poteri alle autonomie attraverso la Costituzione (e le sue garanzie, prima fra tutte la rigidità) conferirebbe alle Regioni un “diritto all'esistenza”. Così, G. AMBROSINI, *L'ordinamento regionale*, Bologna, Zanichelli, 1957, 5-7.

¹⁸ P. CARNEVALE, *Unità della Repubblica ed unità del diritto oggettivo. Notazioni introduttive sulla Costituzione come fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2015, 9.

Regione come: a) ente autarchico (cioè dotato di fini propri d'interesse regionale e con capacità di svolgere attività propria per il conseguimento di tali fini); b) ente autonomo (cioè con potere legislativo nell'ambito delle specifiche competenze che le sarebbero state assegnate e nel rispetto dell'ordinamento giuridico generale dello Stato); c) ente rappresentativo degli interessi locali, su basi elettive; d) ente dotato di autonomia finanziaria"¹⁹. A prescindere dalla mutevolezza cui sono stati sottoposti i titoli di competenza regionale attraverso le successive riforme costituzionali, le caratteristiche fondamentali volute dal costituente, prima fra tutte la titolarità della competenza legislativa, e non meramente amministrativa, delle Regioni (già caldeggiata nel primo dopoguerra dal pensiero di Luigi Sturzo e del partito popolare)²⁰, sono rimaste un punto fermo, imprescindibile, dello Stato unitario regionale.

Il secondo momento saliente, riguarda l'intuizione di Perassi, secondo il quale l'art. 106 del progetto di titolo V (in gran parte riproduttivo dell'attuale art. 5 Cost.) che la Sottocommissione presentò all'Assemblea il 31 gennaio 1947, doveva essere spostato nelle disposizioni generali, in quanto concerneva "il modo d'essere della repubblica, per quanto riguarda la sua articolazione"²¹, andando così ad affiancare quegli articoli tra cui l'articolo 1, 2 e 3 della Costituzione attraverso i quali "secondo un'espressione molto felice del Presidente della Commissione (Ruini) si vuole definire il volto della Repubblica in tutti i suoi aspetti"²². La nuova collocazione sistematica dell'articolo 5 non fu innovazione di poco conto. Come noto, "il principio autonomistico, proprio in ragione del collegamento con l'art. 1, si sottrarrebbe, secondo l'opinione della dottrina dominante, alla revisione costituzionale in quanto parte integrante della «forma repubblicana» di cui all'art. 139"²³. L'articolo 5, dunque, rientrerebbe in "quella particolare *species* di principi che è costituita dai "principi supremi" dell'ordinamento costituzionale, il cui nucleo essenziale di valore rappresenta quella quota parte dell'ordinamento sottratta a qualsiasi tipo di incidenza ad opera di normazione persino di rango costituzionale. La loro supremazia – che non è gerarchica, bensì assiologica, in quanto riflesso immediato e diretto dell'«essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (sent. n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale) – esprime il nucleo identificativo intangibile del nostro ordinamento, la cui immodificabilità e inderogabilità è posta a salvaguardia dell'ordinamento come un tutto, inteso cioè nella sua unità basilare"²⁴.

Nonostante lo spostamento dell'articolo tra le disposizioni generali ebbe il merito di "caratterizzare la repubblica non solo quale democratica, ma anche quanto una e indivisibile"²⁵, è innegabile, l'afflato pluralista dell'articolo 5, che, secondo l'insegnamento di Benvenuti, nel "riconoscere", ancor prima che promuovere, le autonomie locali, ne ammette la "pre-esistenza" rispetto allo Stato-apparato, conferendo loro "un proprio diritto di essere, *diritto che è coevo con quello dello Stato ma che da esso non discende*"²⁶. Ai sensi dell'articolo 5 Cost., "La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato

¹⁹ R. BIFULCO, *Articolo 5*, cit., 134. Sulle caratteristiche dell'autonomia territoriale, *amplius*, M. RUOTOLO, *Le autonomie territoriali*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Giappichelli, 2015, 511-560.

²⁰ Giova ricordare che già nel primo dopoguerra il Partito Popolare italiano del 1919 si orientava in tal senso. Come osserva L. VANDELLI, *Regionalismo*, cit., "Centrale è, in questo, il ruolo di Luigi Sturzo, convinto sostenitore... di un ente regionale «elettivo, rappresentativo, autonomo-autarchico, amministrativo-legislativo [...] concepito come una unità convergente non divergente dallo Stato»".

²¹ Seduta del 24 marzo 1947, in A.C., I, 597-8, citata in R. BIFULCO, *Articolo 5*, cit., 136.

²² *Ibidem*, sempre nelle parole di Perassi,

²³ R. BIFULCO, *Articolo 5*, cit., 138.

²⁴ P. CARNEVALE, *Unità della Repubblica*, cit., 5.

²⁵ L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, Giuffrè, 2018, 265, che rileva anche l'intento antisecessionista nel dibattito.

²⁶ F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, Cedam, 1996, 684, citato in L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, cit., 270 (corsivo aggiunto).

il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento”. Tale stesura fa dell’articolo 5 in primo luogo una “norma di principio” (a tutela dell’unità, dell’autonomia e del decentramento), in secondo luogo una “norma di organizzazione” capace di incidere profondamente sull’organizzazione complessiva della forma di Stato, dal momento che tanto la funzione amministrativa (secondo periodo) che quella legislativa (terzo periodo) sono orientate ai principi di cui sopra, ed in terzo luogo anche una “norma di programma”, capace di orientare le attività giuridicamente rilevanti degli organi della Repubblica, richiamando espressamente la “promozione”, che è azione positiva²⁷. Molto forte appare il vincolo costituzionale al legislatore: sostenere che la Repubblica “adeguata i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell’autonomia” (corsivo aggiunto) fa dell’autonomia una “esigenza della società”²⁸ fortemente connessa al pluralismo sociale cui non può che corrispondere un pluralismo istituzionale.

3. Il “limite logico” allo sviluppo delle autonomie rappresentato dal principio di unità e indivisibilità della Repubblica

Il regionalismo voluto dai Costituenti si caratterizza per due tratti fondamentali, il “policentrismo legislativo” e la “giustiziabilità delle sue garanzie”²⁹. Tuttavia, il regionalismo garantista proposto dalla Costituzione del 1947 ha subito nel corso degli anni molti temperamenti, dovuti a diversi fattori. Il primo di tutti è la natura ambivalente delle stesse disposizioni costituzionali: se anche i primi studi di diritto regionale si dividono tra chi teorizza uno Stato fondato sulle autonomie legislative regionali, qualificate come “enti costituzionali, in contrapposto alla mera rilevanza costituzionale dei comuni e delle province” e chi sostiene che lo Stato italiano debba essere unitario, “ricomprendendo le regioni nel più vasto genere degli enti autarchici, quasi alla stregua di grossi comuni” è perché la Costituzione lascia “indefinita la stessa ragion d’essere delle autonomie regionali nell’ordinamento complessivo”³⁰. Il secondo fattore è legato alla natura programmatica di molte disposizioni costituzionali, che ha lasciato al legislatore il compito (spesso disatteso) di rendere concretamente operativi gli enti territoriali. La Costituzione, come noto, subordinava l’effettivo funzionamento delle Regioni in primo luogo alla elezione dei primi consigli regionali (concesse solo in seguito alla 17 febbraio 1968 n. 108, disciplinante l’elezione dei Consigli delle Regioni a statuto normale) ed in secondo luogo, come richiesto dalla VIII d.t.f. Cost., al trasferimento delle funzioni degli uffici e del personale statale, senza il quale le Regioni erano prive di poteri sia amministrativi che legislativi. Il legislatore statale, inoltre, fu restio ad approvare le leggi cornice, ossia proprio quelle leggi “che per Costituzione dovrebbero adeguare le vigenti leggi della Repubblica alle esigenze dell’autonomia legislativa delle Regioni”³¹. Il terzo temperamento è relativo alla forza del principio di unità, che per certi versi risulterà una sorta di “limite logico” alla presunta “equiparazione” degli enti costitutivi della Repubblica, di per sé insita nella logica del regionalismo garantista, che affiancando al criterio gerarchico il criterio della competenza nel sistema costituzionale delle fonti non poteva non mutarne senso e portata³². Anche la riforma costituzionale del 2001, per certi versi ispirata al “principio di equiordinazione” tra livelli di

²⁷ R. BIFULCO, *Articolo 5*, cit., 136.

²⁸ G. BERTI, *Articolo 5*, cit., 281.

²⁹ A. D’ATENA, *Diritto regionale*, cit., 14.

³⁰ L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., 12.

³¹ L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., 30.

³² Ancora attuali le riflessioni di V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 779 ss.

Governo³³ a partire dal novellato articolo 114³⁴, non è uscita indenne da quel “rischio di eccedenze mortificanti per l'autonomia” che si è spesso annidato nell'identificazione dei concetti di unità giuridica ed economica³⁵ e in una giurisprudenza costituzionale che ha spesso giocato un ruolo di “supplenza non richiesta e non gradita”³⁶ nel tutelare le esigenze unitarie dell'ordinamento, avallando non poche incursioni da parte dello Stato all'interno dei titoli di competenza regionale³⁷.

È evidente, dunque, che la “cultura dell'autonomia”, certamente radicata nel nostro ordinamento, “si alimenta...di un altrettanto solida cultura dell'unità”³⁸ e che spesso il principio di unità riveste un ruolo “primario, tale da far assumere a molti degli altri principi carattere servente” rispetto a esso³⁹. Anche la giurisprudenza costituzionale è molto ferma nel negare qualunque rivendicazione delle autonomie territoriali che possa declinarsi in chiave *anti-unitaria*. Ciò è vero non solo nell'ipotesi, estrema, di eventuali tentativi secessionisti che sembrerebbero intaccare l'indivisibilità, ancor prima che l'unità della Repubblica. Rispetto a questi fenomeni, infatti, il principio di unità e indissolubilità della Repubblica viene ritenuto “attratto - per sua natura - all'interno del nucleo immodificabile di una Costituzione. Per sua natura in quanto la secessione tocca, in maniera diretta, uno degli elementi costitutivi dello Stato, il territorio, la cui alterazione ne metterebbe in discussione l'identità”⁴⁰. In altri termini, anche se il principio di unità non fosse annoverato tra quelli fondamentali, “quand'anche l'art. 5 non esistesse, il consenso allo

³³ Definisce il principio di equiordinazione un “principio-guida” della riforma, tra molti, R. BIFULCO, *Le Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2014, 30-33, con riferimento al novellato art. 114, all'abrogazione da parte della riforma di molti dei controlli statali sull'operato delle Regioni, e al nuovo comma 1 dell'art. 117 che subordina sia l'attività legislativa dello Stato che delle Regioni ai medesimi limiti costituiti dalla Costituzione e dagli obblighi internazionali.

³⁴ Come osservato da G. FALCON, *A che servono le Regioni?*, in *Le Regioni*, 2/2012, 770, il novellato articolo 114, nello stabilire che “La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato”, fa di quest'ultimo uno solo degli elementi costitutivi della Repubblica, sposando un principio federale che, seppur non in grado di “statuire una parità davvero impossibile tra Stato, Regioni ed enti locali... aveva certamente il senso di stabilire la Repubblica come comunità di comunità territoriali”. G. FALCON, *A che servono le Regioni?*, in *Le Regioni*, n. 4/2012, 770.

³⁵ P. COSTANZO, *Risposte al forum «Tra territorio e spazio: un invito alla riflessione sulle prospettive dell'ordinamento costituzionale»* in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), n. 3/2018, 5, Secondo l'Autore, sul tema, “ci si può più utilmente rifare alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che, ad es., ancora nelle recenti sentt. nn. 188/2016 e 245/2017 è sembrata insistere, con riguardo all'unità giuridica, sulle inderogabili istanze unitarie che permeano la Costituzione, con ciò sottintendendo come il dissidio centro-periferia vada risolto in questo caso facendo giocare valori costituzionali e non sollecitazioni politiche centralistiche o peggio maggioritarie”.

³⁶ L'espressione è attribuibile all'allora Presidente della Corte costituzionale Gustavo Zagrebelsky nel corso della conferenza stampa del 2 aprile 2004.

³⁷ Sulle dinamiche di accentramento delle competenze per il tramite della giurisprudenza, si veda la dettagliata ricerca di M. BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma, Aracne, 2012, in cui vengono analizzati, tra gli altri, i percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano attraverso la giurisprudenza in materia di governo dell'ambiente, in materia di governo unitario del territorio dell'energia, e in tema di diritti fondamentali e livelli essenziali delle prestazioni.

³⁸ P. COSTANZO, *Il regionalismo visto da Pasquale Costanzo*, cit.

³⁹ M. BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazione*, cit., 14.

⁴⁰ G. FERRAIUOLO, *Costituzione, Federalismo, Secessione. Un itinerario*, ES, 2016, 26. L'Autore sembrerebbe critico tuttavia nei confronti della tesi, sostenendo, a 128, che “L'affermazione del binomio inscalfibile unità-sovranià è pur sempre frutto di una costruzione interpretativa...fondata su parametri con un elevato grado di elasticità; in nessuno dei sistemi in questione (ci si riferisce all'ordinamento italiano e a quello spagnolo) si riscontra infatti una clausola di intangibilità espressa del principio unitario”. Degna di nota la posizione di Franco Modugno, per cui, fermo restando un suo bilanciamento con fondamentali principi costituzionali tra cui quello di unità ed indivisibilità della Repubblica, con legge di revisione costituzionale e con un ampio coinvolgimento delle forze politiche il principio di autodeterminazione dei popoli potrebbe essere inserito in Costituzione a tutela di minoranze espressione di distinte identità (F. MODUGNO, *Unità e indivisibilità della Repubblica come principio*, in P. BIANCHI-C. LATINI (a cura di), *Costruire l'Italia. Dimensione storica e percorsi giuridici del principio di unità*, Napoli, 2013, 198).

smembramento dello Stato (o anche la sola secessione di una parte di esso) sarebbe comunque un *fatto rivoluzionario*; e resterebbe tale qualunque sia la via (anche pacifica) ipotizzata per realizzarlo...tutti gli atti giuridici che fossero a tal fine posti in essere (ad es. un *referendum* popolare consultivo) dovrebbero essere qualificati radicalmente nulli, produttivi di responsabilità civile, penale e amministrativa e disapplicabili da chiunque”⁴¹.

La difesa del principio unitario da parte della giurisprudenza costituzionale si esplica non solo con la negazione di un possibile esito indipendentista delle autonomie territoriali, ma, come dimostrano i successivi paragrafi, con il rifiuto di qualunque declinazione “parziale” della sovranità. Il riconoscimento delle autonomie in Costituzione, il loro trarre legittimazione dalla medesima fonte costituzionale che delinea gli apparati dello Stato, la loro “comune derivazione dal principio democratico e della sovranità popolare”⁴², dunque, non autorizza queste ultime a frammentare la sovranità o ad operare *contro* l’unità della Repubblica.

4. Corte costituzionale e “non frazionabilità” del popolo in sede di revisione costituzionale

È interessante ripercorrere il filone giurisprudenziale volto a ridimensionare le pretese di alcune Regioni di essere enti esponenziali di un possibile popolo “parziale”, o di “frammentare” la sovranità, in modo da mettere in discussione la sovranità unitaria dello Stato. In particolar modo nella giurisprudenza relativa ai *referendum* consultivi regionali, la Corte Costituzionale è stata messa di fronte al dilemma su se e “fino a che punto il percorso di progressivo decentramento territoriale possa incidere sull’individuazione della “sede” della sovranità”, lasciando individuare “popoli” regionali e, dunque, “frazioni di comunità sovrane all’interno dallo Stato”⁴³. Le tappe salienti del percorso giurisprudenziale della Corte⁴⁴ partono con la sentenza n. 470 del 1992, nella quale la tipizzazione in Costituzione del procedimento di formazione delle leggi viene utilizzata per escludere un *referendum* consultivo in merito alla presentazione di “proposta di legge statale per la modifica di disposizioni costituzionali concernenti l’ordinamento delle Regioni”, oggetto di una delibera legislativa del Consiglio regionale del Veneto impugnata dal Governo. La Corte, contrariamente a quanto richiesto dal Governo, conferma la spettanza al Consiglio regionale del potere di presentazione alle Camere di proposte di legge anche in tema di revisione costituzionale. Tuttavia, se è vero che ai sensi dell’art. 121, comma 2, Cost., il Consiglio regionale “può fare proposte di legge alle Camere”, “tali proposte - pur caratterizzandosi come atti propri della Regione - assumono natura strumentale rispetto all’attivazione di un procedimento che è e resta di competenza statale e che, ove giunga ad una conclusione positiva, è destinato a sfociare, attraverso l’approvazione della legge da parte del Parlamento, in una espressione di volontà statuale”⁴⁵. Ne deriva che la consultazione del popolo elettorale “parziale” avrebbe finito per indirizzare ed orientare il (legittimo) potere di iniziativa spettante al Consiglio regionale, ma si sarebbe spinto “fino a condizionare scelte discrezionali affidate alla esclusiva competenza di organi centrali dello Stato”⁴⁶. Inoltre, la Corte afferma che “il procedimento di formazione delle leggi dello Stato... viene a

⁴¹ A. Pace, *Processi costituenti italiani 1996-1997*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 1139, come citato in G. FERRAIUOLO, *Costituzione, Federalismo, Secessione*, cit., 28.

⁴² Corte costituzionale, sent. 106/2002, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁴³ T. GIUPPONI, *Popolo, sovranità popolare e stato regionale. Esistono i “popoli regionali”?* in A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2014, 40.

⁴⁴ Su tale giurisprudenza costituzionale, e anche sulle posizioni dottrinali, tra molti e da ultimo, M. BERTOLISSI, *Autonomia. Ragioni e prospettive di una riforma necessaria*, Marsilio 2019, 30-39.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 470/1992, punto 4.

⁴⁶ *Ibidem*.

caratterizzarsi per una tipicità che non consente di introdurre nella fase della iniziativa affidata al Consiglio regionale elementi aggiuntivi non previsti dal testo costituzionale e suscettibili di "aggravare", mediante forme di consultazione popolare variabili da Regione a Regione, lo stesso procedimento. Tale considerazione ...vale a maggior ragione nei confronti di una iniziativa regionale quale quella in esame, destinata ad attivare un procedimento di revisione costituzionale ai sensi dell'art. 138 della Costituzione e questo anche in relazione al fatto che la disciplina costituzionale prevede già, al secondo comma dell'art. 138, una partecipazione popolare al procedimento, ma nella forma del *referendum* confermativo, cui può essere chiamato, per il rilievo fondamentale degli interessi che entrano in gioco in sede di revisione costituzionale, *solo il corpo elettorale nella sua unità*⁴⁷. Laddove c'è un popolo unitario, dunque, a sobbarcarsi scelte di rilevanza costituzionale, non vi è, e non può esservi, un popolo parziale.

Il principio di unità come limite a qualunque forma di rappresentanza o sovranità regionale emerge in particolar modo in una successiva sentenza, la n. 496/2000⁴⁸, con cui la Corte insiste sulla "non-frazionabilità" del popolo in sede di revisione costituzionale, negando nuovamente alla Regione Veneto di indire un *referendum* consultivo a rilevanza meramente regionale. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal Presidente del Consiglio dei Ministri con riferimento alla legge della Regione Veneto recante "Referendum consultivo in merito alla presentazione di proposta di legge costituzionale per l'attribuzione alla Regione Veneto di forme e condizioni particolari di autonomia", approvata dal Consiglio regionale nella seduta del 23 aprile 1998 e riapprovata a maggioranza assoluta, a seguito del rinvio governativo, l'8 ottobre 1998. La Corte costituzionale, da un lato, afferma che "la partecipazione delle popolazioni locali a fondamentali decisioni che le riguardano costituisce un principio di portata generale che è connaturale alla forma di democrazia pluralista accolta nella Costituzione repubblicana ed alla posizione di autonomia riconosciuta agli enti territoriali nel Titolo V, Parte II, della Costituzione (sentenza n. 453 del 1989)"⁴⁹ e conferma che il potere di iniziativa legislativa delle Regioni può esercitarsi anche con riferimento alle leggi di revisione costituzionale. Tuttavia, la Corte si chiede "se il potere di regolare il sub-procedimento ricadente nella competenza regionale incontri *limiti sistematici, inerenti alla posizione costituzionale del popolo in relazione alla revisione*; se cioè il popolo stesso, sia pur nella sua più limitata dimensione di corpo elettorale regionale e nella forma partecipativa apparentemente più tenue, quale ricorre nei *referendum* consultivi, possa essere chiamato a pronunciarsi su provvedimenti intesi ad innovare all'ordinamento a livello costituzionale"⁵⁰. Sotto questo profilo, la Corte accoglie le censure dello Stato, non condividendo la finalità della legge impugnata, seguendo il seguente ragionamento.

In primo luogo, la Corte insiste sulla natura meramente eventuale dell'intervento del popolo nel momento della revisione costituzionale, invocando la centralità del Parlamento nel procedimento di cui all'art. 138 Cost: "La decisione politica di revisione è opzione rimessa in primo luogo alla rappresentanza politico-parlamentare. L'art. 138, comma 2, della Costituzione non solo prevede un *referendum* popolare sulla legge costituzionale come ipotesi meramente eventuale....ma...circoscrive entro limiti temporali rigorosi l'esercizio del potere di iniziativa....concio confermando che la revisione costituzionale è appunto, in primo luogo, potere delle Camere....All'interno del procedimento di formazione delle leggi costituzionali il popolo interviene infatti solo come istanza di freno, di conservazione e di garanzia, ovvero di conferma successiva, rispetto ad una volontà parlamentare di revisione già perfetta, che, in assenza di un pronunciamento

⁴⁷ *Ibidem* (corsivo aggiunto).

⁴⁸ Cui hanno fatto seguito per analoghe vicende di Lombardia e Piemonte le ordinanze n. 403 e 444 del 2001.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 496/2000, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 496/2000, punto 4 del *Considerato in diritto*.

popolare, consolida comunque i propri effetti giuridici”.⁵¹ Da ciò, la Corte desume “due fondamentali proposizioni: la prima di esse è che il popolo in sede referendaria non è disegnato dalla Costituzione come il propulsore della innovazione costituzionale. La seconda è che l’intervento del popolo non è a schema libero, poiché l’espressione della sua volontà deve avvenire secondo forme tipiche”⁵².

In secondo luogo, la Corte insiste sulla non frazionabilità di un (pur eventuale) intervento del popolo mediante *referendum* nel procedimento di revisione. Secondo la Corte, la legge regionale impugnata, “per il ruolo che pretende di assegnare alla popolazione regionale in un procedimento che ha come suo oggetto e come suo fine politico immanente il mutamento dell’ordinamento costituzionale, incrina le linee portanti del disegno costituzionale in relazione ai rapporti tra l’istituto del *referendum* e la Costituzione. È innanzitutto evidente che laddove il popolo, in sede di revisione, può intervenire come istanza ultima di decisione e nella sua totalità, esso è *evocato dalla legge regionale nella sua parzialità di frazione autonoma insediata in una porzione del territorio nazionale*, quasi che nella nostra Costituzione, ai fini della revisione non esistesse un solo popolo, che dà forma all’unità politica nella Nazione e vi fossero invece più popoli; e quasi che, in particolare, al corpo elettorale regionale potesse darsi l’opportunità di una doppia pronuncia sul medesimo quesito di revisione; una prima volta, preventivamente, come parte scorporata dal tutto, in fase consultiva, ed una seconda volta, eventuale e successiva, come componente dell’unitario corpo elettorale nazionale, in fase di decisione costituzionale”⁵³. Ancor più fermamente, la Corte respinge le argomentazioni per cui nel *referendum* consultivo regionale il corpo elettorale agirebbe come espressione di autonomia politica e non come istanza di innovazione costituzionale, sostenendo che “anche intesa nella sua accezione più lata, *l’autonomia non può...essere invocata per dare sostegno e forma giuridica a domande referendarie che investono scelte fondamentali di livello costituzionale*. Non è quindi consentito sollecitare il corpo elettorale regionale a farsi portatore di modificazioni costituzionali, giacché *le regole procedurali e organizzative della revisione, che sono legate al concetto di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.)*, non lasciano alcuno spazio a consultazioni popolari regionali che si pretendano manifestazione di autonomia”⁵⁴.

Tralasciando le opinioni della dottrina, che è tanto adesiva⁵⁵ quanto critica⁵⁶ nei confronti della giurisprudenza della Corte Costituzionale, è interessante la considerazione secondo cui il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica, nel suo contenuto essenziale, godrebbe non solo “di una sorta di “forza costituzionale” passiva, rinforzata”, non potendo “essere modificato da atti di livello primario, né di livello costituzionale”, ma “di una sorta di “forza costituzionale” attiva, rinforzata”, potendo “condizionare, a livello procedurale, la revisione costituzionale...In altri termini, il principio

⁵¹ Corte cost., sent. n. 496/2000, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

⁵² *Ibidem*. Sul tema, in particolare, N. ZANON, *Il corpo elettorale in sede referendaria non è il propulsore dell’innovazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2000, 3823-3827.

⁵³ Corte cost., sent. n. 496/2000, punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁵⁴ *Ibidem*. Come osservato da T. GIUPPONI, *Popolo, sovranità popolare*, cit., 40, al di là dell’aggravio procedurale (cosa che, almeno per la legge ordinaria sembra essere superato dalla 118/2015), qui la Corte sembra insistere che la legge regionale sull’indizione del referendum “verrebbe in fatto ad assumere il significato politico di una autodeterminazione della Regione Veneto sulla forma e l’unità della Nazione, con ciò violando il principio della assolutezza della competenza parlamentare in materia”.

⁵⁵ A. SPADARO, *I referendum consultivi regionali: perché illegittimi*, in *Quaderni costituzionali*, 200, 129.

⁵⁶ M. LUCIANI, *I referendum regionali (a proposito della giurisprudenza costituzionale dell’ultimo lustro)* in *Le Regioni*, 6/2002; L. PEGORARO, *Il referendum consultivo del Veneto: illegittimo o inopportuno?*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 126; A. RUGGERI, *Ancora in tema di referendum regionali consultivi e di teoria delle fonti*, in *Le Regioni*, 1-2/2001; N. ZANON, *I referendum consultivi regionali, la nozione di procedimento e le esigenze di diritto costituzionale materiale*, in *Giur. cost.*, 1992, 4267, che sostengono la legittimità dei referendum regionali con diverse argomentazioni che oscillano tra la non vincolatività degli stessi, alla natura esterna rispetto al processo di revisione.

di unità ed indivisibilità esclude la legittimità di aggravamenti procedurali rispetto alla disciplina della revisione di cui all'art. 138 della Costituzione"⁵⁷.

5. Corte costituzionale e negazione della sovranità "parziale"

Un altro noto filone giurisprudenziale dimostra che le garanzie tanto dell'esistenza quanto delle attribuzioni regionali codificate in Costituzione non possono spingersi a qualificare le autonomie regionali come "sovrane". In realtà, la Corte aveva negato che le Regioni potessero avere sovranità già con la sentenza n. 49 del 1963 e già a suo tempo, molto prima che la riforma costituzionale del 2001 modificasse l'articolo 114 della Costituzione dando luogo ad una presunta parità istituzionale tra gli enti costitutivi della Repubblica, la posizione fu criticata da chi sosteneva che la sovranità appartenesse a tutti i soggetti titolari di poteri che la esercitano nelle forme e nei limiti della Costituzione⁵⁸.

Più recentemente, il filone giurisprudenziale che qui rileva scaturisce dall'impugnativa statale di fronte alla Corte costituzionale di alcune delibere regionali che avevano disposto l'affiancamento della dizione "Parlamento" a quella tradizionale "Consiglio regionale" (Liguria e Marche) e del termine "deputato" al termine "consigliere regionale" (Marche). Di fronte alle argomentazioni del Governo volte a sottolineare che entrambi gli appellativi vengono espressamente riferiti agli organi rappresentativi della sovranità popolare a livello statale e che organi regionali sarebbero dotati di "autonomia" ma non di "sovranità", la Regione si difende dicendo che non c'è lesione costituzionale perché si tratterebbe di una "semplice addizione lessicale alla formula impiegata in Costituzione, senza che ciò determini una modifica delle competenze e delle prerogative dell'organo rappresentativo regionale".⁵⁹ Nell'analizzare i parametri presumibilmente violati dalla delibera regionale (tra gli altri, gli articoli 1, 5, 55 e 121 Cost.), la Corte sostiene che, seppur non possa "essere considerato decisivo", già "un approccio puramente testuale" al tema oggetto del conflitto lascerebbe propendere per l'incostituzionalità della delibera impugnata, in quanto, mentre l'art. 55 della Costituzione attribuisce il termine Parlamento esclusivamente ai due organi, Camera dei Deputati e Senato della Repubblica, che lo compongono, l'organo che esercita la potestà legislativa della Regione è nominato "Consiglio regionale" dall'articolo 121 Cost.⁶⁰. Il fatto che "la denominazione gli organi direttivi della Regione" non sia "collocata in uno spazio di indifferenza giuridica", ma sia per certi versi prevista in Costituzione, precluderebbe alla Corte di "muovere nella ricerca di una nozione "sostanziale" di Parlamento", così come richiesto dalla difesa regionale, che sottolineava la "sostanziale parificazione di funzioni, nei rispettivi ambiti di competenza, tra Consiglio regionale e Parlamento", che "renderebbe legittima l'estensione anche al primo della denominazione propria del secondo" in virtù dell'essere entrambe "assemblee legislative titolari di una funzione rappresentativa delle popolazioni governate"⁶¹. Ma, secondo la Corte, "il termine Parlamento rifiuta di essere impiegato all'interno di ordinamenti regionali...non per il fatto che l'organo al quale esso si riferisce ha carattere rappresentativo ed è titolare di competenze legislative, ma in quanto solo il Parlamento è sede della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), la quale imprime alle sue funzioni una caratterizzazione tipica ed infungibile. In tal senso il

⁵⁷ G. PISTORIO, *Il principio di unità ed indivisibilità della repubblica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2/2015, 8

⁵⁸ Come ricorda L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, cit., 261.

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 106/2002, su Liguria (cui si richiama anche la successiva sent. n. 306 del 2002, in relazione allo Statuto della Regione Marche), punto 2 del *Ritenuto in fatto*.

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 106/2002, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁶¹ Il virgolettato appartiene a Corte cost., sent. n. 106/2002, punto 4 del *Considerato in diritto*.

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”⁶².

E' interessante notare che, nel rispondere alle pretese dell'Avvocatura dello Stato, che delineava una contrapposizione tra sovranità popolare (di cui sarebbe espressione il solo Parlamento) ed autonomia, la Corte risponde che, anche se “il legame Parlamento-sovrani   popolare costituisce inconfutabilmente un portato dei principi democratico, rappresentativi” tale legame “non descrive i termini di una relazione di identit  ”, e che pertanto “la tesi per la quale, secondo la nostra Costituzione nel Parlamento si risolverebbe, in sostanza, la sovranit   popolare, senza che le autonomie territoriali concorrano a plasmarne l'essenza, non pu   essere condivisa nella sua assolutezza”⁶³. Anzi, l'art. 1, per cui la sovranit   “appartiene” al popolo “impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi”, a maggior ragione ora che la formulazione del nuovo art. 114 “svela(rne) la comune derivazione (degli enti territoriali autonomi) dal principio democratico e della sovranit   popolare”⁶⁴. Una volta escluso che “non    il principio di sovranit   popolare a poter fondare un'attribuzione costituzionale all'uso esclusivo della denominazione “Parlamento”⁶⁵, lo    per   l'unit   della rappresentanza politico-parlamentare. Ancora una volta, dunque, il principio di unit   diventa un limite logico all'attribuzione di sovranit   alle autonomie e alla rottura della rappresentanza politica nazionale, che sola pu   modificare la Costituzione e sola pu   inverarsi in Parlamento.

La negazione della sovranit   parziale avviene in via definitiva con la nota sentenza n. 365 del 2007⁶⁶, con la quale la Corte costituzionale    stata chiamata a pronunciarsi sulla legge n. 7 del 2006 della Regione Sardegna, istitutiva di una “Consulta” incaricata di redigere “un progetto organico di nuovo Statuto di autonomia e di sovranit   del popolo sardo”, previa consultazione della comunit   regionale e degli enti locali e comunque con funzioni di mera proposta la Consiglio regionale, al quale rimaneva il potere di esaminare il testo predisposto nel formulare l'iniziativa della legge di revisione costituzionale da presentare alle Camere. Come noto, i riferimenti alla “sovranit   del popolo sardo” (art. 1, comma 1) ed alla “sovranit   regionale” (art. 2, comma 3), saranno l'occasione per la Corte di affermare che anche dopo la riforma del titolo V, che indubbiamente potenzia le funzioni di Regioni ed enti territoriali, “la sovranit   interna dello Stato conserva intatta la propria struttura essenziale”.⁶⁷ E che, dunque, tali richiami alla sovranit   sono costituzionalmente illegittimi per violazione degli articoli 5 e 114 della Costituzione e dell'articolo 1 dello Statuto speciale sardo: “siccome tali norme-parametro qualificano, direttamente o implicitamente, le regioni come enti autonomi, non sarebbe consentito riferirsi a queste ultime come se fossero (o potessero diventare) enti sovrani”⁶⁸. La Corte fonda la sentenza di accoglimento sia su un argomento letterale (la normativa costituzionale usa meramente il termine “autonomia” e mai quello di “sovranit  ”) sia su

⁶² Corte cost., sent. n. 106/2002, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁶³ Corte cost., sent. n. 106/2002, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Molto commentata in dottrina. Si vedano, tra gli altri A. ANZON DEMMING, *Sovranit  , processi federalistici, autonomia regionale. In margine alla sentenza n. 365 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007; S. BARTOLE, *La Corte costituzionale chiude al federalismo dal basso*, in *Giur. cost.*, 2007; B. CARAVITA DI TORITTO, *Il tab   della sovranit   e gli “istituti tipici di ordinamenti statuali di tipo federale in radice incompatibili con il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro ordinamento costituzionale”*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2007; P. CARETTI, *La “sovranit  ” regionale come illusorio succedaneo di una “specialit  ” perduta: in margine alla sent. della Corte costituzionale n. 365/2007*, in *Le Regioni*, 1/2008; O. CHESSA, *La resurrezione della sovranit   statale nella sentenza n. 365 del 2007*, in *Le Regioni*, 1/2008; P. PASSAGLIA, *La Corte, la sovranit   e le insidie del nominalismo*, in *Giur. cost.*, 2007.

⁶⁷ Corte cost., sent. n. 365/2007, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ O. CHESSA, *La resurrezione cit.*,

un argomento, per così dire, “originalista”, che guarda all’intenzione del legislatore costituente, rimembrando che “il dibattito costituente fu assolutamente fermo nell’escludere concezioni che potessero anche solo apparire lontanamente riconducibile a modelli di tipo federalistico”.⁶⁹ Essa poi aggiunge che l’articolo 114 non può interpretarsi come se equiparasse “pienamente tra loro i diversi soggetti istituzionali che pure tutti compongono l’ordinamento repubblicano, così da rendere omogenea la stessa condizione giuridica di fondo dello Stato, delle Regioni e degli enti territoriali”⁷⁰, negando dunque che la nuova formulazione dell’art. 114 possa ergersi a “luogo del pluralismo istituzionale paritario”⁷¹.

La sentenza rappresenta, dunque, una battuta d’arresto rispetto all’afflato regionalista che aveva caratterizzato la riforma del titolo V parte II della Costituzione. La Corte nega, anche alle Regioni dotate di specialità, il potere di autodeterminazione e l’attributo della sovranità che, mentre potrebbe qualificare le entità costitutive di un ordinamento federale, poco si presta a caratterizzare “il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro sistema costituzionale”. Secondo la Corte, utilizzare indistintamente “sia il concetto di autonomia sia quello di sovranità equivale a giustapporre due concezioni tra loro radicalmente differenziate sul piano storico e logico (tanto che potrebbe parlarsi di un vero e proprio ossimoro piuttosto che di una endiadi) di cui la seconda certamente estranea alla configurazione di fondo del regionalismo quale delineato dalla Costituzione e dagli Statuti speciali”. Tale opposizione, sembra essere la “premessa maggiore” di una sorta di “sillogismo”: se sovranità ed autonomia sono due concetti opposti e l’articolo 114, pur includendo lo Stato tra gli enti costitutivi della Repubblica insieme a Regioni, Province comuni e città metropolitane, riserva solo a queste ultime la qualifica di “enti autonomi”, ne deriva che lo Stato non può che qualificarsi come “ente sovrano”⁷².

Molte delle posizioni espresse nelle sentenze precedenti sono state riprese dalla sentenza n. 118/2015⁷³, scaturita dalla questione di legittimità costituzionale della legge della regione Veneto n. 15/2014 (*Referendum Consultivo sull’autonomia del Veneto*) e della legge n. 16/2014 (Indizione del *referendum* consultivo sull’indipendenza del Veneto)⁷⁴. Nell’analizzare quest’ultima, che attraverso un *referendum* consultivo regionale chiedeva agli elettori se trasformare o meno il Veneto in una “Repubblica indipendente e sovrana”, per poi demandare ai Presidenti di Giunta e Consiglio regionale il compito di “tutelare in ogni sede competente, nazionale ed internazionale, il diritto del Popolo Veneto all’autodeterminazione” (art. 3 della legge in questione), la Corte richiama una serie di punti fermi della propria giurisprudenza. In primo luogo, quanto al merito della questione, la richiesta di indipendenza “suggerisce sovvertimenti istituzionali radicalmente incompatibili con i fondamentali principi di unità e indivisibilità della Repubblica di cui all’art. 5 Cost.”⁷⁵, stabilendo che “iniziative volte a interpellare gli elettori, sia pure a scopo meramente consultivo, su prospettive di secessione in vista della costituzione di un nuovo soggetto sovrano” si

⁶⁹ Corte cost., sent. n. 365/2007, punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ O. CHESSA, *La resurrezione*, cit. Recentemente, sul tema, Q. CAMERLENGO, *Stato, Regioni ed enti locali come “istituzioni parimenti repubblicane”. Dai “livelli di governo” agli “anelli istituzionali”*, in *Le Regioni*, 1/2016, 47-97.

⁷² Così O. CHESSA, *La resurrezione*, cit.

⁷³ Sulla quale, tra molti, D. TEGA, *Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?*, in *Le Regioni*, 2016.

⁷⁴ Interessanti considerazioni sulla legge regionale e sulla strumentalizzazione e decontestualizzazione di concetti “mutuati” dalla vicenda catalana, tra cui il diritto di autodeterminazione e il “diritto a decidere”, in G. SERGES, *Autodeterminazione, diritto a decidere, indipendenza, sovranità (notazioni a margine della Legge regionale del Veneto, n. 16 del 2014)*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 2/2015.

⁷⁵ Corte cost., sent. n. 118/2015, punto 7.2 del *Considerato in diritto*

pongono “*extra ordinem*”⁷⁶. In secondo luogo, la Corte ribadisce la costante giurisprudenza per cui “pluralismo e autonomia non consentono alle Regioni di qualificarsi in termini di sovranità, né permettono che i loro organi di governo siano assimilati a quelli dotati di rappresentanza nazionale (sentenze 365/2007, n. 306 e 106 del 2002)”⁷⁷. In terzo luogo, la Corte ribadisce che “i *referendum* regionali, inclusi quelli di natura consultiva, non possono coinvolgere scelte di livello costituzionale (sent. 365 del 2007, n. 496 del 2000, n. 470 del 1992)”⁷⁸. Quest’ultimo argomento è utilizzato anche per dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’articolo della legge 15 del 2014 (2, comma 1, numero 5) per cui uno dei quesiti referendari doveva interrogare gli elettori sul se trasformare la Regione Veneto in una regione a statuto speciale. Essendo il novero delle Regioni a statuto speciale tassativamente enumerate nell’art. 116 Cost., “anche tale quesito incide...su scelte fondamentali di livello costituzionale che non possono formare oggetto di *referendum* regionali...e si pone in irrimediabile contrasto con lo statuto regionale i cui art...dispongono che i *referendum* siano di tenore tale da rispettare gli ‘obblighi costituzionali’”⁷⁹.

Come noto, la Corte farà salvo soltanto l’art. 2 comma 1, numero 1 della legge n. 15 del 2014, contenente il quesito sulla possibilità di attribuire alla Regione Veneto “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia”. La Corte difatti riconosce il richiamo testuale implicito all’articolo 116, comma 3, della Costituzione e ritiene che il quesito, se interpretato alla luce delle condizioni e dei limiti di cui all’art. 116, comma 3, Cost., non sarebbe illegittimo. La Corte respinge anche le argomentazioni del ricorrente per cui lo speciale procedimento legislativo previsto dall’art. 116 non permetterebbe un preliminare *referendum* consultivo regionale, sostenendo che quest’ultimo “si colloca in una fase anteriore ed esterna rispetto al procedimento prestabilito all’art. 116 Cost., il quale richiede l’approvazione di una legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, con voto favorevole delle Camere a maggioranza assoluta dei propri componenti e sulla base di un’intesa fra lo Stato e la Regione stessa”⁸⁰. Tale conclusione è stata dibattuta in dottrina in quanto sembrerebbe discostarsi dalle posizioni più rigide espresse dalla Corte in passato, ed analizzate nei precedenti paragrafi, relative al rispetto della tipizzazione dei procedimenti di formazione delle leggi ed alla presunta lesività costituzionale dei *referendum* consultivi regionali, che costituirebbero tanto un aggravio procedurale quanto un indebito “vincolo” nei confronti del legislatore statale. Per quanto apparentemente “incoerente”⁸¹ rispetto a suddetti precedenti giurisprudenziali, la posizione della Corte è stata considerata una sorta di apertura politica volta a non svilire totalmente le istanze di differenziazione avanzate dalle Regioni⁸². In realtà, come accuratamente osservato in dottrina, è assolutamente vero che “nelle due circostanze

⁷⁶ *Ibidem*. Particolarmente critico nei confronti della “lesività costituzionale dei referendum consultivi”, fondata, sia nel caso spagnolo che in quello italiano su una “non ammissibile considerazione frazionata del popolo, contrastante con i principi di unità e sovranità (art. 1 e 5 della Costituzione italiana e art. 1 e 2 della Costituzione spagnola)” G. FERRAIUOLO, *Costituzione, Federalismo, Secessione*, cit., 58. Secondo l’autore, la possibilità, negata, di celebrare un referendum consultivo sull’indipendenza da parte di una minoranza territoriale, “preclude qualsiasi possibilità di contemperamento tra rigidità e democrazia, in quanto una domanda di una porzione del popolo è ritenuta non concepibile in termini democratici”.

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 118/2015, punto 7.2. del *Considerato in diritto*.

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 118/2015, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 118/2015, punto 8.6 del *Considerato in diritto*.

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 118/2015, punto 8.3 del *Considerato in diritto*.

⁸¹ G. FERRAIUOLO, *Costituzione, Federalismo, Secessione*, cit., 61.

⁸² *Ibidem*. L’Autore considera, oltre che “incoerente”, anche sufficientemente “generosa” la sentenza, che ammette il referendum relativo alle ulteriori condizioni di autonomia di cui all’articolo (ascrivibile, secondo la Corte a tempi e modalità stabiliti dall’articolo 116 Cost.), laddove la legge regionale impugnata non facesse alcun espresso riferimento all’articolo 116 Cost. È evidente che la sentenza, ritenendo legittimi i *referendum*, ha sollecitato la richiesta di attivazione dell’art. 116 (3): cfr. L. VIOLINI, *L’autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2018.

(sentt. 496/2000 e 118/2005) il “vincolo” creato per il Consiglio regionale e poi per il Parlamento non pare granché differente.

Diversa è, però, probabilmente, agli occhi della Corte la finalità dell'intervento referendario e ciò è sufficiente a condurre ad una diversa soluzione: mentre nel primo caso il *referendum* regionale è diretto ad attivare un procedimento di modifica del testo costituzionale, nel secondo è invece volto alla sua attuazione, che le Regioni ancora attendono.

Inoltre, diverso è anche il grado di autonomia del legislatore statale. Mentre nel procedimento di revisione costituzionale tale autonomia è massima salvo che si ricorra a *referendum* confermativo; il procedimento previsto dall'art. 116, comma 3, è per definizione negoziato tra Regione, enti locali e Stato e dunque è più agevole ammettere che sia il Consiglio regionale che il Parlamento siano in qualche misura condizionati anche dal *referendum* regionale)⁸³.

Infine, anche in altre recenti sentenze non strettamente collegate alla questione dei *referendum* regionali consultivi o della sovranità parziale, la Corte ha avuto modo di confermare i propri orientamenti. Ad esempio, nella sentenza n. 50/2015 (relativa all'elezione indiretta di province e città metropolitane), la Corte ribadisce che “il tentativo delle difese regionali—di ricondurre l'utilizzazione del termine “sovranità” al concetto di sovranità popolare, di cui al secondo comma dell'art. 1 Cost., e di identificare la sovranità popolare con gli istituti di democrazia diretta e con il sistema rappresentativo che si esprime anche nella (diretta) partecipazione popolare nei diversi enti territoriali – è già stato, infatti, ritenuto, “non condivisibile” da questa Corte, nella sentenza n. 365 del 2007”⁸⁴.

Analogamente, molto recentemente, la Corte ha rigettato le pretese di “parcellizzare” il concetto di popolo, giudicando incostituzionale la disposizione della legge regionale del Veneto n. 28 del 2016, che qualificava il “popolo veneto” come minoranza nazionale ai sensi della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali⁸⁵.

La Corte sostiene che “il compito di determinare gli elementi identificativi di una minoranza da tutelare non può che essere affidato alle cure del legislatore statale, in ragione della loro necessaria uniformità per l'intero territorio nazionale. Inoltre, il legislatore statale si trova nella posizione più favorevole a garantire le differenze proprio in quanto capace di garantire le comunanze e risulta, perciò, in grado di rendere compatibili pluralismo e uniformità ...anche in attuazione del principio di unità e indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost.”⁸⁶.

Dunque, “non è consentito al legislatore regionale configurare o rappresentare la ‘propria’ comunità in quanto tale come ‘minoranza’”⁸⁷. La Corte in tal modo richiama anche un precedente in cui aveva ritenuto “del tutto evidente che, in linea generale, all'articolazione politico-amministrativa dei diversi enti territoriali all'interno di una medesima più vasta, e composita, compagine istituzionale non possa reputarsi automaticamente corrispondente – né, in senso specifico, analogamente rilevante – una ripartizione del ‘popolo’, inteso nel senso di comunità ‘generale’, in improbabili sue ‘frazioni’”⁸⁸.

⁸³ C. FASONE, *Una, indivisibile, ma garantista dell'autonomia (differenziata): la Repubblica italiana in una recente pronuncia della Corte costituzionale sulle leggi regionali venete nn. 15 e 16 del 2014*, in *Revista catalana de dret públic*, 15 settembre 2015.

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 50/2010, punto 3.4.3. del *Considerato in diritto*.

⁸⁵ Sulla vicenda L. PANZERI, *La qualificazione del “popolo veneto” come minoranza nazionale tra rivendicazioni identitarie e giudizio di costituzionalità*, in *Le Regioni*, n. 4/2017.

⁸⁶ Corte cost., sent. n. 81/2018, punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Corte cost., sent. n. 170/2010.

6. Considerazioni conclusive

Quel che emerge dal presente contributo è rapporto dialettico tra principio unitario e principio autonomistico rappresenta la *struttura tensiva* che sottende sia il dibattito in Assemblea costituente, sia il delicato equilibrio tra unità e pluralismo suggellato dall’articolo 5 della Costituzione. Rispetto a tale equilibrio, la giurisprudenza costituzionale sia sul lessico para-statale proposto in alcuni Statuti regionali sia sulla lesività costituzionale dei *referendum* consultivi regionali⁸⁹, ha a più riprese negato il configurarsi di possibili sovranità “parziali”.

Ciò non solo nel caso dei *referendum* sull’indipendenza, palesemente eversivi rispetto all’ordine repubblicano costituito fondato sul principio di unità ed indivisibilità della Repubblica (come ad esempio nella sentenza 118/2015). La “non-frazionabilità” del popolo è stata ribadita anche quando quei *referendum* consultivi si configuravano come prodromici, preliminari e, per così dire, “accessori” rispetto alla fase dell’iniziativa regionale che sarebbe comunque sfociata regolarmente nel procedimento di revisione costituzionale di cui all’art. 138 Cost. (questi erano ad esempio i casi nella 470/1992 e della 496/2000).

Secondo la Corte, difatti, a questo procedimento “può essere chiamato, per il rilievo fondamentale degli interessi che entrano in gioco in sede di revisione costituzionale, solo il corpo elettorale nella sua unità”⁹⁰. Consultare una sola “porzione” o “frazione” di popolo attraverso un *referendum* costituirebbe un’“utilizzo improprio di un istituto preordinato a rinsaldare i legami tra rappresentanti e rappresentati” che vede “la volontà del corpo elettorale raccolta e orientata contro la Costituzione vigente, ponendone in discussione le stesse basi di consenso”⁹¹. Eppure, nell’ordinamento costituzionale repubblicano, “la volontà del popolo sovrano non è unica e concentrata, ma si esprime in modo articolato, attraverso canali, costituzionalmente previsti, politici (i partiti), economici (i sindacati...), sociali (la famiglia, la scuola, le libere associazioni) e territoriali (le regioni e gli enti locali)”⁹².

Non è un caso che sia stata la stessa Corte costituzionale a sottolineare “la comune derivazione dal principio democratico e della sovranità popolare”⁹³ di tutti gli elementi costitutivi della Repubblica, e dunque tanto dello Stato quanto delle autonomie territoriali. Nonostante tali inequivocabili nessi tra principio democratico e principio autonomistico⁹⁴, per la stessa Corte all’autonomia non è consentito né di qualificarsi sovrana⁹⁵, né di ledere il principio di unità, né di affiancarsi alla rappresentanza nazionale, politico-parlamentare, nel momento della revisione⁹⁶.

⁸⁹ Sulla scarsa considerazione degli istituti di democrazia diretta su scala regionale, specie rispetto a quello che accade in altri ordinamenti, P. COSTANZO, *Il regionalismo visto da Pasquale Costanzo*, cit., ricorda che in Francia, “dove, al di là delle apparenze, sono presenti realtà regionali persino più complesse che da noi, la cultura dell’autonomia è stata prioritariamente interpretata non tanto come sottrazione di competenze al centro, quanto, soprattutto, come potenziamento degli istituti di democrazia e di partecipazione locale (in nome della più genuina sussidiarietà). Ciò che sembra tanto più esemplare, se si rammenta come, nella mia Regione, l’unico tentativo finora esperito di referendum su una legge regionale (nel 2003) sia stato ampiamente oggetto di boicottaggio, evitandosi d’intercettare la volontà degli elettori”.

⁹⁰ Corte cost., sent. n. 470/1992, punto 4 del *Considerato in diritto*, poi confermato anche nel 2000 e nel 2015.

⁹¹ *Ivi*, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁹² G. SILVESTRI, *Rileggendo, sessant’anni dopo, il saggio di Temistocle Martines sulla autonomia politica delle regioni in Italia*, in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), n. 3 del 2016, 470.

⁹³ Corte cost., sent. 106/2002, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁹⁴ Sulle autonomie quali sedi ottimali per la fruizione dei diritti fondamentali e della promozione del principio democratico-pluralista, v. la ricerca curata da A. MORELLI e L. TRUCCO, *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, Giappichelli, 2014.

⁹⁵ Corte cost., sent. 365/2007.

⁹⁶ Corte cost., sentt. 118/2015 e 496/2000.

È possibile, dunque, concludere con la condivisibile affermazione per cui, nel nostro ordinamento costituzionale, il “senso precipuo” dell’autonomia territoriale “è quello di riequilibrare in una determinata misura gli effetti omologanti del principio di unità, ma non certo di scalzare tale principio, poiché, anche dal punto di vista logico, perderebbe significato il concetto stesso di autonomia, che è di tipo relazionale...Insomma, in termini assai più semplici, si deve osservare che il principio di autonomia resta incommensurabile con quello di unità, rispetto al quale deve, in misura più o meno ampia, prima o poi, cedere il passo”⁹⁷.

⁹⁷ P. COSTANZO, *Il regionalismo visto da Pasquale Costanzo*, cit.

ANGELO MATTIONI*

**“Novità” intorno alla legge regionale dopo le revisioni costituzionali.
Qualche ‘astratta’ considerazione.**

SOMMARIO: 1. La genesi della legge. Lo stato moderno. – 2. - Ente a competenza generale ed altri enti territoriali. Rapporti. Nuclei normativi inviolabili. – 3. Il sistema delle fonti. Le innovazioni. – 3a. Partecipazione della Regione alla procedura istitutiva di sue nuove competenze legislative. – 3b. Una genesi originaria di competenze legislative regionali. – 3c. Il legislatore regionale può contribuire ad individuare la materia su cui esercitare la propria competenza. – 3d. Un nuovo potere regionale di produzione normativa per via internazionale. Il contributo alla soluzione del problema dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale. – 4. Cenni riassuntivi e conclusivi.

1. La genesi della legge. Lo stato moderno.

Una sintesi politica si definisce per mezzo delle regole che ne organizzano il potere, capace, al di là dei diversi modelli, di dare fondamento ad un sistema chiuso senza che sia necessario ipotizzare la presenza di un potere unico, ben potendo un sistema di una pluralità di poteri tra loro collegati adempiere a questo scopo. In linea generale si tratta di stabilire se nell’ipotesi di una presenza di una pluralità di poteri l’unità sia ottenuta per effetto di un potere superiore dal quale la pluralità dipende o se questi poteri abbiano in sé il loro fondamento; in altri termini se si sia di fronte ad una posizione del potere supremo che legittima ogni altro potere o se questi sono capaci di auto legittimarsi.

La storia della civiltà occidentale offre due modelli di organizzazione del potere nella sintesi politica; con riferimento ai caratteri essenziali essi si sostanziano in un sistema di pluralità di funzioni autolegittimanti e fortemente aggregate rappresentato dal modello del sistema delle istituzioni feudali, o in un modello che conosce un potere superiore legittimante altre possibili autorità, che è rappresentato dallo stato moderno assoluto, e costituzionale poi.

Per i fini che qui ci si propone può essere utile analizzare sia pure sinteticamente il processo storico che ha consentito il passaggio dall’uno all’altro sistema perché è alla fine di questo processo che nasce l’idea di un governo territoriale per opera della legge.

Le istituzioni feudali presentano all’interno di quella sintesi politica che è il regno una serie diversificata di autorità titolari di funzioni pubbliche acquisite e fondate su un titolo giuridico, senza che sul loro regime possa incidere il potere di un’autorità che ne è materialmente al vertice. Il loro regime può essere oggetto di variazioni nel senso che ne può venire ampliato o ridotto il contenuto ma le procedure utili a questo scopo sono sempre ed esclusivamente informate a titoli giuridici, tra i quali esemplificativamente sono da annoverare il ruolo del precedente e l’incidenza della desuetudine.

Il principio generale che fondamentalmente regge questo sistema e lo riduce a sintesi unitaria e aggregante è rappresentato dalla gerarchia che si instaura tra le diverse autorità del regno e che consente alla decisione assunta a livello superiore di avere come destinatarie le autorità inferiori e quindi di raggiungere potenzialmente l’universalità dei consociati.

Ciò avviene perché le diverse autorità si costituiscono, come è stato detto, in esecutori naturali all’interno della scala gerarchica che adempie ad una funzione che nello stato moderno sarà svolta dalla pubblica amministrazione assente in questa esperienza storica.

*Professore emerito di Diritto Costituzionale nell’Università Cattolica di Milano.

È significativo che le diverse autorità che costituiscono un collegio informale siano convocate – i cosiddetti *colloquia* – dall'autorità superiore del regime non già perché alla sua decisione sia necessario il loro consenso ma soltanto allo scopo di assicurarsene l'esecuzione. E' all'interno di questo istituto che nasce l'adozione di atti a carattere generale e astratto, *intellectuel*, per usare la qualificazione propria di un giurista dell'epoca di Bodin (C. LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris, 1609); (su tutta questa materia v. B. DE JOUVENEL, *De la souveraineté. A la recherche du bien politique*, Paris, 1955).

Quando l'atto a carattere generale, rappresentato dalla legge sostanziale si colloca al vertice del sistema e l'organizzazione che viene governata ha una genesi originaria, questa legge è destinata a diventare la legge sovrana. È questo lo sviluppo che ha assunto nella scienza giuridica e che è diventata patrimonio della dottrina da Bodin a Jellinek, che l'ha configurata come idea giuridica capace di autolimitarsi.

Il governo per legge sarà integrato dalla territorialità (F. MAZEL, *L'évêque et le territoire*, Paris, 2016) e questa esperienza della genesi della sovranità sarà ripetuta più tardi con riferimento al dominio sul mare (G. CALAFAT, *Une mer Jalousée*, Paris, 2019).

Queste sintetiche considerazioni di ordine generale sul governo per legge nello stato moderno hanno lo scopo di individuare alcuni problemi che specificatamente in esso si pongono quando si rifletta su questo atto, la legge, e sui vari profili del regime che lo governano.

2. Ente a competenza generale e altri enti territoriali. Rapporti. Nuclei normativi inviolabili.

Il governo per legge si può presentare ovviamente in un ordinamento in cui delle potestà legislative è titolare in esclusiva l'ente sovrano a competenza generale o in un ordinamento in cui le potestà legislative sono distribuite tra enti territoriali diversi; in questo caso i problemi che si pongono sono del tutto particolari; individuarli in via astratta significa riferirsi a problemi che sono necessariamente propri di un regime pluralistico di fonti normative con l'intento poi di affrontarli nella sede opportuna con riferimento al nostro ordinamento che a questa categoria appartiene.

Il primo: poiché è espressione di sovranità il potere di distribuire le potestà legislative tra i diversi enti di cui consta l'ordinamento, quando nell'esercizio di questo potere all'ente a competenza generale si associasse un ente territoriale minore, ne risulterebbe incisa la sovranità del primo e si otterrebbe la compartecipazione del secondo alla funzione sovrana.

Il secondo: quando in un sistema pluralistico delle fonti normative fosse un ente territoriale minore ad acquisire in via originaria nuove competenze legislative, si assisterebbe ancora una volta ad una sua partecipazione alla funzione sovrana, specie se opportunamente si assume che la sovranità è connotata proprio dalla originarietà.

Ancora: si può ipotizzare che la potestà legislativa sia volta a produrre norme direttamente o a stabilirne i presupposti.

Infine: in un sistema di governo pluralistico per legge si pone anche un problema che lo caratterizzerebbe diversamente a seconda che sia riservato all'ente generale il potere di produzione di norme per via internazionale o a seconda che invece questo potere sia attribuito anche ad uno degli altri enti territoriali.

Ha senso poi prospettare i problemi qui richiamati se la condizione degli enti territoriali minori gode di garanzie nei confronti dell'ente a competenza generale; diversamente i rapporti tra loro intercorrenti non potrebbero assicurare il ruolo che si è loro ipoteticamente attribuito.

A questi problemi si è accennato perché essi, sconosciuti nell'ordinamento costituzionale originario, emergono invece dopo i processi di revisione che quando siano unitariamente e

sistematicamente studiati sono capaci di offrire alle autonomie territoriali una condizione che le incrementa e le qualifica.

È di tutta evidenza che questo nuovo sistema che valorizza le territorialità diverse da quelle dello stato-persona può assicurare nel nostro ordinamento una rilevanza sostanziale soltanto se a questi enti è attribuito ovviamente non soltanto una condizione di stabilità ma anche e soprattutto se è loro riservata una condizione di coesistenzialità con rilevanti funzioni costituzionali della Repubblica.

È necessario quindi formulare qualche considerazione sui rapporti che si instaurano tra Stato ed enti territoriali minori e cercare di dimostrare in che maniera questa coesistenzialità anche soltanto esemplificativamente si manifesta.

È appena necessario ricordare che la disciplina dei rapporti tra enti a competenza generale ed enti territoriali minori può ottemperare a criteri diversi.

Sono possibili diverse ipotesi che spaziano da quelle in cui la sussistenza degli enti è affidata alla legge ordinaria a quella per la quale la loro rilevanza costituzionale esige che di essi l'ente a carattere generale possa disporre attraverso l'azionamento di procedure di revisione costituzionale, fino all'ipotesi che si renda possibile l'identificazione di nuclei normativi che interessano l'autonomia e che risultano sottratti anche alla revisione costituzionale perché dotati del carattere della inviolabilità.

Quando la condizione degli enti territoriali minori dipendesse dalla legge ordinaria il contributo pluralistico all'instaurazione dell'ordinamento legislativo complessivo risulterebbe alquanto problematico perché la produzione normativa potrebbe essere facilmente riportata alla competenza monistica dell'ente a carattere generale.

Una diversa protezione è riservata al modello pluralistico se la condizione degli enti territoriali minori è affidata alla legge costituzionale, il cui azionamento implica un consenso sufficientemente generalizzato che esclude che la condizione del pluralismo normativo possa essere messa in pericolo dalle diverse maggioranze che si possono alternare.

È qui appena necessario ricordare che nel nostro ordinamento costituzionale legge costituzionale e legge ordinaria concorrono alla disciplina del rapporto qui discusso, riservando l'ordinamento alla prima la disciplina *quoad existentiam* e potendo riservare alla seconda la disciplina ordinamentale, dovendosi anche sottolineare che alla legge ordinaria in materia è spesso conferita la natura di legge atipica.

È invece utile sottolineare come la sussistenza delle autonomie territoriali sia coesenziale al nostro sistema, perché funzionale a rendere possibile il perseguimento di valori costituzionali. Si vuole mettere in evidenza come la Costituzione candidi le autonomie a concorrere in maniera determinante all'esercizio di funzioni della Repubblica che non troverebbero adeguato sostegno se l'esercizio fosse affidato esclusivamente allo stato-persona. Questo ruolo che è loro demandato si colloca all'interno dell'ordinamento repubblicano che non si limita a proporre una ricostituzione dello stato liberale – necessariamente doverosamente presente per i suoi valori garantistici – ma che offre fondamento ad un tipo di stato chiamato a fornire prestazioni realizzative di eguaglianza sostanziale.

La coesistenzialità delle autonomie allo stato sociale si rivela esemplificativamente in relazione ai servizi alla persona e al principio di sussidiarietà.

La prima ipotesi si realizza con particolare evidenza nell'ordinamento del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) la cui attività è necessariamente oggetto di programmazione all'interno di un processo nel quale la regione ha un ruolo e un'importanza determinante; il servizio è realizzativo di un diritto soggettivo della persona e la sua gestione non potrebbe prescindere da un processo in cui siano perseguiti all'interno di un sistema nazionale generale interessi peculiari delle distinte comunità regionali; se da questo processo fosse esclusa la partecipazione della regione, la gestione

centralistica non potrebbe risultare funzionale al soddisfacimento del diritto e tra l'altro il sistema si caricherebbe di una inopportuna concentrazione di risorse.

È del resto significativo che l'istituzione del SSN sia stata pensata dopo che nell'ordinamento si è proceduto all'istituzione delle regioni di diritto comune.

La governabilità di questo sistema come di altri servizi alla persona non potrebbe perseguire il fine che le è proprio se nel suo esercizio fosse assente il ruolo dell'ente autonomo.

Quando si allude alla inviolabilità dei nuclei normativi intorno all'autonomia non si intende tanto riferirsi alla sua ovvia indefettibilità ma mettere in evidenza come essa sia parte integrante e imprescindibile di una rilevante funzione costituzionale.

È questa sua natura che la colloca nell'ordinamento repubblicano in una condizione di insostituibilità al suo ruolo e quindi di inviolabilità in ordine a questa funzione.

Benché un'ipotesi di questo tipo non possa pretendere di trovare attuazione secondo inopportuni e inammissibili automatismi è tutt'altro che inconcepibile che tramite valutazioni di specie – si pensi all'intervento della giustizia costituzionale – si possa pervenire a valutazioni di legittimità costituzionale circa leggi che attentassero alla garanzia relativa all'attuazione di diritti, privando l'ordinamento della possibilità di attuazione di suoi valori particolarmente significativi perché dello stato sociale essi costituiscono connotati essenziali.

Alla configurazione di una inviolabilità funzionale concorre anche il principio costituzionale della sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. che come è noto esige che le funzioni pubbliche siano principalmente affidate all'ente più vicino alla comunità e alla persona e che si faccia attribuzione ai livelli superiori soltanto quando lo esigono esigenze di unitarietà.

Anche con riferimento a questa ipotesi la realizzazione del principio di sussidiarietà si inserisce nel sistema dello stato sociale perché al principio si chiede di essere realizzativo di interesse generale (bene comune); se in una logica successione sono chiamati in causa i diversi enti nominati dall'art. 114 della Costituzione, è soprattutto al Comune che è richiesto di essere il protagonista della realizzazione di questo principio.

Il Comune allo stesso modo della Regione si qualifica quindi nell'ordinamento repubblicano come ente la cui attività risulta essenziale all'esercizio di funzioni di rilevanza costituzionale.

Anche con riferimento a questo principio come già per la regione, la inviolabile coesistenzialità della sua funzione alla realizzazione di valori costituzionali implica che non si possono dare interventi, legislativi soprattutto, che ne mettano in pericolo il ruolo che gli deve essere riservato. Pure a questo proposito l'inviolabilità deve essere riferita alla necessaria conservazione della sua funzionalità al concorso della realizzazione di valori costituzionali.

Una ricostruzione della coesistenzialità delle autonomie al sistema dell'ordinamento repubblicano meriterebbe ulteriori e meditati approfondimenti che potrebbero anche contribuire ad una lettura della promozione di autonomia di cui la Repubblica per effetto dell'art. 5 della Costituzione è tenuta a farsi carico. Al fine che qui interessa le sintetiche considerazioni che precedono hanno lo scopo di dare fondamento all'idea che l'indipendenza degli enti territoriali minori dallo stato-persona offre fondate garanzie che consentono di considerare l'assetto pluralistico del sistema delle fonti come indeclinabile connotato dell'ordinamento repubblicano; in particolare occorre considerare con attenzione le innovazioni che in proposito sono apportate alla Costituzione originaria dalle revisioni successivamente intervenute.

3. Il sistema delle fonti. Le innovazioni.

Le ipotesi che rilevano in proposito si traducono:

a.- nella partecipazione della regione alla procedura istitutiva di nuove competenze;

- b.- in una genesi originaria di nuove competenze regionali;
- c.- nel legislatore regionale che può contribuire ad individuare la propria competenza;
- d.- in un nuovo potere regionale di produzione normativa per via internazionale. Il contributo ad una soluzione del problema dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale.

3a. Partecipazione della Regione alla procedura istitutiva di proprie nuove competenze legislative.

Si tratta del problema che nasce dall'ultimo comma dell'art. 116; è appena necessario avvertire che la procedura istitutiva di nuove competenze regionali previste dalla norma nuova non costituisce la procedura esclusiva utile perché la regione possa acquisire nuove competenze; lo stato potrebbe provvedere con legge costituzionale utile a questo fine; fino a quando però sia vigente la disposizione costituzionale qui considerata è costituita nell'ordinamento una procedura attributiva di nuove competenze alla regione che richiede una sua necessaria partecipazione; in questa procedura è riservata alla regione un ruolo determinante perché titolare dell'iniziativa e perché è chiamata a concorrere a determinare il contenuto circa le nuove competenze che propone di voler assumere. La necessaria approvazione della legge della Repubblica non esclude comunque il configurarsi di una procedura di compartecipazione stato-regione, utile ad attribuire a quest'ultima nuove competenze.

Se, come si è sopra osservato, è connotato dei caratteri della sovranità la procedura distributiva delle competenze legislative, la disposizione costituzionale che stiamo considerando fornisce nei limiti sopra ricordati una ipotesi di poteri della regione capaci in qualche modo di incidere sulla funzione sovrana interessata.

Si deve certo osservare che si è di fronte a una ipotesi di autolimitazione da parte dello Stato che decide di agire attraverso procedure di cui non ha la piena titolarità quando potrebbe perseguire questo fine con una procedura che alla sua piena disponibilità potrebbe ricondursi.

Queste considerazioni consentono tra l'altro di fornire un'ipotesi di una idea di sovranità concepita a seguire Jellinek come concetto giuridico intrinsecamente capace di autolimitarsi senza che i limiti siano nella sua piena disponibilità.

In sintesi: sia pure con le considerazioni limitative sopra ricordate si è di fronte ad una ipotesi di partecipazione della regione ad una funzione sovrana.

3b. Una genesi originaria di competenze legislative regionali.

Si tratta della disposizione di cui al comma 4 dell'art. 117 Cost, secondo la quale “spetta alle regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”.

Anche questa specie come quella sin qui considerata attiene in qualche modo alla capacità della regione di acquisire nuove competenze; mentre però nell'ipotesi studiata si tratta di riconoscere ad un ente territoriale diverso dallo Stato la capacità di concorrere a dotarsi di nuove competenze normative, in questa nuova ipotesi si assiste ad una capacità propria della regione di acquisire nuove competenze legislative.

Quando la Costituzione prevede che ogni materia diversa da quelle sulle quali vi è competenza dello Stato è da ritenersi assegnata alla competenza regionale, prevede in realtà che ogni volta che la mutata condizione storica richieda che nuovi e diversi interessi sociali meritino una disciplina legislativa, questa è automaticamente competenza della regione.

Alla regione quindi è riservata la facoltà altamente discrezionale di valutare l'opportunità di legiferare su materie definite in negativo dal fatto di non essere di competenza dello Stato quando la loro disciplina risulti necessaria al soddisfacimento di un interesse generale.

La norma in esame può essere opportunamente valutata nella sua natura se si considera che si è di fronte ad una acquisizione di funzioni a titolo originario e che la originarietà è un presupposto della sovranità, come dimostra la considerazione che un ordinamento è sovrano soltanto quando la sua genesi è storicamente originaria che lo rende indipendente da ogni altro ordinamento.

In questa ipotesi l'acquisizione di nuove competenze da parte della regione si produce con modalità in cui l'ente a competenza generale non svolge ruolo alcuno.

È bene sempre ricordare che lo Stato si può presentare invece come sovrano perché come già si è ricordato con riferimento all'ipotesi precedente a lui compete appunto sovraneamente di decidere circa la vigenza nell'ordinamento costituzionale della disposizione qui discussa. Ciò non toglie che sussistendo il contesto costituzionale attuale abbiano valore le considerazioni qui proposte.

Consideriamo ora le due ipotesi in cui rileva un nuovo tipo di potestà normativa della regione.

Nelle due precedenti ipotesi si sono messe in luce procedure di acquisizione di nuove competenze o per il fatto che il titolo di acquisizione è rappresentato dal processo partecipato di Stato e regione o perché si rende possibile un'acquisizione delle stesse mediante un titolo portatore di originarietà.

Si tratta ora di prendere in considerazione due nuove forme di esercizio di potestà normativa; la prima capace di produrre norme partecipate da parte della regione, potendo la stessa intervenire in ordine all'instaurazione di presupposti utili alla loro formazione; la seconda attribuendo alla regione di poter produrre norme mediante la partecipazione ad atti internazionali resi rilevanti nell'ordinamento interno.

Nella prima è da sottolineare la peculiarità di questa forma di intervento; nella seconda si rende evidente come dalla norma possono derivare contributi alla soluzione dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale.

3c. Il legislatore regionale può contribuire ad individuare le materie su cui esercitare la propria competenza.

Prendiamo in considerazione la prima delle ipotesi di cui all'art. 117 Cost. che recita: "Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano nelle materie di loro competenza partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione Europea nel rispetto delle norme di procedura stabilite da leggi dello Stato che disciplinano le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza".

Il potere della regione ad intervenire sulle decisioni prodromiche alla formazione degli atti comunitari è ovviamente determinato dalle sue competenze previste da Costituzione. Il riferimento ad esse non può però assolvere alla funzione cui normalmente assolve quando si tratta dell'esercizio di 'normali' funzioni legislative; e ciò perché in questa particolarissima nuova potestà normativa della Regione al fine di partecipare alle decisioni utili alla formazione degli atti normativi comunitari la definizione della materia oggetto dell'intervento deve essere valutata anche tenendo presente il significato che le materie comunitarie di riferimento assumono quando si tratta di compararle alle materie di competenza dello Stato e della regione per definire la relativa competenza ad intervenire. Il riferimento alla competenza costituzionale implica insomma una valutazione alla luce delle materie comunitarie che sono interessate a questo processo.

In un contesto di ricerca di nuove fonti di potestà normativa della regione, l'ipotesi formulata dalla norma costituzionale considerata prospetta certamente nel nostro ordinamento una nuova forma di questa potestà, non fosse altro perché si chiede, diversamente da ciò che accade normalmente, di intervenire su un atto preparatorio e di contribuire a definire per via interpretativa la materia oggetto del proprio intervento.

Risulta problematico chiamare in causa relativamente a questo problema la legge dello Stato che impone limiti di natura procedurale, che quindi difficilmente potrebbero riguardare il merito del problema.

La disposizione in esame consente poi di formulare qualche altra considerazione in ordine al problema che qui interessa, quello cioè dell’incremento della potestà legislativa regionale.

Se nella fase cosiddetta ascendente la norma costituzionale disciplina una procedura che legittima la regione a produrre norme sia pure attraverso la partecipazione alle operazioni prodromiche, nella fase discendente le procedure di attuazione e di esecuzione non sono tutte dirette a questo scopo. Si deve ritenere che il procedimento di attuazione si riferisca esclusivamente alle norme degli accordi internazionali e che le procedure relative agli atti dell’Unione Europea siano semplicemente atti di esecuzione; e ciò perché gli atti normativi comunitari sono direttamente rilevanti nell’ordinamento interno e quindi chiedono soltanto di essere amministrati. Le norme degli accordi internazionali devono invece essere rese rilevanti mediante atti ad hoc, di regola atti di natura legislativa, come prevede questa stessa disposizione che peraltro ad altri effetti relevantissimi sarà presa successivamente in considerazione.

Si intende qui mettere in evidenza come nella fase cosiddetta discendente la disposizione costituzionale non disciplina soltanto procedure di formazione di atti normativi perché dà necessariamente fondamento anche a procedure che rendono esclusivamente possibile atti di amministrazione.

3d. Un nuovo potere regionale di produzione normativa per via internazionale. Il contributo alla soluzione del problema dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale.

Si tratta della disposizione di cui all’art. 117 Cost. secondo la quale “nelle materie di sua competenza la regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato”.

Con tutta evidenza la disposizione costituzionale dota la regione di una nuova capacità normativa quando intenda dare attuazione agli obblighi internazionali con atti, norme nella quasi generalità dei casi, che rilevino nell’ordinamento interno. Come già si ricordava, la norma riveste una importanza particolare perché offre una soluzione di diritto positivo al problema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento internazionale.

Al fine di dimostrare questo assunto è necessario sia pure brevemente prestare attenzione alle disposizioni di cui all’art.10 Cost. che costituiscono la disciplina fondamentale di questo rapporto (su questi problemi A. MATTIONI, *L’obbligo costituzionale di adeguamento al diritto internazionale e comunitario dopo la revisione del Titolo V della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 1589 ss.).

La norma affrontando il problema delle modalità di trasformazione del diritto internazionale in diritto interno opera una distinzione tra norme internazionali consuetudinarie e norme internazionali di origine pattizia.

Mentre è assistita in dottrina da generale consenso l’idea che le prime siano trasformate automaticamente e quindi destinate a produrre effetti immediati nell’ordinamento interno assumendo sempre nel pensiero diffuso la natura di leggi atipiche, marcato in dottrina è invece il dissenso per ciò che riguarda le norme di diritto pattizio internazionale perché siano messe in grado di produrre effetti nell’ordinamento nazionale. Le tesi spaziano dalle dottrine che ritengono che un’eventuale legge di esecuzione del trattato sia semplicemente dotata dell’efficacia che è propria della categoria cui appartiene, alla dottrina che tutt’al contrario arriva persino a sostenere che anche alle norme pattizie debba essere riservato un regime analogo a quello che governa le consuetudini internazionali e che quindi quando si siano perfezionati nell’ordinamento

internazionale esse debbano risultare direttamente produttive di effetti nell'ordinamento interno (c.d. adeguamento automatico), ad una dottrina che si potrebbe definire intermedia che scorge nell'art. 10 Cost. una norma che dà fondamento ad un obbligo costituzionale di rendere rilevante nell'ordinamento interno gli obblighi assunti nell'ordinamento internazionale.

La dottrina dell'adeguamento automatico del diritto interno al diritto internazionale pattizio ricerca il proprio fondamento nella constatazione che tra le norme internazionali consuetudinarie è da considerare quella che si identifica nel '*pacta sunt servanda*' automaticamente rilevante in quanto norma consuetudinaria nell'ordinamento interno e alla quale si ottempera soltanto se il diritto internazionale pattizio è automaticamente trasformato. La dottrina fondata su una chiara implicazione logica non ha trovato fondamenti nel diritto positivo perché si è sempre dimostrato di credere che per la trasformazione del diritto internazionale fossero necessari atti nazionali di attuazione.

Appellandosi al medesimo principio del '*pacta sunt servanda*' si è proposta una lettura dell'art. 10 Cost. come capace di dare fondamento ad un obbligo costituzionale di rendere rilevanti nell'ordinamento interno i patti internazionali. L'obbligo costituzionale di adeguamento si realizza per un verso nella ricerca di atti dei quali si può assicurare la doverosità e per altro verso nella produzione di effetti che si possono riassumere nella illegittimità costituzionale di atti interni. Leggi soprattutto, che vigente il trattato, fossero emanate in difformità dal trattato stesso e nella collocazione degli atti emanati per l'adeguamento in una condizione giuridica di particolare garanzia; la legge eventualmente impiegata risulterebbe dotata di una efficacia passiva di rango costituzionale.

In sintesi dunque: prima dell'emanazione di queste nuove norme costituzionali la dottrina relativa al rapporto tra diritto interno e diritto internazionale si apriva a tre diverse soluzioni: la tesi dualista secondo la quale gli atti di adeguamento conservano la natura che è loro propria, non rilevando il fatto che siano volti al fine di adeguamento del diritto interno al diritto internazionale; la dottrina dell'adeguamento automatico anche al diritto internazionale pattizio; la dottrina dell'obbligo costituzionale di adeguamento che produce effetti particolari su atti adottati e preclusioni all'emanazione di certi altri.

Si tratta ora di passare ad esaminare quale sia la rilevanza delle nuove disposizioni costituzionali in ordine alla risoluzione del problema qui discusso dei rapporti tra i due ordinamenti.

È necessario a questo scopo mettere in relazioni tra loro alcune nuove disposizioni costituzionali e precisamente:

a.- mettere a confronto la disposizione che stiamo considerando che dota la regione di un potere di stipulare trattati con la disposizione prima considerata che prevede che ai trattati debbano essere resi rilevanti nel diritto interno mediante l'emanazione di atti *ad hoc*;

b.- comparare quest'ultima norma che richiede atti specifici di adeguamento con la norma di cui al comma 1 dell'art. 117 Cost. che stabilisce che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

Quanto al rapporto *sub a.*, la lettura congiunta delle due disposizioni relative al potere della regione di stipulare trattati e alla necessità che si adottino atti specifici per la loro attuazione, la dottrina dell'adeguamento automatico anche al diritto internazionale pattizio è categoricamente da escludere perché è espressamente previsto che ai trattati internazionali si debba necessariamente dare attuazione con atti specifici; si può certamente osservare che questa procedura è riferita all'attività internazionale della regione ma il regime che in proposito si introduce deve risultare necessariamente utile anche con riferimento all'attività internazionale dello Stato; sarebbe infatti assolutamente inconcepibile che l'attuazione di atti internazionali da parte dello Stato e della regione fosse oggetto di due diverse discipline.

Quanto al rapporto *sub b*, la rilevante funzione delle nuove norme costituzionali si manifesta ancora se si mettono in relazione le disposizioni che esigono atti di attuazione del diritto internazionale pattizio con le disposizioni di cui al comma 1 dell’art. 117 Cost. che impongono che la potestà legislativa dello stato e della regione sia esercitata “nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

La constatazione che sono oramai introdotte in Costituzione disposizioni che disciplinano la rilevanza interna del trattato e che danno quindi soluzione al problema del rapporto tra diritto internazionale pattizio e ordinamento interno esclude che le norme di cui al comma 1 dell’art. 117 possano essere considerate norme volte a disciplinare questo rapporto, perché in tal caso esse si presenterebbero come portatrici di una soluzione di adeguamento automatico che come si è visto è assolutamente da escludere.

Le due norme – quelle sull’adeguamento mediante atti *ad hoc* e quelle che impongono il rispetto degli obblighi internazionali (sta a sé il problema del rapporto con il diritto comunitario) – possono invece utilmente coordinarsi se si pensa che la prima disciplina i rapporti tra ordinamenti e che la seconda conferisce alle norme internazionali pattizie rese rilevanti una particolare condizione giuridica.

Le disposizioni di cui all’art. 117, comma 1, in quanto impongono che la legislazione interna rispetti gli obblighi internazionali pattizi resi rilevanti nell’ordinamento interno conferisce ai ‘*pacta recepta*’ una particolare condizione giuridica che li pone al riparo da deroghe da parte degli atti successivi, quanto meno da quelli pari ordinati. Il rapporto tra queste norme dà fondamento ad effetti identici a quelli che si traggono dalla lettura dell’art. 10 Cost. quando in esso si scorge la presenza di un obbligo costituzionale di adeguamento.

Le nuove disposizioni attribuiscono infatti ai ‘*pacta recepta*’ una condizione che risulta possibile soltanto se all’emanazione degli atti attuativi dei patti si è costituzionalmente tenuti.

Inoltre, come già si è messo in evidenza con riferimento alla dottrina dell’obbligo costituzionale di adeguamento, risulta anche preclusa l’emanazione di atti che contrastino con le norme dell’art. 117 Cost. Le nuove disposizioni costituzionali obbligano quindi a leggere l’art. 10 Cost. come portatore di un obbligo costituzionale di adeguamento.

Riassuntivamente: le nuove disposizioni escludono che sia sostenibile la teoria dell’adeguamento automatico al diritto internazionale pattizio perché è espressamente previsto che a questo scopo siano emanati atti che a ciò provvedono; le stesse disposizioni danno fondamento ad una lettura dell’art. 10 come portatrice di un obbligo costituzionale di adeguamento. È del tutto evidente l’insostenibilità della dottrina del dualismo radicale.

Agli effetti che qui interessano le disposizioni che stiamo esaminando non soltanto introducono nuove modalità di esercizio di una potestà normativa della regione e quindi contribuiscono a delineare un quadro del nuovo rapporto della regione con la legge ma se lette come si è proposto in relazione ad altre nuove disposizioni costituzionali danno soluzione al problema della rilevanza del diritto internazionale pattizio e qualificano sotto il profilo dell’efficacia formale le norme dei ‘*pacta recepta*’.

4. Cenni riassuntivi e conclusivi.

Se è un segno di sovranità la titolarità del potere di attribuzione di competenze legislative tra gli enti di cui consta la Repubblica, nel nuovo ordinamento per effetto delle disposizioni ricordate di cui all’art. 117, la regione è resa oggettivamente compartecipe della relativa procedura; è ben vero che al suo azionamento concorre in maniera determinante la legge dello Stato; è però anche vero

che la regione può diventare titolare di nuove funzioni sulla base di una sua iniziativa che include anche la facoltà di concorrere a determinare il contenuto dell'atto attributivo delle nuove funzioni.

Ci si può spingere ad affermare che la regione viene in qualche modo associata all'esercizio di una procedura sovrana.

Se al concetto di sovranità inerisce il concetto di originarietà nel nuovo contesto costituzionale, la disposizione consente che le regioni possano dotarsi originariamente di competenze senza che sulla loro acquisizione possa incidere neanche indirettamente un potere dello Stato.

In questa ipotesi di acquisizione di nuove competenze la regione ha un ruolo determinante perché le è consentito di valutare quando un interesse sociale che non è toccato dalla competenza dello Stato necessita di una disciplina legislativa cui provvedere sulla base di una valutazione originariamente sovrana.

Da ris segnalare la atipicità di una potestà legislativa produttiva di atti interni utili alla formazione di provvedimenti dell'ordinamento comunitario. A questa procedura si può ascrivere anche la possibilità della regione di contribuire a determinare la materia su cui intervenire. Rileva poi osservare che tra le materie di competenza regionale sono da includere anche quelle acquisite a titolo originario; considerazione che potenzia ulteriormente l'autonomia insita in questa nuova specie.

Resta da sottolineare la nuova capacità normativa regionale che deriva dal potere che le è conferito di stipulare atti internazionali destinati a produrre norme nell'ordinamento interno. La disposizione costituzionale in proposito rileva però anche e soprattutto perché offre una soluzione di diritto positivo ad una lettura dell'art. 10 Cost. in quanto portatore di un obbligo costituzionale di adeguamento.

Capacità di partecipare ad una procedura istitutiva di nuove fonti, acquisizione originaria di nuove competenze, atipicità di una potestà normativa, contributo alla positivizzazione di una tesi interpretativa circa i rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale: si è di fronte a nuove fonti produttive di competenze normative e a nuove procedure legislative. La legge, simbolo dello Stato moderno, è protagonista di nuove forme di autonomia fondate su nuove norme costituzionali introdotte dalle revisioni alla Costituzione originaria.

La motivazione delle leggi regionali, con specifico riguardo alla regione Toscana

SOMMARIO: 1. Cenni sulla motivazione delle leggi in generale - 2. La motivazione delle leggi regionali - 3. La previsione, nello statuto della Toscana, dell'obbligo di motivare le leggi e la disciplina attuativa contenuta nella l. r. n. 55/2008 nonché nel regolamento interno del Consiglio regionale - 4. Cenni sull'esaminabilità della motivazione delle leggi toscane - 5. La prassi sulla motivazione delle leggi toscane nell'ultimo decennio - 6. L'esportabilità dell'obbligo di motivazione alle leggi delle altre Regioni nonché alle leggi statali

1. Cenni sulla motivazione delle leggi in generale

Tra le numerose tematiche su cui il professor Costanzo lascia un rilevante contributo deve senz'altro annoverarsi il *drafting* normativo¹: a questo ampio tema è riconducibile anche lo specifico oggetto della presente disamina ossia la motivazione² delle leggi, che si analizzerà riguardo alle leggi regionali ed in particolare a quelle della Toscana, unica Regione finora ad aver introdotto da più di dieci anni l'obbligo di motivare le leggi; prima di svolgere tale disamina, però, merita effettuare qualche cenno sulla motivazione delle leggi in generale, anzi con precipuo riferimento alle leggi statali.

Mentre l'obbligo di motivazione è costituzionalmente previsto per i provvedimenti giurisdizionali (art. 111, comma 6, Cost.) nonché per gli atti dell'autorità giudiziaria restrittivi di alcune libertà (artt.: 13, comma 2, richiamato dal successivo 14, secondo comma; 15, comma 2; 21, comma 3, Cost.) e legislativamente sancito per i provvedimenti amministrativi (art. 3 l. n. 241/1990 e successive modifiche³), non sussiste un'espressa previsione costituzionale che imponga di motivare le leggi, in quanto atti politici per eccellenza; peraltro la Costituzione prescrive che siano motivati taluni atti di rilievo politico adottati da organi costituzionali monocratici (il messaggio di rinvio di una legge alle Camere da parte del Presidente della Repubblica: art. 74, comma 1, Cost.; il decreto del Capo dello Stato che disponga lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta: art. 126, comma 1, Cost.) o collegiali (le mozioni delle Camere di fiducia e sfiducia al Governo: art. 94, comma 2, Cost.; analogamente, la mozione di sfiducia del Consiglio regionale nei confronti del Presidente della Giunta: art. 126, comma 2, Cost.).

Nel passato l'ammissibilità in generale della motivazione delle leggi statali è stata esclusa sia alla luce di un argomento formale cioè la mancanza di un disposto costituzionale contemplante l'obbligo di motivare le leggi⁴, sia in base ad un argomento sostanziale ovvero la natura politica della legge: in quanto atto approvato dalle Camere, elette direttamente dal popolo, la legge esprime al più alto livello la sovranità popolare e quindi non deve giustificare le scelte in essa contenute poiché

¹ Il prof. Costanzo è ideatore e coordinatore del "Codice di *drafting*" articolato in più libri, tra cui uno sul *drafting* regionale e locale: v. la Rivista telematica *Tecniche normative* (www.tecnichenormative.it).

² In linea generale, la motivazione è l'enunciazione dei motivi che hanno determinato l'adozione di un atto giuridico, compiuta dallo stesso organo che ha adottato l'atto. Sulla motivazione nell'ambito costituzionalistico cfr. P. CARETTI, *Motivazione I) Diritto costituzionale*, in in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, vol. XXIII, *passim*.

³ Come è noto, tale disposto al comma 1 stabilisce che la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria; peraltro al comma 2 prevede che la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e quelli a contenuto generale.

⁴ Anche in epoca prerepubblicana si sottolineava la mancanza di una previsione costituzionale dell'obbligo di motivare le leggi: V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Rivista di diritto pubblico* 1937, I, 415 ss., in part. 425-6 e 439.

racchiude in sé la giustificazione della propria esistenza⁵; peraltro, *a contrario*, potrebbe ravvisarsi nella motivazione delle leggi una valenza democratica in quanto essa spiegherebbe ai cittadini come si è formata la scelta delle Assemblee parlamentari, la cui attività è espressione di democrazia rappresentativa.

Invece la motivazione è stata considerata ammissibile, anzi opportuna per due particolari categorie di leggi: da un lato, per le leggi-provvedimento che, avendo un contenuto particolare e concreto, risultano simili sotto il profilo oggettivo ai provvedimenti amministrativi, sottoposti (come ricordato più sopra) all'obbligo di motivazione; dall'altro lato, per le leggi disciplinanti ambiti in cui la Costituzione ha posto limiti o vincoli al legislatore (ad es. una materia coperta da riserva di legge rinforzata), riguardo alle quali può configurarsi il vizio di eccesso di potere legislativo e la motivazione sarebbe utile ai fini del sindacato di costituzionalità sulle medesime⁶. Del resto, la motivazione è doverosa negli atti con forza di legge, tenuti ad illustrare le ragioni dell'esercizio della potestà legislativa da parte del Governo, soprattutto nei decreti-legge i quali devono dar conto che ricorrano i casi straordinari di necessità e urgenza cui è costituzionalmente subordinata l'adozione di tali atti.

Più recentemente però è prevalsa la tesi favorevole alla generale ammissibilità della motivazione delle leggi statali, sulla base di due argomenti⁷.

Un argomento consiste nell'analogia con l'obbligo di motivazione previsto, per gli atti normativi a livello europeo, già dall'art. 190 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (TCEE) e dall'art. 253 del Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE, nella versione consolidata del 2002), con formulazione identica⁸ e più recentemente dall'art. 296, par. 2, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) ove si stabilisce che gli «atti giuridici... sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati»⁹; dunque come gli atti normativi dell'UE sono soggetti all'obbligo di motivazione, così anche le leggi statali dovrebbero essere motivate.

Un altro – e più significativo – argomento a favore dell'ammissibilità della motivazione delle leggi statali si desume dalla revisione del Titolo V, per l'esattezza dagli artt. 117 e 118 Cost. come modificati con l. cost. n. 3/2001:

dall'art. 117, comma 1, Cost., laddove sottopone l'esercizio della potestà legislativa dello Stato al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, deriva che le leggi statali dovrebbero essere motivate al pari degli atti normativi dell'UE (come si è ricordato poc'anzi);

dall'art. 117, comma 3, Cost., disciplinante la potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni, si ricava che il legislatore statale dovrebbe motivare le leggi con cui intervenga, non limitandosi a stabilire i principi fondamentali, nelle materie soggette a tale potestà;

⁵ V. quanto afferma la sentenza della Corte cost. n. 14/1964, punto 3 del *Considerato in diritto*: «non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto».

⁶ Cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968, 134 ss. riguardo al primo tipo di leggi (l'autore precisa, 137-8, che la motivazione può ricavarsi «dalla intitolazione ... o dal testo» della legge «o venire indicata per *relationem*») e 244 ss. riguardo al secondo tipo di leggi.

⁷ Su di essi può vedersi N. LUPO, *La "motivazione" delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, nelle relazioni per il 2002 dell'Osservatorio legislativo interregionale ospitato dal sito del Consiglio regionale della regione Toscana (<https://www.consiglio.regione.toscana.it/>).

⁸ «I regolamenti, le direttive e le decisioni... sono motivati e fanno riferimento alle proposte o ai pareri obbligatoriamente richiesti in esecuzione del presente trattato».

⁹ Sulla motivazione degli atti dell'UE, che comprende una serie di «considerando» e di «visto», cfr. A. MAFFEO, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) n. 3/2018, il quale fa notare (3) che il disposto del TFUE ha un ambito applicativo più ampio dei disposti del TCEE e del TCE: si confrontino invero le citazioni riportate nel nostro testo e nella nota precedente.

dall'art. 118, comma 1, Cost., il quale prevede il conferimento di funzioni amministrative ai livelli territoriali via via superiori sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, discende che la legge statale con cui competenze dalle Regioni fossero conferite allo Stato dovrebbe essere motivata per dimostrare l'effettiva necessità di tale conferimento ed il rispetto dei summenzionati principi.

Sebbene in astratto si riconosca l'ammissibilità della motivazione delle leggi statali, occorre sottolineare che la prassi non evidenzia leggi motivate in senso proprio cioè composte da un preambolo recante la motivazione e dal testo della disciplina; al più si rinvencono – anche recentemente – leggi il cui articolo iniziale contiene una sintetica esplicitazione delle finalità perseguite dal legislatore¹⁰.

2. La motivazione delle leggi regionali

Tratteggiata la tematica dell'ammissibilità della motivazione delle leggi in generale ma principalmente di quelle statali, d'ora in avanti si farà esclusivo riferimento alle leggi regionali.

È di tutta evidenza, per cui non è il caso di soffermarsi sul punto, che valgono altresì per queste ultime gli argomenti a favore dell'ammissibilità della motivazione delle leggi statali – illustrati nella seconda parte del paragrafo precedente – in particolare il riferimento ai novellati artt. 117 e 118 Cost.:

dall'art. 117, comma 1, Cost., laddove sottopone l'esercizio della potestà legislativa delle Regioni – oltre che dello Stato – al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, deriva che le leggi regionali – al pari di quelle statali – dovrebbero essere motivate, così come lo sono gli atti normativi dell'UE in base all'art. 296 TFUE¹¹;

dall'art. 118, comma 1, Cost., il quale prevede il conferimento di funzioni amministrative ai livelli territoriali via via superiori sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, discende che la legge regionale con cui competenze degli enti subregionali fossero conferite alla Regione dovrebbe essere motivata per dimostrare l'effettiva necessità di attuare tale conferimento ed il rispetto dei summenzionati principi, in particolare quello di sussidiarietà¹².

Invece merita soffermarsi ad analizzare se siano applicabili altresì alle leggi regionali gli argomenti – richiamati nella prima parte del paragrafo che precede – contro l'ammissibilità della motivazione delle leggi, quello formale (mancata previsione dell'obbligo di essa) e quello sostanziale (natura della legge), che si esamineranno in ordine inverso.

Riguardo all'argomento sostanziale, il divieto di motivazione in virtù della natura della legge sembra meno plausibile riguardo alle leggi regionali che in riferimento a quelle statali, se non altro perché le prime possiedono con maggior frequenza una natura provvedimentale (ad esempio le Regioni molto spesso adottano leggi-provvedimento per stabilire il calendario venatorio); riguardo alle leggi-provvedimento regionali la motivazione è ammissibile, anzi opportuna perché, come ha

¹⁰ Un esempio recentissimo di siffatte leggi è dato dalla l. 28 febbraio 2020, n. 17 "Norme riguardanti il trasferimento al patrimonio disponibile e la successiva cessione a privati di aree demaniali nel Comune di Chioggia", il cui art. 1, comma 1, esordisce: «La presente legge ha lo scopo di ...».

¹¹ La consapevolezza di conformarsi ad una regola sancita per gli atti normativi dell'Ue ha mosso il legislatore toscano ad approvare la legge n. 55/2008: v. testo relativo alla nt. 19.

¹² Il legislatore regionale deve spiegare perché ha ritenuto non applicabile la regola, sancita dall'art. 118, comma 1, Cost, della tendenziale spettanza ai Comuni della generalità delle funzioni amministrative

sostenuto anche la Corte costituzionale, il legislatore della Regione dovrebbe spiegare le ragioni per cui ha legiferato quello che poteva essere il contenuto di un provvedimento amministrativo¹³.

Riguardo all'argomento formale, occorre (mentre i rilievi svolti sinora valgono per le leggi di tutte le Regioni) distinguere tra Regioni a statuto speciale e quelle a statuto ordinario.

Il divieto di motivazione per la mancata previsione costituzionale di essa potrebbe valere, come per quelle statali, anche per le leggi delle Regioni a statuto speciale, il cui procedimento formativo è regolato rispettivamente dalla Costituzione e dagli statuti regionali speciali (che, come noto, sono fonti di grado costituzionale), ma non vale per le leggi delle Regioni a statuto ordinario: siccome il procedimento formativo di queste ultime leggi è disciplinato dagli statuti regionali ordinari, essi configurano la sede idonea per la previsione – o meno – dell'obbligo di motivare le rispettive leggi. La correttezza dell'individuazione dello statuto come fonte per prevedere il suddetto obbligo è stata esplicitamente riconosciuta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 6 dicembre 2004, n. 379 ove, riferendosi alla motivazione di atti legislativi, afferma essere «evidente che la fonte statutaria di una Regione possa operare proprie scelte» al riguardo¹⁴: quest'ultima espressione lascia intendere che lo statuto regionale potrebbe introdurre l'obbligo di motivazione, come anche non introdurlo.

Pertanto, l'argomento formale, cioè che la motivazione delle leggi debba essere prevista dalla fonte costituzionale o statutaria (rispettivamente per le Regioni a statuto speciale o ordinario), non sembra decisivo rispetto agli altri argomenti che militano a favore dell'ammissibilità della suddetta motivazione; eppure viene richiamato, sia pur genericamente cioè senza specificare la sede della previsione, da documenti come il Rapporto sulla legislazione¹⁵.

Se dunque in astratto si può ritenere ammissibile la motivazione delle leggi regionali, in concreto bisogna verificare se le Regioni, e quali, la prevedano: attualmente essa risulta prevista solo in Toscana.

3. La previsione, nello statuto della Toscana, dell'obbligo di motivare le leggi e la disciplina attuativa contenuta nella l. r. n. 55/2008 nonché nel regolamento interno del Consiglio regionale

L'obbligo di motivare le leggi regionali – ma nel prosieguo si parlerà *tout court* di leggi, qualora non vi sia il rischio di confonderle con quelle statali – è stato introdotto dallo statuto della Regione Toscana pubblicato in data 11 febbraio 2005. L'art. 39, inserito¹⁶ nel Titolo III sulle fonti normative (che comprende anche l'art. 44 sulla qualità delle fonti normative), sancisce al comma 2 che le «leggi

¹³ Sul punto ci permettiamo di rinviare a P. VIPIANA, *Legge-provvedimento regionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche - Aggiornamento*, 2010, 261 e 262, nt. 73 ove sono citate sentenze della Corte costituzionale. Del resto, la motivazione è ammissibile, anzi opportuna anche per le leggi-provvedimento statali, come accennato *supra*, nt. 6.

¹⁴ Citazione tratta dal punto 5 del *Considerato in diritto*, ove la Corte ricorda che la motivazione di atti legislativi «è la regola nell'ordinamento comunitario»; sulla sent. n. 379/2004 – che ha deciso questioni di costituzionalità dello statuto dell'Emilia-Romagna, non di quello della Toscana su cui ci si soffermerà nel paragrafo seguente – v. G. TARLI BARBIERI, *Le fonti del diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale sugli Statuti regionali*, in *Le Regioni* 2005, 590: «la sentenza ammette espressamente che gli Statuti regionali possano imporre la motivazione degli atti normativi».

¹⁵ Il manuale *Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi* promosso dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e Province autonome, al punto 40 lett. c) annovera, tra gli elementi del testo ufficiale dell'atto normativo, «quando l'ordinamento lo prevede, un preambolo o premessa, in cui sono ricordate le basi giuridiche dell'atto (“visto...”) e le sue motivazioni (“considerato...”)»: si noti l'inciso iniziale che allude ad una previsione di carattere generale, per cui sembra da escludersi che il legislatore possa di volta in volta decidere se motivare o meno le proprie leggi.

¹⁶ Si noti che l'art. 39 stat. Toscana sulla motivazione degli atti normativi non è stato impugnato davanti alla Corte costituzionale nel giudizio, conclusosi con la sent. n. 372/2004, riguardo ad altre disposizioni di tale statuto fra cui l'art. 54, comma 3, sulla motivazione degli atti amministrativi (è stata dichiarata la infondatezza della questione di costituzionalità di tale disposto).

e i regolamenti sono motivati, nei modi previsti dalla legge»: dunque prevede espressamente la motivazione richiedendola per entrambe le fonti, legislative e regolamentari (anche se in questo scritto ci si occuperà solo delle prime), ma demanda per intero la disciplina di essa ad una futura legge.

La suddetta disposizione statutaria è significativa perché introduce l'obbligo, non la mera facoltà, di motivare le leggi, anche se durante i lavori preparatori era emerso un orientamento contrario alla doverosità generalizzata in quanto proponeva di demandare alla futura legge regionale la determinazione non solo dei modi, ma anche dei "casi" in cui effettuare la motivazione¹⁷: l'accoglimento di tale proposta avrebbe condotto a distinguere leggi per le quali la motivazione sarebbe stata obbligatoria e altre per cui sarebbe stata facoltativa, mentre il vigente art. 39, comma 2, sancisce l'obbligatorietà di essa per tutte le leggi.

La previsione dell'art. 39, comma 2, dello statuto toscano è stata valutata favorevolmente, sia subito dopo l'entrata in vigore di quest'ultimo sia in anni più recenti, per la sua innovatività e la sua originalità¹⁸: infatti lo statuto toscano era quando fu adottato (rispetto agli altri statuti allora vigenti) ed è ancor oggi (dopo che si è conclusa la fase di adozione di tutti i nuovi statuti ordinari) l'unico a prevedere l'obbligo di motivazione delle leggi.

Lo statuto toscano ha introdotto la motivazione al fine di realizzare maggior trasparenza e democraticità nel procedimento legislativo regionale: come si legge nella relazione del presidente della Commissione incaricata di redigere lo statuto, «la regola della democrazia è... la trasparenza... far sapere cosa si è fatto e perché»; siccome tale l'obbligo di motivazione è già soddisfatto dagli atti normativi dell'Unione europea, «la previsione statutaria è anche un modo per avvicinarsi all'Europa»¹⁹.

Benché molto rilevante in quanto originale, l'art. 39, comma 2, Stat. Tosc. risulta una disposizione generica, in quanto si limita alla mera previsione dell'obbligo di motivare le leggi, e non autoapplicativa: perciò è alla legge, alla quale esso rinvia, che compete disciplinare specificamente le modalità di esplicarsi della motivazione, cioè come quest'ultima dev'essere articolata e quale grado di precisione deve avere (anche a seconda dell'importanza della legge cui è riferita), aspetti determinanti l'effettiva utilità della motivazione medesima²⁰.

Il rinvio dell'art. 39, comma 2, stat. Toscana al legislatore per la disciplina della motivazione è stato svolto, peraltro non tempestivamente ossia più di quattro anni dopo l'entrata in vigore dello statuto, dalla l. r. 22 ottobre 2008, n. 55 "Disposizioni in materia di qualità della normazione": l'art. 1, comma 2, annovera specificamente tra le finalità della legge la disciplina della motivazione delle

¹⁷ Sui lavori preparatori dell'art. 39 Stat. Tosc. si veda M. CARLI, *Commento all'art. 39*, in P. CARETTI – M. CARLI – E. ROSSI (a cura di), *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Giappichelli, Torino, 2005, 196, il quale riferisce altresì che nel testo non definitivo dell'articolo in esame era previsto il termine di un anno entro cui il legislatore avrebbe dovuto approvare la disciplina della motivazione, ma siffatta previsione è stata soppressa perché avrebbe sminuito l'innovatività dell'aver introdotto l'obbligo di motivare le leggi. Tuttavia, bisogna ricordare che la legge disciplinante la motivazione è intervenuta più di quattro anni dopo (v. il prosieguo del nostro testo).

¹⁸ V. rispettivamente: G. PUCCINI, *Introduzione* al Titolo III "Le fonti normative", in P. CARETTI – M. CARLI – E. ROSSI (a cura di), *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Giappichelli, Torino, 2005, 190 (la «portata innovativa appare direttamente proporzionale all'estrema tenacia e vischiosità delle remore di ordine teorico-concettuale e di ordine politico-istituzionale, che hanno fin qui impedito l'introduzione di un obbligo del genere a livello statale») e, a distanza di una decina/quindicina di anni, T. GIOVANNETTI – E. MALFATTI – P. PASSAGLIA, *Le fonti del diritto*, in P. CARROZZA – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Toscana*, Giappichelli, Torino, 2015, 222 e P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 191.

¹⁹ Citazione riportata da M. CARLI, *Commento*, cit., 197; l'autore ivi sottolinea che la motivazione della legge consente di accertare il rispetto dell'art. 118, commi 1 e 6, Cost. da parte del legislatore regionale.

²⁰ Cfr. G. PUCCINI, *Introduzione*, cit., 194: il rendimento della previsione dell'obbligo di motivare le leggi «dipende per intero... dai "modi" di assolvimento di tale obbligo... ed in particolare dal grado di specificità» della motivazione. Sulla non autoapplicatività dell'art. 39 Stat. Tosc., v. M. CARLI, *Commento*, cit., 198.

fonti normative regionali, in attuazione dell'art. 39 Statuto; l'intero art. 9 è dedicato alla motivazione, precisando la sede ove è collocata, il contenuto che deve possedere e le modalità con cui dev'essere votata. La disciplina di quest'ultimo aspetto concerne solo le leggi, mentre quella degli altri aspetti è riferita sia alle leggi sia ai regolamenti, anche se nel prosieguo si illustrerà solo la motivazione delle leggi.

Riguardo anzitutto alla sede, la motivazione della legge è collocata in un preambolo²¹, che costituisce parte integrante del testo legislativo (art. 9, comma 1): tale precisazione è importante perché conferisce al preambolo della legge un valore giuridico; invece spesso, quando si parla del preambolo di un atto, s'intende un enunciato che precede il testo dell'atto, ma rimane distinto da tale testo, assumendo rilevanza solo politica.

Quanto poi al contenuto, la motivazione della legge consta di due parti, che elencano una i "visto" e l'altra i "considerato", ossia gli elementi caratteristici della motivazione di altri atti giuridici come i provvedimenti amministrativi: questo disposto risulta apprezzabile, mentre il configurare la motivazione come testo discorsivo enunciante le finalità perseguite dal legislatore avrebbe comportato l'assimilabilità di essa alla relazione illustrativa del progetto di legge.

I "visto" (art. 9, comma 2) indicano il quadro giuridico di riferimento e le fasi principali del procedimento formativo della legge, come i pareri obbligatori e le eventuali pronunce del Collegio di garanzia previsto dall'art. 57 dello Statuto: riguardo a queste ultime – espressamente indicate dal disposto legislativo in esame – occorre che, nell'approvare (dopo averla riesaminata) la legge su cui il Collegio aveva espresso un giudizio di non conformità rispetto allo statuto, il Consiglio regionale dia conto di aver visionato la pronuncia dell'organo di garanzia²²; quanto ai pareri obbligatori – genericamente richiamati dal suddetto art. 9 – il medesimo Consiglio deve attestare di aver preso visione soprattutto di quelli espressi dal Consiglio delle autonomie locali (oltre che su altri atti) sulle proposte di legge riguardanti l'attribuzione e l'esercizio delle competenze degli enti locali, in base all'art. 66, comma 3, Stat. Toscana²³.

I "considerato" (art. 9, comma 3) illustrano concisamente le ragioni che hanno indotto a formulare le principali disposizioni del testo legislativo, senza però riprodurre o parafrasare gli enunciati di esso, ed altresì spiegano in maniera adeguata i motivi dell'eventuale mancato o parziale accoglimento dei pareri e delle pronunce menzionati poco sopra (dal comma 2 del medesimo articolo).

La legge toscana in esame si limita a tratteggiare in cosa consistono i "visto" e i "considerato", ma aggiunge (art. 9, comma 5) che ulteriori specificazioni sulle caratteristiche e sui contenuti di entrambi gli elementi della motivazione della legge possono essere stabilite dal regolamento interno del Consiglio regionale sulla base delle intese di cui al successivo art. 20 (intese tra Consiglio e Giunta

²¹ Talvolta (v. i regolamenti consiliari citati nel prosieguo del paragrafo) ci si riferisce indifferentemente alla motivazione ed al preambolo, operando così una identificazione tra contenuto e contenitore.

²² Riguardo al Collegio di garanzia statutaria si tornerà nel paragrafo che segue, a proposito del controllo esercitato da tale organo specificamente sulla motivazione delle leggi regionali.

²³ Il comma 4 dell'art. 66 Stat. Toscana prevede che, qualora il parere del Consiglio delle autonomie locali sia contrario o condizionato all'accoglimento di modifiche, il legislatore regionale possa disattenderlo, ma «con motivazione espressa»: si ha un caso particolare di obbligo – per l'esattezza, un onere – di motivazione, riguardante leggi adottate in una determinata materia (competenze degli enti locali) e in una specifica ipotesi (eventuale scostamento dal parere del Consiglio delle autonomie), mentre l'art. 39 Stat. sancisce un generale obbligo di motivazione cioè concernente leggi approvate in qualsiasi materia e in qualunque ipotesi. Deve comunque osservarsi che l'art. 10 della l. r. 4 giugno 2008, n. 34 "Costituzione e funzionamento del Collegio di garanzia" richiama quest'ultimo disposto statutario prevedendo che, qualora il Consiglio regionale non adegui la legge ai rilievi del Collegio approvandola nuovamente senza modifiche, «la motivazione del mancato adeguamento è espressa ai sensi della legge regionale che disciplina la motivazione delle leggi... ai sensi dell'articolo 39 dello Statuto» (viene fatto un richiamo a quella che sarebbe stata approvata pochi mesi dopo ossia alla l. r. n. 55/2008).

riguardo alla predisposizione di regole comuni per redigere la motivazione rispettivamente delle leggi e dei regolamenti). Dunque, il grado di accuratezza della motivazione, già abbastanza alto in base alla disciplina legislativa, è suscettibile di venir ancora aumentato dalla successiva disciplina regolamentare; tuttavia spetterà poi al legislatore determinare quanto debba essere puntuale la motivazione di ogni legge.

L'accuratezza della motivazione non dovrebbe peraltro essere confusa con la sua ampiezza (ed invero l'art. 9 suddetto prevede che la medesima sia formulata in modo conciso), anche perché un preambolo troppo lungo, soprattutto se sproporzionato rispetto all'articolato legislativo, non gioverebbe alla qualità della redazione della legge.

All'accuratezza (nel senso di specificità ovvero non vaghezza) della motivazione dovrebbe accompagnarsi un altro requisito molto importante di quest'ultima cioè la coerenza: nel preambolo dovrebbero venire indicate solo le ragioni che hanno condotto ad approvare la disciplina contenuta nell'articolato legislativo, mentre sarebbe preferibile omettere altre considerazioni, magari attinenti alla materia oggetto della legge, ma che non hanno determinato le scelte compiute dal legislatore.

Riguardo infine alle modalità con cui è votata, la motivazione della legge è posta in votazione prima del voto finale, nei modi stabiliti dal regolamento interno del Consiglio regionale (art. 9, comma 4): essa è da ritenersi debba essere votata dopo il voto articolo per articolo poiché l'approvazione dell'articolato legislativo dovrebbe precedere quella dei motivi per i quali la disciplina è stata adottata, anche se nella struttura della legge il preambolo (contenente la motivazione) precede il testo degli articoli.

La disciplina della motivazione dettata dalla l. r. n. 55/2008 richiedeva di essere specificata ad opera del regolamento consiliare interno: al riguardo si sono avuti, nel giro di pochi anni, tre interventi del Consiglio regionale.

Parallelamente all'adozione della legge e al fine di garantire la tempestiva operatività della disciplina in essa contenuta, il Consiglio regionale approvava una prima modifica al proprio regolamento interno²⁴: tale delibera del 2008 richiedeva che la motivazione fosse contenuta già nella proposta di legge, prevedeva la correzione della motivazione e la verifica della corrispondenza tra essa e l'articolato legislativo nonché ammetteva la possibilità di emendare la medesima²⁵.

Tali disposti erano significativi perché dimostravano che la motivazione era ritenuta parte integrante della legge ossia un elemento necessario di quest'ultima, anche sotto il profilo dell'emendabilità: veniva addirittura previsto che potesse venire emendata solo la motivazione, non il testo della disciplina contenuta nella legge.

La modifica regolamentare del 2008 veniva compiuta per consentire l'immediata applicabilità della legge n. 55/2008, ma il Consiglio si riservava di effettuare nel prosieguo la revisione integrale del suo regolamento interno: due anni dopo è stato adottato il regolamento 27 gennaio 2010, n. 12

²⁴ La delibera modificante il regolamento interno del Consiglio regionale ha consentito di rispettare il termine previsto dall'art. 21, comma 2, l. n. 55/2008: v. inizio del paragrafo seguente. Essa è pubblicata nello stesso numero del Bollettino Ufficiale della Regione Toscana (29 ottobre 2008, n. 34) in cui è stata pubblicata la l. r. n. 55/2008.

²⁵ La delibera del 2008 di modifica del regolamento consiliare da un lato sostituiva l'art. 89, il cui comma 2 riformulato disponeva che le proposte di legge dovessero «contenere un preambolo con la motivazione redatta ai sensi della legge regionale sulla normazione», dall'altro lato aggiungeva gli artt. 105-ter e 105-quater. L'art. 105-ter prevedeva che il presidente della commissione consiliare disponesse che gli atti in approvazione venissero se necessario «corretti nella motivazione, in coerenza con le corrispondenti disposizioni normative» (comma 2, lett. c) e potesse far effettuare il coordinamento tecnico dei testi da essa approvati, anche riguardo alla «coerenza tra motivazione e corrispondenti disposizioni normative» (comma 3); l'art. 105-quater dedicato interamente alla motivazione, oltre a prevedere la votazione di questa prima del voto finale (disposto ricalcante l'art. 9, comma 4, legge n. 55), stabiliva che gli emendamenti al testo di una proposta di legge, se incidenti sulla motivazione, dovessero «contenere anche la... proposta di modifica della motivazione» e ammetteva emendamenti modificanti solo il testo della motivazione purché fosse «mantenuta la coerenza tra la motivazione e il testo dell'articolato».

che da un lato riprendeva i disposti della delibera consiliare del 2008 sulla necessità della presenza del preambolo nella proposta di legge, sulla coerenza tra motivazione e articolato legislativo nonché sulla emendabilità della motivazione, dall'altro lato disciplinava ampiamente le modalità di voto sulla motivazione, che invece non erano state specificate dalla suddetta delibera²⁶.

Dopo un quinquennio è stato approvato un altro regolamento consiliare interno, il regolamento 24 febbraio 2015, n. 27 a tutt'oggi in vigore.

In alcuni disposti esso conferma la disciplina della motivazione contenuta in quello previgente: anzitutto stabilisce (art. 125, comma 2) che le proposte di legge «devono essere composte da un preambolo e da uno o più articoli»; inoltre prevede (art. 151, commi 2, lett. c, e 3) che il presidente della commissione, quando necessario, «dispone che gli atti in approvazione dalla commissione siano... corretti nella coerenza tra la motivazione e le corrispondenti disposizioni normative e non contenenti norme intrusive, estranee alla motivazione ed alle finalità dell'atto» e «può disporre... coordinamento tecnico dei testi approvati dalla commissione, anche per quanto attiene alla coerenza tra motivazione e corrispondenti disposizioni normative»; ancora sancisce (art. 140, commi 1 e 2) che gli «emendamenti al testo di una proposta di legge, quando incidono sulla motivazione, devono contenere anche la relativa proposta di modifica del preambolo» e che emendamenti modificanti «soltanto il testo del preambolo sono ammessi purché sia mantenuta la coerenza tra la motivazione e il testo dell'articolato»²⁷.

In altri disposti il summenzionato regolamento del 2015 riformula in maniera più organica la disciplina della motivazione dettata in quello previgente: riguardo alle modalità di voto (art. 144, commi 7-11) anzitutto stabilisce che, concluso il voto sugli emendamenti e sugli articoli, «sono posti in votazione gli altri emendamenti al preambolo e il preambolo» poi «si procede al voto finale sulla legge»²⁸; inoltre ribadisce che il preambolo «è posto in votazione complessivamente prima del voto finale»; infine prevede che, se dopo l'approvazione degli articoli il Consiglio non approvi il preambolo, il Presidente del Consiglio «rinvia l'atto in commissione per la formulazione di una nuova proposta di preambolo» indi il Consiglio «vota esclusivamente il nuovo preambolo ed il testo finale»²⁹.

Riguardo al regolamento del 2015 è da segnalare soprattutto l'ultima disposizione richiamata, la quale prevede un'ipotesi che risulta rara a verificarsi, data la stretta interrelazione tra articolato legislativo e motivazione (se venisse approvata la prima, dovrebbe essere approvato anche il secondo), ma che è molto significativa perché conferisce autonomo rilievo al preambolo.

Le tre successive modifiche del regolamento consiliare interno, evidenziando il progressivo perfezionamento della normazione sull'obbligo di motivare le leggi, rivelano lo sforzo del Consiglio regionale toscano di sistematizzare la disciplina attuativa della legge n. 55/2008, dando una

²⁶ Il regolamento del 2010: similmente alla delibera del 2008 di modifica del regolamento consiliare, prevedeva (art. 119, comma 2) che le proposte di legge fossero composte da un preambolo e da uno o più articoli, richiedeva la coerenza tra motivazione e testo della legge (art. 141, comma 2, lett. c, e comma 3) e disciplinava l'emendabilità della motivazione (art. 142, commi 1 e 2); a differenza della suddetta delibera, disciplinava ampiamente le modalità di voto sulla motivazione (artt. 136, commi 5, 6 e 7, nonché 142, commi 4 e 5), non specificate in quella delibera.

²⁷ Diversa dalla emendabilità del testo e del preambolo di una proposta di legge è l'ipotesi della modifica di una disciplina legislativa preesistente senza che venga adeguata la motivazione: in tal caso, per modificare il preambolo, dovrebbe intervenire la legge di manutenzione prevista dall'art. 13 l. r. n. 55/2008 con la competenza fra l'altro di inserire «contenuti divenuti obbligatori per disposizioni ... regionali» (tra questi rientra l'obbligo di motivazione).

²⁸ Il disposto in esame prevede altresì che, qualora una proposta di legge consti di un solo articolo, si effettua un'unica votazione per approvare l'articolo, il preambolo e la legge nel suo complesso e che, qualora tutti gli articoli di una proposta di legge siano stati respinti, il Presidente del Consiglio non dà luogo alla votazione del preambolo e al voto finale, dichiarando che la proposta è respinta.

²⁹ Il regolamento del 2015 racchiude in un unico articolo (144, commi 7-11) i disposti sulle modalità di votare la motivazione che nel regolamento del 2010 erano collocati in articoli distinti (136, commi 5-7, e 142, commi 4 e 5).

soluzione ai problemi che si erano posti all'indomani dell'approvazione di quest'ultima, in particolare (per quanto riguarda l'oggetto del presente saggio) quelli relativi alla possibilità di emendare la motivazione e alle modi per votarla.

Sulla motivazione delle leggi la Regione Toscana ha dunque adottato una compiuta disciplina a tre livelli, con un grado via via maggiore di approfondimento: da quella statutaria molto concisa, a quella legislativa più ampia, a quella regolamentare (del regolamento interno del Consiglio) ancora più ampia; tale articolata disciplina costituisce un modello di tecnica normativa per l'introduzione dell'obbligo di motivare le leggi.

4. Cenni sull'esaminabilità della motivazione delle leggi toscane

Dopo aver preso in esame come è disciplinata la motivazione delle leggi in Toscana, merita accennare alle modalità con cui essa può venire considerata in sede di controllo (per usare un termine generico) sulle leggi medesime: al riguardo si devono distinguere gli interventi effettuabili da due diversi organi, uno regionale cioè il Collegio di garanzia statutaria, l'altro statale ossia la Corte costituzionale.

La motivazione è esaminabile dal Collegio di garanzia statutaria, cui l'art. 57 Stat. Toscana affida la verifica della rispondenza delle fonti normative regionali allo statuto³⁰.

Anzitutto il suddetto organo, nell'accertare la conformità statutaria di una legge regionale, deve controllare se la motivazione è presente e quindi risulta rispettato l'art. 39, comma 2, Stat. che ne prevede l'obbligo³¹, anche se è praticamente da escludersi che venga approvata una legge priva di motivazione perché in base all'art. 45, comma 1, Stat. le commissioni consiliari esercitano controlli preventivi sulle proposte di legge, le quali a norma dell'art. 125, comma 2, regolamento interno del Consiglio (menzionato nel par. prec.) devono contenere un preambolo oltre all'articolato legislativo.

Inoltre il Collegio di garanzia dovrebbe, anche se ciò non emerge direttamente dal suddetto disposto, accertare se la motivazione sia stata formulata e votata correttamente, cioè nell'osservanza delle prescrizioni legislative e regolamentari attuative del disposto statutario; è invece dubbio se il medesimo organo possa altresì verificare che la disciplina contenuta nella legge sia corrispondente ai motivi esposti nel preambolo, perché ciò comporterebbe un controllo penetrante sulle scelte del legislatore regionale.

La motivazione può essere esaminata altresì dalla Corte costituzionale, nel giudizio di costituzionalità sulle leggi regionali: non tanto come oggetto esclusivo di esso, siccome è altamente improbabile che tale giudizio si instauri solo sul preambolo di una legge e non anche sul testo della medesima (soprattutto nei giudizi attivati in via incidentale, perché difetterebbe il requisito della rilevanza), quanto piuttosto come elemento da considerare in relazione alla disciplina introdotta dalla legge, soprattutto se di carattere provvedimentale.

Ciò si è verificato nella sentenza della Corte costituzionale 22 luglio 2010, n. 266 dichiarante l'incostituzionalità, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., dell'art. 2 l. r. Toscana 17 settembre 2009, n. 53 ("Disciplina dell'attività di cattura degli uccelli selvatici da richiamo per l'anno 2009 ...") il quale autorizzava la cattura delle specie di uccelli ivi indicate, in deroga al divieto di cattura

³⁰ Si veda il comma 1; il successivo comma 3 prevede che il giudizio di non conformità allo statuto comporta il riesame della fonte normativa ritenuta non conforme.

³¹ In base all'art. 11 della l. r. n. 55/2008, il Collegio di garanzia è competente ad accertare la «violazione, da parte di leggi ... regionali, delle norme statutarie in materia di qualità della normazione» tra cui è annoverabile quella che prevede l'obbligo di motivazione delle leggi regionali (art. 39, comma 2, Stat.). In particolare, il Collegio di garanzia può controllare se è espressamente motivata, come richiede l'art. 66, comma 4, Stat. Tosc., la legge regionale disciplinante le competenze degli enti locali che abbia disatteso il parere contrario del Consiglio delle autonomie locali.

previsto da alcune direttive europee: la Corte sottolinea che la motivazione della legge toscana è insufficiente a salvare il suddetto disposto dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale in quanto «la motivazione, seppure formalmente esistente, risulta fondata su petizioni di principio prive di alcun riferimento alle condizioni concrete che avrebbero potuto, in ipotesi, giustificare la deroga adottata»³²; dalle parole del giudice costituzionale sembra desumersi che la motivazione non solo deve sussistere, ma anche dovrebbe essere sufficiente a spiegare le ragioni delle scelte del legislatore³³.

5. La prassi riguardo alla motivazione delle leggi toscane dell'ultimo decennio

Dopo aver analizzato, sotto vari aspetti, la disciplina sull'obbligo di motivare le leggi in Toscana, occorre illustrare la prassi relativa all'osservanza di tale obbligo, anche per verificare l'effettiva utilità della motivazione.

Premesso che l'applicabilità dell'art. 9 l. r. n. 55/2008 è stata sancita (art. 21, comma 2, della legge in parola) a decorrere dal 1° gennaio 2009, si tratta di esaminare se e come sono state motivate le leggi toscane: mentre alcune ricognizioni sono state effettuate dopo pochi mesi o pochi anni da quando il suddetto obbligo fu introdotto³⁴, manca una disamina a più largo raggio che copra la dozzina di anni da siffatta introduzione ad oggi.

Dall'analisi svolta sulle leggi toscane dell'ultimo dodicennio emerge che l'obbligo di motivazione è stato (a partire dalla l. r. 4 febbraio 2009, n. 4 "Spese di rappresentanza del Consiglio regionale") rispettato da tutte le suddette leggi, anche da quelle contenenti una disciplina ridottissima come la modifica di un articolo di una legge anteriore³⁵ o la mera abrogazione di una legge precedente³⁶; il suddetto obbligo è stato osservato altresì dalle leggi regionali statutarie cioè modificanti alcune disposizioni dello statuto³⁷.

La motivazione delle leggi toscane può essere analizzata (si citeranno soprattutto leggi degli ultimi anni, perché quelle meno recenti sono state già prese in esame nelle suddette ricognizioni) sotto due diversi profili, quantitativo e qualitativo.

Riguardo al profilo quantitativo, si tratta di considerare la lunghezza della motivazione che può essere esaminata sia in senso assoluto, cioè riguardo alla somma dei "visto" e dei "considerato" che la compongono, sia in senso relativo, cioè nel rapporto tra tale lunghezza e quella dell'articolato legislativo.

Nel primo senso può rilevarsi che nella grande maggioranza delle leggi il preambolo comprende un numero abbastanza basso (qualche unità o una decina/quindicina) di "visto" e di "considerato",

³² Citazione tratta dal punto 7 del Considerato in diritto (la sentenza fa riferimento alla direttiva 79/409/CEE e alla direttiva 2009/147/CE, che ha abrogato la precedente): dunque la Corte ha accertato l'esistenza della motivazione, ma ne ha affermato la inadeguatezza. Invece la Regione aveva sostenuto che il preambolo della l. r. n. 53/2009 esplicitava «chiaramente le ragioni giustificative della autorizzazione in deroga» (punto 5.1 del Ritenuto in fatto).

³³ Su tale sentenza, v. M. PICCHI, *Un altro caso di motivazione obbligatoria della legge (nell'attesa del riconoscimento del principio generale)*, in *Giur. cost.* 2010, in particolare paragrafo 5 (ove l'autrice distingue i tre casi di assenza totale, insufficienza e contraddittorietà della motivazione).

³⁴ Cfr. per i primi mesi del 2009 S. BOCCALATTE, *Aspetti teorici e formali della motivazione della legge: l'esperienza toscana (l. r. 55/2008) alla luce della casistica straniera*, intervento all'Osservatorio legislativo interregionale, Roma 24-25 settembre 2009, reperibile nelle relazioni per il 2002 dell'Osservatorio legislativo interregionale ospitato dal sito del Consiglio regionale della regione Toscana (<https://www.consiglio.regione.toscana.it/>); A. G. ARABIA, *I limiti della motivazione delle leggi regionali. L'esperienza toscana a sei anni dall'introduzione dell'obbligo di motivare gli atti normativi*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano, 2015, 35 ss.

³⁵ V., ad es., l. r. n. 41/2019, che modifica un articolo della l. r. n. 42/1998.

³⁶ Cfr., ad es., l. r. n. 43/2017, che abroga la l. r. n. 21/2003.

³⁷ Dalla l. r. n. 1/2010 alla l. r. n. 4/2019.

mentre in alcune leggi il preambolo contiene un numero o molto esiguo o molto cospicuo di tali elementi: da una parte si riscontrano leggi il cui preambolo racchiude due “visto” e un “considerato”³⁸ o due “visto” e due “considerato”³⁹, dall’altra parte leggi il cui preambolo è costituito da decine di “visto” e di “considerato”⁴⁰. In particolare il preambolo è molto lungo in tutte le leggi finora adottate, dalla l. r. 75/2009 alla l. r. n. 51/2020, di “manutenzione dell’ordinamento regionale”⁴¹ e precisamente la massima lunghezza si riscontra nel preambolo della l. r. 18 giugno 2012, n. 29 recante ben settantaquattro “visto” e sessantacinque “considerato”; molte presentano la caratteristica per cui il preambolo risulta redatto in corrispondenza con la struttura della legge, ossia i “considerato” sono riferiti specificamente ai singoli capi e alle singole sezioni che compongono il testo legislativo: in genere la numerazione è unica per tutti i “considerato”, talora invece è distinta per ogni gruppo di “considerato” anche se in tal caso non emerge con immediatezza il numero complessivo dei medesimi⁴².

Nel secondo senso cioè quanto al rapporto fra la lunghezza del preambolo e quella dell’articolato legislativo, solitamente una legge che contiene un’ampia disciplina reca anche una motivazione particolareggiata, ma si rinvengono casi in cui la motivazione è sproporzionata rispetto al testo cioè leggi o composte da un lungo preambolo e da un solo articolo oppure da una breve motivazione e da un cospicuo articolato legislativo⁴³.

Riguardo al profilo qualitativo, si tratta di valutare la chiarezza della motivazione, in particolare con riferimento alla linearità dell’esposizione dei motivi e alla specificità (nel senso di non genericità) delle ragioni addotte: sotto il primo aspetto, una motivazione formulata in modo farraginoso non aiuta a comprendere i fattori che hanno determinato l’intervento legislativo⁴⁴; sotto il secondo aspetto, una motivazione vaga non è utile a giustificare le scelte compiute dal legislatore, come la Corte costituzionale ha messo in luce riguardo alla l. r. n. 53/2009 scrutinata nella sentenza n. 266/2010 (*supra*, all’inizio del paragrafo).

In particolare dovrebbe essere effettuata in modo assai preciso la motivazione di alcune leggi aventi carattere delicato, ad esempio quelle di interpretazione autentica e quelle che disciplinano il conferimento alla Regione di compiti degli enti subregionali: nelle leggi del primo tipo, il preambolo deve spiegare i motivi per cui il legislatore ha ritenuto necessario fornire la corretta interpretazione di una precedente disciplina legislativa, come è stato fatto in modo accurato dal preambolo della l. r. 16 ottobre 2018, n. 57 ove il legislatore regionale ha illustrato anche le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla interpretazione ritenuta scorretta⁴⁵; nelle leggi del secondo tipo, la motivazione deve

³⁸ Cfr. le ll. rr. nn. 13/2009, 8/2011, 73/2013, 6 e 55/2015.

³⁹ V. le ll. rr. nn. 82/2014 e 56/2015.

⁴⁰ Come la l. r. n. 29/2012 che si citerà nell’immediato prosieguo del testo.

⁴¹ Prevista dall’art. 13 della l. r. n. 55/2008, il cui art. 9 disciplina la motivazione. V. le ll. rr. nn. 75/2009, 10/2011, 29/2012, 47/2013, 58/2016, 70/2017, 3/2019 e 51/2020.

⁴² La numerazione separata si trova nella l. r. n. 75/2009, la numerazione unica nelle altre leggi di manutenzione; nelle ll. rr. n. 70/2017, 3/2019 e 51/2020 i “considerato” non sono riferiti ai capi e alle sezioni del testo legislativo, mentre nelle altre leggi di manutenzione il preambolo ha struttura articolata.

⁴³ Anziché citare casi riconducibili alle due ipotesi, si accenna ad un altro aspetto. Talora fra due preamboli che presentano consistenza simile (una decina o dozzina di elementi): uno può risultare lungo, se la legge è composta da un solo articolo, come nel caso della l. r. n. 37/2010 avente un preambolo con 5 *visto* e 5 *considerato* e un unico articolo; l’altro può risultare breve, se la legge è formata da numerosi articoli, come nel caso della l. r. n. 2/2019 recante un preambolo con 5 *visto* e 7 *considerato* ed un testo con oltre 30 articoli.

⁴⁴ La «leggibilità del preambolo diventa in alcuni casi problematica, o comunque assai complessa»: T. GIOVANNETTI – E. MALFATTI – P. PASSAGLIA, *Le fonti del diritto*, cit., 222-3.

⁴⁵ Il legislatore, interpretando autenticamente l’art. 14 l. r. n. 8/2006 il quale prevede la presentazione della segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) per le piscine private ad uso collettivo, ha chiarito che la Scia dev’essere presentata solo per le nuove piscine, non per quelle già in esercizio: invece, ritenendo che dalla legge regionale si

illustrare le ragioni per cui il legislatore ha attratto a livello regionale competenze degli enti subregionali ovvero dimostrare che è stato rispettato il principio di sussidiarietà (che ammette siffatta attrazione se c'è necessità di un esercizio unitario di quelle competenze da parte della Regione)

Nella disamina sulla motivazione delle leggi toscane infine occorre segnalare quelle, non infrequenti, il cui preambolo è stato modificato da leggi successive: si è dunque verificata l'ipotesi, prevista dai regolamenti consiliari citati nel paragrafo che precede, della emendabilità della motivazione. Invero quest'ultima è stata modificata nella grande maggioranza dei casi in misura contenuta, mentre in qualche caso con notevole ampiezza, come la l. r. 1° marzo 2019, n. 13 dimostra⁴⁶; inoltre la modifica ha riguardato talvolta sia il preambolo sia l'articolato legislativo⁴⁷, talaltra soltanto il preambolo⁴⁸: la prassi ha così risposto affermativamente al quesito, postosi all'indomani della introduzione dell'obbligo di motivare le leggi, se fosse emendabile la sola motivazione; significativo è poi il caso della l. r. 18 ottobre 2013, n. 57 la cui motivazione è stata emendata una prima volta dalla l. r. 23 gennaio 2018, n. 4 contestualmente al testo legislativo, e poi modificata una seconda volta dalla – di pochi mesi posteriore – l. r. 30 maggio 2018, n. 27, indipendentemente dal testo legislativo cioè senza che fossero apportate modifiche a questo⁴⁹.

6. L'esportabilità dell'obbligo di motivazione alle leggi delle altre Regioni nonché alle leggi statali

L'accurata disciplina sulla motivazione delle leggi e la complessivamente apprezzabile prassi attuativa nella Regione Toscana forniscono un esempio per le altre Regioni riguardo alla previsione e all'osservanza (la prima ovviamente preliminare alla seconda) dell'obbligo di motivare le leggi.

A tutt'oggi però, anche se si è da più parti sostenuta l'opportunità della motivazione delle leggi⁵⁰, nessuna delle altre Regioni ha introdotto il suddetto obbligo in via generale⁵¹, né risulta siano in corso di approvazione delle proposte volte ad introdurlo: ciò stupisce soprattutto con riguardo alle Regioni i cui statuti disciplinano le tematiche relative alla qualità della normazione⁵², mentre istituti come le clausole valutative rientranti in quelle tematiche sono previsti sia dallo statuto toscano sia da altri statuti⁵³.

desumesse anche per queste ultime la doverosità della Scia, le autorità competenti avevano sanzionato casi di mancata presentazione. V. la motivazione anche della l. r. n. 80/2013.

⁴⁶ Nel preambolo di tale legge, dopo il considerato 12, sono stati aggiunti i considerati da 12-bis a 12-octies ad opera della l. r. n. 50/2019: la lunghezza del preambolo è così stata quasi raddoppiata.

⁴⁷ Cfr. le ll. rr. nn. 86/2016, 62/2018, 19/2019 e prima ancora le nn. 66/2012, 46/2013 nonché 30, 35 e 46/2015.

⁴⁸ Si veda la l. r. n. 27/2018 su cui si tornerà nel prosieguo.

⁴⁹ In tal caso si sono susseguite le due ipotesi menzionate in precedenza cioè la modifica contestuale del preambolo e dell'articolato legislativo e la modifica solo del preambolo.

⁵⁰ Tale opportunità pare desumersi anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 266/2010 menzionata nel paragrafo precedente che, scrutinando (oltre alla legge toscana ivi citata) una legge della Lombardia priva di motivazione (lo statuto lombardo non la prevede), sembra ritenere auspicabile quest'ultima laddove sottolinea: «deve rilevarsi la completa omissione di qualsiasi cenno in ordine alla sussistenza delle condizioni e dei presupposti richiesti ...» (punto 7 del Considerato in diritto).

⁵¹ Neanche le Regioni i cui statuti prevedono che il Consiglio regionale debba motivare gli atti (tra cui le leggi relative alle funzioni degli enti locali) adottati disattendendo il parere contrario del Consiglio delle autonomie locali: art. 81, comma 2, stat. Basilicata e art. 54, comma 8, stat. Lombardia (altri statuti prevedono che, per discostarsi da tale parere, il Consiglio regionale deve approvare l'atto a maggioranza assoluta).

⁵² Cfr. gli artt: 40 stat. Abruzzo, 44 stat. Basilicata, 53 stat. Emilia-Romagna, 44 stat. Lombardia, 34 stat. Marche, 37 stat. Molise, 48 stat. Piemonte e 23 stat. Veneto.

⁵³ Le clausole valutative sono espressamente menzionate dall'art. 45, comma 2, stat. Toscana e dagli artt. 53, comma 2, stat. Emilia-Romagna; 45, comma 2, stat. Lombardia; 37, comma 2, stat. Molise; esse risultano implicitamente previste dall'art. 23, comma 2, stat. Veneto («modalità... per valutare gli effetti realizzati nell'applicazione delle leggi»).

Qualora una Regione intendesse introdurre la motivazione delle sue leggi, dovrebbe adottare una previsione statutaria ed una successiva disciplina legislativa e regolamentare (del regolamento interno), ma anzitutto la prima, che a tutt'oggi manca nelle Regioni diverse dalla Toscana.

La motivazione delle leggi non è stata introdotta nemmeno a livello statale: non si è quindi realizzato l'auspicio formulato in sede dottrinale secondo cui anche a tale livello, dopo il "precedente" della Toscana, si sarebbe pervenuti ad introdurre l'obbligo di motivare le leggi⁵⁴; eppure in altri ambiti la disciplina legislativa regionale (proprio della Toscana) è stata anticipatrice di quella statale, come riguardo all'introduzione del dibattito pubblico⁵⁵.

Qualora si volesse introdurre l'obbligo di motivazione delle leggi statali, dovrebbero essere adottate un'esplicita previsione costituzionale (anche se esso si desume già dagli artt. 117 e 118 Cost. come illustrato nel par. 1) e una conseguente disciplina legislativa e dei regolamenti parlamentari: riguardo alla prima (la statuizione a livello costituzionale risulterebbe necessaria per imporre un vincolo al legislatore) merita però osservare che il suddetto obbligo non è previsto nelle recenti proposte di revisione costituzionale in esame alle Camere ed in particolare nel testo di legge costituzionale, approvato da queste ultime e in attesa di essere sottoposto a referendum, sulla riduzione del numero dei parlamentari⁵⁶.

Da quanto rilevato emerge dunque l'attuale mancanza di volontà di estendere l'obbligo di motivazione a tutte le leggi, statali e regionali, anche se sussisterebbero validi argomenti a favore dell'estensione: l'obbligo di motivare le leggi toscane resta così un *unicum* nel panorama legislativo italiano e presumibilmente rimarrà tale nel breve, e forse medio, periodo.

⁵⁴ M. CARLI, *Commento*, cit., 198, avendo riguardo alla motivazione delle leggi in Toscana affermava: «Se l'esperienza sarà positiva, sarà probabilmente seguita a livello statale, come già avvenuto per alcune previsioni degli statuti del 1970 anticipatrici della legge n. 241/1990, confermando una tendenza ormai pluridecennale di recepimento a livello statale di nuove normative sperimentate con successo a livello regionale».

⁵⁵ L'istituto del dibattito pubblico è stato previsto inizialmente dalle ll. rr. Toscana nn. 69/2007 (poi abrogata) e 46/2013, successivamente a livello nazionale dal d. lgs. n. 50/2016.

⁵⁶ Testo pubblicato in *Gazz. Uff. serie gen*, 12 ottobre 2019, 1 s.: invero il testo concerne aspetti strutturali delle Camere, non la formazione delle leggi.

Riflessioni controcorrente sul divieto di mandato imperativo negli ordinamenti regionali

SOMMARIO: 1. Lo *status* del consigliere regionale. – 2. Il silenzio della Costituzione in tema di divieto di mandato imperativo a favore dei consiglieri regionali. – 3. Le vigenti disposizioni statutarie. – 4. Premesse per una interpretazione eterodossa. – 5. Per una piena autonomia dei legislatori statutari in materia.

1. *Lo status del consigliere regionale*

Lo *status* del consigliere regionale è l'insieme delle prerogative che assistono questo attore istituzionale nell'assolvimento delle proprie funzioni. È una condizione giuridica speciale in quanto derogatoria rispetto al complesso dei doveri e dei regimi di responsabilità che gravano sul comune cittadino. Non a caso si ricorre al termine “guarentigia” per sottolineare la necessità di approntare una peculiare disciplina giuridica idonea a permettere un sereno svolgimento della funzione: una esplicazione dell'azione istituzionale, cioè, scevra da condizionamenti, pressioni, rischi capaci di limitare pesantemente questo ruolo di interpretazione, rappresentazione e traduzione in decisioni politiche assegnato dall'ordinamento anche al consigliere regionale.

La similitudine con il parlamentare è una costante nelle analisi e nelle trattazioni dedicate al tema qui prescelto. Come si vedrà anche più avanti, la condizione complessiva del consigliere regionale viene il più delle volte definita attraverso un puntuale accostamento allo *status* del parlamentare: quasi una tendenzialmente piena sovrapposizione tra le due cariche tale da non lasciare spazio a differenziazioni anche solo marginali.

La ragione sottesa a questo approccio è intuibile: al pari delle Camere, l'organo cui appartiene il consigliere regionale è il luogo della rappresentanza politica in cui democraticamente sono assunte le determinazioni che, innanzitutto nella forma della legge, sono destinate a soddisfare le esigenze e le aspirazioni della comunità di cui la Regione, quale ente pubblico territoriale dotato di autonomia politica, è soggetto esponenziale. Al pari del parlamentare, il consigliere regionale è scelto dagli elettori residenti nel territorio regionale; concorre all'esercizio della potestà legislativa; è partecipe della relazione fiduciaria che avvince l'assemblea legislativa all'organo esecutivo regionale; svolge funzioni di indirizzo e di controllo politico. In questa veste, dunque, anche il consigliere regionale è chiamato a interpretare un ruolo che si concretizza in atti, comportamenti, espressioni del pensiero che lo espongono ad una serie di insidie rilevanti sul piano della integrità del proprio “patrimonio giuridico soggettivo”: una querela per diffamazione se la formulazione di una critica, che è una componente essenziale dell'azione politica, è da altri percepita come offensiva della reputazione e dell'onore; una reprimenda da parte della formazione politica di appartenenza in caso di contegno incompatibile con la linea del partito, sino alla minaccia di conseguenze ben più gravi; l'esposizione a ricatti o pressioni da parte di gruppi di potere interessati a beneficiare dell'appoggio concreto di un consigliere in ambito istituzionale. Simili minacce rischiano di rendere il consigliere regionale, eletto quale incarnazione e interprete della rappresentanza democratica anche in ambito locale, una mera pedina nella piena disponibilità di altri soggetti (non importa se interni o esterni alle istituzioni) e, dunque, soggetto manovrabile secondo schemi e direzioni eterodeterminati.

Ora, se nel caso del parlamentare l'Assemblea costituente non ha lesinato una speciale cura inserendo nel testo costituzionale molteplici previsioni (gli artt. 67, 68 e 69), altrettanta premura non è stata dimostrata per i consiglieri regionali, ai quali è stata esplicitamente riconosciuta la sola garanzia della insindacabilità.

Una scelta consapevole dettata dalla volontà di rinviare agli statuti regionali questo compito oppure la consacrazione del silenzio quale rifiuto ad estendere ai consiglieri regionali tali prerogative?

In un caso, il silenzio serbato dalla Costituzione è stato interpretato in senso negativo: l'immunità o inviolabilità, nelle forme e nei modi disciplinati dall'art. 68, commi secondo e terzo.

Trattandosi di norma eccezionale, in quanto derogatoria rispetto al regime ordinario che riconosce all'autorità giudiziaria il potere di procedere e di disporre misure limitative della libertà personale e delle altre libertà, tale previsione è stata ritenuta, dalla pressoché unanime dottrina, insuscettibile di applicazione analogica¹. Non una lacuna, quella relativa ai consiglieri regionali, ma un silenzio leggibile esclusivamente come sottrazione dei consiglieri regionali dal regime favorevole abbozzato dalla Costituzione a favore della funzione parlamentare.

Quanto, poi, alla insindacabilità, come si è detto esplicitamente riconosciuta anche agli attori istituzionali qui considerati, il dubbio ha investito l'ampiezza effettiva di tale garanzia. A fronte di numerosi scritti orientati verso una estensione globale della stessa, tale da abbracciare tutte le funzioni consiliari², la Corte costituzionale ha precluso agli statuti e alle leggi regionali la facoltà di rendere applicabile l'insindacabilità allo svolgimento di funzioni amministrative, ad esempio³. E non sono mancate pronunce della Corte e prese di posizione della dottrina in merito ad altri profili: la tipologia degli atti giudiziari idonei a disattendere tale garanzia, l'efficacia inibitoria di una eventuale delibera consiliare di insindacabilità, il nesso funzionale per proteggere anche le dichiarazioni rese *extra moenia*⁴.

È tangibile l'analogia tra il Parlamento nazionale e le assemblee legislative regionali.

Organi eletti a suffragio universale e diretto, titolari della funzione legislativa, chiamati ad interagire con i rispettivi organi esecutivi secondo un meccanismo fiduciario, destinati a restare in carica per un lasso temporale predeterminato salva l'ipotesi di scioglimento anticipato. In entrambi domina la logica del confronto dialettico tra maggioranza e opposizione, in armonia con la ontologica declinazione pluralista del principio democratico. Tanto le Camere quanto i consigli regionali sono le sedi della rappresentanza politica, destinate ad accogliere e attivare processi decisionali basati sul recepimento, l'interpretazione e la conseguente attuazione di interessi generali, intesi quali stati di aspirazione o di tensione ideali verso beni che le rispettive comunità reputano necessari per soddisfare determinati bisogni. In questi luoghi di contatto e interazione tra istituzione e società, la mediazione politica è devoluta a persone fisiche destinatarie di un mandato.

Questi punti di contatto appaiono, dunque, sufficienti a generare quelle condizioni di analogia idonee ad assimilare le corrispondenti regolamentazioni organizzative e funzionali. Detto in altri termini, parrebbe che la riscontrata similitudine sia tale da consentire la ricognizione di principi generali comuni ai due ordini di organi rappresentativi quali pilastri delle specifiche normative volte a disciplinare i profili strutturali e operativi.

Al cospetto di tali principi, pertanto, parrebbe possibile colmare eventuali lacune rinvenute nel testo costituzionale intorno a regole ed istituti caratterizzanti la vitalità democratica degli organi in

¹ Per tutti T. MARTINES-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, III ed., Giuffrè, Milano, 1992, 54.

² Cfr., tra gli altri, S. GALEOTTI, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali (il problema dell'attuazione dell'art. 122, comma IV, Cost.)*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1977, 711 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'insindacabilità dei voti e delle opinioni dei consiglieri regionali*, in *Reg.*, 1979, 208 ss.; S. MATTARELLA, *Osservazioni su recenti orientamenti in tema di sindacabilità dei consiglieri regionali*, in *Studi in onore di A. Arena*, vol. III, Cedam, Padova, 1981, 1431 ss.

³ Corte cost. 19 marzo 1985, n. 69, su cui P. COSTANZO, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali nel quadro dei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di immunità elettive*, in *Quad. reg.*, 1985, 1007 ss.

⁴ Sul punto si rinvia a F. CORVAJA, *Le regioni a statuto ordinario. L'autonomia statutaria e l'organizzazione fondamentale*, in R. BIN-G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, II ed., Mulino, Bologna, 2018, 199 ss.

parola. Sempre che – lo si è visto a proposito dell'immunità penale – si tratti di norme suscettibili di applicazione anche oltre i casi esplicitamente contemplati dalla Costituzione formale.

In questa sede rileva lo *status* del consigliere regionale, già sufficientemente abbozzato.

A tale riguardo affiora, sin da una sommaria lettura del dettato costituzionale, una apparente anomalia. Se la condizione giuridica del parlamentare è data dalla somma e dalla combinazione delle guarentigie testualmente previste dalla legge fondamentale (divieto di mandato imperativo, insindacabilità, inviolabilità, indennità), se ci limitassimo ad un raffronto guidato dalla lettura della Costituzione ci potremmo agevolmente avvedere che di tali prerogative quanto ai consiglieri regionali il testo ne contempla una sola: giustappunto l'insindacabilità.

E le altre guarentigie? Siamo in presenza di vuoti colmabili attingendo ai principi generali o estendendo in via analogica altre disposizioni costituzionali? Oppure il silenzio della Costituzione va inteso alla stregua di un tacito rinvio ad altre fonti, precipuamente agli statuti regionali, affinché sia deciso se, come e in quale misura estendere tali garanzie anche ai consiglieri regionali?

Il tema dell'immunità è già stato accennato quanto basta ai fini della presente riflessione. Una siffatta deroga al canone generale dell'eguaglianza formale avrebbe richiesto una esplicita previsione da parte del legislatore costituzionale⁵.

Resta la garanzia del divieto di mandato imperativo.

2. Il silenzio della Costituzione in tema di divieto di mandato imperativo a favore dei consiglieri regionali

Nel testo costituzionale una previsione sovrapponibile a quella di cui all'art. 67, in ordine ai consiglieri regionali, non si rinviene.

Questo silenzio potrebbe essere interpretato in diversi modi.

Innanzitutto, qualificando questa assenza come lacuna del testo⁶.

Una simile lacuna potrebbe essere colmata ricorrendo alle due note modalità di integrazione del testo: l'analogia *legis* (applicazione al caso non previsto di una norma che regola un caso analogo) e l'analogia *iuris* (ricorso ai principi generali).

Nel caso di specie, le due modalità tendono a confondersi dal momento che ai consiglieri regionali si potrebbe applicare tanto l'art. 67, quanto i principi generali che assistono, in un ordinamento democratico, il sereno svolgimento delle funzioni rappresentative all'interno di organi collegiali eletti a suffragio universale e diretto. E, tra questi, il principio che preserva l'autonomia di coscienza politica e di giudizio del singolo rappresentante di fronte a pressioni provenienti dagli elettori o dai partiti o movimenti di appartenenza (o che ne hanno consentito l'elezione con l'inserimento nelle liste).

Questa appare essere la tesi dominante⁷.

In seno ad un ente, quale la Regione, costituzionalmente abilitato a perseguire "finalità generali", anche se connesse alla dimensione locale degli interessi da tutelare e soddisfare, il Consiglio regionale «assume la configurazione di una vera e propria rappresentanza politica». Pertanto, «si deve ritenere, pur nel silenzio della Costituzione, che i consiglieri regionali, al pari dei membri delle

⁵ Quanto all'indennità e agli altri emolumenti spettanti ai consiglieri regionali rinvio a M. BELLETTI, *Commento all'art. 122*, in F. CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. II, Mulino, Bologna, 2018, 394 s.

⁶ In generale, v. Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, 269 ss., e A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2016, 1 ss.

⁷ Per A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2010, 115, il divieto di mandato imperativo rientra nel contenuto necessario degli statuti ordinari.

Camere rappresentative nazionali, esercitino le proprie funzioni senza vincolo di mandato, estendendosi ad essi, in via di analogia, il divieto di cui all'art. 67 Cost.»⁸. Secondo questa decifrazione del silenzio, l'art. 1 della legge n. 108 del 1968, secondo cui «i consiglieri regionali rappresentano l'intera Regione senza vincolo di mandato», non fece che razionalizzare positivamente «un principio desumibile in via interpretativa direttamente dall'intero sistema costituzionale»⁹.

Così ragionando verrebbe meno la fondatezza della contrapposta lettura del silenzio come diniego di estensione di tale prerogativa ai consiglieri regionali. In effetti, l'art. 67 non pare essere una norma eccezionale, in quanto insuscettibile di applicazione a casi non previsti. Anzi, il divieto di mandato imperativo è considerato la regola rispetto ad un sistema democratico quale quello delineato dalla nostra Costituzione che aspira ad erigere una barriera tra il singolo rappresentante e quanti potrebbero influenzarne la libertà di autodeterminazione politica¹⁰.

3. Le vigenti disposizioni statutarie

Nell'alveo tracciato da questa interpretazione si sono mossi i nuovi statuti ordinari i quali, all'unisono (sia pure con qualche sfumata, quasi impercettibile differenza), hanno stabilito, anzi ribadito quanto già sancito nel 1971 e cioè che il divieto di mandato imperativo è indefettibile elemento costitutivo dello *status* del consigliere regionale.

Più precisamente, Tutti i nuovi statuti ordinari abbinano, in un legame indissolubile, la rappresentanza generale e l'esercizio delle funzioni senza vincolo di mandato. Una piccola differenza riguarda l'entità rappresentata: in gran parte degli statuti è la regione¹¹, in altri è la comunità regionale¹². Con la sola eccezione della Valle d'Aosta, gli statuti speciali ascrivono ai membri delle rispettive assemblee legislative la rappresentanza dell'intera Regione¹³.

Quanto agli statuti ordinari, la riscontrata differenza non è da enfatizzare, a meno che non si voglia riconoscere nella "Regione" rappresentata l'ente pubblico territoriale, e non invece la comunità di persone che risiede all'interno di un dato territorio. Accedendo, però, alla interpretazione "istituzionale", il legame con la comunità (che invece l'interpretazione "sociale" mette in risalto) si affievolisce, rendendo i consiglieri regionali portatori delle sole istanze che, filtrate dagli organi politici di vertice, si sono affermate come espressione di un determinato indirizzo politico.

4. Premesse per una interpretazione eterodossa

È così vero che in un sistema democratico non può che essere sancito il divieto di mandato imperativo?

⁸ T. MARTINES-A. RUGGERI, *op. cit.*, 43.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Interpreta questo sentimento l'art. 4 della legge n. 165 del 2004 che include il divieto di mandato imperativo tra i principi fondamentali cui debbono informarsi le leggi elettorali regionali. Sulle perplessità alimentate da questa scelta v., per tutti, P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2016, 203.

¹¹ Così gli artt. 18 Stat. Piemonte; 38 Stat. Veneto; 16 Stat. Marche; 57 Stat. Umbria; 29 Stat. Abruzzo; 29 Stat. Lazio; 19 Stat. Molise; 28 Stat. Campania; 38 Stat. Puglia; 36 Stat. Basilicata; 24 Stat. Calabria.

¹² In questi termini gli artt. 30 Stat. Liguria; 13 Stat. Lombardia; 27 Stat. Emilia-Romagna; 27 Stat. Toscana.

¹³ Cfr., infatti, gli artt. 3 Stat. Sicilia; 24 Stat. Sardegna, 28, Stat. Trentino-Alto Adige; 16, Stat. Friuli-Venezia Giulia (quest'ultima previsione precisa: «senza vincolo di mandato»).

Oppure si tratta di una scelta che, tra le diverse possibili opzioni, il Costituente fece secondo un disegno ben preciso, ma non universale?

Stando a questa seconda ipotesi, allora gli statuti regionali potrebbero anche non appiattirsi sulla Costituzione. In altri termini, non è così automatica e scontata l'applicazione del principio di cui all'art. 67 anche ai consiglieri regionali, trattandosi di divieto valevole solo per i parlamentari nazionali. Nessuna lacuna da colmare, ma un rinvio alle scelte discrezionali rimesse ai legislatori regionali: se e in quale misura garantire la libera esplicazione del mandato consiliare.

Stando così le cose, si potrebbero sperimentare, in ambito regionale, inedite forme di controllo sui consiglieri.

Il più danno per scontato che l'art. 67, in quanto espressivo di un principio generale applicabile a tutti gli organi collegiali che siano sede della rappresentanza politica, sia applicabile in via analogica ai consiglieri regionali. Sicché, gli statuti non farebbero che *confermare* questa tesi. In realtà, si potrebbe anche sostenere che gli statuti non confermano ma *recepiscono* questa tesi, nel senso che da essa ne sono stati condizionati.

Si potrebbe, pertanto, tentare di dimostrare che la rappresentanza politica a livello nazionale e quella in ambito regionale non sono pienamente sovrapponibili, essendoci in realtà elementi di discriminazione tali da giustificare una piena autonomia dei legislatori regionali in materia di mandato politico.

Per rispondere a questa fitta serie di interrogativi, occorre riflettere, sia pure senza ambizione di completezza, sul nesso tra rappresentanza politica e divieto di mandato imperativo: un connubio indissolubile o un accostamento funzionale, ma non indispensabile?

A suo tempo Kelsen rammentò che l'affermazione del divieto di mandato imperativo suggellò la transizione dalla rappresentanza politica degli antichi a quella dei moderni¹⁴. Dominanti i corpi rappresentativi, essi davvero operavano come entità di mediazione tra i rappresentati e il sovrano. Ma quando tali entità furono progressivamente fagocitate nella architettura istituzionale dello Stato e, contemporaneamente, la sovranità cambiò titolare (dalla corona alla nazione, sino ad arrivare al popolo), detti corpi finirono col funzionare a favore dello Stato. I parlamenti che sorsero, quale innovazione organica introdotta al culmine di tale processo, assunsero la piena e coerente fisionomia di organi dello Stato, con la conseguenza che i rispettivi membri non avrebbero potuto che rappresentare gli interessi dell'intera nazione, e non di gruppi o realtà territoriali. Ed in effetti Leibholz puntualizzò che questo passaggio fu segnato dall'affrancamento di una visione privatistica della rappresentazione degli interessi in ambito istituzionale a favore di una pubblicizzazione di tale modello, con conseguente affermazione della rappresentanza come formula evocativa di una cura degli interessi generali della nazione¹⁵. Stando così le cose, nulla di più solido e fermo del legame tra la rappresentanza politica e il divieto di mandato imperativo¹⁶. Nel discorso rivolto agli elettori di Bristol nel 1774, Burke corroborò la tesi secondo cui i rappresentanti non possono essere mandatari dei rappresentati, dal momento che il loro mandato è congeniale alla tutela degli interessi dell'intera nazione¹⁷. E così pure Carré de Malberg, Burdeau, Bigne de Villeneuve, e tanti altri¹⁸.

¹⁴ Cfr. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di comunità, Milano, 1966, 295 ss.

¹⁵ V. G. Leibholz, *Die Repräsentation in der Demokratie*, De Gruyter, Berlin-New York, 1973, trad. it., *La rappresentazione nella democrazia*, Giuffrè, Milano, 1989, 25 ss.

¹⁶ Si rinvia a N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1991.

¹⁷ E. Burke, *The Works*, vol. I, Bell, London, 1834, 180.

¹⁸ V., sul punto, G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Mulino, Bologna, 1987, 271 ss.

Senonché, Ciaurro ha fatto notare come «il risolvere con una cesura così netta ed apodittica il senso della rappresentanza politica nelle moderne democrazie sarebbe semplicistico»¹⁹. Sartori, in particolare, rimarca la complessità della questione, dal momento che, nelle contemporanee assemblee rappresentative, non appare così geometrica la distinzione tra la rappresentanza dell'intera nazione e la rappresentazione, in questi organi, degli interessi frazionati fatti valere da specifici contesti sociali o territoriali: sicché, «in forza della proibizione costituzionale del mandato imperativo e della idea della rappresentanza della nazione, il rappresentante non rappresenta – o non dovrebbe rappresentare – coloro che lo eleggono. Ma se il rappresentante non rappresenta i propri elettori, sembra conseguire che non è l'elezione che crea un rappresentante»²⁰.

Appunto, l'elezione. Se i membri dell'assemblea legislativa venissero scelti tramite sorteggio, secondo una soluzione accarezzata già nell'antica Grecia quale formula congeniale ad un genuino invero dell'ideale democratico, il divieto di mandato imperativo avrebbe un senso quasi logico. Un individuo è chiamato a svolgere la funzione rappresentativa in modo casuale, in quanto affidato all'alea e non a processi volitivi, e, dunque, non sussistendo alcun legame con la variegata e multiforme platea di rappresentati, sarebbe gioco forza logico asservire i rappresentanti al solo bene del popolo o della nazione o della moltitudine. Se, invece, la selezione dei rappresentanti avviene tramite elezioni, con candidature, movimenti politici, programmi, consapevoli azioni di persuasione e di *captatio benevolentiae*, un legame con la massa degli elettori, specie se questi sono distribuiti territorialmente, viene ad esistere inevitabilmente. E altrettanto inevitabile è la più o meno costante e palese interazione tra rappresentanti e rappresentati, specie se, a mediare, agiscono strutture ben articolate e organizzate quali i partiti. In questi casi, il rappresentante, come efficacemente scrisse Duverger, finisce coll'essere schiacciato da un «doppio mandato», quale vincolo sostanziale, complesso, eterogeneo con gli elettori, da un lato, e con il partito che ne ha consentito l'elezione, dall'altro²¹.

Insomma, là dove si predilige l'elezione, quale modalità di scelta dei rappresentanti, consentendo a formazioni intermedie (i partiti) di partecipare alla competizione formando le liste e individuando quindi i candidati, la rigidità del divieto di mandato imperativo contraddice non solo la forza dei fatti, ma ancor prima la stessa coerenza giuridica dell'impianto normativo edificato per disciplinare questo frangente essenziale della vita democratica di ogni Stato pluralista e partecipativo. L'esposizione mediatica dei rappresentanti, lo sviluppo delle forme di comunicazione politica anche grazie a tecnologie sempre più efficaci e accessibili, il peso determinante dei movimenti politici anche sul versante del finanziamento della competizione elettorale, la presenza massiccia (anche se il più delle volte ben celata) dei gruppi di pressione, non sono che alcuni dei fattori che rendono impraticabile o difficilmente percorribile la strada solcata dal divieto di mandato imperativo così come inteso alla luce delle suggestioni esercitate dall'esperienza rivoluzionaria francese.

E, poi, chi è rappresentato? La nazione, il popolo, la comunità degli elettori, l'intera popolazione, atteso che anche i soggetti privi dell'elettorato attivo (perché non hanno raggiunto l'età prescritta o perché privi dello *status civitatis*) sono i destinatari delle decisioni assunte dal Parlamento? E, ancora, cosa è rappresentato? I valori condivisi dalla comunità o propugnati da gruppi più o meno articolati? Gli interessi (locali, professionali, politici, personali)? E, infine, come agisce il rappresentato? Nel solo rispetto dei canoni costituzionali o anche dimostrando virtù e buoni pratiche? Con il necessario distacco dalla contingenza della vita quotidiana (la nazione, al cui servizio

¹⁹ L. CIAURRO, *Commento all'art. 67*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Utet, Torino 2006, 1288.

²⁰ G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, cit., 276 s.

²¹ Cfr. M. DUVERGER, *Esquisse d'une théorie de la représentation politique*, in *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, 211 ss.

essi operano, esige uno sguardo proiettato più in alto e più lontano) o invece rapportandosi con i rappresentati, accettando il confronto costante?²²

Tutto ciò, dunque, comprova quanto non sia così pacifica la qualificazione del divieto di mandato imperativo come principio generale applicabile alla totalità dei casi in cui vi siano organi collegiali eletti e destinati ad accogliere, nel loro seno, i rappresentanti del popolo. Sicché, l'acritica estensione di tale principio agli ordinamenti regionali, per colmare una presunta lacuna del testo costituzionale, non è così piana e persuasiva.

5. Per una piena autonomia dei legislatori statutari in materia

La Corte costituzionale ha in molte occasioni ribadito che, «diversamente dalle funzioni assegnate alle Camere, le attribuzioni dei Consigli si inquadrano nell'esplicazione di *autonomie* costituzionalmente garantite, ma non si esprimono a livello di *sovranità*»²³.

La distinzione tra sovranità (dello Stato) e autonomia (delle regioni) non può non essere irrilevante quanto alla ricostruzione dell'essenza del potere di rappresentanza devoluto ai rispettivi "delegati" dal popolo e, rispettivamente, dalle comunità regionali. E questo dovrebbe suscitare qualche riserva in merito alla automatica e acritica trasposizione del divieto di mandato imperativo anche negli ordinamenti regionali.

In Parlamento il deputato o il senatore rappresenta la nazione che, dal momento che ci si muove a livello statale, può ben identificarsi con il popolo sovrano²⁴. Egli, dunque, si fa da mediatore e interprete della sovranità calata nel concreto sviluppo della complessiva azione di governo, fatta di leggi e di atti di indirizzo e di controllo nei confronti dell'esecutivo. Quella sovranità che è la matrice ultima di tutti i poteri dislocati presso le diverse istituzioni repubblicane. Si potrebbe, perciò, dire che il parlamentare è la figura soggettiva che rende vitale la sovranità attraverso la partecipazione alle attività devolute dalla Costituzione alle due Camere. In questi termini, dunque, rappresentando la nazione il singolo parlamentare, agente della sovranità, è chiamato a cogliere, interpretare e inverare gli interessi dell'intera comunità nazionale, allentando sino ad annullare la presa esercitata da coloro che lo hanno scelto in occasione delle elezioni. Non solo: rendendo soltanto auspicabile, politicamente doveroso, uniformarsi alle direttive del partito di appartenenza.

Se il singolo parlamentare, rappresentando l'intera nazione, incarna la sovranità, a livello della quale – come ha più volte ripetuto la Corte costituzionale – si muovono le due Camere, il singolo consigliere regionale, rappresentando l'intera regione, è fautore, insieme agli altri membri delle assemblee legislative regionali, dell'autonomia, intesa come capacità di soddisfare gli interessi della comunità di cui la regione è ente esponenziale, secondo un proprio indirizzo politico, in ipotesi anche diverso da quello dello Stato²⁵. Il legame con gli interessi espressi dalle rispettive comunità di riferimento diviene, già a livello di definizione compiuta dell'autonomia, assai più stringente atteso che questa qualità è stata proprio pensata per favorire un soddisfacimento di tali esigenze più mirato e consapevole, in quanto rimesso ad organi prossimi alla realtà sociale incisa dalle variegate determinazioni assunte in sede istituzionale. La natura mutevole di tali interessi qualifica l'azione dei consiglieri regionali, avvinti da legami più intensi alla comunità rispetto ai parlamentari chiamati a rappresentare il popolo sovrano.

²² Tutti interrogativi ispirati dalla analisi condotta da G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, cit., 286 ss.

²³ Corte cost. 20 luglio 2007, n. 301 (enfasi aggiunta).

²⁴ Così V. ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, Cedam, Padova, 1952, 135; R. MORETTI, *Commento all'art. 67*, in V. CRISAFULLI-L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, 409; L. CIAURRO, *op. cit.*, 1290.

²⁵ T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 102 ss.

Numerosi fattori alimentano quella che è stata perspicuamente definita la crisi del rappresentato²⁶: l'incapacità dei partiti di comunicare con la società, i ripetuti fallimenti di una classe politica attraversata da scandali e promesse non esaudite, il divario sempre più crescente tra l'agenda politica e le concrete sollecitazioni provenienti dalla comunità, senza dimenticare lo scadimento del linguaggio politico e l'uso spesso distorto e strumentale dei mezzi di comunicazione di massa. Ebbene, rinunciando ai facili automatismi qui stigmatizzati, le Regioni potrebbero divenire un prezioso laboratorio per sperimentare soluzioni in grado di riaccorciare le distanze tra i due poli della rappresentanza politica.

Le riflessioni testé sviluppate non riflettono alcuna adesione alla teoria democratica di impronta rousseauviana del conferimento di un vero e proprio mandato per la realizzazione di interessi particolari. Molto più sobriamente, esse intendono richiamare l'attenzione su di una diversa lettura del dettato costituzionale che rifugga da facili automatismi, quali quelli che hanno indotto i legislatori statutari ad inserire pedissequamente tale istituto nelle rispettive "leggi fondamentali". Posto che il divieto di mandato imperativo non è un principio generale di universale e univoca applicazione, e che dunque l'art. 67 Cost. è stato pensato e scritto ad uso esclusivo dei parlamentari, dovrebbe spettare alle istituzioni regionali la scelta sull'*an* e sul *quantum* di coattività di tale divieto. D'altro canto, negli Stati Uniti (ordinamento federale) nessuna Costituzione statale vieta in modo esplicito il mandato imperativo²⁷. Senza dimenticare la possibilità di riservare quote di rappresentanza alle minoranze linguistiche, una cui autentica rappresentazione non può prescindere ad un legame forte tra il singolo consigliere e la comunità che lo ha espresso. Ribaltoni e transfughismo, che in ambito regionale hanno assunto dimensioni notevoli, potrebbero così essere agevolmente governati e gestiti senza rendere i consiglieri regionali veri e propri automi chiamati ad assecondare la volontà altrui (degli elettori e del partito), ma inducendoli a muoversi entro binari di responsabilità più rigorosi e affidabili rispetto a quelli posti dalle comuni regole di etica politica. Una apertura, quindi, verso quel modello di *responsiveness* alla stregua del quale i rappresentanti agiscono non solo nel nome di interessi generali, ma anche per soddisfare le esigenze dei rappresentati, a meno che non vi siano buone ragioni per non farlo²⁸.

²⁶ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, 117 ss.

²⁷ Ce lo ricorda G. SARTORI, *op. cit.*, 275, il quale nondimeno riconosce che in questo Stato non c'era un regime medievale da rinnegare.

²⁸ Come ricorda C. BOLOGNA, *Commento all'art. 67*, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Cedam, Padova, 2008, 620, questo modello è propugnato, in particolare, da H.F. PITKIN, *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley, 1972.

FEDERICO FURLAN

Le dimissioni “volontarie” del Presidente della Regione nella forma di governo regionale neoparlamentare

SOMMARIO. 1. La funzione e gli effetti delle dimissioni volontarie nella forma di governo neoparlamentare. – 2. La procedimentalizzazione delle dimissioni operata da alcuni nuovi Statuti. – 3. Le scelte statutarie in ordine alle conseguenze delle dimissioni volontarie sull’esercizio delle funzioni presidenziali. – 4. La prassi. – 5. Conclusioni.

1. La funzione e gli effetti delle dimissioni volontarie nella forma di governo neoparlamentare.

Nella forma di governo parlamentare italiana che si è realizzata a partire dal 1948, le dimissioni del Governo, presentate dal Presidente del Consiglio al Presidente della Repubblica, costituiscono l’esito di una crisi di governo, sia essa di tipo parlamentare (provocata dall’approvazione di una mozione di sfiducia o dalla rieiezione di una questione di fiducia) o, come nella quasi totalità dei casi, extraparlamentare (causata da una crisi all’interno della coalizione che sorregge la maggioranza di governo).

Le dimissioni certificano la crisi e aprono una diversa fase procedimentale, obbligando il Capo dello Stato a iniziare la fase di consultazione delle forze politiche alla ricerca di una soluzione della crisi: o si riuscirà a costruire una nuova maggioranza di governo (sorretta dalla stessa o da una nuova coalizione partitica) o si renderà inevitabile lo scioglimento anticipato delle Camere e il ritorno alle urne.

Nella prassi costituzionale, il Governo dimissionario resta in carica per il disbrigo degli affari correnti, in attesa che un diverso Gabinetto presti giuramento.

Diversamente, nella forma di governo neoparlamentare¹, siccome applicata in via transitoria a tutte le Regioni a partire dall’art. 5 della l. cost. n. 1 del 1999 e individuata come soluzione ordinaria (ma derogabile dagli Statuti) dai novellati art. 122 e 126 Cost., le dimissioni “volontarie” del Presidente della Regione hanno un valore genetico: costituiscono uno di quegli “atti tipici e tassativamente indicati dalla Costituzione” (Corte cost. sent. n. 12 del 2006, cons. dir. 5) in grado di recidere il rapporto di consonanza che, “istituito direttamente dagli elettori” al momento del voto, tiene magneticamente uniti il Presidente della Regione e il Consiglio regionale.

Infatti, ai sensi dell’art. 126, comma 3, Cost., la presentazione delle dimissioni da parte del Presidente della Giunta eletto a suffragio universale e diretto altera il principio del *simul simul* e comporta, come conseguenza automatica, l’azzeramento degli organi politici regionali causando, a

¹ Tra i numerosi Autori che hanno studiato la nuova forma di governo neoparlamentare si segnalano, in ordine cronologico: L. MARIUCCI, *L’elezione diretta del Presidente della Regione e la nuova forma di governo regionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 6 del 1999, 1149 ss.; AA.VV., *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione. Temi rilevanti e profili comparati*, Milano 2001; M. CARLI – C. FUSARO, *Elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e autonomia statutaria delle regioni*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 2002; M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?* Bologna, 2002; M. CARLI – G. CARPANI – A. SINISCALCHI (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Bologna, 2006; R. BIFULCO (a cura di), *Gli statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Torino, 2006; G. DI COSIMO (a cura di), *Statuti atto II. Le regioni e la nuova stagione statutaria*, Macerata, 2007; A. D’ATENA (a cura di), *I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, Milano, 2008; G. D’ALESSANDRO, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, Padova, 2008; M. RUBECCHI, *La forma di governo regionale tra regole e decisioni*, Roma, 2010; S. CATALANO, *La presunzione di consonanza. Esecutivo e consiglio nelle regioni a Statuto ordinario*, Milano 2010; M. ROSINI, *Statuti regionali e armonia con la Costituzione*, Torino, 2016.

cascata, le dimissioni dell'intera Giunta, lo scioglimento del Consiglio regionale e nuove elezioni di Presidente e consiglieri.

Dette dimissioni dall'incarico presidenziale sono qualificate, nel testo novellato dell'art. 126 Cost., come "volontarie", presumibilmente per distinguerle da quelle "obbligate" che discendono dall'approvazione di una mozione di sfiducia².

Dal punto di vista del funzionamento della forma di governo, si è correttamente evidenziato, in dottrina, che le dirompenti conseguenze derivanti dalla presentazione delle dimissioni volontarie rendono la minaccia di dimissioni una delle principali armi di deterrenza a disposizione del Presidente della Giunta demoeletto sia per rinsaldare il rapporto con la propria maggioranza sia per compattarla nei momenti di crisi³ accentuandone, così, il ruolo di preminenza politica.

La giurisprudenza costituzionale formatasi sulla forma di governo neoparlamentare e, in particolare, le motivazioni della sentenza n. 2 del 2004⁴ (con cui il Giudice delle Leggi ha decretato l'incostituzionalità dell'art. 33 della delibera statutaria calabrese), hanno costretto tutte le Regioni che hanno adottato la forma di governo con elezione diretta del Presidente⁵ a contemplare, senza se e senza ma, all'interno del testo statutario, la fattispecie delle dimissioni volontarie come causa della fine anticipata della consiliatura.

A fronte di questa presa di posizione della Consulta, non deve stupire il fatto che limitati siano stati i tentativi di ingegneria statutaria per attenuare la rigidità degli effetti delle dimissioni: soltanto gli Statuti della Toscana e dell'Umbria hanno tentato di percorrere questa strada attraverso la "consiliarizzazione" delle dimissioni e la previsione di un termine entro il quale confermare o ritirare l'atto di rinuncia (seguendo il modello dettato dal TUEL per le dimissioni del Sindaco).

Nessuno Statuto di seconda generazione obbliga, infine, il Presidente della Regione a motivare le dimissioni, tranne quello umbro (St. Umbria, art. 64, comma 3).

All'interno della forma di governo neoparlamentare si pone, poi, una questione, che gli Statuti sono chiamati a risolvere, in ordine alla gestione del periodo pre-elettorale: spetta al Presidente in regime di *prorogatio* continuare a dirigere l'apparato amministrativo regionale oppure è preferibile

² In tal senso C. FUSARO., *La forma di governo*, in Carli-Fusaro, *Elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e autonomia statutaria delle Regioni*, art. 121, 122, 123, 126, Suppl. Legge cost. 22 novembre 1999 n. 1, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso A., Bologna-Roma, 2002, 56.

³ Ad avviso di C. DE FIORES C., Art. 126, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. III, Torino, 2006, 2499 "l'automatismo dimissioni-scioglimento previsto dall'art. 126 Cost. più che operare come fattore risolutivo di efficienza della forma di governo, rischia [...] di assumere tutto il sapore di un ricatto strisciante nei confronti delle assemblee elettive".

⁴ Copiosi e discordanti i commenti alla decisione; tra i più critici si ricordano: E. BALBONI E., *Quel che resta dell'autonomia statutaria dopo il "caso Calabria"*, in *Istituzioni del Federalismo* n. 2-3/2004, 467 ss.; S. GAMBINO, *La forma di governo regionale (fra "chiusure" del giudice costituzionale, "incertezze" degli statuenti regionali e "serrato" confronto nella dottrina)*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2-3/2004, 343 ss.; M. OLIVETTI, *La forma di governo regionale dopo la sentenza n. 2 del 2004*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2-3/2004, 435 ss.; M. VOLPI, *Quale autonomia statutaria dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 2 del 2004*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) (19.2.2004); tra chi, invece, concorda con le argomentazioni della Corte si vedano: R. BIN, *Autonomia statutaria e "spirito della Costituzione"*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2-3/2004, 419 ss.; M. CARLI, *Una strada sbagliata per limitare l'applicabilità del simul simul*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2-3/2004, 415 ss.; S. CECCANTI, *La sentenza sullo Statuto Calabria: chiara, convincente, federalista*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) (26.2.2004); A. RUGGERI, *Autonomia statutaria e forma di governo regionale: i 'paletti' della Consulta*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) (18.3.2004). Occorre, infine, evidenziare che anche all'interno della Corte costituzionale si deve essere sviluppato un acceso dibattito, testimoniato dalla dissociazione tra relatore (Capotosti) e redattore (De Siervo).

⁵ Tutte ad eccezione della Valle d'Aosta (legge statutaria n. 21 del 2007) e della Provincia Autonoma di Bolzano (l.n. 14 del 2017) che hanno confermato l'elezione consiliare del Presidente della Giunta, prevista in via transitoria dal legislatore di revisione nel 2001. Si ricorda che in Sardegna e Sicilia sono vigenti le disposizioni transitorie della l. cost. n. 2 del 2001 in assenza di legge statutaria.

individuare un diverso organo cui affidare i compiti di direzione dell'attività esecutiva (sia pure limitata agli affari correnti) nel periodo pre-elettorale?

2. La procedimentalizzazione delle dimissioni operata da alcuni nuovi Statuti

La maggior parte degli Statuti di seconda generazione non disciplina le dimissioni volontarie in modo autonomo rispetto alle altre cause di cessazione del mandato presidenziale, né si preoccupa di intervenire specificamente sul procedimento o sulle conseguenze dell'atto.

Eccezioni a questa tendenza sono rappresentate dalle carte statutarie di Toscana e Umbria (che prevedono un passaggio consiliare prima che le dimissioni divengano definitive⁶), del Lazio (che individua l'organo competente a ricevere l'atto), dell'Emilia-Romagna (che coinvolge nel procedimento la Consulta di garanzia statutaria) e dalla legge statutaria del Friuli-Venezia Giulia. Esaminiamole nel dettaglio:

a) Lo Statuto della Toscana (2004) stabilisce, all'art. 33, comma 4, che le dimissioni del Presidente siano presentate al Presidente del Consiglio regionale, siano discusse in apposita seduta dell'assemblea legislativa e diventino “efficaci” decorsi 20 giorni dalla presentazione, potendo, nel medesimo termine “essere ritirate”⁷.

Appare corretto ricostruire l'istituto in questi termini: la presentazione delle dimissioni costituisce una specie di diffida formale nei confronti della maggioranza consiliare⁸ mentre lo svolgimento del dibattito in aula ha la funzione di consentire “al Consiglio di svolgere una funzione di raffreddamento e di eventuale arbitraggio politico rispetto alle cause che hanno condotto alle dimissioni del presidente”⁹.

Poiché le dimissioni diventano efficaci solo decorso il termine dei venti giorni, la fase che immediatamente segue la presentazione delle dimissioni non si può considerare di *prorogatio* (che comincia a decorrere dopo lo scadere del citato termine) mentre il Presidente e la Giunta non si possono ancora ritenere dimissionari¹⁰.

⁶ Una sorta di parlamentarizzazione delle dimissioni era contenuta anche nella legge statutaria sarda n. 1 del 2008, successivamente dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 149 del 2009 per il mancato raggiungimento del quorum nel referendum confermativo. L'art. 22, comma 5, della legge 1 del 2008 così prevedeva: “Le dimissioni del Presidente sono presentate al Presidente del Consiglio regionale e diventano efficaci trenta giorni dopo la presentazione. Entro tale data possono essere ritirate. Esse sono discusse in apposita seduta del Consiglio convocata in una data compresa tra i venti e i trenta giorni dalla presentazione”. Per un commento a questa disposizione all'interno della forma di governo, v. O. CHessa, *La forma di governo sarda e il modello italiano di competizione politico-elettorale*, in O. Chessa - P. Pinna (a cura di), *La riforma della regione speciale: dalla legge statutaria al nuovo statuto speciale*, Torino 2008, 137.

⁷ Analogo termine “di grazia” è previsto dall'art. 53, comma 3, del TUEL (d.lgs. 267 del 2000) nel caso di dimissioni del Sindaco, ponendo così uno strumento di pressione nelle mani del vertice dell'esecutivo; volendo, v. F. FURLAN, *Art. 53*, in N. Pignatelli - C. Napoli (a cura di), *Codice degli enti locali. Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, III ed. 2019, 320 ss.

⁸ In tal senso M. Sias, *Dimissioni del Presidente della Regione, interruzione anticipata della legislatura e forma di governo ad elezione diretta, «contestuale e consonante»*, in *Le Regioni*, n. 1/2011, 79.

⁹ M. MERLINI, *Il Presidente della Giunta. Art. 31-34*, in P. Caretti - M. Carli - E. Rossi. (a cura di), *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Torino, 2005, 167; ulteriori osservazioni in G. TARLI BARBIERI, *La forma di governo nel nuovo statuto della Regione Toscana: prime osservazioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2 del 2004, 714.

¹⁰ Ad avviso di M. Sias, *Dimissioni*, cit., 85 sia la Giunta che il Consiglio permangono, in questo breve periodo, nella pienezza dei propri poteri; tuttavia lo stesso Autore è costretto a riconoscere “data la prevedibile tensione politica tra Presidente e maggioranza consiliare nel momento in cui si formalizza il «preavviso di dimissioni», gli organi di governo, in virtù di una valutazione di carattere *esclusivamente politico*, potrebbero adottare un atteggiamento «prudente» compiendo soltanto atti di ordinaria amministrazione.”

a) Decorso il termine senza che le dimissioni siano state “ritirate”, il Consiglio è sciolto e la Giunta è presieduta dal Vicepresidente fino alla proclamazione del nuovo Presidente (St. Toscana, art. 33, comma 7).

b) Lievemente difforme la disciplina contenuta nello Statuto dell’Umbria (2005): l’art. 64, comma 3, dispone che *“Nella ipotesi di dimissioni volontarie non determinate da ragioni personali, il Presidente della Giunta deve motivarle di fronte al Consiglio regionale. Il Consiglio a maggioranza assoluta dei componenti può invitarlo a recedere dalle dimissioni. Entro quindici giorni il Presidente comunica davanti al Consiglio se intende confermare le dimissioni o recedere dalle stesse”*.

Nonostante le perplessità che nascono dall’utilizzo ambiguo dei termini (in cosa consistono le ragioni personali? Come si può recedere dalle dimissioni?), riteniamo che, in questo caso, le dimissioni restino “sospese” quanto meno fino alla votazione da parte del Consiglio regionale, la quale, peraltro, sembra obbligatoria e si trasforma in una prova della sussistenza del rapporto di consonanza tra i due organi.

Lo stato di quiescenza permane nel caso in cui la maggioranza assoluta dei consiglieri inviti (come accaduto a maggio 2019 con la Presidente Marini, come si vedrà *infra*) il vertice dell’esecutivo a ritornare sui suoi passi, con la necessità, nei quindici giorni successivi, che il Presidente confermi oppure ritiri le proprie dimissioni. Solo dopo quest’ultima dichiarazione del Presidente, il Consiglio è sciolto e si entra nel regime di *prorogatio*.

c) L’art. 44, comma 2, dello Statuto del Lazio attribuisce al Presidente del Consiglio regionale il compito di dichiarare con proprio decreto *“l’esistenza di una causa di cessazione dalla carica di Presidente della Regione, fatta salva l’ipotesi della rimozione nonché di scioglimento del Consiglio ai sensi dell’articolo 126, comma 1, della Costituzione”*.

d) Lo Statuto dell’Emilia-Romagna (2005) non prevede forme di parlamentarizzazione ma dispone l’intervento, all’interno della procedura di accertamento dell’evento interruttivo, della Consulta di garanzia statutaria: ai sensi dell’art. 69, comma 1, *“La Consulta di garanzia statutaria, organo autonomo e indipendente della Regione: a) prende atto degli eventi che causano l’anticipata cessazione dalla carica degli organi elettivi e dichiara la modalità di amministrazione ordinaria della Regione fino all’elezione dei nuovi organi elettivi, secondo le norme dello Statuto [...]”*.

La legislazione ordinaria (l.r. n. 23 del 2007) ha integrato tali competenze dell’organo garante, prevedendo (art. 15) che, nei casi di scioglimento anticipato e di *prorogatio* (artt. 32 e 48 Stat.), il Presidente della Consulta deve essere immediatamente informato dal Presidente dell’Assemblea legislativa e, successivamente, la Consulta, auditi il Presidente dell’Assemblea e il Presidente della Giunta, è chiamata a individuare gli atti di ordinaria amministrazione e gli atti improrogabili che possono essere compiuti fino all’elezione dei nuovi organi politici (comma 2). Come si vedrà *infra*, la Consulta ha dovuto precisare i contorni dell’ordinaria amministrazione in occasione delle dimissioni del Presidente Errani nel 2014.

e) Una procedimentalizzazione è contenuta, infine, nella legge statutaria del Friuli-Venezia Giulia n. 17 del 2007, la quale ha disposto, all’art. 13, comma 4, che: *“Le dimissioni del Presidente della Regione in assenza di sfiducia sono presentate al Presidente del Consiglio regionale il quale ne dà tempestiva comunicazione al Consiglio regionale. Diventano efficaci dalla data di comunicazione”*¹¹.

¹¹ Una sorta di “consiliarizzazione” delle dimissioni era contenuta anche nella legge statutaria sarda n. 1 del 2008, la cui promulgazione è stata annullata dalla Corte costituzionale con la già richiamata sentenza n. 149 del 2009 per il mancato raggiungimento del quorum nel referendum confermativo. L’art. 22, comma 5, della l. n. 1 del 2008 così prevedeva: *“Le dimissioni del Presidente sono presentate al Presidente del Consiglio regionale e diventano efficaci trenta giorni dopo la presentazione. Entro tale data possono essere ritirate. Esse sono discusse in apposita seduta del Consiglio convocata in una data compresa tra i venti e i trenta giorni dalla presentazione”*. Come vedremo, le dimissioni del Presidente Soru, nel dicembre 2008, si sono svolte seguendo questa procedura.

f) Nella prassi, le dimissioni sono, di norma, presentate al Presidente del Consiglio regionale, che provvede a comunicarle all'assemblea, a prendere atto della cessazione dalla carica del Presidente e a dichiarare lo scioglimento consiliare con un proprio decreto.

Una diversa regolamentazione è prevista dalla legge statutaria della Provincia autonoma di Trento (l. n.2 del 2003), la quale, all'art. 5, comma 2, attribuisce l'accertamento dell'evento e l'indizione delle nuove elezioni (qualora intervenga nei primi 36 mesi di legislatura) al Vicepresidente della Giunta, previa deliberazione della Giunta medesima.

In pochi casi, la lacuna normativa è colmata dai Regolamenti consiliari: così, in Abruzzo, l'art. 140 del reg. interno prevede, al comma 2, che *"Le dimissioni volontarie del Presidente della Giunta sono comunicate al Presidente del Consiglio il quale dichiara lo scioglimento del Consiglio con proprio decreto, notificato ai consiglieri e pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione Abruzzo"*.¹²

Il regolamento consiliare della Calabria dispone, invece, lo svolgimento di un dibattito sulla comunicazione delle dimissioni presidenziali; l'art. 60, comma 1, così recita: *"Nel caso di dimissioni del Presidente della Giunta, il Presidente convoca il Consiglio entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione formale sulla quale ciascun Consigliere può prendere la parola per non più di cinque minuti. Terminata la discussione, il Presidente congeda definitivamente i Consiglieri"*.

3. Le scelte statutarie in ordine alle conseguenze delle dimissioni volontarie sull'esercizio delle funzioni presidenziali

Ottemperando ad un obbligo di natura costituzionale (riconosciuto dalla Consulta con la sent. n. 196 del 2003), le nuove Carte statutarie hanno disciplinato, all'interno della forma di governo, il regime di *prorogatio* degli organi elettivi regionali a seguito di eventi interruttivi del loro mandato, coincidenti con le cause di cessazione anticipata del mandato presidenziale (endogene, come le dimissioni, la morte e l'impedimento permanente, ed esogene, come l'approvazione di una mozione di sfiducia o la rielezione di una questione di fiducia¹³) e di scioglimento non eteronomo del Consiglio (oltre alle ipotesi testé citate va aggiunta quella delle dimissioni *ultra dimidium* dei consiglieri assegnati).

In relazione all'ipotesi delle dimissioni volontarie del Presidente, alcune delle Carte di seconda generazione hanno, correttamente, disposto (talvolta in modo implicito)¹⁴ che il Presidente continui a guidare la Giunta dimissionaria (sia pure con le funzioni ridotte al solo disbrigo dell'amministrazione ordinaria e degli atti indifferibili) fino alla proclamazione del suo successore.

¹² Applicabile anche l'art. 128, ult. comma, del Regolamento interno del Consiglio delle Marche.

¹³ Parte della dottrina (*ex multis* E. GIANFRANCESCO, *La questione di fiducia negli ordinamenti regionali*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), fasc. 2/2016, 8 ss.) non ha ravvisato motivi di ordine costituzionale per escludere che i legislatori statutari, nel disciplinare la forma di governo, possano individuare ulteriori ipotesi di cessazione anticipata dal mandato presidenziale e, specificamente, la questione di fiducia. Queste interpretazioni poggiano su un passaggio della sentenza n. 2 del 2004 (cons. dir. n. 4) nel quale il Giudice delle Leggi deduceva una ulteriore *deminutio* dei poteri presidenziali dal fatto che la questione di fiducia non fosse nella sua disponibilità (ma dipendesse da una decisione della Giunta) senza svolgere rilievi sulla costituzionalità di questo istituto. Occorre peraltro rammentare che il Governo non aveva dedotto nulla in ordine alla possibile disarmonia con la Costituzione della questione di fiducia. Di contrario avviso sembra, tuttavia, essere la successiva giurisprudenza costituzionale e, in particolare, la sentenza n. 12 del 2006 nella quale la Corte afferma chiaramente che la fine del rapporto di consonanza, instauratosi al momento del voto, può essere collegata solo al verificarsi di atti tipici e che tali atti coincidono con quelli tassativamente indicati nel testo costituzionale. Possiamo non essere d'accordo con la schematica rigidità adottata dal Giudice costituzionale, possiamo sottolineare le aporie insite in questa scelta ma la giurisprudenza resta. Riteniamo, quindi, che, allo stato della giurisprudenza costituzionale, la previsione di dimissioni obbligatorie a seguito della mancata approvazione di una questione di fiducia posta dall'Esecutivo sia da considerarsi incompatibile con la Costituzione.

¹⁴ St. Calabria, art. 33, comma 7; St. Lazio, art. 45, comma 6; St. Molise, art. 36, comma 4.

Ma, la maggioranza dei nuovi Statuti ordinari [Basilicata (art. 54, comma 2), Campania (art. 46, comma 7) Lombardia (art. 30, comma 1), Marche (art. 10, comma 6), Puglia (art. 41, comma 8), Toscana (art. 33, commi 4-7), Umbria (art. 64, comma 1), Veneto (art. 55, comma 5)]¹⁵ ha previsto che, a fronte delle dimissioni del Presidente della Regione, si deroghi rispetto ai normali criteri di *prorogatio* dell'organo esecutivo ed ha introdotto una forma di supplenza *ex lege* da parte del Vicepresidente analoga a quella che si rende logicamente necessaria in caso di morte o impedimento permanente del Presidente.

Tali disposizioni, che privano il Presidente dimissionario dell'esercizio delle funzioni nel periodo preelettorale, appaiono fortemente dubbie dal punto di vista della legittimità costituzionale soprattutto se trattano in modo difforme situazioni del tutto simili dal punto di vista del rapporto sinallagmatico tra Consiglio e Presidente ovvero le dimissioni volontarie e quelle obbligate, ovvero rese necessarie dall'approvazione di una mozione di sfiducia o della reiezione di una questione di fiducia.

Riteniamo, pertanto, di concordare con l'autorevole dottrina¹⁶ che ne ha sostenuto l'illegittimità costituzionale giudicandole irritualmente deroganti ai normali regimi di *prorogatio* e incoerenti con la legittimazione popolare del Presidente.

4. La prassi

Si contano, ad oggi, diversi casi di dimissioni volontarie rassegnate da Presidenti di Regione che hanno prodotto, come naturale conseguenza, la fine anticipata della consiliatura e il ricorso agli elettori:

i. Abruzzo 2008: il Presidente Ottaviano Del Turco è colpito, il 14 luglio 2008, da un provvedimento di custodia cautelare preventiva emesso dal GIP di Pescara per il suo coinvolgimento in un giro di presunte tangenti nella sanità abruzzese e, il 17 luglio 2008, dal carcere in cui si trova detenuto, rassegna le proprie dimissioni.

ii. Sardegna 2008: il Presidente Renato Soru presenta le proprie dimissioni al Presidente del Consiglio regionale il 25 novembre 2008, dopo che il Consiglio aveva bocciato, a scrutinio palese (con 55 voti contrari e 21 a favore), un emendamento voluto dallo stesso Soru alla nuova legge urbanistica regionale. Il dibattito sulle dimissioni (previsto dall'art. 22, comma 5, della allora vigente legge statutaria n. 1 del 2008) si è svolto il 23 dicembre 2008 e, in quella sede, il Presidente ha elencato sei punti programmatici sui quali riteneva necessario ricevere l'espressa fiducia dalla sua maggioranza ma non avendo ottenuto un positivo riscontro decideva di confermare le dimissioni.

iii. Lazio 2009: in questo caso è una dolorosa vicenda personale dai contenuti penalmente rilevanti a portare alle dimissioni del Presidente della Giunta regionale, il noto giornalista televisivo Piero Marrazzo, il quale, al culmine di una sordida storia di prostituzione ed estorsioni decide di

¹⁵ La legge provinciale statutaria della Provincia di Trento n. 2 del 2003 dispone, in modo peculiare, che, qualora le dimissioni del Presidente della Giunta intervengano nel corso dell'ultimo anno di legislatura, la Giunta e il Consiglio rimangono in carica fino al termine del mandato e le funzioni del Presidente sono svolte dal Vicepresidente (ovvero dall'assessore più anziano di età in caso di assenza, impedimento o cessazione dalla carica del vicepresidente). Di fatto, in questo modo, si impedisce, nell'ultimo anno di legislatura, al Presidente di utilizzare l'arma delle dimissioni a fini elettorali.

¹⁶ R. BIN, *La nuova stagione statutaria delle Regioni*, in A. D'Atena (a cura di), *Regionalismo in bilico. Tra attuazione e riforma della riforma del titolo V. Atti del Convegno (30 giugno 2004)*, Milano, 2005, 105, ad avviso del quale, in queste ipotesi, "il subentro del Vicepresidente non ha alcuna altra giustificazione che quella di impedire al Presidente di gestire le elezioni e di "offuscarne" l'immagine ed il ruolo pubblico".

dimettersi (il 27 ottobre 2009) dopo alcuni giorni di sostituzione temporanea, motivata da impedimento personale, a opera del Vicepresidente¹⁷.

iv. Lazio 2012: le dimissioni della Presidente, Renata Polverini, (comunicate il 24 settembre 2012) sono la conseguenza delle indagini giudiziarie aventi ad oggetto l'utilizzo dei fondi pubblici destinati ai gruppi consiliari del Lazio e, in particolare, la *mala gestio* da parte del gruppo di maggioranza (il PdL) di circa 1,3 milioni di euro, utilizzati dai consiglieri per spese non riguardanti l'attività politica. Il periodo di *prorogatio* degli organi regionali è, in questa fattispecie, molto lungo dato che le elezioni si terranno solo il 24/25 febbraio 2013¹⁸.

v. Calabria 2014: sono vicende giudiziarie legate alla pregressa carriera politica a portare alle dimissioni del Presidente della Regione, Giuseppe Scopelliti, il quale dopo essere stato condannato (il 27 marzo 2014) in primo grado dal Tribunale di Reggio Calabria a 6 anni di reclusione (per abuso d'ufficio e falso in relazione a fatti avvenuti quando era Sindaco di Reggio Calabria) rende ufficiali le sue dimissioni in data 29 aprile 2014, prima che il Governo dichiari la sua sospensione ai sensi della legge Severino.

vi. Emilia-Romagna 2014: una condanna in secondo grado da parte della Corte di Appello di Bologna ad un anno di reclusione¹⁹ per il coinvolgimento nella vicenda dei finanziamenti regionali alla cooperativa “Terremere” (8 luglio 2014) porta alle dimissioni del Presidente Vasco Errani (che era in carica dal 2000), inviate al Presidente dell'Assemblea legislativa il 24 luglio 2014 e successiva presa d'atto della Consulta di garanzia statutaria, in data 29 luglio 2014.

vii. Friuli Venezia Giulia 2018: l'abbandono dell'incarico da parte della presidente Debora Serracchiani è avvenuto in data 26 marzo 2018, solo un mese prima del termine naturale della consiliatura (peraltro, la presidente uscente era stata eletta alla Camera nelle elezioni dell'8 marzo 2018).

viii. Abruzzo 2018: le dimissioni del Presidente della Regione Luciano d'Alfonso sono legate a profili di incompatibilità dal momento che il medesimo, eletto nelle elezioni politiche del marzo 2018 al Senato, ha optato (dopo un tentennamento di quasi 6 mesi) per il laticlavio, protocollando le proprie dimissioni dall'incarico il 9 agosto 2018.

ix. Basilicata 2019: ancora una vicenda giudiziaria alla base delle dimissioni del Presidente regionale Marcello Pittella, il quale ha comunicato le proprie dimissioni al Presidente del Consiglio regionale in data 24 gennaio 2019 ma già dal 6 luglio 2018 era stato sospeso dalla carica con provvedimento governativo ex art. 8, comma 3, d.lgs. 235 del 2012, in quanto raggiunto da un provvedimento restrittivo della libertà personale (arresti domiciliari) per il suo coinvolgimento nelle indagini sulla sanità in Regione.

x. Umbria 2019: sempre indagini giudiziarie sulla sanità regionale (non ancora concluse) inducono al congedo anticipato la Presidente Catiuscia Marini, la quale, dopo avere consegnato le proprie dimissioni, riceve la votazione fiduciaria del Consiglio regionale (con la maggioranza raggiunta grazie al suo voto) che, in base al già esposto art. 64, comma 3, St. Umbria, la invita a restare al proprio posto; ma, sotto le forti pressioni della dirigenza nazionale del partito di appartenenza (il PD), infine, decide di confermare in modo definitivo l'abbandono dell'incarico in data 28 maggio 2019.

¹⁷ Sulle conseguenze dal punto di vista giuridico delle dimissioni nell'ordinamento della Regione Lazio e in particolare sulla “obbligatoria” permanenza in carica anche dopo le dimissioni, si v. A. STERPA, *Le dimissioni del Presidente della Regione Lazio a dieci anni da una riforma incompleta*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) n. 1/2010.

¹⁸ In relazione a questi aspetti si rinvia a D. CODUTI, *Crisi, scioglimento anticipato e nuove elezioni nelle Regioni Lazio e Lombardia: una lettura in parallelo*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2 del 2013, 509 ss.

¹⁹ Merita ricordare che successivamente all'intervento della Cassazione, il processo bis avanti la Corte di Appello felsinea si è concluso con l'assoluzione di Errani con la formula “il fatto non sussiste”.

5. Conclusioni

L'analisi delle disposizioni statutarie in materia di dimissioni "volontarie" del Presidente della Regione denota una sottovalutazione, da parte dei legislatori statutari, del rilievo di tale istituto all'interno della forma di governo neoparlamentare e della necessità di definirne gli aspetti procedurali e gli effetti giuridici.

Le poche carte statutarie che hanno tentato una strada diversa, individuando norme di razionalizzazione delle procedure (come la Toscana, l'Umbria e la Sardegna fino all'annullamento da parte della Consulta della legge statutaria n. 1 del 2008), hanno cercato di coinvolgere il Consiglio nell'*iter* decisionale, prevedendo un dibattito consiliare sulla presentazione delle dimissioni al fine di rendere pubblici i motivi di disagio del Presidente e di verificare la possibile prosecuzione della legislatura.

Nelle due sole occasioni nella quali il dibattito consiliare si è svolto (Sardegna 2008 e Umbria 2019), l'appoggio della maggioranza consiliare (nel caso umbro giunto a strettissima maggioranza grazie al voto del Presidente stesso) non è stato sufficiente per convincere il Presidente a desistere dal proposito dimissionario.

I dati della prassi, inoltre, quasi univocamente testimoniano un utilizzo dello strumento reso necessario dallo svolgimento di indagini giudiziarie o dal coinvolgimento in vicende di cronaca tali da allungare una pesante ombra sulla figura del Presidente e sulla credibilità della coalizione al governo.

Quanto, infine, alle scelte statutarie sulle conseguenze delle dimissioni in termini di prosecuzione delle funzioni, riteniamo che la scelta operata dalla maggior parte dei legislatori statutari di "avocare" le funzioni presidenziali, istituendo una forma anomala di supplenza *ex lege* da parte del Vicepresidente, sia incongrua rispetto al modello ad elezione diretta del Presidente e dubbia dal punto di vista della legittimità costituzionale.

ROBERTO LOUVIN

**Una *prorogatio* infinita: permanenza, reviviscenza e confusione dei poteri regionali
in situazioni di emergenza istituzionale**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rinvio delle elezioni. – 3. L'integrazione di una Giunta regionale incompleta. – 4. L'attività legislativa. – 5. La gestione dell'emergenza sanitaria. – 6. Parossismo consiliare. – 7. Prepararsi al futuro.

1. Premessa.

La complicazione che può raggiungere la realtà può raggiungere vette inimmaginabili.

La grave crisi politica intervenuta in Valle d'Aosta, con l'affrettata chiusura anticipata della XV legislatura¹, si è intrecciata, nella sua eccezionalità, con gli effetti della decretazione dello stato di emergenza sanitaria disposto dal governo il 31 gennaio 2020.

Per effetto delle concomitanti dimissioni, legate a vicende giudiziarie, dalle loro rispettive cariche esecutive e dallo stesso Consiglio regionale di ben tre componenti della Giunta - il Presidente della Regione Antonio Fosson e due assessori - si è aperta a metà di gennaio del 2019 una crisi politica - la seconda dopo soli diciotto mesi dalle ultime elezioni consiliari - che ha condotto allo scioglimento anticipato dell'assemblea regionale ex art. 8, comma 1 della legge statutaria n. 21 del 2007².

Sin dalle dimissioni del Presidente Fosson - di cui il Consiglio ha preso atto il 16 dicembre 2019 - la Giunta regionale è entrata in un regime limitato al disbrigo degli affari correnti per assicurare l'ordinaria amministrazione fino all'elezione del nuovo Presidente della Regione e della nuova Giunta³.

La Segreteria generale della Regione si è subito premurata in questo caso di fornire indicazioni operative volte a circoscrivere l'esercizio dei poteri della Giunta questa fase, qualificando curiosamente (ma in un certo senso profeticamente) questa situazione come *prorogatio*. Tralasciando le molteplici indicazioni relative all'attività amministrativa, notiamo come con la direttiva in questione, nel rappresentare questa situazione ai dirigenti della Regione, il Segretario generale sottolinei come in relazione a questa "flessione della rappresentatività", i poteri della Giunta, ancorché esercitabili a garanzia della continuità amministrativa nei modi e nei tempi stabiliti dalla legge, siano limitati all'ordinaria amministrazione e al compimento di atti indifferibili e urgenti.

Anomalo appare però, in questo contesto che sia il vertice amministrativo della Regione e non un organo politico a disporre, nella circostanza, che - in 'analogia' con la prassi seguita a livello statale nei periodi di crisi di governo - "la Giunta regionale non potrà adottare atti destinati ad essere approvati o vagliati dal Consiglio, come nuovi disegni di legge, proposte di regolamento o di atti

¹ G. TARLI BARBIERI, nel suo saggio *La crisi politico-istituzionale valdostana nella crisi del regionalismo italiano*, in questi stessi scritti, qualifica addirittura la difficile fase che sta attraversando la piccola regione alpina come "sgretolamento del sistema politico" autonomistico valdostano. Le vicende giudiziarie che hanno colpito il regime autonomistico della Regione sono ripercorse dettagliatamente da A. MASTROPAOLO, *Ieri, oggi, domani, quale autonomia per la Valle d'Aosta?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2018, n. 11.

² La l.r.s. 7 agosto 2007, n. 21 determina la forma di governo della Regione Valle d'Aosta ai sensi dell'art. 15 dello Statuto speciale, disciplinando i casi di scioglimento del Consiglio della Valle. Riguardo alle cause di scioglimento del Consiglio, L. TRUCCO, *Le elezioni e la partecipazione politica*, in P. Costanzo, R. Louvin, L. Trucco (curr.), *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste*, Torino, Giappichelli, 2020, 106, ne osserva la proliferazione all'interno della legislazione statutaria, rispetto alle puntuali ipotesi individuate dalle norme originarie dello Statuto.

³ In base all'art. 7, comma 2, della l.r.s. 21/2007, "Fino all'elezione del nuovo Presidente della Regione e della nuova Giunta, la Giunta rimane in carica per l'ordinaria amministrazione, fatta salva l'adozione degli atti indifferibili ed urgenti, e la carica di Presidente della Regione è assunta dal Vice-Presidente".

amministrativi, nonché atti di amministrazione attiva che siano estrinsecazione dello specifico indirizzo politico che trovava primigenio ancoraggio nella precedente maggioranza governativa⁴.

Le funzioni di Presidente della Regione sono state assunte automaticamente dal Vice-Presidente Renzo Testolin, che si è trovato – essendo già Assessore alle Finanze, Attività produttive e Artigianato – ad essere gravato delle funzioni interinali di Presidente della Regione, dei compiti di natura prefettizia⁵, nonché di Assessore del Turismo, Sport, Commercio, Agricoltura e Beni culturali, Opere pubbliche, Territorio e Edilizia residenziale pubblica. Un impegno quasi sovrumano, anche considerando le ridotte dimensioni della Regione, poiché va ricordato che alla Regione stessa sono anche attribuite tutte le competenze che altrove fanno capo alle province⁶. Questo carico, già di per sé relevantissimo, è dunque – di fatto – raddoppiato sul piano amministrativo.

La sostituzione dei due assessori dimissionari, quantomeno, si sarebbe potuta rapidamente risolvere qualora la Valle avesse optato, a suo tempo, per l'elezione diretta del capo dell'esecutivo, ma come noto questa Regione, insieme alla Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol*⁷ e alla Provincia di Bolzano, è l'unica in Italia a non aver optato per il sistema dell'elezione diretta del suo Presidente e ad aver mantenuto – in controtendenza – l'elezione del Presidente e degli assessori da parte del Consiglio regionale⁸. Il Presidente *pro tempore* non ha dunque beneficiato della facoltà di nominare nuovi assessori.

Il carico di deleghe e di funzioni sarebbe stato relevantissimo anche solo per pochi mesi, ma si è prolungato a dismisura per effetto delle vicende inattese della pandemia da coronavirus che hanno reso impossibile l'insediamento del nuovo Consiglio e l'elezione della nuova Giunta prima dell'autunno 2020, trasformando un intervallo per sua natura breve in un lasso di tempo sempre

⁴ Nota del Segretario generale della Regione Valle d'Aosta avente ad oggetto "Regime di *prorogatio* di organi regionali - Indicazioni operative per il disbrigo delle attività correnti" del 18 dicembre 2019 (prot. 7285/SG) indirizzata ai Coordinatori della Giunta regionale. La nota richiama le direttive che 'talvolta' i Presidenti del Consiglio dei ministri hanno adottato per autolimitare i poteri del Governo dimissionario, suggerendo un'interpretazione analogica per cui "se dimissionario, il Governo non può approvare nuovi disegni di legge ... o approvare nuove nomine, salvo scadenze di legge", dovendosi impegnare solo per l'approvazione dei decreti-legge (non consentiti peraltro nell'ordinamento valdostano) e per l'approvazione del bilancio e della legge finanziaria. La problematica relativa ai decreti-legge non investe invece la Valle d'Aosta in quanto, come ricorda P. COSTANZO, *L'autonomia valdostana tra ses propres racines e Statuto speciale*, in P. Costanzo, R. Louvin, L. Trucco (curr.), *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 44, "La Corte costituzionale, con sent. 28 luglio 1959, n. 50, ha invece escluso, per ragioni sistematiche e lessicali, per vero non insuperabili, che il meccanismo previsto dall'art. 36 Stat., per cui la Giunta regionale, in caso di necessità e urgenza, potrebbe prendere provvedimenti di competenza del Consiglio, sia all'origine di ulteriori atti legislativi sulla falsariga dei decreti legge statali".

⁵ I compiti prefettizi spettano eccezionalmente, come noto, in Valle d'Aosta appunto al Presidente della Regione. Sulla assoluta specialità del regime autonomistico valdostano per quanto riguarda la 'duplice veste' del Presidente della Regione si può vedere da ultimo: E. ALBANESI, *Il Presidente della Regione*, in P. Costanzo, R. Louvin, L. Trucco (curr.), *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 167-182.

⁶ D.lgs.lgt. 7 settembre 1945, n. 545, art. 1, comma 3.

⁷ L'art. 30, St. spec. TAA, sancisce che "Nei primi trenta mesi di attività del Consiglio regionale il Presidente è eletto tra i consiglieri appartenenti al gruppo di lingua italiana. Per il successivo periodo il Presidente è eletto tra i consiglieri appartenenti al gruppo di lingua tedesca. Può essere eletto un consigliere appartenente al gruppo linguistico ladino, previo assenso, per i rispettivi periodi, della maggioranza dei consiglieri del gruppo linguistico italiano o tedesco."; come risaputo, di fatto la Presidenza della Regione è affidata per metà mandato al Presidente della Provincia autonoma di Trento e per l'altra metà al Presidente della Provincia di Bolzano.

⁸ Cfr. V. ONIDA, *L'autonomia della Valle d'Aosta nell'evoluzione del regionalismo italiano*, in R. Louvin (cur.), *Autonomie(s) en mouvement. L'evoluzione delle autonomie regionali speciali*, Napoli, ESI, 2019, 24, sottolinea questa 'controtendenza' della Valle "rispetto ai caratteri di forte 'personalizzazione' che è andata assumendo negli ultimi decenni la rappresentanza politica nel nostro Paese". Un tentativo di superamento di questa forma di governo parlamentare è stato avviato, ma senza portare a conclusioni definitive, nell'ultimo scorcio della legislatura appena conclusa con la p.l. 28/XV, *Riforma elettorale e istituzionale della Valle d'Aosta. Modificazioni alla legge regionale 12 gennaio 1993, n. 3*.

più lungo e ormai destinato a sfiorare la durata di un anno per quanto riguarda la ricostituzione di un esecutivo in pienezza di poteri.

Di fatto, all'emergenza sanitaria si è dunque sovrapposta un'emergenza istituzionale che ha dato del filo da torcere agli interpreti della scarsa normativa di riferimento nel far fronte ad un caso così particolare. Un'emergenza che riporta d'attualità e rende spesso preziose le osservazioni sviluppate in passato dalla dottrina che ha esaminato ad ampio spettro le problematiche emergenziali sul piano costituzionale⁹.

2. Il rinvio delle elezioni

Prendendo atto del verificarsi del presupposto per lo scioglimento anticipato – rappresentato dalle dimissioni del Presidente della Regione precedentemente in carica intervenute il 14 dicembre 2019 - il nuovo Presidente della Regione *pro tempore* ha dovuto disporre lo scioglimento anticipato del Consiglio regionale della Valle d'Aosta per "incapacità di funzionare per l'impossibilità di formare una maggioranza entro sessanta giorni ... dalle dimissioni del Presidente della Regione", in forza della ricordata disposizione della legge statutaria 21/2007¹⁰. Lo stesso decreto ha anche indetto i comizi elettorali per il 19 aprile 2020 e fissato la prima riunione del nuovo Consiglio regionale per il 20 maggio 2020.

La tenuta delle elezioni è però stata resa impraticabile dalla situazione emergenziale venutasi nel frattempo a creare. A termini di legge statutaria sopra richiamata, la data di svolgimento della consultazione elettorale deve essere fissata dal Presidente della Regione entro i novanta giorni successivi alla data del decreto stesso. Provando ulteriormente a rispettare tale termine, il Presidente della Regione ha disposto¹¹ la revoca del proprio precedente decreto, rinviando le elezioni per il rinnovo del Consiglio al 10 maggio 2020, in relazione alle misure urgenti di contenimento del contagio da COVID-19¹². Il perdurare della situazione epidemica da coronavirus ha però costretto il Presidente della Regione a revocare anche questo secondo decreto e a disporre che "la nuova convocazione dei nuovi comizi elettorali per il rinnovo del Consiglio regionale sarà stabilita *con successivo decreto da emanarsi entro e non oltre il termine di validità della delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020* [31 luglio 2020, n.d.a., *corsivo nostro*] con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili"¹³.

Il riporto forzato delle elezioni ha sollevato una prima serie di questioni, legate alla genericità del disposto della legge statutaria e alla mancata previsione di una situazione così complessa. Il Presidente della Regione è legittimato a disporre per cause di forza maggiore il rinvio oltre il termine massimo di novanta giorni fissato dalla legge statutaria? Può farlo *motu proprio* e senza sottoporre la decisione al vaglio del Consiglio ormai sciolto? La decisione deve essere concordata con l'autorità di governo nazionale, considerando che ad un'analogha problematica sono confrontate anche le

⁹ Per ampiezza e completezza richiamiamo soprattutto quelle svolte da G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003. Sul paradigma costituzionale dell'emergenza, sulla *emergency clause* e la 'legge della paura', si veda soprattutto G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e Terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, da cui si trae, per i profili qui esaminati, l'utile indicazione per cui occorre in ogni caso evitare che l'emergenza sfumi in una 'anomala normalità' fondata sulla permanente violazione della separazione dei poteri.

¹⁰ D. n. 54 del 18 febbraio 2020.

¹¹ D. n. 103/2020.

¹² D.p.c.m. 8 e 9 marzo 2020.

¹³ D. n. 118/2020 del 23 marzo 2020. Questo decreto precisa, in premessa, che la determinazione è assunta "Ritenuta ... la necessità ed urgenza di operare in deroga a quanto previsto dall'articolo 8, comma 2, della Legge regionale 7 agosto 2007, n. 21".

autorità nazionali per il rinnovo dei consigli regionali di Campania, Liguria, Marche, Puglia, Toscana e Veneto? A fronte dell'inattesa vicenda, il Consiglio della Valle, in uno dei suoi molteplici interventi legislativi effettuati durante il periodo di *prorogatio*¹⁴ ha ritenuto di dover intervenire a sua volta, fissando per legge una cornice di riferimento straordinaria per l'esercizio dei poteri del Presidente della Regione e stabilendo¹⁵ che, in considerazione dello stato di emergenza sanitaria riguardante tutto il territorio nazionale, "il termine entro il quale sono convocati i comizi elettorali per il rinnovo del Consiglio regionale, sciolto con decreto del Presidente della Regione n. 54 del 18 febbraio 2020, è di novanta giorni dalla cessazione dello stato di emergenza sanitaria".

Le due formulazioni non sono perfettamente coincidenti: la dizione secondo cui l'emanazione del decreto deve avvenire "entro e non oltre il termine di validità della delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020" non coincide con quella usata dal Consiglio regionale che impone la tenuta della consultazione elettorale entro "novanta giorni dalla cessazione dello stato di emergenza sanitaria".

Mentre il Presidente della Regione – che in aula si è astenuto sull'articolo in questione voluto dai consiglieri, rimarcando così il suo dissenso procedurale riguardo a questa indebita interferenza con l'esercizio del suo legittimo potere di fissazione della data delle elezioni - si è mosso con la dovuta correttezza istituzionale, il Consiglio già sciolto ha operato in maniera decisamente irrituale e evidentemente al di fuori delle proprie prerogative.

L'individuazione della data per lo svolgimento delle nuove elezioni è una chiara competenza presidenziale, regolata dallo Statuto speciale (art. 18, comma 2) e ribadita dalla legge statutaria. La fonte legislativa ordinaria – tanto più se esercitata da un Consiglio già sciolto - non trova spazio in questa materia riservata alla legge statutaria.

Nella necessità, da tutti riconosciuta, di operare in deroga ad un termine fissato dalla legge statutaria vigente e nell'impossibilità di fare ricorso ad un'integrazione di quest'ultima, non essendovi i tempi necessari per esperirne la procedura (che comprende anche un eventuale referendum confermativo), l'autorità deputata ad operare per fare fronte all'emergenza è certamente ed esclusivamente il Presidente della Regione e non l'assemblea regionale disciolta.

Il ricorso ad una legge modificativa del termine già individuato nel decreto presidenziale e motivata da una non meglio definita 'esigenza politica' di esprimere un assenso assembleare al riporto delle consultazioni, distorce palesemente il riparto dei compiti fra gli organi di vertice e concreta una palese forzatura del limite secondo cui in periodo di *prorogatio* il Consiglio deve limitarsi alla "adozione degli atti indifferibili ed urgenti, fino alla prima riunione del nuovo Consiglio regionale". Essendo la questione stata già definita dall'organo di vertice mediante una propria chiara e rigorosa decretazione, l'intervento non si palesava necessario e si è concretato in una indebita intrusione nelle prerogative presidenziali.

Il Presidente della Regione si era oltretutto premurato, prima di emanare un proprio decreto che necessariamente oltrepassava il termine fissato dalla legge statutaria regionale, di coinvolgere informativamente, in uno spirito di leale collaborazione, il governo nazionale in ordine all'anomala situazione in atto. Il riscontro del Ministro dell'interno, nel prendere atto del necessario travalicamento del termine di legge statutaria e nel comunicare al Presidente della Regione l'inevitabile slittamento dei termini anche per le consultazioni regionali ordinarie della primavera 2020, ha sottolineato che la posizione del Governo nazionale era rappresentata al Presidente valdostano "Per le scelte che, nell'esercizio della autonomia speciale di cui gode la regione da Lei presieduta, vorrà adottare con riguardo alla consultazione elettorale...[corsivo nostro]"¹⁶. Il tenore

¹⁴ L.r. 21 aprile 2020, n. 5.

¹⁵ L.r. 5/2020, art. 14, Misure urgenti per lo svolgimento delle consultazioni per il rinnovo del Consiglio regionale nell'anno 2020.

¹⁶ Lettera del Ministro degli interni Lamorgese al Presidente della Regione Valle d'Aosta del 28 marzo 2020.

letterale della comunicazione confermare che si tratta, anche agli occhi del Governo, di una scelta presidenziale e non di una competenza normativa del Consiglio.

3. L'integrazione di una Giunta regionale incompleta

La menomazione dell'esecutivo regionale per effetto delle dimissioni nel dicembre 2019 di ben tre suoi componenti su otto, tra cui lo stesso Presidente, ha indebolito significativamente l'operato dell'organo. Si è di conseguenza immediatamente posto il problema della reintegrazione della Giunta regionale valdostana, con l'elezione di nuovi assessori in sostituzione dei dimissionari.

Ma può un Consiglio in *prorogatio* eleggere nuovi assessori?

La domanda non trova risposta in precisi disposti statutari o di legge. La legge regionale statutaria n. 21/2007 non contempla infatti una situazione così anomala e da essa ricaviamo solo che la sostituzione non è obbligatoria e che essa non è soggetta a termini perentori, poiché «L'elezione del nuovo Assessore si effettua, su proposta del Presidente della Regione, a scrutinio segreto a maggioranza assoluta dei consiglieri assegnati»¹⁷.

In condizioni ordinarie, ossia in pendenza di una *prorogatio* breve, si dovrebbe ritenere in linea di principio precluso il potere del Consiglio di eleggere nuovi assessori. È noto infatti che durante questo periodo interinale i titolari degli organi legislativi ed esecutivi della Regione, nonostante sia scaduto il loro mandato, continuano ad esercitare provvisoriamente solo compiti ordinari in attesa della nomina o elezione dei loro successori (rimessa ordinariamente agli elettori o al rinnovato collegio), e che ciò avviene entro limiti ristretti, da alcuni ritenuti, con una formula discutibile sul piano tecnico, 'immanenti' all'istituto stesso della *prorogatio*¹⁸.

Nel caso di specie, però, l'estrema lunghezza del periodo interinale e la gravità della situazione sanitaria e socioeconomica della Regione fanno ritenere logicamente superata questa restrizione.

In questo caso, infatti, un intervento elettorale surrogatorio che ripristinasse l'adeguata e piena funzionalità dell'organo esecutivo, appariva lecito, se non addirittura necessario. E ciò anche a fronte dell'eventualità che altri componenti dell'organo potessero trovarsi, nel lungo periodo di prolungata *prorogatio* che si prospettava, in condizioni tali da impedire loro di svolgere il mandato, come per esempio per ulteriori sopraggiunte dimissioni o per altra causa. Del carattere effettivamente "urgente e indifferibile" di questa elezione di nuovi assessori solo il Consiglio, a questo punto, è legittimamente arbitro, sulla scorta di un'eventuale proposta presidenziale.

La giurisprudenza costituzionale riguardo ai limiti dei poteri consiliari non ci è di grande aiuto per fare totale chiarezza sul punto, poiché si è finora riferita unicamente all'esercizio della funzione legislativa e non sono rinvenibili precedenti specifici in termini di eventuali elezioni surrogatorie di componenti la Giunta regionale, per l'ovvia ragione che il periodo di *prorogatio* si protrae, di regola, solo per poche settimane.

Le pronunce della Corte, a partire dalla fondamentale sentenza n. 68 del 2010, hanno avuto un punto d'approdo ed un'articolata sintesi nella sent. n. 243 del 2016, che ricorda come «gli atti adottabili durante la *prorogatio* sono stati individuati in quelli «necessari ed urgenti, dovuti o costituzionalmente indifferibili»; il Consiglio «deve comunque astenersi, al fine di assicurare una

¹⁷ Art. 7, comma 5, della l.r.s. n. 21/ 2007 che rinvia, per questo, alle modalità di cui al precedente art. 6, comma 6, della stessa legge statutaria.

¹⁸ D. PICCIONE, *I «limiti immanenti» della prorogatio dei poteri dei Consigli regionali e la (in)certezza della prassi parlamentare*, in *Giur. Cost.* 2010, 791 ss.

competizione libera e trasparente, da ogni intervento legislativo che possa essere interpretato come una forma di *captatio benevolentiae* nei confronti degli elettori»¹⁹.

Questo intervento di integrazione è stato ritenuto da più parti, nel caso valdostano, oltremodo necessario, al punto da essere invocato coralmemente dagli enti locali della Regione e da una parte consistente delle forze politiche consiliari. L'intervento appariva oltretutto necessario anche per individuare, e fare eleggere dal Consiglio, anche un nuovo Vicepresidente della Regione: la figura vicaria – cessata per l'assunzione della carica da parte del precedente titolare diventato Presidente – è espressamente prevista dalla legge statutaria²⁰ e assume qui un connotato di assoluta necessità, considerando che essa è anche chiamata a svolgere, in sostituzione del Presidente, le funzioni di natura prefettizia.

Sul punto, si è innescata una disputa di natura politica che ha portato ad un nulla di fatto, almeno fino oggi²¹. Un raggruppamento politico che sostiene l'attuale maggioranza ha richiesto un autorevole parere in proposito, esponendo le ragioni di praticabilità dell'elezione surrogatoria. L'esercizio del potere di reintegrazione, come rileva tale parere, reso pubblico e consultabile sul sito internet del Consiglio regionale, non dovrebbe però alterare l'indirizzo politico esistente, in quanto nella condizione di cui si discute gli organi politici operano con una ridotta discrezionalità politica di scelta, per cui si dovrebbe, nel caso di specie, opportunamente 'spoliticizzare' la decisione²².

Che rientri nelle facoltà di un'assemblea consiliare legislativa operare questo intervento 'necessitato' per mantenere in vita la funzionalità degli organi che essa è incaricata di eleggere è tuttavia anche implicitamente confermato da un autorevolissimo precedente. Si tratta dell'elezione avvenuta nel 1983, a camere sciolte, di un Presidente del Senato, il Presidente Vittorino Colombo, in sostituzione del deceduto Tommaso Morlino. Benché non mancassero nell'assemblea, per il breve lasso di tempo che sarebbe intercorso in attesa delle elezioni, dei Vicepresidenti in esercizio, la scelta fu dettata dalla necessità di insediare subito, durante il periodo di *prorogatio* del Parlamento, un nuovo Presidente del Senato allo scopo di assicurare pienezza di poteri a tutti gli organi di vertice dello Stato, soprattutto nell'eventualità che l'eletto fosse stato chiamato a operare in supplenza del Capo dello Stato.

Ne possiamo trarre come conseguenza che anche per gli organi della Regione, riscontrandosi un'insufficiente efficacia operativa degli assessori e la necessità di reintegrare la Vice-Presidenza che avrebbe potuto trovarsi ad operare sussidiariamente al vertice della Regione, dovesse operare un principio di *favor* per il ripristino della piena completezza dell'organo giuntale e vi fosse non solo la facoltà, ma il preciso compito di ripristinare, su proposta del Presidente della Regione, l'integralità dell'organo esecutivo.

Un aspetto conclusivo, marginale ma non trascurabile, su questo punto riguarda poi le modalità con cui avrebbe dovuto avvenire l'elezione surrogatoria degli assessori.

Diversamente da quanto stabilito per l'elezione assessorile che ha luogo immediatamente dopo l'elezione del Presidente della Regione, che ha luogo "con un'unica votazione"²³, gli assessori eletti in sostituzione dei dimissionari sono soggetti a votazioni individuali.

Il Regolamento interno del Consiglio regionale non aggiunge dettagli ulteriori riguardo a questa procedura, limitandosi a ribadire che spetta al Presidente della Regione la proposta in ordine al

¹⁹ G. TARLI BARBIERI, *Una legge elettorale regionale «tutta sbagliata, tutta da rifare»? Ovvero, lo «strano caso» della sent. 243/2016*, in *le Regioni*, XLV, n. 3/ 2017, 487.

²⁰ L.r.s. n. 21/2007, art. 2, comma 1, lett. c).

²¹ Questo scritto è stato chiuso il 1° giugno 2020.

²² Il parere del Prof. Giovanni Guzzetta del 26 marzo 2020, riportato dalla sezione 'comunicati dei gruppi consiliari' del Consiglio regionale, conclude nel senso della piena ragionevolezza della procedura di reintegrazione dell'organo.

²³ L.r.s. n. 21/2007, art. 4, comma 1.

numero e all'articolazione degli Assessorati, oltre che ai nominativi dei componenti la Giunta, compreso il Vice-Presidente²⁴.

Proprio il ricorso necessario a votazioni individuali da parte di un'assemblea già gravemente lacerata, al punto da non aver potuto ricostituire una maggioranza nel termine prescritto, sembra aver scoraggiato alla fine il ricorso alla procedura surrogatoria da parte di un Presidente già in condizioni di precarietà e non sorretto da una vera e propria maggioranza.

4. L'attività legislativa

Il tema della legittimità delle leggi regionali adottate in periodo di *prorogatio*, è già stato ampiamente esaminato e discusso in dottrina e in giurisprudenza.

La Corte costituzionale ha precisato a questo proposito che: a) il requisito della necessità ed urgenza non costituisce un «unico e generale presupposto» per l'esercizio dei poteri in *prorogatio*, in quanto sussistono anche altri possibili presupposti, collegati a disposizioni costituzionali e/o legislative di diverso tenore; b) il requisito della necessità ed urgenza comporta un intervento adottato «nell'immediatezza» della situazione alla quale si intende porre rimedio²⁵.

Le coordinate giurisprudenziali²⁶ possono illuminare parzialmente il percorso interpretativo, peraltro non agevole in un caso atipico per durata come quello valdostano, dove la legge regionale statutaria si limita a precisare che «in caso di scioglimento anticipato ... i poteri del Consiglio regionale sono prorogati, solo per l'adozione degli atti indifferibili ed urgenti, fino alla prima riunione del nuovo Consiglio regionale»²⁷.

Si deve osservare che il requisito connaturato all'urgenza, per cui ci si dovrebbe trovare in presenza di «elementi o fatti sopravvenuti che possano giustificare un'emergenza nuova»²⁸, ha assunto, alla luce della situazione di proclamata emergenza sanitaria, un carattere dominante, al punto da estendere in maniera relevantissima i poteri di organi soggetti a regimi transitori di limitata operatività.

Il Consiglio della Valle ha fatto largo uso della facoltà di adottare provvedimenti legislativi durante la *prorogatio* che si è protratta per molti mesi. Abbiamo così registrato ad oggi sia l'approvazione di leggi necessarie a garantire la funzionalità dell'ente²⁹, sia di misure approvate per fronteggiare la

²⁴ Ivi, art. 8., comma 2, lett. b e c.

²⁵ E. ALBANESI, *La Corte torna sull'attività dei Consigli regionali in prorogatio* (sentt. Corte cost. nn. 44, 55, 64 e 81/2015), in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2015/II, 531.

²⁶ Sul requisito della necessità e dell'urgenza come condizione legittimante l'operato di un Consiglio regionale in questo particolare periodo esclusivamente nei casi in cui siano adottati atti necessari nell'*immediatezza di una situazione grave* a cui bisogna porre rimedio, atti che devono inoltre assumere il *carattere di "improcrastinabilità"*, ossia essere tali da non poter essere rimandati alla decisione del nuovo Consiglio regionale: U. ADAMO, *I limiti ai Consigli regionali in prorogatio. Riflessioni alla luce di Corte cost., sent. n. 243/2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) 12 dicembre 2016. Si deve, per usare le parole della stessa Corte costituzionale, trattare di una «necessità di intervenire, con un provvedimento improcrastinabile, immediatamente dopo l'insorgenza di una grave situazione» e non deve invece trattarsi di «situazioni già da tempo connotate da gravità, in presenza delle quali il Consiglio regionale, allorché era nella pienezza dei suoi poteri, non aveva ravvisato quell'urgenza e quella necessità di intervenire che ravvisa invece dopo la scadenza della legislatura, quando si trova in regime di *prorogatio*».

²⁷ L.r.s. n. 21/2007, art. 8, comma 4.

²⁸ C. cost., sent. n. 81/2015, punto 4.4.

²⁹ Sono state approvate la l.r. 11 febbraio 2020, n. 1/2020, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione autonoma Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* approvata dopo alcune settimane di esercizio provvisorio), la l.r. n. 2/2020 contenente il bilancio di previsione per il triennio 2020/2022 e la l.r. n. 3/2020, recante disposizioni collegate alla legge di stabilità regionale per il triennio 2020/2022.

grave situazione emergenziale in atto, tanto per i suoi profili sanitari quanto per le sue ripercussioni socioeconomiche³⁰.

È da notare come, ad eccezione delle normative finanziarie, tutte le misure sanitarie e di rilancio economico sono state assunte ad iniziativa consiliare, segno di una evidentissima debolezza del governo regionale e di un voluto recupero di centralità da parte del Consiglio ormai sciolto. È probabile che questa scelta sia avvenuta anche in ossequio alla limitazione prospettata dalla Segreteria generale in fase di avvio del regime di ordinaria amministrazione³¹.

Pare però assurdo ritenere che una Giunta – necessitata a proseguire nella propria azione in condizioni di emergenza sanitaria - non sia legittimata a fare qualcosa (nel caso in questione a presentare disegni di legge) che sono ammessi a fare dei consiglieri regionali la cui pienezza di funzioni ha avuto termine mesi prima con lo scioglimento del Consiglio.

Questo dato fa emergere in maniera lampante, oltre che la debolezza dell'esecutivo in carica, l'assetto marcatamente assembleare assunto dalla Regione in questa delicatissima congiuntura. Siamo di fronte, in tutta evidenza, ad una situazione paradossale, che rovescia l'assetto a prevalente trazione governativa che assumono abitualmente i sistemi parlamentari in presenza di situazioni emergenziali.

Invece di fare ricorso ai poteri propri dell'esecutivo, che in queste circostanze risultano evidentemente rafforzati, ci troviamo qui in presenza dell'ulteriore propagazione del virus (politico) per cui, come si è già constatato nelle ultime due legislature, il proliferare dei micro-interessi di un quadro politico ormai esploso logora all'infinito le giunte e, in casi come questo, paralizza addirittura l'esecutivo relegandolo in una condizione per così dire 'sospesa'³².

5. La gestione dell'emergenza sanitaria

Il sistema di protezione civile in Valle d'Aosta presenta caratteri assolutamente originali soprattutto in relazione all'esercizio delle funzioni prefettizie da parte del Presidente della Regione; esso ha trovato sviluppo attraverso le norme di attuazione dello Statuto speciale³³ e si è rivelato in passato particolarmente efficace in relazione ad importanti eventi calamitosi.

Le funzioni esecutive rispetto alle disposizioni impartite dal Ministero dell'Interno per l'organizzazione e la predisposizione dei servizi di protezione civile, cui il Commissario del Governo provvede avvalendosi di apposito ufficio, competono qui al Presidente della Regione³⁴, per il tramite di un ufficio regionale posto alle sue dipendenze e il Comitato regionale per la protezione civile - istituito con decreto del Presidente della Regione - è organo della Regione medesima.

³⁰ Si è trattato, fino ad oggi, della l.r. n. 4/2020, con cui sono state adottate le prime misure regionali urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID19, della l.r. n. 5/2020 approvativa di ulteriori misure regionali urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID19 e della l.r. 6/2020 che ha modificato la precedente l.r. 5/2020 a sole quattro settimane dalla sua adozione.

³¹ Vedi *supra*, n. 5.

³² Abbiamo già evidenziato questa situazione anomala e il «*réveil du démon de l'instabilité gouvernementale pendant la XIV législature (2013-2018)* [qui] *oblige à réfléchir sérieusement sur l'efficacité concrète de la motion de censure constructive introduite en 2017* » in R. LOUVIN, *Une autonomie originale et durable dans le contexte européen*, in Id. (cur.), *Autonomie(s) en mouvement*, cit., 40.

³³ A partire dalla l. 16 maggio 1978, n. 196.

³⁴ «Il Presidente della Giunta regionale esercita le competenze di protezione civile che le leggi statali attribuiscono al Presidente dell'amministrazione provinciale e al Prefetto»: l.r. 18 gennaio 2001, n. 5, *Organizzazione delle attività regionali di protezione civile*, art. 12, comma 1.

La preminenza che le norme di attuazione e la legislazione regionale assegnano al Presidente della Regione nella direzione e nel coordinamento delle operazioni di protezione civile, fra cui la nomina del Direttore dell'ufficio regionale della protezione civile, si sono appannate alla luce degli eventi tumultuosi della gestione dell'emergenza da COVID-19, complice forse anche la debolezza congiunturale del governo della Regione. Il sistema di protezione civile ha assunto i caratteri di un «sistema multilivello, in cui ciascun soggetto coinvolto fa la propria parte e il livello superiore interviene, in applicazione del principio di sussidiarietà, quando l'evento non può essere fronteggiato con i mezzi ordinari»³⁵ e le garanzie di salvaguardia del modello organizzativo autonomo, pur previste anche dall'attuale Codice della protezione civile³⁶, non sembrano aver conservato grande efficacia, o quantomeno essere state esercitate in maniera significativamente dissimile da quanto avvenuto per le Regioni ordinarie. L'investitura di un soggetto centrale nella gestione della crisi - il 'soggetto attuatore' per il coordinamento delle attività poste in essere dalle strutture della Regione Autonoma Valle d'Aosta, competenti nei settori della protezione civile e della sanità, impegnate nella gestione dell'emergenza – è avvenuta per Decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile³⁷ dopo aver semplicemente 'sentito' il Presidente della Regione Autonoma Valle d'Aosta.

Questa disposizione è stata assunta nel quadro di un'ordinanza generale del Capo del Dipartimento della Protezione Civile che nel delineare l'assetto dell'organizzazione chiamata a fronteggiare in via emergenziale il pericolo pandemico, sottolinea l'eccezionalità della situazione ordinamentale altoatesina³⁸ e non fa alcun cenno ai poteri autonomi della Regione valdostana.

È singolare infatti che sia il Capo del Dipartimento della protezione civile nazionale ad individuare³⁹ il dirigente regionale competente «al fine di assicurare il più efficace coordinamento delle attività poste in essere dalle strutture della Regione Autonoma Valle d'Aosta competenti nei settori della protezione civile e della sanità per la gestione dell'emergenza»⁴⁰, ossia per un coordinamento apparentemente tutto interno alle competenze della Regione. Nessuna obiezione sembra essere stata avanzata in proposito dagli organi regionali, malgrado anche la legge regionale prescriva che «Il Presidente della Giunta regionale, per mezzo della struttura regionale competente in materia di protezione civile, assicura la direzione e la gestione unificate di tutte le componenti interne ed esterne all'amministrazione regionale, necessarie al superamento dell'evento calamitoso»⁴¹. La Regione ha peraltro nominato, con il compito di operare in sinergia con il soggetto attuatore, un proprio referente sanitario incaricato di svolgere le sue funzioni in raccordo con il Direttore sanitario dell'Azienda AUSL Valle d'Aosta, per il coordinamento di tutte le componenti sanitarie regionali, come "affinamento del modello organizzativo di protezione civile già

³⁵ E. RONZANI, *Il sistema normativo di protezione civile*, in P. Costanzo, R. Louvin, L. Trucco (curr.), *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 416.

³⁶ D.lgs. 22 gennaio 2018, n. 1.

³⁷ Decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile del 27 febbraio 2020.

³⁸ L'O.c.d.p.c. n. 630 del 3 febbraio 2020 sottolinea infatti «che le Province autonome di Trento e di Bolzano dispongono di potestà legislativa esclusiva per la protezione civile ai sensi dell'art. 8, punto 13, del D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e dell'esercizio delle conseguenti funzioni amministrative, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del medesimo decreto». Nessun richiamo, invece, in merito alle competenze valdostane fissate dalla normativa attuativa dello Statuto.

³⁹ Con una nomina ai sensi dell'articolo 1, comma 1, dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020. Il comma in questione dispone che «.... il Capo del Dipartimento della protezione civile assicura il coordinamento degli interventi necessari, avvalendosi del medesimo Dipartimento, delle componenti e delle strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile, nonché di soggetti attuatori, individuati anche tra gli enti pubblici economici e non economici e soggetti privati, che agiscono sulla base di specifiche direttive, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

⁴⁰ Decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile del 27 febbraio 2020. Nomina Soggetto Attuatore Regione Autonoma Valle d'Aosta del 27 febbraio 2020.

⁴¹ L.r. 5/2001, n. 5, art. 12, comma 5.

predisposto”⁴². Il quadro organizzativo del contrasto all’epidemia e alle sue conseguenze sanitarie e socioeconomiche si è ulteriormente complessificato con l’aggiunta di ulteriori organismi tecnici di coordinamento *ad hoc* che sembrano sfuggire ad un chiaro disegno organico⁴³. Le esigenze di coordinamento nazionale sembrano aver fatto significativamente premio sull’autonomia decisionale regionale anche rispetto all’uso dei poteri di ordinanza, di cui la Valle d’Aosta ha fatto un esercizio parsimonioso, evitando, diversamente da altre Regioni, di mettersi in conflitto con il governo centrale.

Innanzitutto, il Presidente della Regione Valle d’Aosta è stato tra gli ultimi, rispetto ai suoi omologhi, ad adottare ordinanze in relazione al coronavirus⁴⁴.

Un utilizzo un po’ titubante di tale potere, come emerge dal tenore, davvero poco autoritativo, dell’ordinanza con cui il Presidente «Invita i turisti, gli ospiti, i villeggianti e tutte le altre persone presenti sul territorio regionale che non hanno la propria residenza in Valle d’Aosta a prendere in considerazione il rientro alla propria residenza, in funzione di una maggiore garanzia di assistenza sanitaria, affinché in caso di necessità possano affidarsi alle cure del proprio medico di base o del pediatra di libera scelta»⁴⁵. Inoltre, i temi affrontati in tali ordinanze hanno avuto un carattere piuttosto residuale, rispondendo sostanzialmente a sollecitazioni puntuali di categorie che si sono fatte portatrici di istanze più pressanti. Oltre a disposizioni che ricalcano i provvedimenti assunti a livello governativo, alcuni significativi precetti puntuali hanno riguardato attività di forte impatto locale⁴⁶.

Il problema dell’istituzione di ‘zone rosse’, che altrove ha dato adito a polemiche circa la spettanza – al governo nazionale o a quello regionale – è stato agevolmente superato considerando che i poteri in questione confluivano qui nella persona del Presidente della Valle, che vi ha effettivamente fatto ricorso in un caso⁴⁷.

⁴² Decreto P.R. n. 114 del 17 marzo 2020. La nomina doveva consentire l’implementazione del modello di intervento previsto dalle misure di protezione civile nazionale, di cui la Regione Valle d’Aosta è stata in larga misura anticipatrice. Il discrimine competenziale fra il coordinamento delle attività poste in essere dalle strutture della Regione Autonoma Valle d’Aosta competenti nei settori della protezione civile e della sanità per la gestione dell’emergenza (affidato al soggetto attuatore) e il coordinamento delle attività degli altri enti del sistema sanitario cui compete invece l’organizzazione e l’esecuzione del servizio sanitario come l’Azienda USL (assegnato al coordinatore delle attività sanitarie) lascia aperte alcune questioni delicate, come ad esempio quelle relative alla gestione sanitaria nei servizi residenziali per le persone anziane non autosufficienti.

⁴³ Si tratta in particolare della Cabina tecnica di regia con compiti di proposta e supporto per la gestione sanitaria regionale della fase 2 dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 (istituita con d.g.r. n. 343 del 6 maggio 2020), del Comitato tecnico a supporto delle determinazioni in merito alla ripresa delle attività e al rilancio economico durante la c.d. fase 2 dell’emergenza epidemiologica Covid-2019 (composto peraltro esclusivamente da dirigenti regionali) e del Comitato tecnico per la programmazione della ripresa nominato il 24 aprile 2020 dalla Giunta regionale.

⁴⁴ Ordinanza n. 104 del P.R. dell’11 marzo 2020, misure per la prevenzione e gestione dell’emergenza epidemiologica da covid-2019. Tale ordinanza è stata adottata ai sensi dell’art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica.

⁴⁵ Ordinanza n. 111 del P.R. del 15 marzo 2020.

⁴⁶ Come nel caso delle attività agricole per autoconsumo (ord. n. 161 del P.R. del 19 aprile 2020) e soprattutto delle guide alpine, anche a supporto delle strutture regionali competenti in materia di gestione del rischio idrogeologico, di rilievi nivologici per la prevenzione di fenomeni valanghivi, le attività svolte quali componenti delle commissioni locali valanghe e le attività connesse al soccorso in montagna (ord. n. 201 del P.R. del 12 maggio 2020). Benché la problematica del lavoro di guida alpina sia un caso tipico di questione di rilievo transfrontaliero e quindi internazionale, non risulta che i canali di cooperazione costruiti nel corso degli anni dalla Regione abbiano prodotto alcun effetto di soluzione delle discrasie dovute ai provvedimenti assunti in maniera difforme dai tre lati (italiano, francese e svizzero) della montagna. Sulla cooperazione transfrontaliera sperimentata dalla Valle e la strutturazione delle relazioni tra enti frontalieri, fra cui spicca l’Espace Mont-Blanc: S. CHAUSSOD, *La politica di coesione europea*, in P. Costanzo, R. Louvin, L. Trucco (curr.), *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 271-277.

⁴⁷ Ord. n. 117 del P.R. del 22 marzo 2020 relativa al Comune di Pontey, successivamente modificata e infine revocata.

6. Parossismo consiliare

Nei primi mesi dell'anomalo prolungamento della sua *prorogatio*, il Consiglio disciolto, dopo aver adottato misure tecniche per lo svolgimento delle sedute con la partecipazione dei suoi componenti da remoto, ha assunto l'iniziativa di esercitare un'azione di condizionamento politico dell'esangue esecutivo in carica.

Questo risulta in maniera inequivocabile dal ritmo incessante di convocazione delle commissioni – ben 19 sedute in soli quaranta giorni - ed in particolare dal protagonismo della II Commissione permanente affari generali, riunita ben undici volte in questo breve lasso di tempo, a significare una volontà inequivocabile di ergersi a 'contropotere' di una Giunta esangue. L'imminenza della consultazione elettorale gonfia inevitabilmente le vele del protagonismo politico, con l'estendersi dell'ambito dei soggetti pubblici e privati auditi, sempre nel corso di sedute segrete poiché tale resta a tutt'oggi il regime ordinario di svolgimento dei lavori delle commissioni consiliari valdostane⁴⁸.

Accanto all'attività degli organi interni, è rifiorito l'interesse dei consiglieri a ricorrere al loro diritto di accesso nei confronti dell'Amministrazione regionale, dagli enti pubblici non economici, dalle agenzie e dalle aziende dipendenti dalla Regione e dalle società da essa direttamente o indirettamente partecipate: il loro diritto di ottenere da tali enti "le informazioni utili all'espletamento del loro mandato e di ottenere copia gratuita dei documenti amministrativi richiesti" si poteva presumere implicitamente sospeso, o quantomeno ristretto entro limiti strettissimi, dopo lo scioglimento del Consiglio regionale.

Si è invece assistito ad un proliferare di richieste, talvolta anche poco attente al limite espresso dal Regolamento consiliare che dispone che ciò avvenga "senza interferire con la regolarità dei servizi". Quando per esempio, nel pieno della crisi sanitaria alla metà di aprile, un consigliere ha indirizzato all'Azienda USL della Valle d'Aosta una domanda di accesso agli atti relativi a fatture ricevute e pagate, la Presidente del Consiglio regionale, rispondendo ad un quesito dell'azienda destinataria – evidentemente perplessa di fronte ad un sovraccarico di lavoro in un periodo già particolarmente delicato ed avendo presente che il Consiglio versava in stato di scioglimento – ha sottolineato come «il diritto di accesso attribuito ai consiglieri regionali sia finalizzato all'espletamento del mandato consiliare, mandato che gli stessi consiglieri, seppure in *prorogatio*, sono tenuti a svolgere sino al subentro del nuovo Consiglio regionale nell'ambito, oltre che dell'ordinaria amministrazione, dell'indifferibilità e urgenza».

Poiché dunque il Consiglio regionale si trova di fronte alla adozione di atti indifferibili e urgenti, la facoltà ispettiva in questione sarebbe ricompresa nell'espletamento del mandato consiliare, per cui "è conseguentemente vigente il diritto di accesso del consigliere regionale, la cui *ratio* è quella di garantire le condizioni necessarie per l'espletamento di tale mandato elettivo". Ma se la permanenza di un pur eccezionale potere ispettivo consiliare, in presenza di requisiti di 'indifferibilità e urgenza', è innegabile, rimane da definire chi possa esercitare un sindacato in ordine a questa 'eccezionalità'. Se i suoi limiti sono strettamente collegati all'estensione dell'oggettiva indifferibilità e urgenza in cui il Consiglio regionale si è trovato ad operare – questione sulla quale il Consiglio nel suo insieme esercita le necessarie valutazioni – chi stabilisce se sussistono o meno tali presupposti in ordine a singole iniziative e, riscontrandone eventualmente l'assenza, chi può censurare l'iniziativa di accesso?

È evidentemente da escludere che tale sindacato possa essere esercitato dal destinatario della richiesta. Restano dunque in campo solo due ipotesi: o il vaglio è effettuato dalla presidenza del

⁴⁸ Regolamento interno del Consiglio regionale, art. 31, comma 1: "Le sedute delle Commissioni non sono pubbliche. Ove ricorrano particolari circostanze o si trattino temi di rilevante interesse generale, le Commissioni possono decidere di tenere sedute aperte al pubblico".

Consiglio, come organo supremo garante della legittimità dell'operato dell'organo legislativo, oppure tale controllo è inesistente perché si rimette la valutazione all'insindacabile giudizio del consigliere.

Intervenendo sul punto, la Presidente del Consiglio ha tenuto in questa circostanza un atteggiamento elusivo⁴⁹, con cui ha sostanzialmente declinato sia un proprio ruolo arbitrale, sia la volontà di intervenire per evitare abusi da parte dei 'redivivi' consiglieri che riprendono, senza apparente limite, il pieno esercizio della propria funzione. Eppure va ricordato che proprio al Presidente del Consiglio – obbligatoriamente notiziato in ordine a ciascuna iniziativa intrapresa dai membri del Consiglio⁵⁰ – compete, qualora si verificino ritardi o vengano opposti dinieghi, l'obbligo di intervenire richiedendo "gli opportuni chiarimenti al Presidente della Regione o agli Assessori competenti", come pure si deve ritenere suo preciso dovere valutare, se del caso, che le istanze di accesso siano circostanziate e non si configurino come una indagine conoscitiva⁵¹. Il *non liquet* dell'organo al vertice dell'Assemblea regionale appare ingiustificato e apre la porta ad un uso potenzialmente indiscriminato dello strumento ispettivo, che rischia di vanificare anche quel limite della non interferenza con la regolarità dei servizi che il Regolamento consiliare ha inteso mettere in forte risalto come *incipit* a tutto l'articolo riguardante l'accesso dei consiglieri.

Circoscrivere l'uso dello strumento di accesso entro precisi limiti appare tanto più necessario in quanto l'acquisizione di elementi informativi non è intanto sfociata – come ovvio – in nessuna forma di interrogazione o di interpellanza discussa in Consiglio nei primi quattro mesi del regime di *prorogatio*. La grave incertezza in cui si è mossa in questo frangente la Regione, già alle prese con delicati problemi di confronto e conflitto con lo Stato nell'esercizio delle proprie competenze, evidenzia la necessità di mettere mano al più presto ad un perfezionamento della propria normativa statutaria, per impedire che si ripetano in futuro analoghe situazioni di sbandamento nei momenti di emergenza e nelle fasi di transizione fra una legislatura e l'altra.

7. Prepararsi al futuro

La necessaria elasticità di interpretazione, a fronte di una *prorogatio* destinata per effetto dell'emergenza sanitaria in corso a protrarsi ben oltre i termini ordinari, ha ampliato in maniera cospicua la casistica finora immaginata, e rende ormai auspicabile un riordino normativo con il ricorso alle fonti più appropriate, sia in merito ai criteri di gestione ordinaria dei periodi interinali, sia come aggiornamento della normativa in tema di protezione civile che ha mostrato in questo periodo limiti rilevanti. Soprattutto, sul piano della legislazione statutaria, occorre rapidamente stabilizzare la forma di governo prendendo definitivamente atto della ormai conclamata impraticabilità del modello parlamentare tradizionale. Non si dovrà, in futuro, consentire ulteriormente la prevaricazione, da parte dell'assemblea, delle necessarie prerogative che sono in questa particolare fase riconosciute all'organo esecutivo.

⁴⁹ Lo si deduce dall'affermazione con cui, rispondendo con lettera del 21 aprile 2020 al Commissario USL della Valle d'Aosta, ha risposto è «difficile poter circoscrivere, e di conseguenza limitare, tale diritto, di cui non è peraltro richiesta dal regolamento interno alcuna motivazione, senza dover al contempo esprimere un sindacato sulla legittimità degli atti indifferibili e urgenti che i consiglieri possono e potranno, in questo particolare momento di urgenza, e in futuro adottare, e in ordine ai quali possono e potranno di conseguenza avanzare richieste di accesso agli atti ex articolo 116 del Regolamento interno del Consiglio regionale».

⁵⁰ Regolamento interno, art. 116, comma 5.

⁵¹ Ivi, comma 6.

La crisi politico-istituzionale valdostana nella crisi del regionalismo italiano

SOMMARIO: 1. La Valle d'Aosta: un ordinamento peculiare, "apripista" dell'ordinamento regionale. - 2. L'autonomia della Valle d'Aosta nella crisi delle specialità regionali. - 3. L'autonomia finanziaria della Regione: un privilegio insopportabile? - 4. L'autonomia speciale della Valle d'Aosta alla luce delle più recenti vicende giudiziarie; lo sgretolamento del sistema politico nel più recente periodo. - 5. Quali riforme per rilanciare l'autonomia? - 6. Si può ancora credere all'autonomia della Valle d'Aosta?

1. La Valle d'Aosta: un ordinamento peculiare, "apripista" dell'ordinamento regionale

In una fase in cui il futuro delle autonomie è tutt'altro che chiaro¹, la recente pubblicazione di un pregevole libro sull'ordinamento valdostano², curato da Pasquale Costanzo, Roberto Louvin e Lara Trucco³ costituisce un'occasione preziosa per riflettere su una realtà per molti aspetti peculiare ma dalla quale si possono trarre indicazioni preziose sullo stato del nostro regionalismo, sulla crisi delle specialità, sull'evoluzione (o forse sull'involuzione) dei sistemi politici regionali.

L'istituzione dell'ordinamento valdostano alla fine del secondo conflitto mondiale è stata il risultato «di un processo di riequilibrio tra poteri politici operanti su diversi livelli territoriali, da quello locale a quelli nazionali» e costituisce insieme il punto di arrivo di un processo di progressiva affermazione di una identità politica, lo strumento di riconoscimento di una autonomia in una fase in cui la stessa unità politica nazionale non era un dato scontato e un momento di pacificazione rispetto alla prospettiva di un potenziale conflitto con la Francia, date le mire annessionistiche coltivate dal suo Governo⁴.

Come è stato affermato, l'adozione del "pre-statuto" del 1945⁵ costituì nell'immediato un precedente che aprì la strada alla più pronunciata autonomia siciliana e, in prospettiva, un fatto

¹ Per tutti, G. DE MARTIN, *A voler prendere sul serio i principi costituzionali sulle autonomie territoriali*, in Associazione italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 507 ss. Con riferimento alle Regioni a statuto speciale, da ultimo, F. PALERMO, *Autonomie in movimento. Verso dove?*, in R. LOUVIN (a cura di), *Autonomie(s) en mouvement. L'evoluzione delle autonomie regionali speciali*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2019, 15 ss.

² Questo scritto è per me l'occasione anche per ricordare due cari colleghi che hanno dedicato riflessioni importanti sull'ordinamento della Valle d'Aosta e che sono purtroppo prematuramente scomparsi: Paolo Carrozza e Jörg Luther.

³ P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁴ J. LUTHER, *Aspetti costituzionali dell'autonomia valdostana*, in *Storia d'Italia. Le Regioni dall'unità a oggi. La Valle d'Aosta*, Torino, Einaudi, 1995, 747. È noto però che, diversamente dall'Alto Adige, è mancata una garanzia internazionale dell'autonomia valdostana; ciò «rende certamente l'autonomia della regione più vulnerabile e non ha permesso, diversamente da quanto avvenuto per l'Alto Adige/Südtirol, di fare ricorso agli strumenti del diritto internazionale per la tutela della minoranza»: R. LOUVIN, *Il profilo storico-istituzionale dell'ordinamento valdostano*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 21.

⁵ Si tratta del d.lgs.lgt. 7 settembre 1945, n. 545 («Ordinamento amministrativo della Valle d'Aosta»), cui si accompagnò il d.lgs.lgt. 7 settembre 1945, n. 546 («Agevolazioni di ordine economico e tributario a favore della Valle d'Aosta»), sui quali, per tutti, E. ROTELLI, E. VITTA, *L'autonomia regionale della Valle d'Aosta. Profili storici e giuridici*, Torino, Giappichelli, 1973; P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4 (Statuto Valle d'Aosta)*, in *Disposizioni transitorie e finali I-XVIII - Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993), Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1995, 408 ss.; R. ARTAZ (a cura di), *Il Decreto Legislativo Luogotenenziale 7 settembre 1945 e disposizioni collegate*, Aosta, Musumeci, 1995; R. BARBAGALLO, *La Regione Valle d'Aosta*, Milano, Giuffrè, 2002, 3 ss.; R. LOUVIN, *Il profilo storico-istituzionale*, cit., 16 ss.

compiuto che contribuì in Assemblea costituente a superare le non poche diffidenze circa l'istituzione delle Regioni⁶. Peraltro, sebbene il disegno autonomistico di cui al d.lgs. 545/1945 non fosse particolarmente esteso, e quindi tale da non minare affatto l'unità dello Stato, non mancarono, anche in seno al Consiglio dei Ministri che deliberò il testo, resistenze, diffidenze se non vere e proprie ostilità contro l'istituzione dell'ente; non a caso, esso non fu nemmeno qualificato come "Regione" bensì come "circonscrizione autonoma" che succedeva alla soppressa Provincia di Aosta (art. 1, d.lgs.lgt. 545/1945)⁷.

Certo, esso si vedeva riconosciute prerogative non irrilevanti e assolutamente in discontinuità con l'ordinamento previgente: emblematiche, a tale proposito, le disposizioni che conferivano al Presidente del Consiglio della Valle tutte le attribuzioni spettanti al Prefetto e al Presidente della Deputazione provinciale, «in quanto non rientrano nella competenza del Consiglio della Valle» (art. 4, comma 1), il mantenimento dell'ordine pubblico secondo le direttive del Governo (art. 8), la vigilanza sulle amministrazioni comunali (art. 7).

Alla circoscrizione erano poi attribuiti funzioni amministrative, sia pure in termini piuttosto generici (art. 12)⁸, e poteri normativi anche derogatori delle leggi statali, non espressamente qualificati come legislativi e forse assimilabili a regolamenti di delegificazione⁹, la cui concreta disciplina era peraltro rinviata a separati e ulteriori provvedimenti: in questo senso, sottovalutando i limiti e le lacune dei decreti del 1945¹⁰, si arrivò, forse non senza qualche enfasi, a qualificare gli stessi come il «primo singolare esperimento di una riorganizzazione statale su base federalistica ed elettiva»¹¹, e come il tentativo di rispondere insieme alle esigenze di rinnovamento istituzionale proprie del CLNAI e al riconoscimento di identità che proveniva dalle genti valdostane¹².

⁶ Sul punto, fu osservato che «l'autonomia della Val d'Aosta, il movimento separatista siciliano, il problema dell'Alto Adige, quello della Venezia Giulia, sono sì ai margini della patria comune e per essi l'autonomia può apparire come un mezzo per evitare il distacco di quelle regioni, ma possono anche, per così dire, provocare un contagio a tutta la compagine italiana le cui richieste di autonomia sarebbero, a quanto si è visto, pienamente giustificate»: A. AMORTH, *Il problema della struttura dello Stato in Italia*, Como-Milano, Marzorati, 1945, 40; nello stesso senso, per tutti, E. ROTELLI, *L'avvento della Regione in Italia. Dalla caduta del regime fascista alla Costituzione repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1967, 55, e da ultimo, S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, 36, nel quale si afferma che «per merito della vicenda delle Regioni speciali, la scelta regionale costituiva un percorso pressoché obbligato per l'Assemblea costituente».

⁷ Alla base dell'atteggiamento prudente del Governo Parri vi fu la preoccupazione che l'autonomia valdostana potesse essere invocata come un pericoloso precedente, soprattutto per la Sicilia. Così, la scelta per l'adozione di un provvedimento di portata limitata e provvisoria, propugnata da Ruini, Nenni e Brosio finì per prevalere rispetto alle posizioni di Lussu e De Gasperi, più sensibili alle istanze regionalistiche. Non a caso, i motivi di maggiore attrito furono costituiti, rispettivamente, dall'estensione dell'autonomia normativa e del controllo statale sugli atti della Regione, nonché dalla configurazione dell'autonomia finanziaria e della zona franca: emblematico l'intervento di Nenni nell'estratto del verbale della riunione del Consiglio dei Ministri del 9 agosto 1945: «In linea generale ha l'impressione che si stia firmando una cambiale in bianco senza sufficiente ponderatezza [...] Trattasi di un provvedimento che porta gravi conseguenze. Nega che la lotta per la democrazia si possa basare su movimenti autonomistici. Ritene che si debba soprassedere»: l'intervento di Nenni è rinvenibile in Consiglio regionale della Valle d'Aosta (a cura di), *Le origini dello Statuto Speciale*, Aosta, Musumeci, 1985, 361.

⁸ P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 413-414.

⁹ Sul punto, per tutti, E. VITTA, *Lo Statuto della Valle d'Aosta*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1948, I, 206; *contra*, P. ORUSA, *Relazione sull'attività legislativa della Regione autonoma della Valle d'Aosta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 334, secondo il quale tali atti sarebbero assimilabili a fonti primarie; da parte sua R. BARBAGALLO, *La Regione Valle d'Aosta*, cit., 5 ritiene ardua la qualificazione di tali decreti, propendendo per una assimilazione ai regolamenti comunali.

¹⁰ Si è infatti osservato che «nel complesso, l'autonomia concessa con d.lgs.lgt. n. 545 si riduceva a ben poca cosa»: P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 412.

¹¹ G. ARTOM, *Caratteri dell'autonomismo valdostano*, in *Mercurio*, 1945, n. 15, 27.

¹² A. PREDIERI, *All'inizio dell'autonomia della Valle d'Aosta*, in R. ARTAZ (a cura di), *Il Decreto Legislativo Luogotenenziale 7 settembre 1945 e disposizioni collegate*, cit., 4.

Infatti, come per la Sicilia, l'approvazione dello Statuto ad opera della Costituente (l. cost. 4/1948) segnò la "costituzionalizzazione" di un'autonomia già in atto, peraltro per la Valle d'Aosta solo sul piano dell'amministrazione: in questo senso, i decreti del 1945 costituirono la base sulla quale furono successivamente definiti dalla Costituente i contenuti dell'autonomia speciale¹³; rispetto ad essi lo Statuto presentava certo l'indubbia estensione al piano della legislazione¹⁴ e altre precisazioni ed integrazioni, pur non apparendo certo in sostanziale discontinuità con le scelte in precedenza già effettuate, e ciò anche per le forti resistenze politiche ancora in questa fase che impedirono un sostanziale ampliamento dell'autonomia¹⁵.

Solo tenendo conto di questo contesto si può apprezzare la tesi secondo la quale la precedente nascita della "circostrizione autonoma" ha costituito per la Valle d'Aosta un vantaggio di cui altre Regioni, anche ad autonomia speciale, non hanno potuto giovare¹⁶.

Tali considerazioni non vogliono però svalutare il significato dell'attribuzione dell'autonomia, ma certo ripropongono con forza la realistica (e forse amara) constatazione di Luigi Sturzo secondo il quale nel caso italiano la sofferta istituzione delle Regioni ha evidenziato come il passaggio dalle idee ai fatti si sia dimostrato particolarmente complesso¹⁷.

Come è stato efficacemente osservato, lo Statuto ha rappresentato «insieme all'*animus* comunitario valdostano, alle condizioni geografiche e al particolarismo linguistico, un titolo fondativo inequivocabile per le istituzioni regionali attuali»¹⁸, per cui «l'autonomia disegnata dallo Statuto si è trasformata effettivamente da eccezione storica in principio fondamentale della costituzione di uno Stato delle autonomie»¹⁹.

Il riferimento alle travagliate vicende storiche che hanno segnato la genesi dell'ordinamento valdostano è fondamentale perché da esse emerge il filo rosso sul quale si fonda l'autonomia della Regione: esso è il principio dell'autogoverno «da contrapporre a qualsiasi condizionamento esterno, compreso quello dello stesso Stato del cui ordinamento generale la Valle stessa riconosce peraltro di fare parte integrante» e tale da fondare e giustificare forme anche peculiari di partecipazione dei cittadini ai processi decisionali²⁰. Nel caso valdostano si tratta quindi di un autogoverno amministrativo locale pieno, «per cui, in periferia, lo Stato è l'ente territoriale»²¹.

¹³ Infatti, come è stato giustamente osservato, sotto il profilo della configurazione dell'autonomia territoriale della Regione e del regime di protezione della minoranza francofona, «buona parte delle particolarità dello Statuto sotto entrambi i profili risultano ad essi imputabili»: P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 401.

¹⁴ V. ONIDA, *L'autonomia della Valle d'Aosta nell'evoluzione del regionalismo italiano*, in R. LOUVIN (a cura di), *Autonomie(s) en mouvement*, cit., 21.

¹⁵ Sulle quali, per tutti, P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 420 ss.; R. LOUVIN, *Lussu e la "fabbrica" dell'autonomia valdostana*, in G. DEMURO, R. LOUVIN, *Emilio Lussu, Émile Chanoux. La fondazione di un ordinamento federale per le democrazie regionali*, Le Château, 2017, 51 ss.

¹⁶ V. ONIDA, *L'autonomia della Valle d'Aosta*, cit., 22.

¹⁷ L. STURZO, *La Regione nella nazione*, in Id., *Opera omnia*, vol. XI, Bologna, Zanichelli, 1974, 16.

¹⁸ R. LOUVIN, *Il profilo storico-istituzionale*, cit., 25-26.

¹⁹ J. LUTHER, *Aspetti costituzionali*, cit., 752.

²⁰ P. COSTANZO, *L'autonomia valdostana tra ses propres racines e Statuto speciale*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., rispettivamente 41 e 42. Sulla rilevanza della partecipazione quale connotato dell'autonomia speciale, soprattutto nella prospettiva di un suo rilancio, insiste, in particolare, R. TONIATTI, *Criticità e rilancio per le autonomie speciali in Italia*, in R. LOUVIN (a cura di), *Autonomie(s) en mouvement*, cit., 97, secondo il quale «non sarebbe fuori luogo un riferimento più frequente e qualificato alla valorizzazione del ruolo dei cittadini, oltre che delle formazioni intermedie, e alla democrazia regionale anche nelle forme della democrazia diretta e partecipativa quale componente del patrimonio connotativo di una *cultura dell'autonomia speciale* in procinto di rilanciarsi».

²¹ V. ONIDA, *L'autonomia della Valle d'Aosta*, cit., 22. Tale qualificazione è peraltro contestata sul presupposto che questa espressione in altri ordinamenti alluda piuttosto a forme di decentramento in capo a funzionari dipendenti dai poteri centrali: A. PREDIERI, *All'inizio dell'autonomia della Valle d'Aosta*, cit., 5.

Fondamentale è, altresì, la tutela del bilinguismo²², a proposito della quale si è parlato di una «complessità identitaria», connotata da «parificazione, parità, possibilità, adattamento e garanzia» quali connotati «del peculiare regime di convivenza valdostano»²³: da qui la differenza con l'ordinamento dell'Alto Adige.

Ricostruire la "forma di Regione" valdostana²⁴ è importante nella misura in cui da essa si trae la *ratio* della specialità, che riposa su fattori di differenziazione riconducibili a peculiarità storiche, linguistiche, culturali, anche legate alla peculiarità del territorio montano²⁵, e, in definitiva, su una «domanda sociale di autonomia particolarmente forte, tanto più se essa si collega ad una identità culturale molto sentita»²⁶.

2. L'autonomia della Valle d'Aosta nella crisi delle specialità regionali

Non è certo possibile qui ripercorrere, nemmeno per sommi capi, i contenuti dello Statuto valdostano, salvo richiamare le sua singolarità, vere o apparenti²⁷: le prime ricondotte alla tendenziale scomparsa nella Regione degli uffici periferici dello Stato e all'allocazione al Presidente della Giunta della funzione di rappresentante del Governo centrale, quest'ultima definita anche una fonte di un singolare «sdoppiamento di ruolo» e di una «insolita sovrapposizione di responsabilità»²⁸; le seconde, in parte superate da riforme successive (cfr. *infra*), relative all'assenza della potestà concorrente (non compensata da quella integrativo-attuativa²⁹, secondo alcuni di minore rilievo sul piano politico-istituzionale³⁰) e alla mancata previsione di un procedimento *ad hoc* per l'attuazione delle sue previsioni³¹.

²² Oggetto, come accennato (nt. 13), già di importanti previsioni nel d.lgs.lgt. 545/1945 (art. 17, con riferimento al libero uso della lingua francese nei rapporti con le autorità politiche, amministrative e giudiziarie, e art. 18, sull'insegnamento del francese nelle scuole di ogni ordine e grado per un numero di ore settimanali pari a quello della lingua italiana. e la possibilità dell'insegnamento di alcune materie in questa lingua).

²³ P. COSTANZO, *L'autonomia valdostana*, cit., 43.

²⁴ Si mutua l'espressione di P. COSTANZO, *L'autonomia valdostana*, cit., 41 ss.

²⁵ In questo senso, appare pienamente condivisibile il rilievo secondo il quale «interrogarsi sui processi di nascita degli statuti speciali equivale anche a tentare di avvicinarsi alle radici storiche della specialità, e per questa via equivale a domandarsi se e quanto di tali radici permane ancora oggi ed è in grado di guidare la redazione dei nuovi statuti (quando e se arriveranno)»: P. GIANGASPERO, *La nascita delle Regioni speciali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, I, Milano, Giuffrè, 2012, 121.

²⁶ G. MOR, *Le regioni a statuto speciale nel processo di riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 1999, 204, richiamato da L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, Giuffrè, 2000, 30.

²⁷ V. ONIDA, *Aspetti dell'autonomia della Regione Valle d'Aosta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1491 ss., richiamato da P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 426 ss.

²⁸ P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 432. *Contra*, R. LOUVIN, Une autonomie originale et durable dans le contexte européen, in ID. (a cura di), *Autonomie(s) en mouvement*, cit., 38-39 che, a proposito del "Président-Préfet", parla di «un bilan incontestablement positif, qu'on aurait tort de remettre aujourd'hui en cause» (39).

²⁹ Con riferimento all'utilità della potestà integrativa-attuativa si è osservato che «il discorso sarebbe stato ben diverso (e dunque si tratterebbe di privilegi effettivi) se non fosse che l'atteggiamento assunto dal Governo e dalla Corte costituzionale, sin dagli anni '60, ha praticamente vanificato l'impostazione seguita o supposta nello Statuto, e allora sostenuta dai rappresentanti della Valle, secondo cui la competenza "integrativa-attuativa" consentirebbe l'immediato esercizio delle potestà legislative e amministrative nelle materie soggette a tale particolare tipo di competenza normativa»: P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 427.

³⁰ Sul rapporto tra potestà concorrente e potestà integrativo-attuativa, da ultimo, P. ZUDDAS, *La potestà legislativa*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., in particolare 63 ss., che giustamente ricorda l'appiattimento nella prassi tra i due tipi di potestà legislativa, a maggior ragione in forza dell'art. 10, l. cost. 3/2001, e quindi della clausola di "maggior favore": M. CARLI, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2018, 244; V. ONIDA, *L'autonomia della Valle d'Aosta*, cit., 23.

³¹ V. ONIDA, *Aspetti dell'autonomia della Regione Valle d'Aosta*, cit.

Subito dopo l'adozione dello Statuto, considerato una *reformatio in peius* rispetto a coevi progetti elaborati nella Valle³² e in alcune disposizioni non coordinato con le disposizioni costituzionali per la fretta con cui esso fu approvato dalla Costituente³³, il Consiglio regionale votò nel marzo 1948 un ordine del giorno diretto a sollecitare un ampliamento dell'autonomia, sul presupposto che quella già ottenuta costituisse sostanzialmente solo un punto di partenza «certamente indispensabile, ma non sempre adeguata e comunque sicuramente migliorabile»³⁴.

Probabilmente questa strategia si è rivelata miope, nella misura in cui anteponeva scenari futuribili alla necessaria, immediata attuazione dello Statuto: da allora, alcune parti dello stesso sono rimaste inattuata, altre hanno perduto importanza, mentre sono risultate sempre più gravi le sue lacune (a cominciare dall'assenza della Commissione paritetica, cui si è posto riparo solo con la l. cost. 2/1993)³⁵.

Così, l'inattuazione di alcune disposizioni, unita ad una mancata, organica "manutenzione" del testo, hanno determinato una progressiva perdita della centralità della fonte statutaria, sempre più "surrogata" dai decreti legislativi attuativi³⁶ attraverso i quali la Regione ha potuto conseguire «una progressiva acquisizione di autonomia caratterizzata dalla contemporanea assunzione di competenze e di una crescente quota di compartecipazione al gettito dei tributi erariali»³⁷.

Peraltro, l'utilizzazione di questo strumento, indubbiamente flessibile ma connotato da un procedimento che taglia fuori il Parlamento nazionale³⁸, ha contribuito, almeno in qualche misura, a "omologare" le diverse specialità³⁹, risultando in concreto «una risorsa ovvero un freno al potenziamento delle prerogative regionali speciali, secondo la capacità della classe dirigente locale di interloquire in modo fruttuoso con il Governo»⁴⁰.

Queste problematiche si sono rivelate fondamentali per comprendere l'evoluzione dell'ordinamento valdostano.

Come è noto, la stagione successiva all'entrata in vigore della Costituzione ha visto l'appiattimento della specialità e il ridimensionamento del regionalismo duale alla base del Titolo V, reso evidente dalla "rincorsa" delle autonomie speciali rispetto ai trasferimenti di funzioni amministrative progressivamente disposti in favore delle Regioni a statuto ordinario. Si è perciò parlato di un «disagio istituzionale» delle Regioni a statuto speciale⁴¹, accentuato da una giurisprudenza costituzionale nella sostanza poco sensibile alle peculiarità e alle esigenze delle autonomie particolari⁴² e alle differenze esistenti tra le stesse⁴³.

³² P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 415 ss.

³³ R. LOUVIN, *Lussu e la "fabbrica" dell'autonomia valdostana*, cit., 51 ss.; sui lavori preparatori dello Statuto, cfr. Consiglio regionale della Valle d'Aosta (a cura di), *Le origini dello Statuto Speciale*, cit., 369 ss.

³⁴ P. COSTANZO, *L'autonomia valdostana*, cit., 45.

³⁵ Per tutti, P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 427 ss.

³⁶ Si pensi ai casi in cui i decreti legislativi sono andati a disciplinare ambiti non menzionati nello Statuto speciale o in deroga alle previsioni dello stesso: sul punto, con riferimento alla Valle d'Aosta, R. LOUVIN, *Gli strumenti di raccordo esterno*, cit., 253.

³⁷ S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., 60.

³⁸ Non però il Consiglio regionale della Valle d'Aosta, che è chiamato ad esprimere un parere, ritenuto, sul piano fattuale, vincolante per la Regione: R. LOUVIN, *Gli strumenti di raccordo esterno*, cit., 253.

³⁹ G. VERDE, *Uniformità e specialità delle Regioni*, in N. ANTONETTI, U. DE SIERVO (a cura di), *Che fare delle Regioni?*, Roma, Rodorigo, 2014, 292.

⁴⁰ O. CHessa, *Specialità e asimmetria nel sistema regionale italiano*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano*, cit., 173-174.

⁴¹ L. PALADIN, *Spunti per la ricerca di una nuova specialità*, in *Le Regioni*, 1993, 645.

⁴² Con specifico riferimento alla Valle d'Aosta, cfr., in particolare, S. SCAGLIARINI, *La Valle d'Aosta nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 507 ss.; in generale, da ultimo, M. CARLI, *La Corte costituzionale e le regioni speciali*, in R. LOUVIN (a cura di), *Autonomie(s) en mouvement*, cit., 107 ss.

Con riferimento all'esperienza valdostana è appena il caso di ricordare la sent. 76/1963 che, affermando la necessità di leggi statali di trasferimento delle funzioni amministrative, generò una lunga e problematica «situazione di "congelamento", rispetto all'esercizio delle funzioni amministrative non trasferite anteriormente al 1948 e non "auto-assunte" in precedenza, iniziando così ad accumulare, in una sorta di specialità *in pejus*, un significativo ritardo rispetto alle stesse regioni ordinarie»⁴⁴.

Un ruolo centrale è stato rivestito anche dall'uniformità che ha connotato da sempre la legislazione statale⁴⁵ e dall'atteggiamento centralistico delle burocrazie statali per le quali «ogni differenziazione minaccia di provocare un aggravio di lavoro e quindi anela al massimo di uniformità in periferia»⁴⁶.

Il processo di riforma del Titolo V non ha invertito tali tendenze. Anzi. Come è noto, le Regioni a statuto speciale ancora una volta si sono trovate "a rimorchio" delle Regioni di diritto comune e "appese" ad un ancoraggio precario, quale quello offerto loro dall'art. 10 della l. cost. 3/2001⁴⁷, che, da un lato, ha posto (e pone) numerose problematiche interpretative e applicative e, dall'altro, anche laddove ha consentito alle Regioni ad autonomia differenziata di beneficiare di nuove materie, non ha impedito che queste siano «"gravate" da tutte le connesse competenze trasversali statali, che non raramente nei fatti grandemente riducevano, se non azzeravano, a competenza teoricamente maggiore»⁴⁸ in forza di una giurisprudenza costituzionale anche recente, ancora una volta poco attenta alle peculiarità delle autonomie speciali⁴⁹. D'altra parte, una volta sfumate o comunque ridimensionate le aspettative poste dall'art. 10 della l. cost. 3/2001, l'idea, caldeggiata in molte Regioni ad autonomia particolare, di "ritornare allo Statuto" ha mostrato tutti i suoi limiti, data la vetustà delle carte statutarie e la conseguente necessità di

⁴³ Non esiste infatti una categoria unitaria di "specialità", poiché ciascuna Regione rappresenta una *species* distinta di essa; sul punto si è efficacemente osservato che «non esiste un modello unitario di specialità, ma ciascuna Regione autonoma presenta peculiarità che ne fanno quasi un modello a sé stante»: G. DEMURO, I. RUGGIU, *Regioni speciali: una visione d'insieme*, in L. VANDELLI (a cura di), *Il governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali*, Bologna, Il Mulino, 2012, 395. Nello stesso senso, R. BIN, *Prospettive della specialità*, in *Le Regioni*, 2016, 439 ss.; R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, *ivi*, 2017, 644.

⁴⁴ R. LOUVIN, *Gli strumenti di raccordo esterno: i rapporti con lo Stato e con le altre Regioni*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 252. Su tale pronuncia, cfr., in particolare, V. CRISAFULLI, *In tema di trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 1963, 629 ss.

⁴⁵ Ciò che richiederebbe finalmente di dare applicazione all'art. 5 Cost. nella parte in cui prevede che la Repubblica debba adeguare i principi e i metodi della propria legislazione alle esigenze delle autonomie e del decentramento. Tale disposizione è stata definita di «una modernità, vista oggi, per certi aspetti, persino sconvolgente»: N. LUPO, *Il Parlamento alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, in G. TARANTINI (a cura di), *Il federalismo a Costituzione variata*, Torino, Giappichelli, 2012, 120-121. Sulla necessità di dare attuazione all'art. 5 Cost. cfr. anche V. ONIDA, *Limiti e prospettive del regionalismo*, in G.C. DE MARTIN, F. MERLONI (a cura di), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, Roma, Luiss University Press, 2017, 36.

⁴⁶ R. BIN, *Prospettive della specialità*, cit., 445.

⁴⁷ Sul quale, per tutti, E. GIANFRANCESCO, *L'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001 ed i controlli nelle regioni ad autonomia speciale*, in *Giur. cost.*, 2002, 3312 ss.; G.M. SALERNO, *Gli statuti speciali nel sistema delle fonti*, in A. FERRARA, G.M. SALERNO (a cura di), *Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 2003, 1 ss.; A. D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, Giappichelli, 2007, 109 ss.; A. RUGGERI, *La Corte, la "clausola di maggior favore" e il bilanciamento mancato tra autonomia regionale e autonomie locali (a margine della sent. n. 370 del 2006)*, in www.forumcostituzionale.it, 1° dicembre 2006; M. ROSINI, *La funzione legislativa delle Regioni speciali e il suo "adeguamento automatico" all'art. 117 Cost. nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2010, n. 3.

⁴⁸ G. FALCON, *Le Regioni a statuto speciale nell'opera di Livio Paladin e nelle prospettive attuali*, in *Le Regioni*, 2016, 458.

⁴⁹ Da ultimo, S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., 49 ss.

procedere alla loro revisione, come presupposto dallo stesso art. 10⁵⁰. A ciò si aggiungano, anche per le Regioni a statuto speciale, gli effetti negativi del «sostanziale abbandono» da parte del potere legislativo statale della riforma del Titolo V⁵¹, della quale ancora oggi, come è noto, manca una compiuta e stabile attuazione⁵².

Certo, anche laddove il processo di riforma ha aperto spazi di autonomia nuovi, non sempre le Regioni a statuto speciale li hanno colti appieno: il pensiero corre, ad esempio, alla l. cost. 2/2001 e all'introduzione della legge statutaria⁵³: sul punto, ad esempio, la Valle d'Aosta ha valorizzato le nuove opportunità offerte dalla riforma prevalentemente con riferimento agli istituti di democrazia diretta ma meno con riferimento alla disciplina della forma di governo e della legge elettorale, a proposito delle quali la Regione si è limitata ad apportare solo alcune modifiche, senza incidere in profondità sul modello già delineato dallo Statuto speciale (cfr. par. 5).

3. L'autonomia finanziaria della Regione: un privilegio insopportabile?

In definitiva, venendo all'attualità, le differenze fondamentali tra le Regioni a statuto speciale e quelle a statuto ordinario (talvolta polemicamente enfatizzate anche da queste ultime⁵⁴) riguardano, in primo luogo, la sfera finanziaria e la maggiore ampiezza di competenze in alcune materie, a cominciare da quella dell'ordinamento degli enti locali, che la Valle d'Aosta ha acquisito a partire dalla l. cost. 2/1993 e ha esercitato in termini del tutto peculiari⁵⁵, pur vincolata al rispetto di limiti generali, a cominciare dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, assai valorizzati dalla giurisprudenza costituzionale anche recente⁵⁶. A queste, si deve aggiungere il già richiamato e peculiare modello valdostano di autogoverno amministrativo.

⁵⁰ Tale disposizione trova infatti applicazione «sino all'adeguamento dei rispettivi statuti». Si è parlato delle Regioni a statuto speciale come «inchiodate allo Statuto»: G. VERDE, *Uniformità e specialità delle Regioni*, cit., 288 ss., secondo il quale «l'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001, realizzando l'adeguamento automatico degli Statuti speciali al nuovo Titolo V, e conseguentemente consentendo di rinviare il loro adeguamento formale, è probabilmente la disposizione che, di fatto, ha inchiodato le cinque Regioni speciali ai propri statuti» (290).

⁵¹ Così, U. DE SIERVO, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma regionale 2001-2011. Conclusioni*, in *Le Regioni*, 2011, 593.

⁵² Sul punto sia consentito un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.: procedure e prospettive*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 1.

⁵³ Su tale fonte, per tutti, A. CARDONE, *Quanti statuti nelle Regioni speciali? Il rapporto tra legge statutaria speciale e statuto regionale ordinario (quoziente ≤ 1)*, in O. CHESSA, P. PINNA (a cura di), *La riforma della Regione speciale: dalla legge statutaria al nuovo Statuto speciale*, Torino, Giappichelli, 2008, 41 ss.; G. CHIARA, *Le leggi statutarie delle Regioni speciali. Contributo allo studio dell'autonomia statutaria regionale nello Stato autonomista*, Roma, Aracne, 2012; G. SCALA, *Gli statuti autonomi delle Regioni speciali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

⁵⁴ Alle quali allude criticamente R. BIN, *Prospettive della specialità*, cit., 440 ss. Emblematico il titolo del primo capitolo del volume di P. DE ROBERTIS, *La casta a Statuto speciale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, 5-6: «Diversamente italiani».

⁵⁵ Sul punto, in particolare, C. FAVAL, *Il sistema delle autonomie locali*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 312. Sul punto, si è peraltro osservato che «al di là di alcuni profili generali comuni, è difficile trattare in modo unitario i sistemi delle autonomie locali nelle Regioni e Province ad autonomia speciale, proprio perché ci si trova di fronte a ordinamenti che presentano tra loro caratteristiche diverse, soprattutto se guardati nel loro divenire»: E. D'ORLANDO, F.E. GRISOSTOLO, *La disciplina degli enti locali tra uniformità e differenziazione*, in F. PALERMO, S. PAROLARI (a cura di), *Le variabili della specialità. Evidenze e riscontri tra soluzioni istituzionali e politiche settoriali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 103.

⁵⁶ Il riferimento è, ad esempio, alla sent. 168/2018 nella quale la Corte ha dichiarato incostituzionale le disposizioni, contenute in una legge siciliana, che aveva previsto l'elezione diretta dei Sindaci metropolitani e dei Presidenti dei liberi consorzi dei Comuni, nonché dei rispettivi consigli: su tale pronuncia, in particolare, S. AGOSTA, *Se in tema di elezione diretta degli organi di area vasta la Regione Siciliana gioca con la coda del leone (a margine di Corte cost. sent. 168/2018)*, in *Le Regioni*, 2018, 1189 ss.; F. GIUFFRÈ, *Regione siciliana: speciale, ma non troppo. Con la*

È però il primo versante quello che ha suscitato (e suscita) la maggiore attenzione e le maggiori polemiche (talvolta pretestuose) a livello dell'opinione pubblica, che peraltro non sempre si giovano di approcci fondati su dati adeguati e appropriati e sottovalutano elementi come la diversa capacità delle classi politiche e di governo delle Regioni speciali di promuovere sviluppo e crescita a livello locale⁵⁷.

Ciò detto, con riferimento alla Valle d'Aosta, in presenza di una disciplina statutaria sostanzialmente "decostituzionalizzata"⁵⁸, prima della riforma del Titolo V il punto di arrivo era costituito dalla l. 690/1981 che aveva configurato un quadro stabile della materia e una significativa crescita delle risorse, in particolare assegnando alla Regione i nove decimi del gettito dei principali tributi erariali riscossi nella Valle⁵⁹.

Tuttavia, dopo il 2009 questo assetto favorevole è venuto mutando per l'effetto di tre fattori concomitanti: la crisi economica, l'attuazione della l. 42/2009, le manovre di risanamento dei conti pubblici che hanno determinato una consistente riduzione delle entrate regionali⁶⁰.

Con l'entrata in vigore dell'art. 27 della l. 42/2009, la fonte chiamata a disciplinare il concorso delle Regioni ad autonomia particolare al conseguimento degli obiettivi di perequazione e di solidarietà, all'esercizio dei diritti e doveri da essi derivanti, nonché all'assolvimento degli obblighi euro-unitari è il decreto legislativo attuativo degli Statuti speciali.

Si tratta quindi di uno strumento alla cui base è l'accordo tra Governo nazionale e Regioni interessate «quale autentico presidio procedurale della specialità finanziaria di tali enti» (sentt. 71 e 241/2012; 60/2013; 89/2015) che solo eccezionalmente è derogabile da previsioni legislative unilaterali dello Stato⁶¹.

Attraverso questi accordi, e grazie alla capacità di pressione del proprio sistema politico⁶², la Regione Valle d'Aosta negli anni successivi alla crisi è riuscita ad ottenere compensazioni di gettiti perduti nel periodo precedente, nonché restituzioni e riduzioni degli accantonamenti delle risorse finanziarie trattenute unilateralmente dallo Stato; inoltre, ha potuto disciplinare in modo più esteso la potestà impositiva in relazione all'istituzione di tributi propri e di nuovi tributi locali nonché la capacità di manovra sui tributi locali istituiti con legge statale e sui tributi erariali

sentenza 168/2018 la Corte chiude all'elezione diretta nelle Città metropolitane e nei Liberi consorzi (la posizione della Regione siciliana nel giudizio costituzionale), in *www.dirittiregionali.it*, 2018, n. 3; R. DI MARIA, *Il proverbiale "rigore a porta vuota": la Consulta si pronuncia sulla l. r. Sicilia n. 17/2017 in materia di ordinamento degli Enti di area vasta (breve nota a Corte cost., sent. 168/2018)*, *ivi*; C. CIPOLLONI, *I confini della potestà ordinamentale delle Regioni speciali tra esigenze di carattere unitario e principio di differenziazione*, in *Giur. cost.*, 2018, 1772 ss.

⁵⁷ Sul punto, in particolare, G. CEREÀ, *Le autonomie speciali. Le vicende e i possibili sviluppi dell'altro regionalismo*, Milano, Franco Angeli, 2014, in particolare 80 ss.

⁵⁸ In particolare, con posizioni non del tutto assimilabili, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I. *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1988, 116 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, 169 ss.; J. LUTHER, *La legislazione costituzionale*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, in particolare 139 ss.

⁵⁹ Sul punto, *amplius*, F. CURTO, *L'autonomia finanziaria*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 295 ss. che si richiama a P. VESAN, *La Valle d'Aosta. Le implicazioni politiche e finanziarie del federalismo fiscale*, in *Ist. fed.*, 2012, 27 ss.

⁶⁰ F. CURTO, *L'autonomia finanziaria*, cit., 296.

⁶¹ Così, in particolare, la giurisprudenza costituzionale ammette interventi legislativi statali unilaterali transitori che impongano alle Regioni a Statuto speciale misure finalizzate al contenimento della spesa pubblica, soprattutto se riferibili ai principi di coordinamento della finanza pubblica in un contesto di grave crisi economica (sentt. 142, 193, 198/2012; 72, 87/2014; 77/2015; 40, 155/2016; 154/2017) e al raggiungimento degli obiettivi finanziari delle manovre di bilancio in attesa del perfezionarsi dell'intesa (sentt. 179/2012; 39 e 95/2013; 19/2015).

⁶² Secondo S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., 60, «nonostante il peso politico della Regione sia estremamente modesto (un deputato e un senatore), il radicamento di un partito identitario saldamente alleato, a livello nazionale, con il Partito democratico, che nel corso della XVII legislatura è stato il partito di maggioranza governativa, ha agevolato lo scambio effettuato con gli accordi bilaterali».

devoluti (d.lgs. 12/2011; 184/2017)⁶³. In tal modo, la Valle d'Aosta (come anche il Trentino-Alto Adige), anche e soprattutto per ragioni politiche, ha potuto realizzare «un sostanziale bilanciamento tra contributi finanziari diretti al risanamento della finanza pubblica e assunzione di ulteriori competenze» a carico del bilancio regionale (e nel caso del Trentino-Alto Adige, provinciale)⁶⁴.

Tuttavia, come è stato esattamente osservato, la riserva di normativa di attuazione statutaria non opera in relazione all'esercizio della funzione statale di coordinamento della finanza pubblica intesa in senso dinamico, orientata a garantire l'adeguamento agli obiettivi di risanamento dei conti pubblici, tanto più alla luce dell'entrata in vigore della l. cost. 1/2012 che ha realizzato, secondo alcuni, un «sistema parallelo al Titolo V», fortemente connotato in senso centripeto⁶⁵.

In questa materia allora, anche per le resistenze della burocrazia centrale⁶⁶, la previsione di moduli consensualistici si è alternata a decisioni unilaterali dello Stato.

Il concorso della Valle d'Aosta agli obiettivi complessivi di finanza pubblica ha generato un contenzioso prolungato con lo Stato (Corte cost., sentt. 77/2015; 62, 154/2017), in un clima di più generale conflittualità tra lo Stato e le Regioni e anche tra queste ultime (in particolare tra quelle a Statuto speciale e quelle a Statuto ordinario) che non ha risparmiato nemmeno i contenuti della legge di bilancio per il 2018 (art. 1, comma 841, l. 205/2017⁶⁷).

In questo contesto, la giurisprudenza costituzionale più recente ha in qualche modo limitato il ricorso a tali accordi, laddove ha affermato che esso, con riferimento alle Regioni a statuto speciale, «non può creare il paradosso di esonerare sostanzialmente queste ultime dall'obbligo, che pure grava su di esse, di contribuire al processo di necessario risanamento dei conti pubblici (art. 97, primo comma, ultimo inciso, Cost.), con l'ingiusto risultato di accollare agli altri enti del livello regionale, che non godono di pari garanzie di ordine statutario, l'onere di assicurare l'effetto finanziario complessivo perseguito dal legislatore statale» (sent. 103/2018)⁶⁸.

Da ultimo, l'accordo tra la Regione e il Ministero dell'economia e delle finanze del novembre 2018⁶⁹, poi trasposto nella legge di bilancio per il 2019 (art. 1, commi 877-879, l. 145/2018⁷⁰), ha

⁶³ S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., 64-65.

⁶⁴ S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., 60; R. BIN, *Prospettive della specialità*, cit., 445-446.

⁶⁵ Le parole sono di A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria regionale*, in G. CERRINA FERONI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Le Regioni dalla Costituzione al Senato della Repubblica*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2016, 93.

⁶⁶ R. BIN, *Prospettive della specialità*, cit., 445.

⁶⁷ Ai sensi di tale disposizione, anche in esecuzione delle sentenze della Corte costituzionale e nelle more della definizione dei complessivi rapporti finanziari tra lo Stato e la Valle d'Aosta, «gli accantonamenti a carico della regione Valle d'Aosta a titolo di concorso alla finanza pubblica sono ridotti di 45 milioni di euro per l'anno 2018, 100 milioni di euro per l'anno 2019 e 120 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2020».

⁶⁸ *Considerato in diritto*, n. 6.2.4. Su tale pronuncia, in particolare, F. GUILLA, «Accordi» imposti unilateralmente e «transitorietà» rinnovabile all'infinito: l'inevitabile mal funzionamento della leale collaborazione in un sistema costruito su categorie ambigue, in *Le Regioni*, 2018, 1022 ss.; L. ANTONINI, M. BERGO, *Il principio di leale collaborazione e la remuntada delle Regioni nei rapporti finanziari con lo Stato: brevi riflessioni a margine di alcune recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *www.Federalismi.it* (*www.federalismi.it*), 2018, n. 12.

⁶⁹ In forza del quale il contributo della Valle d'Aosta è stato definito per un ammontare complessivo di 194,726 milioni per il 2018, 112,807 milioni per il 2019 e 102,807 milioni annui a decorrere dal 2020. Si è inoltre previsto che tali importi possano essere aumentati dallo Stato, per periodi limitati, del 10% per eccezionali esigenze di finanza pubblica e di un ulteriore 10% per poter assicurare il rispetto dei parametri europei.

⁷⁰ È altresì riconosciuto un importo complessivo di 120 milioni di euro finalizzato alle spese di investimento, dirette e indirette, della Regione per lo sviluppo economico e la tutela del territorio, da erogare in quote di 10 milioni di euro per ciascuno degli anni 2019 e 2020 e di 20 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2021 al 2025. Da parte sua, la legge di bilancio per il 2020 ha destinato alla Regione un contributo straordinario di 5 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022 per il finanziamento di spese di investimento destinate alla salvaguardia e alla tutela dell'ambiente alpino dai rischi idrogeologici (art. 1, comma 74, l. 160/2019).

solo limitato una riduzione di risorse per la Valle d'Aosta che ha inciso sull'efficacia e l'efficienza delle politiche regionali, contribuendo a mettere in crisi i tradizionali punti di riferimento e i tradizionali equilibri su cui si era retta la politica valdostana. Così, la sezione di controllo della Corte dei conti per la Valle d'Aosta ha recentemente osservato che «la programmazione 2018-2020 ha scontato ancora una volta in maniera preponderante la conflittualità Stato-Regione, derivante dalla necessità dello Stato centrale di rispettare gli obblighi di carattere finanziario posti dall'ordinamento europeo, necessità che ha determinato sempre maggiori sacrifici alle autonomie, ivi comprese quelle speciali»⁷¹.

In questo contesto, un ulteriore, pesante fattore negativo per la Regione è venuto dalla pesante situazione debitoria del Casinò di Saint Vincent che ha generato una complessiva forte compressione di risorse per la Regione già dagli anni novanta⁷² e in particolare a partire dal 2009⁷³: proprio la crisi della Giunta Rollandin nel 2017 ha trovato le sue ragioni anche nella crisi delle entrate della casa da gioco⁷⁴.

Non solo, ma le indagini della magistratura contabile sui finanziamenti regionali al Casinò, l'iscrizione nel registro degli indagati da parte della Procura di Aosta per falso in bilancio e truffa aggravata degli amministratori e dei membri del collegio sindacale della società "Casinò de la Vallée s.p.a.", l'indagine per truffa aggravata di un ex assessore regionale con delega alla casa da gioco, come è stato giustamente osservato, hanno «inciso negativamente sull'opinione pubblica, avvalorando l'idea che le forze politiche che siedono in Consiglio agiscano non nell'interesse pubblico, ma, ben che vada, dei loro vantaggi elettorali»⁷⁵.

Anche questa vicenda ha quindi evidenziato la necessità di riforme che assecondino trasparenza e correttezza nella gestione finanziaria.

In questo senso, l'assenza per la Valle d'Aosta di un giudizio di parificazione del proprio rendiconto generale (manca ancora infatti il decreto legislativo attuativo) appare difficilmente giustificabile, pur nella consapevolezza che tale strumento presenta alcuni non irrilevanti inconvenienti per le autonomie regionali⁷⁶.

⁷¹ Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, collegio n. 1, delib. 4/2019/FRG, in www.corteconti.it, 64.

⁷² P. LUCAT, *Le politiche produttive e del lavoro*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 442 ss.

⁷³ Da ultimo, Corte dei conti, *Relazione sul bilancio di previsione della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste per gli esercizi finanziari 2018-2020*, in www.corteconti.it. Cfr. anche A.M. POGGI, A. MASTROPAOLO, *[Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste] La specialità della Valle d'Aosta tra fatto e norma*, in *Le Regioni*, 2017, 1171 ss.

⁷⁴ A. MASTROPAOLO, *Ieri, oggi, domani, quale autonomia per la Valle d'Aosta?*, in www.Federalismi.it (www.federalismi.it), 2018, n. 11, 29 ss. Alla crisi della casa da gioco allude espressamente infatti anche il testo della mozione sfiducia contro il Presidente Rollandin (mozione n. 183, XIV legislatura).

⁷⁵ A. MASTROPAOLO, *Ieri, oggi, domani*, cit., 32.

⁷⁶ Si è parlato di un protagonismo, per molti versi improprio, della Corte dei conti che, in sede di giudizio di parificazione dei bilanci regionali, è stata legittimata dalla giurisprudenza costituzionale a sollevare questioni di costituzionalità di leggi regionali vigenti per violazione dei principi posti a tutela degli equilibri economico-finanziari (sent. 181/2015), addirittura qualora le stesse derivino, ipoteticamente, da invasione di competenze legislative statali (sent. 196/2018) peraltro non dedotte dal Governo in sede di giudizio di costituzionalità in via principale (sul punto, in particolare, C FORTE, M. PIERONI, *Prime osservazioni relative alla sentenza n. 196 del 2018 della Corte costituzionale*, in www.Federalismi.it (www.federalismi.it), 2019, n. 12). Per inciso, in tal modo in via pretoria è stata introdotta una sorta di terza via di impugnazione delle leggi regionali, ovvero «una sottospecie tutta speciale di giudizio incidentale, in cui il giudice *a quo* non ha parti processuali che lo sollecitino, ma la "autonomia" e la pregiudizialità del giudizio incidentale è dimostrata dal fatto che la sua decisione condiziona il compimento del giudizio di parificazione, che nel frattempo resta infatti sospeso; né ha valutazioni da compiere in termini di rilevanza e di non manifesta infondatezza della *quaestio*, visto che entrambe sono provate dall'evidenza contabile» (R. BIN, *Zone d'ombra del controllo di legittimità e zone buie del ragionamento giuridico (note brevissime a Corte cost. 196/2018)*, in *Le Regioni*, 2019, 15 ss.). Non solo, ma questa via di accesso "copre" gran parte della legislazione regionale, visto che assai pochi

Ancora più censurabile è la mancata istituzione del collegio dei revisori dei conti, dopo la (tardiva) adozione del d.lgs. 174/2019⁷⁷, che pare evidenziare quantomeno una scarsa sensibilità della classe politica regionale in ordine alla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione della Regione⁷⁸.

In questo senso, l'approvazione all'unanimità da parte del Consiglio regionale di un ordine del giorno su questi punti in una delle ultime sedute prima dello scioglimento anticipato del 2020 appare importante ma, alla luce degli ultimi sviluppi politico-istituzionali, decisamente insufficiente⁷⁹.

4. L'autonomia speciale della Valle d'Aosta alla luce delle più recenti vicende giudiziarie: lo sgretolamento del sistema politico nel più recente periodo

Da più parti si insiste sulla necessità di un ripensamento radicale, se non di vera e propria soppressione delle autonomie speciali. È un dibattito che dura da anni ma che nel più recente periodo si iscrive nella più generale crisi del regionalismo italiano, da tante parti accusato di costituire un problema più che una risorsa del nostro sistema costituzionale.

In questo senso, le recenti dimissioni del Presidente della Regione Valle d'Aosta Fosson, di due Assessori e di un Consigliere regionale nell'ambito dell'inchiesta *Egomnia* e il successivo scioglimento anticipato del Consiglio suscitano non pochi spunti di riflessione che vanno al di là di una vicenda non inquadrabile quindi come meramente locale.

Da anni infatti le Regioni, assai più degli enti locali, sono percepite come principali responsabili di sprechi e di malaffare, e quindi come livelli istituzionali inutili, da sopprimere o da ridurre nella loro sfera di autonomia⁸⁰, fino a parlare di una "Casta invisibile delle Regioni"⁸¹ (la cui classe dirigente sottrarrebbe «da decenni immense risorse»⁸²) e, in particolare, di quelle a Statuto speciale⁸³, lasciando così "sottotraccia" anche nel dibattito politico, non solo il valore costituzionale delle autonomie territoriali, ma anche le innegabili differenze e quindi le diverse

provvedimenti legislativi non comportano spese. Si tratta in qualche modo di un "segno dei tempi", che ci consegna l'immagine di una Corte dei conti ormai quale "pubblico ministero" dinanzi al giudice delle leggi (sul punto, per tutti, A. CARDONE, *Quando portare la luce nelle "zone d'ombra" della giustizia costituzionale comprime l'autonomia regionale e incrina la tenuta dei modelli di controllo (di costituzionalità delle leggi e di sana gestione finanziaria degli enti territoriali)*, in *Le Regioni*, 2019, 19 ss.; E. CAVASINO, *Controllo contabile e controllo di costituzionalità in via incidentale: riflessioni alla luce dei recenti orientamenti del Giudice costituzionale e degli atti di promovimento del Giudice contabile*, *ivi*, 37 ss.; P. GIANGASPERO, «La Corte e le sue corti», *ivi*, 75 ss.; G. FALCON, *Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale nel giudizio in via principale*, *ivi*, 605 ss.).

⁷⁷ Il d.lgs. 174/2019 prevede infatti che l'istituzione del collegio è condizionata alla previa adozione di un atto normativo regionale «nel rispetto dei principi contenuti nella normativa statale in materia» (art. 1) che non è avvenuta per l'intervenuto scioglimento anticipato del Consiglio regionale (cfr. *infra*, nt. 79).

⁷⁸ È sufficiente ricordare che l'istituzione del Collegio dei revisori dei conti è stata prevista per le Regioni a statuto ordinario già dal d.l. 138/2011 (art. 14).

⁷⁹ L'ordine del giorno, presentato dalla Presidente del Consiglio Rini ed approvato nella seduta del 29 gennaio 2020, impegna la prima Commissione consiliare ad avviare gli opportuni approfondimenti con la Commissione Paritetica in merito alla norma di attuazione che prevede la sottoposizione al giudizio di parifica da parte della Corte di conti del rendiconto generale della Regione; inoltre sollecita il Governo regionale a presentare, non appena sarà pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale* la norma di attuazione in materia di istituzione di un Collegio dei revisori dei conti, il disegno di legge regionale per l'istituzione dello stesso.

⁸⁰ Il punto è sottolineato da S. MANGIAMELI, *Le Regioni e le autonomie tra crisi della politica e ristrutturazione istituzionale*, in *Id.*, *Le Regioni italiane tra crisi globale e neocentralismo*, Milano, Giuffrè, 2013, 168.

⁸¹ P. DE ROBERTIS, *La casta invisibile delle Regioni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012.

⁸² È il sottotitolo del libro di E. FUCCILLO, *La casta delle Regioni*, Roma, Editori riuniti, 2010.

⁸³ P. DE ROBERTIS, *La casta a Statuto speciale*, cit.

"velocità" tra le Regioni, soprattutto nell'esercizio di competenze significative, pur tenendo conto della difficoltà di comparare enti con diverse prerogative riconosciute dai rispettivi Statuti e norme di attuazione⁸⁴.

Come giustamente è stato fatto notare, «è da contrastare un'antipolitica che trae dalle disfunzioni e distorsioni della prassi quotidiana motivi di polemica distruttiva nei confronti delle istituzioni», cosicché «non è accettabile che ogni volta che emerge uno scandalo nell'ambito di una istituzione, invece di reclamare la punizione dei colpevoli di corruzione o altri gravi reati, si invoca l'abolizione o comunque la riduzione delle competenze dell'istituzione stessa»⁸⁵.

Non vi è dubbio però che recenti e non commendevoli vicende che hanno riguardato consiglieri e componenti delle Giunte regionali hanno contribuito ad alimentare discredito e sfiducia: in questo senso non si possono sottovalutare dati a dir poco allarmanti relativi ai consiglieri e assessori sospesi dalle funzioni in forza del d.lgs. 235/2012 (ben 95 nell'ultimo decennio).

Così, in una stagione nella quale il tema del regionalismo è riemerso grazie alle pure opinabili proposte di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., una recente indagine del Censis pubblicata nel luglio 2018⁸⁶ ha messo in evidenza la "debolezza reputazionale" delle nostre istituzioni periferiche: la fiducia in tale istituzioni è limitata al 23% degli italiani (con differenze evidenti tra i cittadini residenti nelle diverse aree del Paese, con un significativo maggiore gradimento espresso dagli intervistati nelle Regioni a statuto speciali alpine⁸⁷), a fronte del 76% in Germania e a una media europea del 51%⁸⁸.

Con specifico riferimento alla Valle d'Aosta, il rendimento delle istituzioni regionali, appena pochi anni fa ritenuto assai efficiente⁸⁹, ha risentito pesantemente della crisi economica, cui si è aggiunta una crisi politica aggravata dalle già menzionate vicende giudiziarie⁹⁰.

Lo scarso radicamento delle istituzioni regionali e il centralismo che da sempre domina la legislazione in Italia, come è stato giustamente osservato da più parti, derivano anche (e per certi aspetti, soprattutto) dall'assenza di sistemi politici regionali⁹¹ (salva la recente e spesso effimera emersione di "liste personali" dei candidati Presidenti⁹²) e dalla debole strutturazione dei partiti

⁸⁴ G.C. DE MARTIN, *Stato e prospettive della specialità regionale*, in L. VANDELLI (a cura di), *Il governo delle Regioni*, cit., 256 ss.

⁸⁵ G. SILVESTRI, *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, in www.cortecostituzionale.it.

⁸⁶ Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative e delle Province autonome, Censis, *Libro bianco sulla rappresentanza regionale. Una nuova constituency per il prossimo ciclo politico-istituzionale (rapporto finale di ricerca)*, Roma, luglio 2018, in www.parlamentiregionali.it.

⁸⁷ Essi sembrano infatti riporre una maggiore fiducia nelle istituzioni regionali e locali (ai primi tre posti a livello nazionale, quanto a gradimento, si collocano infatti le due Province autonome e la Valle d'Aosta: Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative e delle Province autonome, Censis, *Libro bianco sulla rappresentanza regionale*, cit., 26-27. Occorre comunque sottolineare che i dati sono aggiornati al 2016, prima quindi dell'emersione dell'inchiesta *Egomnia*).

⁸⁸ Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative e delle Province autonome, Censis, *Libro bianco sulla rappresentanza regionale*, cit., in particolare 23 ss.

⁸⁹ G. DEMURO, I. RUGGIU, *Regioni speciali*, cit., 398.

⁹⁰ Sul punto, A.M. POGGI, A. MASTROPAOLO, [Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste], cit., 1165 ss.

⁹¹ Sul punto, per tutti, M. CAMMELLI, *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in *Le Regioni*, 2012, 680 ss.; G. FERRAIUOLO, *Per un diverso Stato. Dinamiche territoriali della rappresentanza partitica in Italia e Spagna*, in S. STAIANO (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica forma di governo network analysis*, Napoli, Jovene, 2014, 187 ss.

⁹² Sul punto, in particolare, S. STAIANO, *Art. 5*, Roma, Carocci, 2017, 73 ss. Come è stato evidenziato, mentre l'assenza di sistemi politici regionali è ricorrente anche negli ordinamenti federali, non così la debolezza dei livelli regionali dei partiti nazionali: R. BIFULCO, *Partiti politici e autonomie territoriali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2008. Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009, 239 ss.

nazionali nelle Regioni⁹³, che si è accompagnata ad una sorta di irresistibile moto irregolare delle carriere politiche ma sempre proteso verso l'Esecutivo nazionale⁹⁴.

In questo senso la Valle d'Aosta e la Provincia autonoma di Bolzano costituiscono una eccezione, perché peculiari sistemi partitici, e in particolare la presenza di forti partiti territoriali⁹⁵, hanno consentito il dispiegarsi di una reale autonomia politica⁹⁶ che ha rotto quella correlazione tra «progettazione nazionale» e «realizzazione regionale» che ha connotato le elezioni regionali nelle Regioni a statuto ordinario e nelle altre Regioni a statuto speciale⁹⁷.

Da questo punto di vista, sono però evidenti le differenze tra le due realtà: in Alto Adige la *Südtiroler Volkspartei* (SVP), pur avendo subito negli ultimi anni una non irrilevante erosione di consensi⁹⁸, continua ad esercitare un ruolo dominante nella politica provinciale e regionale ed è risultata fondamentale per la sopravvivenza di non pochi Governi anche a livello nazionale; viceversa, in Valle d'Aosta l'*Union Valdôtaine* (UV), che pure in passato si era dimostrata «capace di promuovere gli interessi del territorio nei confronti dello Stato anche attraverso una presenza costante in Parlamento»⁹⁹, soprattutto a partire dal 2012 è andata incontro a una travagliata dinamica interna, fatta di scissioni e mutamenti di alleanze, che si è ripercossa pesantemente sul piano elettorale. Tale partito è infatti passato dal 47,2% ottenuto nelle elezioni regionali del 2003, al 19,25% conseguito in quelle del 2018, in un contesto di crescente frammentazione che ha visto, da una parte, il voto autonomistico ripartirsi in una pluralità di formazioni politiche di consistenza medio-piccola¹⁰⁰, e, dall'altra, il crollo dei consensi per i partiti nazionali¹⁰¹, fatta eccezione per la Lega che nelle elezioni regionali del 2018, in linea con le politiche di un paio di mesi prima, ha raggiunto il 17,1% dei voti¹⁰². Il parallelo sgretolamento dell'*Union Valdôtaine* e le indagini della magistratura a partire dal 2017 hanno contribuito a "terremotare" il quadro politico valdostano¹⁰³

⁹³ Per tutti, A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e internazionale*, Milano, Franco Angeli, 2018, 77 ss. Sul punto, in chiave comparata, M. OLIVETTI, *Partiti e autonomie negli Stati composti - Una mappa dei problemi*, in www.Federalismi.it (www.federalismi.it), 2013, n. 9, il quale osserva che «una integrale nazionalizzazione del sistema politico, combinata a logiche di tipo solo *top-down*, pare invece più conforme allo spirito di uno Stato unitario e centralizzato» (68).

⁹⁴ R. BIN, *La crisi delle Regioni. Che fare?*, in *Le Regioni*, 2012, 739 ss. Lo stesso autore in altra sede ha evidenziato che «non c'è vicenda nazionale che non si rifletta direttamente sulle regioni, non ci sono classi politiche distinte, non esistono esempi di leader politici regionali che preferiscano rimanere in regione invece di andare a fare il Ministro, non esiste una carriera politica regionale autonoma e distinta da quella del politico nazionale, ma tra l'una e l'altra c'è totale continuità»: *La forma di governo regionale alla prova dell'attuazione statutaria: profili organizzativi e problematiche relazionali*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2009*, Torino, Giappichelli, 2010, 133.

⁹⁵ Su tale fenomeno, in generale, F. TRONCONI, *I partiti etnoregionalisti. La politica dell'identità territoriale in Europa occidentale*, Bologna, Il Mulino, 2009.

⁹⁶ R. BIN, *La forma di governo regionale*, cit., 132 ss. Non a caso, anche la carriera politica dei principali esponenti dei partiti autonomistici si è svolta sempre a livello territoriale, assai più che a livello nazionale.

⁹⁷ A. DI VIRGILIO, *La costruzione dell'offerta politica: progettazione nazionale, realizzazione regionale*, in A. CHIARAMONTE, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Riforme istituzionali e rappresentanza politica nelle Regioni italiane*, Bologna, Il Mulino, 2007, 117 ss.

⁹⁸ Tale partito in effetti nelle ultime cinque elezioni provinciali è passato dal 56,6% dei voti in quelle del 1998 al 41,9% ottenuto in quelle del 2018. In valore assoluto ciò ha significato una perdita di oltre 50 mila voti (da 171.820 nelle elezioni del 1998 a 119.108 nelle elezioni del 2018).

⁹⁹ A. MASTROPAOLO, *Valle d'Aosta*, in L. VANDELLI (a cura di), *Il governo delle Regioni*, cit., 288.

¹⁰⁰ Nelle elezioni del 2018 hanno ottenuto seggi, oltre all' *Union Valdôtaine*, altre cinque formazioni politiche locali che hanno ottenuto percentuali variabili tra il 7,1 e il 10,7%.

¹⁰¹ A parte la Lega, ha ottenuto seggi solo il Movimento 5 Stelle (10,4% dei voti e 4 seggi). Sono rimasti fuori dal Consiglio regionale sia il Partito democratico (5,4%) e il Centro-destra (2,9%).

¹⁰² In termini di seggi la Lega ha ottenuto sette seggi. Nelle elezioni del 2013 la Lega aveva presentato propri candidati nella lista *Stella Alpina* che aveva ottenuto il 12,25% e 5 seggi.

¹⁰³ Per la verità vi erano stati casi più risalenti di indagini della magistratura che avevano riguardato esponenti politici regionali, come nel 1966, quando le dimissioni di due Consiglieri regionali democristiani contribuirono alla c.d.

e hanno minato alle fondamenta la stabilità che complessivamente aveva caratterizzato questo ordinamento, almeno a partire dalla metà degli anni duemila¹⁰⁴, rompendo una sua caratteristica di fondo, ovvero il radicamento di «una forma di "autonomia territoriale della minoranza"», che rendeva evidente «la "saldatura" tra sistema politico, strumenti giuridici di protezione della minoranza e forma di autonomia politica territoriale»¹⁰⁵.

Peraltro, già nel 2014, nel contesto della crisi della V Giunta Rollandin, che poteva contare in partenza sul sostegno di 18 consiglieri su 35, si era avuto il caso, invero curioso, delle dimissioni della totalità degli assessori a seguito della presentazione di altrettante mozioni di sfiducia individuali presentate su iniziativa di un Consigliere dissidente dell'UV¹⁰⁶.

Nel marzo del 2017 una mozione di sfiducia costruttiva ha colpito il Presidente della Regione e leader dell'*Union Valdôtaine* Augusto Rollandin, dopo la sospensione, ai sensi del d.lgs. 235/2012, di quattro consiglieri regionali nell'ambito dell'inchiesta "rimborsopoli". L'approvazione della mozione ha dato luogo a polemiche per il fatto che la seduta del Consiglio non avrebbe dovuto svolgersi per mancanza del numero legale, stante la sospensione dei Consiglieri.

Il contenzioso davanti al giudice amministrativo, dopo il rigetto della sospensiva, non ha avuto esito per il ritiro del ricorso da parte del consigliere Perron.

Il Tar della Valle d'Aosta nell'ordinanza cautelare ha osservato che, poiché la disciplina della sospensione «affronta una situazione "patologica" dell'organo rappresentativo» e la Valle d'Aosta non ha disciplinato con legge gli effetti di detta sospensione (che il d.lgs. 235/2012 consente, sia pure nel rispetto della *ratio* dei suoi contenuti¹⁰⁷), «il principio sancito a livello nazionale è che in caso di disposta sospensione (per recepimento di effetti di una condanna penale) i soggetti che non ricoprono (provvisoriamente) più una carica non possono essere computati nel <quorum strutturale> dell'organo; ciò al fine di evitare che tali soggetti (sospesi) possano influenzare comunque, con la loro assenza, l'operatività dell'organismo», per cui la volontà della legge, inderogabile anche per le autonomie speciali «è sostanzialmente quella di "neutralizzare" totalmente una partecipazione, ancorché in forma indiretta (cioè con la non presenza), di soggetti sospesi in quanto impossibilitati a far parte del Consiglio».

Tale disciplina si applica anche alle Regioni a statuto speciale (art. 11, d.lgs. 235/2012) e quindi trova applicazione anche per la Valle d'Aosta: la disciplina statutaria (art. 21) e regolamentare (art. 40, comma 1, reg. interno Consiglio) relativa al *quorum* strutturale "ordinario" della presenza di

crisi del "fil di ferro": sul punto, E. ALBANESI, *Il Presidente della Regione*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 173.

¹⁰⁴ In precedenza, soprattutto a partire dall'introduzione della proporzionale (l. 1257/1962) e fino alle elezioni regionali del 1978 che segnano una consistente vittoria dell'UV, destinata a ripetersi nelle elezioni successive (il partito sarebbe passato dal 24,7% nelle elezioni del 1978 al 42,6% in quelle del 1998) si contano 9 Giunte contro le 4 del periodo 1949-1963. Una nuova stagione di instabilità si è avuta a partire dal 1990 con un accordo "anti-UV" che porta ad una Giunta presieduta da Giovanni Bondaz (DC) e a una maggioranza composita (articolata in 6 gruppi, tra cui il PCI-PDS che entra nel successivo Governo regionale costituito nell'aprile 1991). Nel giugno 1992 l'esperimento termina con il "contro-ribaltone" che porta alla formazione di una maggioranza intorno all'UV.

Le vicende in questione sono interessanti nella misura in cui sembrano anticipare, in qualche misura, gli sviluppi politici più recenti: sul punto, in sintesi, T. CAPONIO, *Valle d'Aosta. Verso quale autonomismo?*, in *Ist. fed.*, 2000, 587 ss.

¹⁰⁵ P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 422.

¹⁰⁶ Sulla vicenda e sulle problematiche essa ha posto cfr. E. ALBANESI, *La forma di governo regionale*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 193 ss.

¹⁰⁷ L'art. 8, comma 3, prevede infatti che «nel periodo di sospensione i soggetti sospesi, fatte salve le diverse specifiche discipline regionali, non sono computati al fine della verifica del numero legale, né per la determinazione di qualsivoglia *quorum* o maggioranza qualificata. La sospensione cessa di diritto di produrre effetti decorsi diciotto mesi. La cessazione non opera, tuttavia, se entro il termine di cui al precedente periodo l'impugnazione in punto di responsabilità è rigettata anche con sentenza non definitiva. In quest'ultima ipotesi la sospensione cessa di produrre effetti decorso il termine di dodici mesi dalla sentenza di rigetto».

almeno 18 consiglieri regionali (su 35) per formare le adunanze «attiene alla previsione “ordinaria” del funzionamento dell’organo-Consiglio regionale; trattasi di norma fisiologica dettata per il funzionamento dell’organo politico», per cui, «sino alla “sostituzione” provvisoria, con la nomina e convalida dei supplenti, i soggetti sospesi non hanno titolo, “non potendovi” partecipare, ad incidere sulle dinamiche della formazione dell’organo (con scelte partecipative, di astensioni, ...), che è stato privato “di diritto” del loro contributo»; quindi nel voto sulla sfiducia costruttiva «i 4 componenti sospesi, non avendo titolo giuridico per poter partecipare alle sedute Consiglio, non potevano essere computati nel “quorum strutturale”, il quale, per l’effetto, non poteva più essere parametrato al numero di componenti di carica “ordinaria” (35), ma doveva essere considerato in riferimento al numero dei soggetti che potevano effettivamente “disporre” della carica, con relativo “abbassamento” del *quorum*»¹⁰⁸.

Il tenore della motivazione, che non lasciava molte speranze ai ricorrenti spiega perché questi ultimi abbiano desistito dalla controversia. Rimane comunque l'impressione di una vicenda rivelatrice, da un lato, della precarietà politico-istituzionale in cui la Regione è di fatto precipitata, dall'altro di una produzione normativa statale, che appare troppo spesso connotata da lacune e imprecisioni nonché da seri dubbi interpretativi, ancora più censurabili laddove, come nel caso di specie, attengano al funzionamento di istituzioni rappresentative¹⁰⁹.

A seguito dell'approvazione della mozione si è insediata una nuova Giunta presieduta da Pierluigi Marquis, con l'*Union Valdôtaine* all'opposizione¹¹⁰.

Ma già nell'ottobre successivo anche il nuovo Presidente, indagato per concorso calunnia nei confronti dell'ex Presidente e nei cui confronti era stata a sua volta presentata una mozione di sfiducia costruttiva, è stato costretto a dimettersi. Si è formata quindi una nuova Giunta (la sesta nella XIV legislatura), presieduta da Laurent Viérin (*Union Valdôtaine Progressiste*), che vedeva il ritorno nella maggioranza e nella Giunta dell'*Union Valdôtaine* in una coalizione con altri tre gruppi¹¹¹.

Dopo le elezioni regionali del 2018, in un quadro politico ancora più frammentato si è formata una Giunta di coalizione presieduta dalla leghista Nicoletta Spelgatti, sostenuta da altri gruppi autonomistici¹¹², che però è entrata in crisi dopo pochi mesi: nel dicembre 2018, infatti, essa è stata colpita da una mozione di sfiducia costruttiva a seguito della quale si è insediata una nuova Giunta sostenuta da formazioni autonomistiche e presieduta da Fosson, successivamente caduta, come accennato, a seguito dell'inchiesta *Egomnia*.

La vicenda ha formato oggetto di una interrogazione parlamentare¹¹³ che chiedeva «se il Ministro interrogato ritenga ricorrenti i presupposti per l’avvio del procedimento di scioglimento del consiglio regionale della Valle d’Aosta e se intenda valutare l’opportunità di promuovere iniziative di carattere normativo volte alla separazione della figura elettiva del presidente della regione da quella del prefetto, quale rappresentante del Governo»¹¹⁴.

¹⁰⁸ Tar Valle d'Aosta, 9 maggio 2017, n. 13, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁹ A. MASTROPAOLO, *Ieri, oggi, domani, quale autonomia per la Valle d'Aosta?*, in www.Federalismi.it (www.federalismi.it), 2018, n. 11, 29.

¹¹⁰ La Giunta era sostenuta dai gruppi di Stella Alpina, *Union Valdôtaine Progressiste*, Alpe e *Pour Notre Vallée*.

¹¹¹ Facevano parte della maggioranza e della Giunta anche i gruppi del PD e di *Edelweiss* Popolare Autonomista Valdostano.

¹¹² In particolare, Stella Alpina, Alpe, Mouv oltre che dalla Consiglieria del gruppo Misto Emily Rini (già esponente dell'UV).

¹¹³ Si tratta dell'interrogazione n. 3-01210 (on. Tripodi, M5S ed altri) discussa dalla Camera nella seduta del 18 dicembre 2019.

¹¹⁴ Camera dei deputati, XVIII legislatura, 18 dicembre 2018, n. 280, res. sten., all. A), 5.

Il Ministro Boccia, in risposta a tale interrogazione ha ritenuto impraticabile lo "scioglimento sanzionatorio" del Consiglio¹¹⁵ di cui all'art. 48 dello Statuto speciale (finora mai sperimentato¹¹⁶) sia perché «i presupposti del provvedimento di scioglimento previsti dalle richiamate disposizioni, pur non essendo tipici, integrano in tutti i casi fattispecie legali che si sostanziano in fatti che risultino già accertati e valutati dall'organo giurisdizionale nei loro aspetti di illiceità o di pregiudizio della sicurezza nazionale», mentre nel caso di specie tali vicende «sembrano ancora oggetto di indagine da parte delle autorità competenti», sia perché gli Assessori avevano tempestivamente rassegnato le dimissioni di cui il Consiglio ha preso atto nella seduta del 16 dicembre 2019¹¹⁷.

La tesi del Ministro appare corretta alla luce del tenore testuale dell'art. 48¹¹⁸ e anche alla luce dei precedenti che non hanno visto l'applicazione dello scioglimento sanzionatorio nemmeno a seguito dell'applicazione, da parte dell'autorità giudiziaria, di misure di sospensione provvisoria dai rispettivi uffici nei confronti del Presidente, del Vice presidente e di altri nove componenti della Giunta regionale abruzzese nel 1992¹¹⁹.

Quanto all'attribuzione al Presidente delle competenze prefettizie, esse derivano dall'art. 4, comma 1, del d.lgs. lgt. 545/1945, non testualmente riprodotto dallo Statuto speciale ma ritenuto vigente avendo trovato «costante applicazione, e conferma in più di un provvedimento legislativo» (così Corte cost. sent. 38/2003¹²⁰). Secondo il Ministro, alla stregua di questa sentenza, tale disposizione non potrebbe che essere rivista con apposite norme di attuazione dello Statuto speciale¹²¹.

Peraltro, come è stato esattamente osservato, tale ricostruzione, pur fatta propria dal giudice costituzionale, non appare del tutto persuasiva, dato che si fonda su una previsione contenuta nel d.lgs. 320/1994 (art. 1), norma attuativa dello Statuto che, pur non avendo natura costituzionale,

¹¹⁵ Su tale istituto, da ultimo, M. MANCINI, *Lo scioglimento "sanzionatorio" degli organi regionali*, Milano, Giuffrè, 2016.

¹¹⁶ A livello politico lo scioglimento "sanzionatorio" del Consiglio fu proposto, ma non attuato, a seguito della "crisi del fil di ferro". Sull'art. 48 dello Statuto speciale, per tutti, L. TRUCCO, *Le interrelazioni tra il sistema elettorale e la forma di governo regionale*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 106-107; R. LOUVIN, *Gli strumenti di raccordo esterno*, cit., 257 ss.

¹¹⁷ Camera dei deputati, XVIII legislatura, 18 dicembre 2018, n. 280, cit., res. sten., 2.

¹¹⁸ La disposizione allude infatti al compimento di atti contrari alla Costituzione o di gravi violazioni di legge, concetti che presuppongono un accertamento degli stessi (sul punto, da ultimo, M. MANCINI, *Lo scioglimento sanzionatorio degli organi regionali*, Milano, Giuffrè, 2016). Rimane però che la Corte costituzionale ha ritenuto che la *ratio* dell'art. 126 Cost. (in questo senso non diversa dall'art. 48 dello Statuto valdostano) imponga la necessità di un immediato allontanamento dalla carica della persona che la occupa, incompatibile con i tempi di definizione di un previo accertamento giurisdizionale (nella specie si trattava di un giudizio contabile) «che sono per necessità ben altri rispetto ai tempi della politica» (sent. 219/2013, *considerato in diritto*, n. 14.7, sulla quale, in particolare, C. PINELLI, *In tema di scioglimento e rimozione degli organi regionali*, in *Giur. cost.*, 2013, 3145 ss.; L. GORI, *La minaccia di rimozione del Presidente della Regione come nuova frontiera del coordinamento della finanza pubblica? Il decreto legislativo «premi e sanzioni»*, *ivi*, 3150 ss.; E. ALBANESI, *Il decreto presidenziale di scioglimento/rimozione ex art. 126, primo comma, Cost. è un atto sostanzialmente governativo o complesso eguale?*, in *Le Regioni*, 2013, 1148 ss.; A. CERRI, *Eguaglianza, uniformità, autonomia regionale*, in *Foro it.*, 2014, I, cc. 435 ss.; G. D'AURIA, *Controlli e giurisdizione della Corte dei conti nel decreto «premi e sanzioni» del federalismo fiscale (dopo Corte cost. 219/13)*, *ivi*, cc. 437 ss.).

¹¹⁹ In quel contesto il Governo adottò un decreto legge, peraltro decaduto per mancata conversione (d.l. 402/1992, recante «sospensione di termini perentori in conseguenza della impossibilità temporanea di funzionamento degli organi esecutivi della regione Abruzzo»). Nella stessa inchiesta ricevettero successivamente avvisi di garanzia anche il Presidente del Consiglio regionale e altri dieci consiglieri: M.A. MACCARONE, *Abruzzo. Dalla lunga egemonia democristiana al controverso debutto del centro destra*, in *Ist. fed.*, 2000, 745.

¹²⁰ *Considerato in diritto*, n. 3; su tale pronuncia G. DEMURO, *Regolamenti di delegificazione e «sostanza» delle norme di attuazione*, in *Giur. cost.*, 2003, 244 ss.

¹²¹ Camera dei deputati, XVIII legislatura, 18 dicembre 2018, n. 280, cit.

ha in tal modo "irrigidito" il rango delle disposizioni precedenti alla l. cost. 2/1993 che avevano trasferito funzioni alla Regione¹²².

Certo, anche a prescindere da questa pur rilevante questione, e richiamate le critiche di una parte della dottrina al carattere di "privilegio" dell'allocazione al Presidente della Regione delle funzioni di Prefetto, emerge con forza, nel caso di specie, l'anomalia di un Presidente indagato per gravi reati che, in forza delle proprie peculiari attribuzioni, è chiamato a esercitare, dopo l'entrata in vigore della l. cost. 3/2001 e la soppressione della Commissione di coordinamento di cui all'art. 45 dello Statuto, funzioni quali quelle previste dalla normativa antimafia in ordine all'istruttoria sullo scioglimento di Comuni per infiltrazione mafiosa, e quelle di comunicazione dei provvedimenti di cui al decreto "Severino" (d.lgs. 235/2012) (d.lgs. 45/2015)¹²³.

Dopo le dimissioni del Presidente e degli altri indagati, non è stato possibile costituire una nuova maggioranza, anche perché, in un contesto di forti polemiche, le elezioni anticipate sono state viste come una sorta di "lavacro purificatore".

Così, decorso il termine di sessanta giorni dalle dimissioni del Presidente della Giunta (art. 15, comma 3, Statuto speciale; art. 8, comma 1, lett. b, l.r. 21/2007), nel frattempo presieduta dal Vice-Presidente Renzo Testolin (art. 7, comma 2), sono state indette le elezioni regionali per il 19 aprile; tuttavia, a causa dell'emergenza sanitaria, tale decreto è stato successivamente rettificato prima con la posticipazione delle elezioni al 10 maggio¹²⁴ e quindi con un rinvio sostanzialmente *sine die*¹²⁵, arditamente motivato dal fatto che l'emergenza stessa consentirebbe una deroga ai termini imposti dalla normativa regionale, visto che le misure per il contrasto e il contenimento dell'epidemia «condizionano le modalità di libero esercizio del diritto di elettorato attivo e passivo sancito dall'articolo 51 della Costituzione» e che «l'insieme delle attività connesse al regolare svolgimento delle consultazioni elettorali, ivi compresi tutti gli adempimenti a ciò prodromici e presupposti, non risulta compatibile con la necessità di evitare lo spostamento delle persone e ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico»¹²⁶. A ciò si aggiunga l'impraticabilità di una modifica dell'art. 8, comma 2, della l.r. 21/2007 che prevede il termine massimo di novanta giorni successivi alla data del decreto di scioglimento (se non altro perché si tratta di una legge statutaria che quindi ammette l'eventualità di un *referendum*). Nonostante questo, l'art. 14 della l.r. 5/2020, come modificato dalla l.r. 8/2020 - leggi ordinarie e quindi fonti incompetenti in materia (la l.r. 8 essendo un provvedimento di assestamento del bilancio regionale) - ha previsto che «in deroga a quanto disposto dagli articoli 8, comma 2, della legge regionale 7 agosto 2007, n. 21 (Disposizioni in materia di modalità di elezione del Presidente della Regione e degli Assessori, di presentazione e di approvazione della mozione di sfiducia e di scioglimento del Consiglio regionale), e 20, comma 1, della legge regionale 9 febbraio 1995, n. 4 (Disposizioni in materia di elezioni comunali), le elezioni per il rinnovo del Consiglio regionale, sciolto con decreto del Presidente della Regione n. 54 del 18 febbraio 2020, e le elezioni per il rinnovo dei Consigli comunali sono indette nella medesima data, in una domenica compresa tra il

¹²² E. ALBANESI, *Il Presidente della Regione*, cit., 178.

¹²³ Tra l'altro, la vicenda ha riaperto l'interrogativo su quale soggetto sia competente alla notifica del provvedimento di sospensione del Presidente della Regione: E. ALBANESI, *Il Presidente della Regione*, cit., 182.

¹²⁴ D.P.G.R. 18 febbraio 2020, n. 54 (*Boll. uff.* 18 febbraio 2020, n. 8); D.P.G.R. 10 marzo 2020, n. 103 (*Boll. uff.* 11 marzo 2020, n. 12). La posticipazione al 10 maggio era ancora entro il termine fissato dall'art. 8, comma 2, della l.r. 21/2007.

¹²⁵ L'art. 1, comma 2, del D.P.G.R. 23 marzo 2020, n. 118 (*Boll. uff.* 25 marzo 2020, n. 15) prevede infatti che «la nuova convocazione dei nuovi comizi elettorali per il rinnovo del Consiglio regionale sarà stabilita con successivo decreto da emanarsi entro e non oltre il termine di validità della Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020 con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili».

¹²⁶ Le parole citate sono contenute nel preambolo del D.P.G.R. 23 marzo 2020, n. 118, cit.

1° settembre e il 15 ottobre 2020, tenuto conto dell'evoluzione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19. Le elezioni sono fissate dal Presidente della Regione, con proprio decreto, da pubblicare non oltre il sessantesimo giorno antecedente la data stabilita per la votazione» (comma 1). In attuazione di tale disposizione il Presidente della Regione ha indetto le elezioni, come nelle Regioni a statuto ordinario, per il 20 e 21 settembre, in abbinamento con il *referendum* costituzionale relativo alla riduzione del numero dei parlamentari (decreto 20 luglio 2020, n. 296).

Non è stato questo però l'unico problema istituzionale che l'emergenza Covid-19 ha posto sul piano delle istituzioni regionali.

Come si è ricordato, la Giunta si è trovata priva di tre assessori e il Presidente *ad interim* si trova a cumulare numerose deleghe¹²⁷, ex artt. 6, comma 4 e 7, comma 3, l.r. 21/2007; da parte sua, come è noto, il Consiglio regionale, ormai sciolto, deve limitare la propria attività ai soli atti indifferibili e urgenti, fino alla prima riunione del nuovo Consiglio (art. 8, comma 4, l.r. 21/2007).

Si tratta di un'evenienza assai grave, che sta determinando problemi seri, denunciati anche in sede politica¹²⁸; pur nella consapevolezza che dopo lo scioglimento del Consiglio i poteri del Presidente e della Giunta regionale sono limitati all'ordinaria amministrazione, ma fatta salva «l'adozione degli atti indifferibili ed urgenti» (art. 8, comma 4, cit.), vi è da chiedersi se sia possibile la reintegrazione degli assessori dimissionari, allo scopo di fronteggiare al meglio l'emergenza in corso: su quest'ultimo punto, la risposta positiva può essere affermata, tale reintegrazione potendo essere inclusa negli atti improrogabili e urgenti che il Consiglio è legittimato ad adottare anche dopo il suo scioglimento (art. 8, comma 4, l.r. 21/2007)¹²⁹.

Tale conclusione sembra sostenibile alla stregua della giurisprudenza costituzionale la quale, pur riconoscendo, in linea di principio, che in regime di *prorogatio* ai Consigli non possano che riconoscersi «poteri attenuati, confacenti alla loro situazione di organi in scadenza» (Corte cost., sent. 468/1991), il necessario bilanciamento tra il principio di rappresentatività e quello di continuità funzionale esclude un depotenziamento tale da determinare una indiscriminata e totale paralisi dell'organo (Corte cost., sent. 515/1995)¹³⁰.

A partire dalla fondamentale sent. 68/2010 gli atti adottabili durante la *prorogatio* sono stati individuati in quelli «necessari ed urgenti, dovuti o costituzionalmente indifferibili» (cfr. anche sent. 243/2016), ovvero imposti da disposizioni legislative statali o da atti normativi dell'Unione europea (per tutte, sent. 64/2015, 157 e 243/2016), dovendosi escludere «ogni intervento legislativo che possa essere interpretato come una forma di *captatio benevolentiae* nei confronti degli elettori»¹³¹.

¹²⁷ Il Presidente ha infatti anche le deleghe alle Finanze, Attività produttive e Artigianato; alle Opere pubbliche, Territorio e Edilizia residenziale pubblica; al Turismo, Sport, Commercio, Agricoltura e Beni culturali.

¹²⁸ In questo senso si può richiamare un'intervista al Sindaco di Aosta, Centoz, pubblicata su *La Repubblica* del 19 marzo 2020.

¹²⁹ Su questi aspetti cfr. l'intervista del Presidente del Consiglio regionale Emily Rini, che ha evidenziato la necessità di un'intesa con lo Stato: *Regione: Rini, non corriamo rischio di farci commissariare*, in www.ansa.it/valledaosta/notizie.

¹³⁰ Sulla *prorogatio* dei Consigli regionali, sia consentito un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *Una legge elettorale regionale «tutta sbagliata, tutta da rifare»? Ovvero, lo «strano caso» della sent. 243/2016*, in *Le Regioni*, 2017, 480 ss. e ai riferimenti bibliografici ivi riportati (anche con riferimento alla giurisprudenza costituzionale).

¹³¹ *Considerato in diritto*, n. 4.3. Sulla sent. 68/2010, per tutti, D. PICCIONE, *I «limiti immanenti» della prorogatio dei poteri dei Consigli regionali e la (in)certezza della prassi parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2010, 791 ss.; E. DI SALVATORE, *Il Consiglio regionale abruzzese in regime di prorogatio*, *ivi*, 794 ss.; G. FERRAIUOLO, *La Corte costituzionale torna sul tema della prorogatio degli organi politici regionali. Considerazioni a margine della sentenza n. 68 del 2010*, in questa *Le Regioni*, 2010, 1303 ss.; G. DEMURO, *Prorogatio del Consiglio regionale e «limiti immanenti»*, *ivi*, 1299 ss.; D. BALDAZZI, *L'annullamento di leggi regionali adottate in regime di prorogatio: un coerente approdo della giurisprudenza costituzionale (a prima lettura di Corte cost. n. 68 del 2010)*, in www.forumcostituzionale.it, 24 marzo 2010.

È quindi da ritenere che il Consiglio possa procedere all'elezione dei nuovi assessori su proposta del Presidente, a scrutinio segreto, a maggioranza assoluta dei consiglieri assegnati (art. 6, comma 6, l.r. 21/2007), non potendosi escludere che un tale adempimento, pure espressivo di un tipico atto di indirizzo politico, possa essere ricondotto ad un'Assemblea sciolta, in presenza di evidenti circostanze di necessità e urgenza e di un evidente pregiudizio del principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione, derivante dalla incompleta composizione della Giunta¹³². Sul piano più propriamente fattuale, la l.r. 20/2007 (art. 9) consente la nomina di assessori esterni al Consiglio, così da arginare nel caso di specie il rischio che la reintegrazione anche parziale dei componenti mancanti della Giunta possa essere l'occasione di eventuali, improprie manovre politiche che, visto il contesto emergenziale, sarebbero ancora più criticabili; sul punto, appare condivisibile il rilievo che l'eventuale copertura dei posti di assessori mancanti, giustificata dall'emergenza sanitaria, di per sé auspicabile, vista «la contingente sostenibilità o meno, da parte dell'attuale Presidente della Regione, di un relevantissimo ed abnorme carico di deleghe, oltre che dell'intensità dello sforzo richiesto per l'esercizio dei poteri prefettizi e dei compiti che deve oggi svolgere in materia di protezione civile»¹³³, «non può comunque alterare sostanzialmente il quadro politico quale era configurato al momento in cui è stato decretato lo scioglimento dell'assemblea regionale».

5. Quali riforme per rilanciare l'autonomia?

La crescente frammentazione del sistema politico e la crescente instabilità delle Giunte regionali soprattutto nell'ultimo decennio costituiscono l'elemento più rilevante nel funzionamento della forma di governo della Valle d'Aosta¹³⁴ alla stregua della prassi¹³⁵.

Per inquadrare questo aspetto, occorre innanzitutto ricordare che per la Valle d'Aosta (così come per la Provincia autonoma di Bolzano) l. cost. 2/2001 non aveva sostanzialmente mutato, nella fase transitoria, diversamente da quanto previsto per la Sardegna, la Sicilia, il Friuli-Venezia Giulia e la Provincia autonoma di Trento, i tratti fondamentali della forma di governo delineati dallo Statuto speciale (art. 2, comma 2), consentendo però di introdurre deroghe attraverso lo strumento della legge statutaria¹³⁶.

La l. cost. 2/2001 non aveva quindi esteso alla Valle d'Aosta il modello previsto transitoriamente per le Regioni a statuto ordinario (e successivamente da queste confermato) consistente nell'elezione diretta del Presidente con la clausola *aut simul stabunt aut simul cadent*:

¹³² In questo senso si condividono le considerazioni di G. GUZZETTA, nel parere rinvenibile in <http://www.consiglio.regione.vda.it/app/comunicatigruppi/dettaglio?id=19461>. Vale la pena di richiamare le conclusioni: «L'obiettivo che l'organo esecutivo sia messo in condizione di operare a ranghi completi, pur in regime di *prorogatio*, appare una finalità pienamente ragionevole, anche al fine di motivare la scelta di procedere alla reintegrazione dell'organo».

¹³³ R. LOUVIN, *Nota tecnica di approfondimento in merito alla reintegrazione della Giunta regionale in periodo di prorogatio* (in corso di pubblicazione), rispettivamente 8 e 9.

¹³⁴ Non è possibile in questa sede indagare la riferibilità del concetto di "forma di governo" alle Regioni: sul punto, in particolare, M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, in particolare 575 ss.; è comunque da ricordare che l'espressione è testualmente utilizzata prima dalla l. cost. 1/1999 e quindi dalla l. cost. 2/2001 quale oggetto, rispettivamente dello statuto ordinario e della legge statutaria.

¹³⁵ Come è noto, è elemento decisivo per interpretare il modello delineato a livello normativo: T.E. FROSINI, *Sulla forma di governo delle Regioni ordinarie e speciali*, in *Id.*, *Forme di governo e partecipazione popolare*, Torino, Giappichelli, 2006, 223.

¹³⁶ Come è noto, la differenza fondamentale tra la Valle d'Aosta e la Provincia autonoma di Bolzano è che per quest'ultima è prevista la possibilità di introdurre l'elezione diretta del Presidente solo con una legge statutaria approvata con la maggioranza dei due terzi dei componenti (art. 4, comma 1, lett. v, l. cost. 2/2001).

come ricordato dal relatore alla proposta di legge costituzionale, «per motivi riconducibili ad una forte presenza di minoranze linguistiche può essere poco opportuno procedere alla prescrizione dell'elezione diretta del Presidente, per salvaguardare l'equilibrio tra etnie»¹³⁷, e ciò a dimostrazione ulteriore della eterogeneità della categoria delle Regioni speciali¹³⁸.

In attuazione dell'art. 15 dello Statuto speciale (modificato dall'art. 2 della l. cost. 2/2001), la l. reg. 21/2007 ha previsto l'elezione del Presidente della Regione da parte del Consiglio tra i suoi componenti a scrutinio segreto e a maggioranza assoluta dei componenti¹³⁹. Il candidato alla carica di Presidente della Regione:

- a) illustra al Consiglio regionale il programma di governo;
- b) propone il numero e l'articolazione degli Assessorati;
- c) propone i nominativi dei componenti la Giunta, indicando tra essi il Vice-Presidente (art. 2, comma 2).

Dopo l'elezione del Presidente della Regione, il Consiglio regionale, su proposta del Presidente della Regione stesso, elegge, con un'unica votazione, gli Assessori regionali (art. 4, comma 1). L'elezione degli Assessori si effettua a scrutinio segreto a maggioranza assoluta dei consiglieri assegnati (comma 3).

Come si è detto, è poi previsto il meccanismo della sfiducia costruttiva (art. 5)¹⁴⁰. Essa, sottoscritta da almeno un terzo dei consiglieri assegnati, non può essere messa in discussione e votata prima di tre giorni e dopo quindici giorni dalla data di presentazione (comma 2) ed è approvata a maggioranza assoluta dei consiglieri assegnati, per appello nominale (comma 3).

La l.r. 21/2007 non ha quindi stravolto la forma di governo delineata dallo Statuto speciale prima del 2001: la novità più rilevante è quindi data dall'introduzione della sfiducia costruttiva, con l'intento di dare luogo ad un «modello parlamentare a forte egemonia presidenziale»¹⁴¹.

Tuttavia, a dispetto di questo tentativo di razionalizzazione, gli Esecutivi regionali sono stati minati da instabilità e frammentazione dovuta solo in parte ai contenuti della legge elettorale¹⁴².

Sul punto, la l.r. 22/2007¹⁴³, modificata dalla l.r. 16/2017, ha introdotto un premio di maggioranza eventuale, in favore della lista o della coalizione di liste più votate, che si innesta su un riparto proporzionale (caratterizzato dall'utilizzazione del metodo del quoziente naturale e dei resti più alti) e la riconosciuta possibilità per gli elettori di esprimere fino a tre preferenze¹⁴⁴.

¹³⁷ Camera dei deputati, XIII legislatura, I Commissione permanente, 26 gennaio 1999, res. somm., 21. Alla base di questa scelta è probabilmente anche il fatto che, contemporaneamente all'esame della proposta di legge costituzionale, come ricordato dall'on. Caveri, era già al lavoro una commissione speciale costituita per la riforma dello Statuto: *ivi*, 24. La soluzione fatta propria dalla l. cost. 2/2001 nella sostanza traspone i contenuti della proposta di legge A.C. n. 226 di iniziativa del deputato Caveri presentata all'inizio della XIII legislatura. Peraltro, lo stesso parlamentare votò contro l'approvazione dell'art. 2, sul presupposto che il testo non fosse stato concordato con la Regione Valle d'Aosta e per la stessa ragione si astenne nella votazione finale (rispettivamente Camera dei deputati 17 novembre 1999, n. 622, res. sten., 116; 25 novembre 1999, n. 628, res. sten., 69).

¹³⁸ Per tutti, R. BIN, *Prospettive della specialità*, cit., 439 ss.

¹³⁹ All'inizio della legislatura l'elezione del Presidente segue immediatamente quella del Presidente del Consiglio e dell'Ufficio di Presidenza (art. 2, comma 1, l. reg. 21/2007).

¹⁴⁰ La mozione deve indicare: a) il candidato alla carica di Presidente della Regione; b) il programma di governo; c) il numero e l'articolazione degli Assessorati; d) i nominativi dei componenti la Giunta, compreso il Vice-Presidente (art. 5, comma 1).

¹⁴¹ R. LOUVIN, *Statica e dinamica nell'ordinamento di una micro-regione*, in F. PALERMO, S. PAROLARI (a cura di), *Il futuro della specialità regionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 112 ss.

¹⁴² Per tutti, G. DEMURO, *La forma di governo e il sistema politico-istituzionale nelle Regioni speciali: una speciale conformità*, in F. PALERMO, S. PAROLARI (a cura di), *Le variabili della specialità*, cit., 28 ss.

¹⁴³ A sua volta, la l.r. 22/2007 ha modificato la precedente legge elettorale (l.r. 3/1993): su tale legge, in particolare, M. COSULICH, *Il sistema di elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, Cedam, 2009, 184 ss.

¹⁴⁴ La l.r. 16/2017 ha aumentato dal 20 al 30% la quota minima di candidati di ciascun genere all'interno delle liste.

La coalizione di liste si identifica per un programma elettorale comune ma non per l'indicazione di un candidato Presidente, come invece era previsto, per le Regioni a statuto ordinario, prima ancora dell'entrata in vigore della l. cost. 1/1999, dalla l. 43/1995¹⁴⁵.

Ciò detto, ai sensi della l.r. 16/2017, la lista o il gruppo di liste che abbia conseguito almeno il 42% dei voti ottiene un premio di maggioranza pari a 21 seggi su 35 (ovvero il 60%). Si tratta di una previsione che, non contemplando un secondo turno di votazione (come invece nella legge del 2007), rende il conseguimento del premio un'eventualità ardua. Per questa ragione, come è stato affermato, il premio non appare l'istituto caratterizzante della legge elettorale, come invece in altre Regioni a Statuto speciale (Sicilia, Sardegna¹⁴⁶, Friuli-Venezia Giulia e nella Provincia autonoma di Trento)¹⁴⁷ e nella gran parte delle Regioni a Statuto ordinario.

La scelta del legislatore valdostano è probabilmente spiegabile alla luce delle sentt. 1/2014 e 35/2017 che, con riferimento ai sistemi di elezione per Camera e Senato, hanno rispettivamente condannato la disciplina di assegnazione del premio di maggioranza senza la previsione di una soglia minima di voti e/o di seggi e sottoposto a limiti stringenti i casi di ricorso ad un ballottaggio tra liste¹⁴⁸.

Qualora nessuna lista o coalizione abbia raggiunto il 42% dei voti, tutti i seggi sono ripartiti con metodo proporzionale tra le formazioni politiche che abbiano ottenuto almeno un quoziente elettorale pari al doppio di quello naturale¹⁴⁹ (nelle elezioni del 2018 tale soglia è equivalente al 5,7% calcolato sul totale dei voti validi)¹⁵⁰. La recente l. 7/2019 ha eliminato la possibilità per gli elettori di esprimere sino a tre preferenze, ritenuta un fattore incentivante gravi patologie: da qui, il passaggio alla "preferenza unica"¹⁵¹.

La scelta di un sistema elettorale di questo tipo è facilmente spiegabile, tenendo conto che sistemi proporzionali si addicono a realtà nelle quali vi sia una forte presenza di minoranze linguistiche¹⁵².

Di fatto, però esso, pur contenendo alcuni importanti correttivi, a cominciare dalla soglia di sbarramento, non ha potuto impedire la frantumazione del sistema politico regionale: così, infatti, nelle elezioni regionali del 2018 la lista più votata, ovvero l'*Union Valdôtaine*, si è fermata al 19,25%¹⁵³ e ben otto liste hanno ottenuto seggi, con l'esclusione dalla rappresentanza dei partiti nazionali (PD; Centro-destra Valle d'Aosta) che non hanno superato la soglia di sbarramento.

¹⁴⁵ Come è noto, essa prevedeva che ciascuna lista o coalizione a livello regionale dovesse presentare un capolista il cui nome figurava nella scheda elettorale e che era di fatto il candidato Presidente della Regione.

¹⁴⁶ Per la verità anche la legge elettorale sarda (l.r. stat. 1/2013) fissa una soglia per il conseguimento del premio, ma essa risulta piuttosto bassa (25%), tanto che il premio stesso è scattato sia nelle elezioni del 2014 che in quelle del 2019.

¹⁴⁷ G. KLOTZ, G. PALLAVER, *Partiti e sistemi elettorali nelle Regioni a Statuto speciale: un confronto*, in F. PALERMO, S. PAROLARI (a cura di), *Le variabili della specialità*, cit., 48.

¹⁴⁸ Sulla questione della riferibilità di tali pronunce alle leggi elettorali regionali sia permesso un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *Forma di governo e legislazione elettorale regionale nei più recenti sviluppi*, in G. CERRINA FERONI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Le Regioni*, cit., 74 ss. e ai riferimenti bibliografici ivi riportati. Una previsione interessante è quella che esclude dal totale dei voti delle coalizioni quelli delle liste che non ottengano un numero di voti pari al quoziente naturale. Tale previsione ridimensiona, potenzialmente in modo non irrilevante, il peso delle formazioni elettorali più piccole ai fini dell'individuazione della coalizione vincente, con ciò ponendo un argine a possibili derive verso coalizioni "acchiappatutto", che invece hanno connotato le competizioni elettorali a livello sia nazionale (nella vigenza delle leggi Calderoli) che regionale e locale (con riferimento ai Comuni più popolosi).

¹⁴⁹ Soluzione, questa, fatta propria già dalla l.r. 31/1997.

¹⁵⁰ Come è stato giustamente affermato, tale previsione consente di affermare che la soglia di sbarramento esclude dalla rappresentanza le liste che non ottengano almeno due seggi: L. TRUCCO, *Le interrelazioni*, cit., 103.

¹⁵¹ L. TRUCCO, *Le interrelazioni*, cit., 105.

¹⁵² G. KLOTZ, G. PALLAVER, *Partiti e sistemi elettorali*, cit., 67.

¹⁵³ In precedenza, la l.r. 22/2007 prevedeva un sistema assai più complesso, che contemplava anche l'ipotesi di un ballottaggio tra le due liste o gruppi di liste che avessero ottenuto le due maggiori cifre elettorali, qualora nessuna di

Tuttavia, la frammentazione e la conseguente crescente instabilità politica solo limitatamente può essere imputata alla legge elettorale: essa infatti è ulteriormente veicolata, anche nel caso della Valle d'Aosta, prevalentemente da fattori non giuridici e, comunque, da cause non elettorali, quali le regole sulla composizione dei gruppi che nel regolamento interno del Consiglio regionale sono declinate in termini assai generosi per le formazioni più piccole¹⁵⁴: a gennaio 2020 si contano ben 11 gruppi, con una consistenza media di consiglieri di poco superiore a 3.

L'instabilità politica che ha caratterizzato la XV legislatura regionale, con la formazione della Giunta Spelgatti, precocemente entrata in crisi e le vicende giudiziarie alla base della caduta della Giunta Fosson nel novembre 2019, hanno riproposto con forza il dibattito su possibili innovazioni istituzionali.

Sul punto già nel 2007 «in una fase di acuta turbolenza politica, con la formazione di ben tre diversi esecutivi dopo le elezioni regionali del 2003»¹⁵⁵ si erano svolti *referendum* propositivi aventi ad oggetto l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente e dell'intera Giunta regionale¹⁵⁶, la dichiarazione preventiva delle alleanze politiche e l'eventuale premio di maggioranza, l'equilibrio della rappresentanza tra i generi, l'introduzione della preferenza unica; tali consultazioni erano tuttavia fallite per il mancato raggiungimento del *quorum* del 45% degli aventi diritto richiesto dalla l.r. 5/2006 (la partecipazione superò di poco il 27%)¹⁵⁷.

Le riforme del 2007 non hanno dato seguito alla *ratio* delle iniziative referendarie, né sul piano della normativa elettorale, né soprattutto su quello della forma di governo.

esse avesse ottenuto più del 50% dei voti (in questo caso, essa avrebbe ottenuto direttamente 21 seggi) ovvero almeno 18 seggi pur non avendo ottenuto il 50% dei voti (in questo caso essa avrebbe conservato il proprio numero di seggi).

Di fatto, quanto al rendimento istituzionale, il sistema elettorale previsto dalla legge del 2007, che ha trovato applicazione solo nelle consultazioni elettorali del 2008 e in quelle del 2013, aveva conseguito gli obiettivi che si era proposto, con la formazione di una chiara maggioranza solo grazie al ragguardevole risultato ottenuto dall' *Union Valdôtaine*; viceversa, come detto, in quelle del 2018 l'aumento della frammentazione partitica e la crisi politica in cui la Regione è precipitata negli ultimi anni ha determinato un esito assai meno chiaro, con ben otto liste che hanno ottenuto seggi.

¹⁵⁴ L'art. 16 prevede infatti che all'inizio della legislatura i Gruppi consiliari sono composti dai Consiglieri eletti nella stessa lista, qualunque ne sia il numero (comma 1). I Gruppi che si costituiscono nel corso della legislatura devono essere formati da almeno due Consiglieri (comma 2). Può essere costituito un unico Gruppo misto del quale fanno parte i Consiglieri che non aderiscono ad alcun gruppo (comma 3).

¹⁵⁵ R. LOUVIN, *Riforme elettorali in Valle d'Aosta: il referendum propositivo apre la via verso nuovi scenari*, in *www.Federalismi.it* (*www.federalismi.it*), 2007, n. 14, 1; sul punto, cfr. F. BAILO, *Gli istituti di partecipazione diretta*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 132 ss. Eppure, nelle elezioni del 2003 l'UV aveva ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi, a dimostrazione di quanto le leggi elettorali siano importanti ma non decisive nell'ottica della stabilità delle maggioranze e degli Esecutivi.

¹⁵⁶ Si trattava di una proposta indubbiamente innovativa rispetto al modello introdotto per le Regioni a statuto ordinario dalla l. cost. 1/1999 e per la Sardegna, la Sicilia, il Friuli-Venezia Giulia e, con alcune varianti, per la Provincia di Trento dalla l. cost. 2/2001: essa infatti prevedeva l'elezione diretta dell'intera Giunta regionale (sarebbe risultata eletta in blocco la lista che avesse riportato il maggior numero di voti), con la possibilità per il Consiglio di sfiduciarla secondo la regola del *aut simul stabunt aut simul cadent*. Era infine prevista la l'alternatività delle candidature al Consiglio e alla Giunta e l'incompatibilità secca tra la carica di Consigliere e quella di Assessore. Sul punto, in particolare, R. LOUVIN, *Un modello "cantonale" per il governo regionale valdostano*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>) *Rassegna*, 10 gennaio 2008, n. 1.

¹⁵⁷ È il caso di ricordare che i *referendum* in questione, ove avessero avuto esito positivo, avrebbero determinato la promulgazione delle leggi oggetto della consultazione popolare (anche se il punto è controverso trattandosi di una materia rimessa dalla l. cost. 2/2001 a una fonte "rinforzata", ovvero la legge statutaria). Sulla complessa vicenda relativa all'ammissibilità dei *referendum* in questione si rinvia a R. LOUVIN, *Riforme elettorali in Valle d'Aosta*, cit., 9 ss. Sui risultati, invero scarsi, che l'istituto del *referendum* propositivo ha evidenziato nell'esperienza valdostana cfr., in particolare, E. PALICI DI SUNI, *Il giudizio sull'ammissibilità del referendum. Il caso valdostano*, in *Osservatorio sulle fonti* (*www.osservatoriosullefonti.it*), 2018, n. 3.

È noto infatti come sull'efficacia della mozione di sfiducia costruttiva ai fini della stabilizzazione degli Esecutivi vi siano opinioni assai diverse, da più parti essendosi notato come si tratti di uno strumento insufficiente a risolvere situazioni di crisi politica e, in particolare, crisi di governo extraparlamentari¹⁵⁸.

In questa sede non è possibile ricostruire compiutamente questo dibattito. Tuttavia, l'esperienza valdostana sembra assecondare i dubbi legati all'insufficienza di questo istituto in un contesto connotato da un sistema politico debolmente strutturato, attraversato da continue scissioni, perciò fortemente frammentato, e per di più ancora incapace di un rinnovamento che le vicende giudiziarie recenti rende peraltro ineludibile. In questo senso, non trova riscontro in questo ordinamento il presupposto fondamentale che condiziona il funzionamento della sfiducia costruttiva, ovvero quello della coesione politica dell'opposizione e la sua capacità di passare dal ruolo di "governo potenziale a quello di "governo effettivo"¹⁵⁹; per cui tale istituto non ha potuto dispiegare quell'efficacia stabilizzante che dovrebbe in particolare limitare la prassi delle c.d. crisi extraparlamentari e non ha impedito fenomeni di progressivo logoramento delle maggioranze consiliari¹⁶⁰.

Sembra allora esatto il rilievo per cui nell'ordinamento valdostano la sfiducia costruttiva «invece di porre un freno a cambi di maggioranze, è parsa semmai preconstituire una sorta di automatismo nella sostituzione delle compagini di governo da parte delle forze politiche, a tutto detrimento della stabilità degli esecutivi regionali»¹⁶¹. In effetti, la sfiducia costruttiva, che dal 2017 ha trovato applicazione due volte¹⁶², è servita per dare vita a nuove Giunte che hanno avuto vita breve per vicende giudiziarie ma anche per il fatto di essere espressione più di maggioranze aritmetiche che di un progetto politico omogeneo: insomma in un quadro politico come quello valdostano tale istituto è destinato a valorizzare più la componente demolitoria (ovvero l'abbattimento della Giunta in carica) che la formazione di una nuova Giunta con un nuovo e diverso programma politico.

A ciò si aggiunga che la sfiducia costruttiva non può impedire né situazioni di sostanziali paralisi politica precedenti la presentazione della mozione stessa, né dimissioni spontanee di Presidenti. Nel caso della Valle d'Aosta, poi, non sono mancati impropri "sucedanei" rispetto all'utilizzazione della sfiducia costruttiva, quali mozioni o risoluzioni che invitano la Giunta a dimettersi o, come accennato, l'utilizzazione plurima della sfiducia ai singoli Assessori¹⁶³.

Tale istituto problematicamente convive con la sfiducia costruttiva, a maggior ragione per come è stato attuato nella prassi: esso infatti non asseconda la stabilità né valorizza le prerogative e il ruolo del Presidente della Regione¹⁶⁴, anche se non sembrano sussistere dubbi di legittimità costituzionale in ordine alla sua previsione (la Corte avendolo escluso solo nel caso in cui una Regione abbia optato per l'elezione diretta del Presidente della Regione)¹⁶⁵.

Un ulteriore fattore che non ha favorito la stabilità degli Esecutivi è, secondo parte della dottrina, la proliferazione delle fattispecie di scioglimento anticipato del Consiglio di cui alla l.r.

¹⁵⁸ Sul dibattito sul punto cfr., da ultimo, M. FRAU, *La sfiducia costruttiva*, Bari, Cacucci, 2017, in particolare 221 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

¹⁵⁹ P. MASSA, *Parlamentarismo razionalizzato e procedura parlamentare. Lineamenti di diritto parlamentare comparato*, Milano, Giuffrè, 2003, 24, riportato da M. FRAU, *La sfiducia costruttiva*, cit., 225.

¹⁶⁰ Ben al di là del problema del «trauma del tradimento» su cui v. M. FRAU, *La sfiducia costruttiva*, cit., 234 ss.

¹⁶¹ L. TRUCCO, *Le interrelazioni*, cit., 107.

¹⁶² A queste si deve aggiungere la sfiducia costruttiva al Presidente Marquis, non approvata per le intervenute dimissioni di quest'ultimo.

¹⁶³ G. DEMURO, *La forma di governo*, cit., 31.

¹⁶⁴ L. TRUCCO, *Le interrelazioni*, cit., 106.

¹⁶⁵ E. ALBANESI, *La forma di governo regionale*, cit., 192.

21/2007 qualora entro sessanta giorni il Consiglio sia incapace di funzionare¹⁶⁶, estendendo alla forma di governo parlamentare fatta propria da essa le fattispecie riferite dalla l. cost. 2/2001 all'ipotesi in cui la Regione abbia fatto propria l'elezione diretta del Presidente: in tal modo, si sono discutibilmente estese previsioni che dovrebbero trovare applicazione in una forma di governo diversa da quella fatta propria dalla Valle d'Aosta¹⁶⁷.

Le vicende successive alla crisi della Giunta Fosson hanno riproposto con forza il tema di possibili riforme sul piano istituzionale, peraltro senza esito a seguito dello scioglimento anticipato del Consiglio regionale.

Sul piano della forma di governo, la proposta di legge regionale statutaria n. 50, presentata nella XV legislatura, prevedeva l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente e del Vicepresidente della Regione con il meccanismo *aut simul stabunt aut simul cadent* vigente nella generalità delle Regioni a statuto ordinario¹⁶⁸. Per l'elezione sarebbe stato richiesto il 48% dei voti e in questo caso alla lista o alla coalizione di liste collegate al candidato vincente sarebbero spettati 21 seggi e quindi il 60% dei seggi; se nessun candidato avesse ottenuto detta percentuale, era previsto un secondo turno al quale accedevano i due candidati (e i rispettivi Vice) più votati, senza possibilità di ulteriori apparentamenti; in questo caso il premio di maggioranza si sarebbe ridotto a 20 seggi e, in ogni caso erano garantite alle liste non collegate al Presidente eletto almeno 11 seggi¹⁶⁹. Per l'accesso al Consiglio era prevista un'unica soglia di sbarramento al 5%. In ciascuna lista erano eletti i candidati che avessero ottenuto il maggior numero di preferenze (a tale scopo il testo riduceva a una sola le preferenze esprimibili)¹⁷⁰.

Infine, la coeva proposta di legge n. 49 si limitava a prevedere l'abbassamento della soglia per il conseguimento del premio di maggioranza dal 42 al 37%.

Come si è accennato, queste riforme non sono state approvate entro il termine della XV legislatura. Vi è però da chiedersi se esse sarebbero state sufficienti da sole ad arginare una crisi politica e morale profondissima, che si trascina da anni e che richiederebbe una strategia di ampio respiro di riforma della politica regionale, difficile da concepire nel momento storico attuale.

Del resto, come è dimostrato dalla prassi di questo ventennio, anche la forma di governo introdotta dalle Regioni a statuto ordinario, se pure in molti contesti ha assicurato o favorito la stabilità degli Esecutivi, non ha impedito fenomeni di paralisi politica, laddove maggioranza e Presidente eletto vengano a trovarsi nel corso della legislatura in una situazione di conflittualità, ovvero si verificano "ribaltoni" nella maggioranza, assentiti o addirittura indotti dai Presidenti eletti; e ciò anche al netto di rilievi più critici che a tale forma di governo sono rivolti da una parte della dottrina¹⁷¹.

¹⁶⁶ Tra queste, oltre all'impedimento permanente, la decadenza, rimozione, morte o dimissioni del Presidente della Regione. Lo scioglimento consegue anche alle dimissioni contestuali della maggioranza dei Consiglieri regionali assegnati (artt. 7 e 8, l.r. 21/2007): L. TRUCCO, *Le interrelazioni*, cit., 107.

¹⁶⁷ L. TRUCCO, *Le interrelazioni*, cit., 107.

¹⁶⁸ È però da segnalare che il Vicepresidente in nessun caso sarebbe potuto subentrare al Presidente in corso di legislatura, in tal modo evitandosi le aporie denunciate dalla Corte costituzionale nella "celebre" sent. 2/2004.

¹⁶⁹ Già in precedenza la p.d.l. n. 28/2019 aveva previsto l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente e un sistema elettorale a doppio turno (per l'elezione era richiesto il conseguimento del 42% dei voti; altrimenti si sarebbe proceduto al ballottaggio tra i due candidati più votati al primo turno).

¹⁷⁰ Il Presidente della Regione eletto avrebbe fatto parte del Consiglio regionale. Avrebbe avuto il potere di nominare fino a un massimo di sette Assessori, garantendo la rappresentanza di entrambi i generi, e avrebbe potuto successivamente revocarli. I nomi dei futuri Assessori sarebbero stati allegati, insieme al programma elettorale, all'atto della presentazione della candidatura.

¹⁷¹ Sia permesso un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *Forma di governo e legislazione elettorale regionale*, cit., pp 51 ss. e ai riferimenti bibliografici ivi riportati.

6. Si può ancora credere all'autonomia della Valle d'Aosta?

Crescente frammentazione politica, che ha accentuato fenomeni di instabilità delle Giunte regionali, crisi economica, contrazione delle risorse e questione morale costituiscono quindi un *mix* alla base di una crisi che, da politica, sta ormai divenendo anche istituzionale.

In particolare, la rilevanza della questione morale non può essere sottovalutata anche a prescindere dall'accertamento di singoli fatti di reato da parte della magistratura, perché le dinamiche politiche e giudiziarie valdostane «hanno gravemente destabilizzato le istituzioni regionali, suscitando non pochi interrogativi sulla loro condizione»¹⁷².

Si è già accennato alla necessità di una profonda riforma dell'istituzione regionale che non dovrebbe limitarsi ad un ripensamento delle scelte in materia di forma di governo e di legislazione elettorale.

Sarebbe infatti ormai un necessario un percorso di innovazione istituzionale che, partendo da una riflessione sui nodi irrisolti della specialità, conduca finalmente ad una revisione dello Statuto ispirata «ai caratteri specifici dei territori e delle popolazioni» senza «trasmodare in trattamenti differenziati, e più favorevoli, sia sul piano finanziario che su quello giuridico quando questi non siano direttamente finalizzati alla valorizzazione delle ragioni sottostanti alle specificità regionali o provinciali»¹⁷³.

Tale revisione, per la Valle d'Aosta come per le altre Regioni ad autonomia particolare, è infatti ormai ineludibile, non solo per colmare, a quasi vent'anni dall'entrata in vigore della l. cost. 3/2001, l'evidente arretratezza di molti contenuti dello Statuto ma anche, in una stagione in cui si è aperto il dibattito sull'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., per non dare vita ad un assetto confuso nel quale Regioni "specializzate" in forza dell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. potrebbero acquisire forme di autonomia più rilevanti rispetto a quelle attualmente riconosciute alle Regioni a Statuto speciale¹⁷⁴.

Ne consegue che il dibattito e la riflessione sulla riforma delle specialità regionali non dovrebbero essere condizionati da una strategia puramente "difensiva", e quindi ancorata al passato, che invece appare una tentazione persistente per le Regioni a statuto speciali¹⁷⁵.

Con riferimento alla Valle d'Aosta, si è già ricordato che l'istituto regionale si configura «come affatto peculiare rispetto alle esperienze delle altre Regioni a statuto speciale»¹⁷⁶, perché nello Statuto speciale «sono molte le soluzioni originali ed inconsuete», tanto da aver dato luogo a «complessi problemi interpretativi e attuativi»¹⁷⁷.

Le ragioni profonde della specialità appaiono quindi ancora largamente attuali¹⁷⁸, essendo venute meno forse solo quelle economiche, legate al sottosviluppo del territorio all'epoca della

¹⁷² A.M. POGGI, A. MASTROPAOLO, *[Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste]*, cit., 1171.

¹⁷³ G. SILVESTRI, *Le autonomie regionali speciali*, cit., 8-9.

¹⁷⁴ Sul punto, però, come è stato evidenziato, la differenziazione è da tenere distinta dalla specialità e non può atteggiarsi come un "surrogato" di quest'ultima: rinviando alla cospicua dottrina sul punto, appare condivisibile il rilievo secondo il quale il regionalismo differenziato attiene ad una dimensione "quantitativa" ed è finalizzato al migliore esercizio delle competenze di una Regione a statuto ordinario, per cui «non è un *genus* ma è una *species* (insieme alle altre...) del più generale principio di differenziazione introdotto per le Regioni ordinarie»: A.M. POGGI, *La specialità della Valle d'Aosta nel quadro delle specialità regionali*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti*, cit., 519. Sul punto, cfr., per tutti, D. GIOTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. Tentativi di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. e limiti di sistema*, Torino, Giappichelli, 2019, 47 ss.

¹⁷⁵ Per tutti, G. VERDE, *Uniformità e specialità delle Regioni*, cit., 288 ss.

¹⁷⁶ A. MASTROPAOLO, *Valle d'Aosta*, cit., 287.

¹⁷⁷ P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., rispettivamente 425 e 426. Cfr. le sempre attuali riflessioni di V. ONIDA, *Aspetti dell'autonomia della Regione Valle d'Aosta*, cit.

¹⁷⁸ Si tratta di un punto da evidenziare soprattutto nell'attuale stagione politico-istituzionale, nella quale a fronte di diffuse critiche sui veri o presunti "privilegi" delle specialità, sia a livello di opinione pubblica, sia soprattutto nel

Costituente¹⁷⁹. In questo senso, una revisione per così dire "attualizzante" dello Statuto potrebbe servire, non sembri un paradosso, a riscoprire lo spirito originario dello stesso, ispirato a «un autogoverno responsabile, entro un regionalismo non oppositivo, ma inclusivo»¹⁸⁰, valorizzando i presupposti della "specialità" valdostana, ovvero la tradizione storico-politica, le peculiarità geografiche, la tutela della minoranza francofona¹⁸¹ e, non ultimo, il pluralismo sociale e culturale, senza il quale «si appannano i valori di democrazia e libertà» alla base del concetto stesso di autonomia¹⁸².

Una revisione auspicabilmente partecipata e largamente condivisa potrebbe essere il volano di una "ripartenza" di una Regione che ha davvero bisogno di aprire una nuova stagione, politica e istituzionale.

dibattito dottrinale non mancano proposte dirette al loro superamento: per tutti, R. TONIATTI, *Criticità e rilancio*, cit., 94 ss.

¹⁷⁹ V. ONIDA, *L'autonomia della Valle d'Aosta*, cit., 25.

¹⁸⁰ A. MASTROPAOLO, *Ieri, oggi, domani, quale autonomia per la Valle d'Aosta?*, in www.Federalismi.it (www.federalismi.it), 2018, n. 11, 39.

¹⁸¹ P. CARROZZA, *Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 4*, cit., 423.

¹⁸² A.M. POGGI, *La specialità della Valle d'Aosta*, cit., 522.

LARA TRUCCO

Dal mar Ligure allo Ionio: norme elettorali “last minute” e rappresentanza di genere di “mezza estate”*

* La nuova legge elettorale della Liguria, Regione natale del Prof. Pasquale Costanzo, in cui ha compiuto la quasi totalità del suo percorso accademico al servizio, a tempo pieno, degli Studenti e dell'Università, mi ha fatto persuasa che si trattava dell'occasione giusta per scrivere per questo Liber Amicorum a lui dedicato. La lettura del testo, infatti, ha fatto affiorare alla mente ricordi legati soprattutto al periodo del “Dottorato in Metodi e tecniche della formazione e valutazione delle leggi”, di cui all'epoca il prof. Costanzo, dopo averlo ideato, era coordinatore (parlo, dunque, dei primi anni, “post millennium bug”). «Quasi tutte le tesi di quel Dottorato» egli ama ricordare «sono diventate monografie», andando affettuosamente orgoglioso dei ruoli di prestigio «accademici e non solo» che i “suoi” dottorandi anche grazie a quei «biglietti da visita» oggi occupano. «Certo», a volte osserva tra il preoccupato e il rattristato, «in passato si aveva più tempo per studiare ...».

Dunque, in quel periodo passavamo intere giornate (i mitici “dottorato-days”) a ragionare su “regole e suggerimenti per la redazione di testi normativi”, muovendo dalle situazioni a livello locale per arrivare all'OSCE, passando per Unione europea, Stato e Regioni...insomma, un approccio multilevel in certa misura antesignano e senz'altro avvincente. Ricordo, poi, altresì, “le gite dottorali”, in giro per l'Italia sempre per ragionare di drafting, correlato ad un certo momento anche alle tecniche di marcatura informatica (all'epoca l'XML).

Il fatto è, tornando al presente, che leggendo taluni disposti della legge in commento è dato di rintracciare un ampio repertorio di quanto ai tempi c'era stato detto che non si sarebbe dovuto fare per confezionare un buon testo normativo (rinvii multipli, incrociati e ciechi ed uso inadeguato dell'abrogazione espressa, in primis). Benché, poi, vada subito riconosciuto che, dato il tempo a disposizione, è stato quasi fatto un miracolo legislativo.

Certo, la circostanza sembra dare ragione a quei Colleghi ed Amici che, in varie occasioni, hanno domandato al Professore se «ancora credesse davvero alla possibilità di imbrigliare il legislatore attraverso tecniche formali...». Parrebbe di sì. Anzi, a tale riguardo ha sempre tenuto a chiarire che sarebbe stata solo una singolare contingenza quella che, nell'ultima fase del cd. “taglia-leggi”, lo ha portato a dismettere quel Dottorato...sebbene, per vero, in quell'occasione l'impiego (o forse il disimpiego) della tecnologia – della cui logicità aveva fino ad allora apprezzato anche «la capacità moralizzatrice» lo avesse un po' deluso, essendo parso piegarsi ad un uso non propriamente all'altezza della situazione.

Ciò che, invece, certamente non è venuta meno è la sua presa di partito per Creonte. Del resto, della sua attenzione – non fosse esagerato, si direbbe venerazione – per il dato positivo, è data prova dall'attaccamento ai suoi Testi normativi per lo studio del diritto costituzionale ed europeo ed al Codice di giustizia (giunti rispettivamente alla XIV ed alla XII edizione (!)). Un sentimento, che si è sempre tradotto in metodo...quello stesso che continua, anche adesso che è passato dalla parte degli Emeriti, a trasmettere agli studenti, invitandoli durante le lezioni a leggere, interpretare e discutere, mettendosi al loro servizio «perché dovete pretendere da me che vi faccia uscire dall'Università conoscendo il Diritto costituzionale...».

Ad ogni modo, l'avvio del nuovo Dottorato in “Studi costituzionalistici italiani, europei e transnazionali”, pressoché contestualmente alla prima edizione dei “Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea”, ha ridato slancio al suo interesse scientifico per la materia, dopo che della medesima, almeno a Genova, era stato tra i precursori, inserendola a pieno titolo tra i temi affrontati nei suoi corsi. In quel periodo, per vero, preferiva “estraniarsi” dalle vicende interne, guardando soprattutto a quanto avveniva al di fuori dei confini nazionali: un po' forse per disillusione, certamente in ragione della sua incontinentabile curiosità...è così di quegli anni “La nuova Costituzione della Francia”: ordinamento delle cui vicende storiche, prima ancora che costituzionalistiche, il Professore è profondo ed appassionato cultore, tanto da averne riversato la conoscenza anche nelle monografie sulle dinamiche costituzionali nazionali: «perché, per quanto criticato, quel sistema da sempre è dotato di una perspicua razionalità», ama dire.

Tornando alla legge in questione, il fatto che, in ragione delle tempistiche, non sia stato innescato un dibattito nella cittadinanza ligure e nemmeno, a ben vedere, all'interno delle stesse forze politiche in campo (le quali si vedevano impegnate, in quei giorni, in una strenua negoziazione per la scelta dei candidati alla presidenza della Regione), viene vissuta come un vulnus a quella «speranza democratica» che, per il Professore, è il «lato passivo» dell'informazione (al centro della voce del Digesto, ma anche del libro sull'Informazione). Cosa tanto più grave, v'è da credere «perché la democrazia non è solo forma ma anche sostanza (come stanno a dimostrare, in particolare, i due volumi sullo “scioglimento delle assemblee parlamentari”) e la stesura delle regole del gioco devono vedere il più ampio coinvolgimento della pubblica opinione» fa puntualmente attenzione ad ammonire. Del resto, affonda qui, ci pare, la sua fiducia sulle potenzialità della Rete, in ragione delle risorse comunicative offerte e della capacità di offrire trasparenza dei processi e dei contenuti diffusi. Da questo punto di vista ricordo il suo particolare apprezzamento per i siti istituzionali di Camera e Senato, specie alla luce dello studio condotto quando ancora internet non era stato reso disponibile al “grande pubblico” sulla “pubblicità dei lavori parlamentari”. Ciò ci porta a rilevare quell'ulteriore dato della

SOMMARIO: 1. Storie parallele di ordinaria dimenticanza. – I. – 2. Il sistema di voto ligure. L'*apportionment* dei collegi e l'offerta elettorale. – 3. La "doppia preferenza" ed il rapporto di genere nelle liste. – 4. Il sistema di assegnazione dei seggi. La formula proporzionale con premio "graduato". – 5. L'irresistibile seduzione delle riforme elettorali *last minute*. – II. – 6. Il *forcing* e l'intervento sostitutivo dello Stato per la rappresentanza di genere in Puglia. – 7. Modalità estemporanee dell'intervento sostitutivo: la decretazione d'urgenza. – 8. *Mons parturit mus?*

1. Storie parallele di ordinaria dimenticanza

Dopo oltre tre lustri di attesa, allo spirare della X legislatura regionale, la Regione Liguria si è dotata nel giro di appena un paio di settimane della propria legge elettorale¹ con voto unanime del Consiglio².

Anche a questa Regione, nelle settimane immediatamente precedenti, erano, del resto, pervenute ripetute sollecitazioni da parte del Governo, nonché, da ultimo, una lettera di "messa in mora"³, contenente l'invito ad adeguare la legislazione alle norme statali sulla "rappresentanza di genere", avvertendosi che, in caso di ulteriore inerzia, si sarebbe intervenuti in via sostitutiva⁴.

sua personalità scientifica consistente, come lo stesso suol dire, «in una società complessa quale quella post-newtoniana», nella sensibilità per la prospettiva pluridisciplinare. Del che, del resto, è data prova dalle tematiche scelte nell'organizzazione dei convegni annuali a cui il prof. Costanzo annualmente invita (si starebbe per dire convoca ...) i Colleghi di tutte le discipline del Corso di studi in Giurisprudenza, curando di poi gli atti nella Collana "Global Constitutionalism".

È stato, pertanto, nelle cose, che, in forza di un tale credo, egli desse vita – dedicandogli, a far data dal 1995 e dipoì costantemente, ore ed intere giornate di lavoro –, a quel suo vero e proprio alter ego che è in Consulta OnLine (www.giurcost.org), il cui solo, ma per lui «fondamentale», compenso «sono gli attestati di stima degli utenti». Ma in realtà, a nostro avviso, la cura e gestione del sito, al di là del valore in sé, sottende la concezione del mondo accademico che prof. Costanzo ha quale speciale sede di trasmissione e condivisione di un sapere plurale, puro e disinteressato.

Da ultimo, ma non per ultimo, la lettura della legge mi ha portato a riflettere sul fatto che il professore è - e si dice da sempre - un convinto assertore della parità di genere non solo nella forma ma anche nella sostanza...così che da sempre nella Sezione di Diritto costituzionale è risultato difficile percepire il problema. Io per prima, fino ad un certo punto non realizzai certe difficoltà. Eppure, a ripensarci a distanza di tempo, un segnale me l'aveva dato alla fine del Dottorato, facendomi vedere sul sito del MIUR, all'epoca agli esordi, quante «poche costituzionaliste» ci fossero...lì per lì non colsi: epperò credo che, anche per questo, chi ha avuto la fortuna di collaborare con lui gli debba profonda gratitudine.

¹ L.r. del 21 luglio 2020, n. 18, recante le "Disposizioni in materia di elezione del Presidente della Giunta regionale e del Consiglio regionale - Assemblea legislativa della Liguria" (nel prosieguo: l. el. lig.).

² Lo Statuto regionale dispone, peraltro, che la legge elettorale regionale e le sue eventuali modifiche siano "approvate con la maggioranza dei due terzi dei Consiglieri regionali" (art. 14, c. 3).

³ Che aveva inquietato non poco il Consiglio regionale, come emerso in particolare in occasione dell'audizione davanti alla I Commissione (Affari generali, istituzionali e bilancio) del 17 luglio 2020.

⁴ Per la precisione:

- il 5 giugno: il Ministro per gli Affari regionali rivolge ai presidenti delle regioni che "ancora non si sono adeguate" alle norme statali concernenti le "pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive" un invito a garantire l'equilibrio nella rappresentanza di genere all'interno dei consigli regionali;

- l'8 giugno: il Ministro per gli Affari regionali "invita" le regioni interessate "alla prossima tornata elettorale" ad adeguare le proprie legislazioni alle norme dello Stato, volte a garantire l'equilibrio nella rappresentanza tra donne e uomini nei consigli regionali; ed

- il 3 luglio: viene rinnovato l'invito a procedere "con la massima urgenza" ad "allineare" le disposizioni normative regionali.

Di qui la corsa verso l'approvazione del testo entro il termine dei sessanta giorni anteriori alla consultazione e l'arrivo, al *fotofinish*, con la sua entrata in vigore il giorno stesso della pubblicazione nel BURL⁵.

Tali tempistiche da record hanno (non sorprendentemente) impedito alla Regione di appropriarsi della materia mediante una disciplina organica, essendosi dovuto intervenire per novellazione e rinvii ad una pluralità di fonti, in parte statali ed in parte regionali (spec. al "*Tatarellum*"⁶) per quanto non direttamente contemplato dalla stessa normativa (art. 9).

Col risultato, è vero, di un testo normativo "breve" (in quanto composto di soli undici rapidi articoli), ma sottoposto ad un *drafting* faticoso e con talune disposizioni di non immediata quando non univoca interpretazione. (v., *infra*, i §§ 2-5).

In contemporanea, la Regione Puglia, assillata dai medesimi problemi, vive però una vicenda alquanto diversa, avendo il Governo già sperimentato nei suoi confronti un intervento sostitutivo (il primo del genere, così strutturato, nella storia della Repubblica), innescando reazioni ancora dal contorno non ben definito (v., *infra*, i §§ 6-8).

Due casi, comunque, che, in ragione della loro attualità e soprattutto dei profili inediti che presentano, meritano di essere presi in considerazione congiuntamente, anche a prescindere dalla fluidità che ancora ne circonda il prosieguito.

I

2. Il sistema di voto ligure. L'apportionment dei collegi e l'offerta elettorale

Venendo, quindi, ad un esame, sia pure a prima lettura, del nuovo sistema elettorale ligure, tra le novità di maggior rilievo va segnalata l'abolizione del cd. "listino" che, com'è noto, fungeva da "serbatoio" (contenente i nomi dei sei candidati "del Presidente") da cui attingere nel caso (assai probabile) in cui si fosse dovuto procedere all'assegnazione di seggi "premio" alla maggioranza consiliare.

⁵ Questo l'iter di formazione della legge:

- il 6 luglio: la Giunta regionale adotta il d.d.l. (con delib. n. 123);
- il 7 luglio: il d.d.l. viene presentato al Consiglio regionale (n. 313);
- il 16 luglio: il d.d.l. viene assegnato alla I Comm. cons. (Affari generali, istituzionali e bilancio);
- il 20 luglio: si ha il parere favorevole della I Comm. cons., a maggioranza;
- il 20 luglio: il Prefetto emana una circolare concernente "*referendum*, elezioni regionali e comunali del 20 settembre 2020";
- il 21 luglio: il d.d.l. viene approvato all'unanimità da parte del Consiglio regionale;
- il 21 luglio: il Prefetto emana una circolare concernente "*referendum* ed elezioni amministrative del 20 e 21 settembre 2020" ed una circolare sullo svolgimento delle consultazioni;
- il 22 luglio pubbl. della legge regionale sul BURL, anno 51, n. 7, I
- il 22 luglio: contestualmente la legge regionale entra in vigore.
- il 23 luglio: è emanato il decreto di indizione delle elezioni regionali.

Per la precisione, il decreto del Presidente della Giunta regionale n. 4226: "Elezione del Presidente della Giunta regionale e del Consiglio regionale – Assemblea legislativa della Liguria - Indizione dei comizi elettorali" è stato pubbl. sul BURL, anno 51, n. 8, I del 23 luglio 2020, dunque sessanta giorni prima della consultazione elettorale (fissata il 20 e 21 settembre).

⁶ Per la precisione, col termine "*Tatarellum*" suole indicarsi la legge n. 43 del 23 febbraio 1995, recante le "*Nuove norme per la elezione dei consigli delle regioni a statuto ordinario*" di modifica della normativa originaria posta dalla legge 17 febbraio 1968, n. 108, contenente le "*Norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale*" (e succ. modif.).

Di qui anche la scomparsa dei contrassegni dei candidati alla Presidenza della Giunta, mentre sono rimasti fermi i collegamenti – reciproci ed ora diretti – tra gli stessi ed il “gruppo o i gruppi di liste provinciali” che vi danno sostegno (artt. 2 e 4)⁷.

Correlativamente, le sottoscrizioni per i candidati alla Presidenza della Regione non sono (più) prescritte; resta tuttavia valido il relativo obbligo con riguardo alle singole liste provinciali, sia pur con la riduzione voluta dal Governo ad un terzo rispetto alla precedente tornata in ragione della “situazione epidemiologica derivante dalla diffusione del Covid-19” (art. 1-*bis* della legge n. 59 del 2020 di conv. del d.l. n. 26 del 2020)⁸. “Dettaglio”, questo, più precisamente fatto oggetto di un’intramissione governativa, per il tramite della decretazione d’urgenza⁹, anche se, a stretto rigore, avrebbe potuto intervenire il legislatore regionale¹⁰ avendosi a che fare con una materia di competenza ripartita.

La legge regionale, dal canto suo, ha esteso ampiamente l’esonero dalla raccolta delle firme oltre che alle liste con contrassegno “semplici” anche a quelle con contrassegno “composito” che siano espressione “di partiti o movimenti già rappresentati nel Consiglio regionale o nel Parlamento italiano ad esclusione del Gruppo Misto al momento della indizione delle elezioni”, o “che abbiano ottenuto una dichiarazione di collegamento” con gruppi consiliari già presenti in Consiglio regionale o con gruppi già presenti nel Parlamento italiano “al momento dell’indizione delle elezioni” (art. 3-*bis*, l.r. n. 41 del 2014).

Si è preso, così, atto della topografia politica del Consiglio in scadenza, composto da ben dodici gruppi consiliari (v. la tab. che segue), ai cui stessi Presidenti, tra l’altro, spetta di conferire la dichiarazione di collegamento (per una sola lista) necessaria e sufficiente (sino alla presentazione delle liste) all’ottenimento della deroga (anche se, per vero, un così alto numero di gruppi consiliari in rapporto ai trenta più un componente l’Assemblea legislativa regionale discende da pregresse motivazioni tattiche diverse dalla mera ricerca di un qualche *escamotage* per poter godere della ridetta esenzione¹¹).

⁷ La l. el. lig. precisa che il “gruppo di liste” è “costituito da tutte le liste provinciali contraddistinte dal medesimo contrassegno e collegate al medesimo candidato Presidente della Giunta regionale” (art. 2).

⁸ Trattasi, per la precisione, della l. 19 giugno 2020, n. 59, di “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 20 aprile 2020, n. 26, recante disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l’anno 2020*”.

⁹ Il risultato è che nella normativa regionale (spec. l’art. 13 della l. n. 41 del 2014: v. la nota successiva) continua a trovarsi che le liste circoscrizionali devono essere presentate:

a) da almeno 500 e da non più di 1.000 elettori iscritti nelle liste elettorali di comuni compresi nelle circoscrizioni fino a 300.000 abitanti;

b) da almeno 1.000 e da non più di 1.500 elettori iscritti nelle liste elettorali di comuni compresi nelle circoscrizioni con più di 300.000 abitanti.

Tuttavia, come si è detto, l’indicazione che si trova (al 10 agosto 2020) sul sito istituzionale della Regione (<https://www.regione.liguria.it/>) è che in base alle norme statali (v. la nota 8) un tale ammontare va ridotto ad un terzo, ottenendosi, in ultima analisi, che il numero delle sottoscrizioni necessarie per la presentazione delle liste circoscrizionali che si vanno raccogliendo è:

a) di almeno 167 fino ad un massimo di 1000 elettori iscritti nelle liste elettorali di comuni compresi nelle circoscrizioni fino a 300.000 abitanti;

b) di almeno 333 e da non più di 1500 elettori iscritti nelle liste elettorali di comuni compresi nelle circoscrizioni con più di 300.000 abitanti.

Si tratterà di vedere, dunque, di seguire lo sviluppo della situazione (spec. cosa faranno gli Uffici elettorali).

¹⁰ Segnatamente, in base allo “schema ordinario” il legislatore regionale avrebbe dovuto procedere alla modifica dell’art. 13, c. 1 (“*Disposizioni relative alla sottoscrizione delle liste per le elezioni regionali*”) della l.r. 29 dicembre 2014, n. 41, recante “*Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2015*”.

¹¹ V. la precedente nota.

Norme elettorali “last minute”

GRUPPO CONSILIARE	N. CONSIGLIERI
Lega	7
Liguria Popolare	3
Cambiamo con Toti Presidente	2
Cambiamo	2
Fratelli d'Italia	2
Forza Italia	1
TOTALE MAGGIORANZA	17
Partito democratico	5
Italia Viva	2
Movimento 5 Stelle	2
Linea Condivisa	2
Il Buonsenso	2
Gruppo Misto	1
TOTALE OPPOSIZIONE	14

Proseguendo, si rileva come la composizione numerica del gruppo o dei gruppi di liste risulti collegata a doppio filo con l'*apportionment* dei collegi elettorali provinciali, disponendosi che le liste provinciali concorrenti siano composte da un numero di candidati “non inferiore a un terzo del numero dei consiglieri assegnati alla circoscrizione e non superiore ai quattro quinti dello stesso arrotondato al numero intero più vicino” (art. 6, c. 1)¹².

La distribuzione dei trenta seggi (escluso quello del Presidente) è quindi demandata ad un meccanismo ibrido, in base al quale solo i “quattro quinti (ventiquattro) dei (trenta) consiglieri regionali”, ovvero quelli che vengono eletti su base “provinciale” ed in rapporto alla popolazione di ciascuna Provincia, sono assegnati *ex ante* (art. 3, c. 1)¹³.

Tali seggi, destinati, in sede di applicazione della formula elettorale, a dislocarsi (cfr., *infra*, il §4) su tutto il territorio della Regione, sono funzionali (solo) al calcolo dell'ammontare minimo e massimo di “candidabili” nei (quattro) collegi provinciali: per la precisione, tredici nel collegio genovese, quattro nel savonese e nello spezzino e tre nell'imperiese.

Si ottiene così quanto si schematizza nella tabella che segue:

CIRCOSCRIZIONI ELETTORALI	POPOLAZIONE CENSIMENTO	QUOZIENTE: 65.445			
		Quozienti interi	Resti	Seggi assegnati	N. di candidati in lista
Genova	855.834	13	5.049	13	da 4 a 16
Imperia	214.502	3	18.167	3	da 1 a 4
La Spezia	219.330	3	22.995	4	da 1 a 5
Savona	281.028	4	19.248	4	da 1 a 5
TOTALE	1.570.694	23	42.464	24	

¹² Sulla determinazione di questa “forbice” si è intervenuti a più riprese con vari emendamenti, con una progressiva riduzione del rapporto seggi/candidati ed un correlativo accorciamento delle liste (v. la “scheda agli emendamenti” al d.d.l. n. 123/313 del 13 luglio 2020). Interessante, al proposito, è la soluzione che (ancora) si trova nella relazione illustrativa al d.d.l., che prevedeva che la capienza delle liste fosse aumentata di un terzo rispetto al numero di eletti nel collegio al fine, in particolare, “di garantire effettivamente la rappresentanza di entrambi i generi”, conformemente alle norme contenute nella “legge quadro” statale (v. la nota 41).

¹³ V. il Decreto del Presidente della Giunta regionale, pubbl. sul BURL n. 4227 del 2020, cit., recante la “Determinazione dei seggi del Consiglio regionale – Assemblea Legislativa della Liguria e assegnazione alle singole circoscrizioni”.

I restanti (sei) seggi sono attribuiti, invece, *ex post* (cfr., *amplius infra*, il §4), in ragione del risultato elettorale del gruppo o dei gruppi di liste in competizione sull'intero territorio regionale (art. 3, c. 2), analogamente a quanto accadeva per il soppresso listino, ma con la non trascurabile differenza che, mentre nella vecchia lista del Presidente le candidature erano bloccate, ora vale invece il voto preferenziale.

Inoltre, a differenza di prima (quando comunque i nomi dei candidati “blindati” erano noti in anticipo), vige, in ragione proprio del dato preferenziale, una assegnazione casuale dei relativi seggi, con un certo rischio – ci pare – di *deficit* rappresentativi in qualche parte del territorio regionale (ciò che, se non problemi di ordine giuridico, potrebbe creare imbarazzo su quello più propriamente politico, specie se si considera la “sofferenza” da sempre lamentata dalle “periferie” in rapporto alla “centralità” del genovesato).

3. La “doppia preferenza” ed il rapporto di genere nelle liste

Le liste, come emerge dalla tabella più sopra riportata, se si esclude il collegio genovese, si caratterizzano per una notevole brevità, che, se può andare a beneficio di una maggiore conoscibilità delle candidature¹⁴, penalizza però valenza del voto individuale, convogliato su liste in pratica blindate soprattutto nei collegi a più ridotto numero di seggi.

SCHEDA DI VOTO

Column 1	Column 2
CAND. PREFER.	CAND. PREFER.
CAND. PREFER.	CAND. PREFER.
CAND. PREFER.	CAND. PREFER.
CAND. PREFER.	CAND. PREFER.
CAND. PREFER.	CAND. PREFER.
CAND. PREFER.	CAND. PREFER.

¹⁴ Dato tanto più importante se si considera che le schede di voto riporteranno solo i nomi ed i cognomi dei candidati alla Presidenza (v. il grafico), mentre risultano anonime con riguardo alle candidature alla carica di consigliere (art. 7 l. el. lig.).

Superfluo rilevare come l’occasione per la tanto attesa riforma generale del sistema di elezione ligure sia stata abbastanza imprevedibilmente offerta dall’ammonimento governativo ad adeguare la disciplina elettorale sia pure al più circoscritto obiettivo della rappresentanza di genere: ebbene in quest’ultima direzione assume rilievo la disposizione intesa a consentire di esprimere la cd. “doppia preferenza di genere” (art. 7, c. 1 e c. 5), stabilendosi, altresì, che le liste provinciali debbano essere formate, a pena di inammissibilità, “in modo che i candidati del medesimo sesso non eccedano il sessanta per cento del totale” (art. 6, c. 2).

Più precisamente, la legge prevede che “l’elettore (*sic!*) possa manifestare fino a due preferenze” per i candidati consiglieri o anche (solo) uno per un candidato alla carica di consigliere compreso nella lista provinciale prescelta, scrivendone nell’apposita riga i dati identificativi.

Ancora più nel dettaglio (come emerge nella rappresentazione della scheda elettorale), è possibile, in linea con quanto normalmente avviene con questo tipo di voto, esprimere:

i) un voto simultaneo: tracciando un solo segno nel rettangolo che contiene il contrassegno della lista provinciale, dovendo intendersi, in questo caso, il voto “validamente espresso anche a favore del candidato Presidente della Giunta regionale alla stessa collegato”;

ii) un voto disgiunto: tracciando un segno per uno dei candidati a Presidente della Giunta regionale ed un altro segno “anche non collegato alla lista provinciale prescelta”, risultando, in tale ipotesi, i voti validamente espressi, distintamente, per il candidato alla Presidenza e per la lista provinciale prescelta; e, infine, anche se la legge non lo prevede espressamente, dalla normativa residuale che dovrebbe restare vigente; ed, infine

iii) un voto unico: per il solo candidato presidente, senza segnare, nel contempo, alcun contrassegno su di una qualche lista provinciale, dovendo, in tal caso, intendersi validamente votato il solo candidato a presidente, senza che il voto venga “travasato” alla lista o alle liste provinciali collegate.

Anche se l’eterogeneità, del contesto genovese rispetto alle altre province non sembra agevolare un’analisi uniforme della nuova normativa elettorale, sembra comunque emergere in generale la possibilità di collocare “in blocco” candidature dell’uno o dell’altro sesso in fondo alle liste (laddove, con un certo paradosso, la sopravvivenza del vecchio listino avrebbe costretto a recepire almeno in esso l’alternanza di genere, essendo essa contemplata dal “modello” statale)¹⁵.

Va, inoltre, osservato che il meccanismo cd. “dell’ultima fila” parrebbe valere soprattutto per il capoluogo, avendosi qui a che fare con liste lunghe e comunque più lunghe rispetto agli altri collegi provinciali. In questi ultimi, invece – a seconda delle scelte fatte – liste già necessariamente corte e sostanzialmente blindate potrebbero risultare addirittura cortissime sino al limite del *ticket* uomo-donna, con quanto ne consegue, in positivo, in termini di pari opportunità (in disparte, in negativo, l’impatto che la già accennata contrazione della latitudine del voto individuale ha nell’ambito di un sistema d’indole proporzionale).

In questo quadro, peraltro, sembra che sarebbe possibile non contraddire la stessa disciplina promozionale di genere, solo interpretando “al rialzo” (e proprio nel senso di un possibile *ticket*) il disposto che, col prevedere che le liste provinciali concorrenti rechino un totale di candidature “non inferiore a un terzo del numero dei consiglieri assegnati alla circoscrizione” (art. 6, c. 1), renderebbe altrimenti candidabile una sola persona nel collegio imperiese (che conta solo tre seggi).

¹⁵ Trattasi, del resto, di quanto stabiliva il testo originario del d.d.l. n. 123/313, per cui le liste regionali concorrenti avrebbero dovuto essere “formate, a pena di inammissibilità, prevedendo l’alternanza tra i candidati di sesso diverso” in modo tale che i candidati del medesimo sesso non eccedessero il 60% del totale (art. 1, c. 3).

Valendo un discorso analogo anche per i casi (imperiese, savonese e spezzino) in cui sia astrattamente possibile presentare tre candidature, dovendosi calcolare il rapporto su quattro unità (non essendo possibile operare la riduzione dei seggi assegnati).

Si schematizzano nella tabella che segue le diverse situazioni¹⁶.

IMPERIA	NUMERO CANDIDATI			
	1	2	3	4
RAPPORTO	1-1	1-1	2-2	2-2

GENOVA	NUMERO CANDIDATI												
	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
RAPPORTO	2-2	3-2	3-3	4-3	4-4	5-4	6-4	6-5	7-5	7-6	9-6	9-6	9-7

LA SPEZIA	NUMERO CANDIDATI			
	2	3	4	5
RAPPORTO	1-1	2-2	2-2	3-2

SAVONA	NUMERO CANDIDATI			
	2	3	4	5
RAPPORTO	1-1	2-2	2-2	3-2

4. Il sistema di assegnazione dei seggi. La formula proporzionale con premio "graduato"

Venendo alla fase di scrutinio e di determinazione dei risultati della consultazione, si procede anzitutto alla determinazione della cifra elettorale di ciascun candidato alla carica di Presidente della Giunta regionale, sommandosi i voti validi ottenuti dai vari candidati nelle singole circoscrizioni provinciali (art. 8, c. 2) e, quindi, in applicazione di un semplice *plurality*, proclamando eletto "il candidato che ha conseguito il maggior numero di voti validi in ambito regionale" (art. 2, c. 4).

Meno immediata risulta l'assegnazione dei seggi consiliari compreso quello del candidato alla carica di Presidente della Giunta regionale "che ha conseguito un numero di voti validi immediatamente inferiore" (art. 3, c. 3).

Si applica, infatti, in prima battuta il metodo proporzionale (del quoziente e dei più alti resti) già previsto dal "*Tatarellum*" (art. 3, c. 1 e c. 2), calcolandosi, dapprima, la distribuzione teorica dei quattro quinti "provinciali" e si procede quindi su questa base, alla distribuzione del restante quinto (dei trenta seggi consiliari, tolto quello del Presidente) in applicazione di un meccanismo di "gradualizzazione programmata" del riparto dei seggi tra la maggioranza e l'opposizione, con lo

¹⁶ Con l'avvertimento, peraltro, che la non ammissione di una lista in un qualche collegio provinciale comporta l'inammissibilità del connesso gruppo di liste, con la conseguente esclusione, quindi, in ultima analisi, dalla tornata elettorale.

scopo, enunciabile in estrema sintesi, di favorire la formazione di una maggioranza consiliare solida, garantendo nel contempo almeno sei seggi alle minoranze (art. 8, c. 6).

Venendo, tuttavia, subito ad un maggiore e più perspicuo dettaglio, osserviamo come dinnanzi all’Ufficio centrale regionale possano prospettarsi quattro ipotesi, che trovano ciascuna una diversa regolamentazione, a seconda, cioè, che il gruppo o i gruppi di liste primi piazzati abbiano conseguito:

- I) tra uno e dieci seggi;
- II) tra undici e diciotto seggi;
- III) tra diciannove e ventiquattro seggi; e, infine,
- IV) più di ventiquattro seggi (v. la tabella riportata alla fine del paragrafo).

I) La prima ipotesi si realizza nel caso in cui il gruppo di liste o i gruppi di liste collegati al candidato Presidente proclamato eletto “abbiano conseguito un numero non superiore a undici seggi nell’assegnazione della quota dei quattro quinti dei seggi” (art. 8, c. 3, lett. a)): in questo frangente, si procede all’attribuzione di tutti i sei seggi, che si sono visti destinati ad un’attribuzione *ex post*, al gruppo od ai gruppi di liste che hanno sostenuto il candidato Presidente eletto (v. *supra*).

Si tratta, a ben vedere, di un meccanismo premiale inusuale perché volto a configurare *ex officio* come maggioranza consiliare la minoranza relativamente più consistente. Ciò che, per vero, potrebbe creare qualche “frizione” col principio affermato dalla giurisprudenza costituzionale che vuole la presenza di un qualche *quorum* dei voti per l’elargizione dei seggi (dal momento che, specie in presenza di un’offerta elettorale molto frantumata, un soggetto elettorale potrebbe ottenere i seggi premio anche con un numero poco significativo di suffragi). Parrebbe, tuttavia, che l’inquadramento del meccanismo nel più ampio sistema possa, a motivo della sostanziale esiguità dei seggi elargiti, “appianarne” le spigolosità ed anche, soprattutto, perché analogo congegno si rinviene anche nella speculare ipotesi *sub*

IV) in cui la maggioranza ottenga autonomamente ed immediatamente sulla base del voto più di ventiquattro seggi: infatti, in tale ipotesi, sarebbe la parte minoritaria a beneficiare dell’ottenimento in automatico dei sei seggi *ex post* (art. 8, c. 6), che, pertanto, finirebbero per atteggiarsi come una garanzia del realizzarsi di un qualche rapporto dialettico in seno al consiglio, specie con riguardo all’essenziale funzione di controllo istituzionalmente demandata alle minoranze¹⁷.

Senza tuttavia volersi atteggiare in alcun modo a previsori politici, l’ipotesi più probabile nel contesto attuale sembrerebbe quella *sub*

III) in cui il gruppo di liste o i gruppi di liste usciti vincenti dalle elezioni conseguano un numero non inferiore a dodici e non superiore a diciotto seggi “nell’assegnazione”, pur sempre, “della quota dei quattro quinti dei seggi” complessivi (art. 8, c. 3, lett. da b) ad f)). Ebbene, tale scenario prevede l’assegnazione di un premio “graduato” a seconda del risultato ottenuto (v. *infra*), emulando, per certi versi, la soglia (all’incirca il quaranta per cento) di attivazione dell’antico listino ora, però, elargito, come detto, “su base preferenziale” e senza il richiamo della clausola di sbarramento del tre per cento (oltre che dei “seggi soprannumerari”). L’obiettivo, da quanto si evince, è di garantire

¹⁷ Quindi, a motivo della sua consistenza, forse qualcosa di più di un semplice diritto di tribuna, che rinviene un precedente nell’analogo meccanismo previsto dal testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali, il quale prescriveva che il numero dei candidati di ogni lista non dovesse superare i quattro quinti del numero dei seggi da assegnare, di modo che almeno un quinto dei seggi potesse andare ai candidati delle liste minoritarie (art. 28, del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570). Interessante è notare come, chiamato a pronunciarsi al riguardo, il Giudice delle leggi avesse fatto salva la norma, rilevandone l’idoneità, sul piano formale, a garantire che “a tutti i candidati e a tutti gli elettori” fossero riconosciuti “gli stessi diritti con le stesse limitazioni” e, su quello sostanziale, a scongiurare il rischio di acquisizione di “tutti i seggi” da parte di una sola lista (Corte cost., sent. n. 6 del 1963).

sempre e comunque, attraverso un'assegnazione dei seggi premiali indirettamente proporzionale alla percentuale di voti acquisiti da chi vince le elezioni (e viceversa per chi le perde), il comporsi di un rapporto tra le forze politiche in consiglio compreso in una forbice tra i diciassette ed i diciannove seggi di maggioranza e, corrispondentemente, tra i dodici ed i quattordici seggi di opposizione (prevalendovi nettamente, in termini di probabilità, l'ipotesi di un rapporto "diciotto a tredici", corrispondentemente ad un esito elettorale compreso nel segmento tra all'incirca il quarantatré ed il sessanta per cento dei voti). Ora, anche qui non vi sono dubbi sulla criticità del meccanismo, in quanto manipolativo dell'esito del voto, anche se è vero che la graduazione nell'attribuzione dei seggi in *surplus* sembra indurre una certa attenuazione della relativa portata distorsiva, con la conseguenza, ci pare, di una minore intrusività rispetto ad ipotesi, che pure sono state fatte salve dal giudice costituzionale, in cui la previsione dell'elargizione di seggi premiali uniformi tenderebbe ad un livellamento dei risultati dalla portata più generalizzata (Corte cost., sent. n. 35 del 2017).

Resta infine l'ipotesi *sub*

II) che costituirebbe la situazione, per così dire, meno soggetta ad alterazioni, ma anche di più improbabile concretizzazione, in cui cioè il gruppo di liste o i gruppi di liste vittoriose conseguano "un numero pari o superiore a diciannove seggi nell'assegnazione della quota dei quattro quinti dei seggi" (art. 8, c. 6) ma inferiore ai venticinque (ricadendosi, altrimenti, nell'ipotesi *sub* IV)), essendosi, in questo caso, pervenuti sulla base del puro voto alla soglia massima di seggi consentita mentre il riparto di tutti i seggi avviene su base completamente proporzionale (*v. infra*).

SCENARI totale: n. 30+1 seggi soglia di maggioranza: n. 16 seggi	LISTE VINCENTI n. seggi in base al voto	N. SEGGI PREMIO	N. SEGGI MAGGIORANZA CONSILIARE	N. SEGGI MINORANZA CONSILIARE
I. SCENARIO "al ribasso" (tra il 3 ed il 38,5%)	1	6	7	24
	2	6	8	23
	3	6	9	22
	4	6	10	21
	5	6	11	20
	6	6	12	19
	7	6	13	18
	8	6	14	17
	9	6	15	16
	10	6	16	15
	11	6	17	14
II. SCENARIO "graduato" (tra il 38,5 ed il 61,5%)	12-13	5	17- 18	14- 13
	14	4	18	13
	15	3	18	13
	16	2	18	13
	17-18	1	18-19	13-12
III. SCENARIO "neutro" (tra il 61,5 ed l'81,5%)	19	6		
	20	6		
	21	6		
	22	6		
	23	6		
	24	6		
	25	6	25	6
IV. SCENARIO "tribuna" (tra l'81% ed il 100%)	26	6	25	6
	27	6	25	6
	28	6	25	6
	29	6	25	6
	30	6	25	6

Per ognuna delle precedenti ipotesi, comunque, al fine di attribuire definitivamente i seggi, l'Ufficio centrale regionale è chiamato a calcolare, innanzitutto, il “quoziente di coalizione”, dividendo, a tal fine, la somma di tutte le cifre elettorali conseguite per il numero dei seggi da ripartire (trascurando qui l'eventuale parte frazionaria del quoziente medesimo); e stilando, quindi, una graduatoria in base ai risultati della consultazione.

A questo punto, si procede ad individuare il numero di seggi da assegnare a ciascun gruppo, dividendo per detto quoziente la cifra elettorale di ciascun gruppo di liste: i gruppi che, in base alla divisione, presentino parti intere, si vedono destinatari diretti dei seggi nelle relative (ventiquattro) circoscrizioni (mentre si ricorre all'individuazione, nella suddetta graduatoria, delle liste coi “maggiori resti” per ripartire i seggi che rimangano eventualmente ancora da attribuire; in caso di parità di resti, essi vengono dati ai gruppi che hanno conseguito le maggiori cifre elettorali).

Se resta, dunque, confermato il metodo “centralizzato” di assegnazione dei seggi proprio del precedente sistema, una novità di non poco conto è data dalla garanzia, come già accennato, di una sorta di “diritto di tribuna territoriale”, grazie all'introduzione della previsione che vuole che l'assegnazione dei (sei) seggi “ex listino” inizi “dalla prima [nella graduatoria dei resti?] circoscrizione” alla quale non sia stato attribuito alcun seggio” nella precedente assegnazione (art. 8, c. 4 l. el. Lig.)¹⁸.

Da ultimo, “ai fini della proclamazione degli eletti” ci si riferirà più tradizionalmente alle “maggiori cifre individuali” ottenute, in termini di voto ed in assoluto, dalle singole candidature (art. 8, c. 7).

5. L'irresistibile seduzione delle riforme elettorali last minute

Oltre alle criticità dianzi rilevate, un aspetto particolarmente problematico sembra costituito dalla tempistica di approvazione della legge: non tanto e non solo per la già rilevata esiguità temporale dei relativi lavori, quanto, soprattutto, in ragione dell'orizzonte temporale utilizzato, coincidente con lo spirare della legislatura consiliare.

L'iter legislativo, infatti, si è concluso a ridosso dei sessanta giorni precedenti il voto, per poco non “doppiando” la *deadline* individuata dal Consiglio d'Europa, per cui “[l]es éléments fondamentaux du droit électoral, et en particulier le système électoral proprement dit [...] et le découpage des circonscriptions ne devraient pas pouvoir être modifiés moins d'un an avant une élection” (parte II, p. 2, lett. b) del Codice di buona condotta in materia elettorale)¹⁹. Com'è noto, le argomentazioni allegate a giustificazione di tale “operazione politica” si basano su di un'interpretazione rigorosamente letterale, facente perno sulla mancanza nel testo costituzionale di norme “inibenti” specifiche: sicché non solo non potrebbe dedursi il divieto di riformare il sistema elettorale alla vigilia delle elezioni, ma non sarebbe nemmeno possibile, più in generale, individuare un momento astrattamente “ideale” per interventi di questo tipo nel corso di tutta la legislatura²⁰.

¹⁸ Qualora, poi, tutti i posti della graduatoria “abbiano già dato luogo all'assegnazione di seggi, l'attribuzione di ulteriori seggi ha nuovamente inizio a partire dalla prima circoscrizione della medesima graduatoria” (art. 8, c. 4 l. el. Lig.).

Si noti incidentalmente che lo Statuto regionale prevede la possibilità per l'Assemblea Legislativa di esprimere la sfiducia nei confronti del Presidente della Giunta mediante mozione motivata, “sottoscritta da almeno un quinto dei suoi componenti” (art. 43, c. 2 St.), ossia 6, pari al numero di seggi riservato alle minoranze (anche fosse contato il Presidente, l'arrotondamento all'unità inferiore darebbe come risultato sempre 6).

¹⁹ V. Commissione di Venezia, *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif*, 2002 (II, 2 b)).

²⁰ A favore dell'ammissibilità di interventi modificatori “all'ultimo minuto” potrebbe militare la risalente idea dell'attitudine delle riforme in materia elettorale a provocare una delegittimazione degli organi eletti sulla base delle

Di contro viene osservato, come abbiamo appena visto, anche a livello internazionale, che in questa, forse più che in altre materie, sarebbe necessario procedere muniti di un “velo di ignoranza”, onde scongiurare il rischio che maggioranze fortemente motivate possano essere indotte a modificare le regole del gioco nel senso per sé medesime più conveniente. Là dove una simile tentazione sarebbe assai forte proprio nel periodo a ridosso delle elezioni, anche in ragione di sempre più raffinate “strumentazioni” di rilevazione degli “umori” del corpo elettorale, per cui si rivela possibile “farsi un’idea” abbastanza precisa dell’impatto delle riforme “*in itinere*”, col risultato che le soluzioni elettorali adottate in tali frangenti, lungi dal mirare all’interesse comune, tendano a tutelare contingenti mirati e partigiani.

Del resto, non sono nemmeno infrequenti i casi in cui la stessa Corte europea è giunta a pronunce di condanna di Stati intervenuti *last minute*²¹, ritenendo, in particolare, “che la stabilità della legislazione elettorale assume una particolare importanza per il rispetto dei diritti garantiti dall’articolo 3 del Protocollo n. 1”, dato che se uno Stato modifica le regole elettorali “alla vigilia di uno scrutinio, rischia di scalfire il rispetto del pubblico per le garanzie che si presume assicurino libere elezioni o la sua fiducia nella loro esistenza”²².

Tornando, per concludere queste rapide notazioni, alla vicenda ligure, non potrebbe quindi dirsi del tutto remota l’ipotesi dell’innescò di contenziosi, in ragione, per quanto si è detto, del pregiudizio arrecato dal legislatore regionale ai diritti di elettorato attivo e passivo²³ e/o la prospettazione di violazioni della Convenzione EDU (spec. dell’art. 3 del Prot. 1, combinatamente alla menzionata norma del Codice di buona condotta in materia elettorale). Col risultato, nelle ipotesi estreme, dell’impugnazione dell’atto di proclamazione degli eletti e dell’annullamento delle elezioni dai parte del giudice amministrativo e della condanna, o quanto meno di un monito, allo Stato italiano, da Strasburgo. Potrebbe, se del caso, la pressione subita per la minaccia di un intervento sostitutivo costituire una causa di giustificazione, anche a fronte del più mirato e ridotto obiettivo dell’ingiunzione governativa.

precedenti regole di elezione, innescando così uno scioglimento delle Camere “dovuto”. Tuttavia, è stato osservato che l’“eccezionalità” dell’istituto dello scioglimento anticipato “in quanto contraddittorio con le regole che presiedono alla fisiologica formazione, durata e rinnovamento della rappresentanza”, porta a ritenere che “il potere di scioglimento, comunque conformato, richiede dal punto di vista logico e giuridico un espresso riconoscimento nel diritto positivo” e non semplicemente ragioni di opportunità politica ed istituzionale; ma che, soprattutto, “l’esercizio di tale potere non sembra possa correttamente assumere a giustificazione un asserito affievolimento o carenza di capacità rappresentativa del corpo elettivo, in quanto, in mancanza di meccanismi o regole particolari al riguardo, attribuire una qualche rilevanza a tale assunzione risulta in contrasto con la norma che impone di riconoscere al parlamento un’indiscutibile legittimazione rappresentativa fino alla scadenza del periodo prefissato” (v., per tutti, P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari. Teoria e pratica dello scioglimento dalle origini al parlamentarismo razionalizzato*, 1984, I, 35 e ss.).

²¹ Cfr., da ultimo, il caso Cegolea, in cui la Corte ribadisce, tra l’altro, “*que les conditions de présentation des formations politiques aux élections doivent bénéficier de la même stabilité temporelle que les autres éléments fondamentaux du système électoral*” Corte EDU, sez. IV, *Cegolea c. Roumanie*, del 24 marzo 2020, req. n. 25560/13; ed, in precedenza, ad es., Id., sez. IV, *Ekoglasnost c. Bulgarie*, del 6 novembre 2012, req. n. 30386/05; e Id., sez. III, *Danis et l’Association des personnes d’origine turque c. Roumanie*, del 21 luglio 2015, req. n. 16632/09. In tali vicende le modifiche nelle norme elettorali intervennero a poco più di, rispettivamente, quattro, due ed otto mesi prima delle elezioni.

²² Sulle implicazioni di sistema della giurisprudenza CEDU in materia di diritti elettorali, si rinvia ai contributi di P. COSTANZO e L. TRUCCO in *Euroscopio: dieci casi sui diritti in Europa. Uno strumento didattico*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2011, 237 e ss.

²³ Si pensi anche ad es. all’eventualità che, da parte di taluni, si fosse già cominciato a raccogliere le firme e le relative autenticazioni (come reso possibile, del resto, dal “centottantesimo giorno precedente il termine fissato per la presentazione delle candidature”, dall’art. 14. c. 3 della legge 21 marzo 1990, n. 53, recante “*Misure urgenti atte a garantire maggiore efficienza al procedimento elettorale*”).

6. Il forcing e l'intervento sostitutivo dello Stato per la rappresentanza di genere in Puglia

Si accennava testé alle sollecitazioni del Governo nei confronti delle Regioni ancora refrattarie ad adeguarsi alle norme statali sulla “rappresentanza di genere” (in particolare, la Calabria e, fatte le dovute differenze, la Valle d’Aosta, in disparte il Piemonte che nulla ha ancora disposto al riguardo). Se la Liguria, dunque, si è ingegnata a darvi un positivo riscontro addirittura riformando l’intero sistema elettorale, altrettanto non riesce a dirsi per la Puglia, che, anzi, nello stesso giorno in cui veniva pubblicato il decreto di indizione dei comizi liguri, si è vista recapitare dal Governo una formale diffida a ripianare la materia *de qua*, cui però ha fatto seguito²⁴, mancando l’accordo nel Consiglio regionale²⁵, il ventilato intervento sostitutivo²⁶. Ciò, si osserva, sebbene la legislazione pugliese non risultasse (e risulti) del tutto sguarnita di norme, al riguardo, vigendovi la previsione che, a pena di una sanzione pecuniaria (consistente nella riduzione dei contributi ai gruppi consiliari), vuole che nelle liste di candidati venga “assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi” e che in ogni lista nessuno dei due sessi possa “essere rappresentato in misura superiore al 60 per cento” (art. 8, c. 13 della legge regionale n. 2 del 2005 come modif. dalla legge regionale n. 7 del 2015). Dal che l’astratta idoneità di un siffatto disposto a garantire un maggiore livello di tutela del principio di parità di genere rispetto a norme di altre Regioni che (pure avendo ricevuto, come la Puglia, un atto di formale diffida) non si sono viste (in seguito) destinatarie di atti di sostituzione da parte dell’Esecutivo.

Ad ogni modo, indipendentemente dal merito del suddetto intervento (parimenti) *last minute*²⁷ esso, com’è noto, sta producendo non poche polemiche. Volendo portare innanzi tutto l’attenzione al profilo procedurale, si è rilevata la mortificazione degli spazi di collaborazione con l’ente territoriale imposta da tempistiche assai stringenti, che hanno scandito la predisposizione della misura sostitutiva, a cospetto invece delle garanzie, anche di livello costituzionale, che dovrebbero circondare l’applicazione della misura (a tutela, *in primis*, della stessa autonomia regionale)²⁸. In questo stesso ordine di idee, la garanzia in questione è stata vista violata dalla nomina di un organo dello Stato (il Prefetto) in luogo di uno della stessa Regione (per solito il suo Presidente) che avrebbe meglio “omaggiato”²⁹ i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

Vale la pena ora di tornare ad osservare come ad innescare la predisposizione dell’impianto sostitutivo, sia stata l’assunta impossibilità di far valere in sede politica i principi fondamentali sulla rappresentanza di genere, dinnanzi ad un Consiglio regionale risoluto a far valere la propria autonomia in materia³⁰. D’altro canto, dalla vicenda è emersa l’inidoneità, in contesti politici di tal

²⁴ V. l’atto di formale diffida del Presidente del Consiglio dei ministri del 23 luglio 2020.

²⁵ V. la lunga e travagliata seduta del 28 luglio, iniziata e proseguita sino al giorno successivo, che ha visto, alla fine la mancanza del numero legale e dell’accordo sugli emendamenti.

²⁶ V. il d.l. 31 luglio 2020, n. 86, recante “*Disposizioni urgenti in materia di parità di genere nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario*” (nel prosieguo: “d.l. el. Puglia”), conv., senza modif., nella l. 7 agosto 2020, n. 98.

²⁷ Su talune analogie e differenze tra la vicenda ligure e quella pugliese v. N. CANZIAN, G.E. VIGEVANI, *Il Governo “impone” la doppia preferenza di genere nel sistema elettorale regionale*, in *Ilsole24ore* (www.ilsole24ore.com) del 6 agosto 2020.

²⁸ Di cui, peraltro, pure la giurisprudenza costituzionale abbonda: cfr. *ex multis*, le sentt. n. 43, n. 172 e n. 173, n. 227, n. 240 del 2004; n. 383 del 2005; n. 121 del 2012; nonché n. 171 del 2015.

²⁹ Si ripropone l’espressione utilizzata dall’Avvocatura Generale dello Stato, nel Parere “sull’intervento sostitutivo del Governo ai sensi dell’art. 120, c. 2, della Costituzione” reso il 30 luglio 2020.

³⁰ Merita, più in generale, di rilevarsi l’attenzione dimostrata per la tempistica elettorale da taluni statuti regionali (spec. lo Statuto della Regione Abruzzo), facendosi divieto al Consiglio nei “sei mesi antecedenti la scadenza della

fatta, della “via diretta” dinnanzi alla Corte costituzionale, per come strutturata, a garantire lo svolgimento del sindacato su omissioni del legislatore (regionale)³¹. “Zona franca” che induce, sia pur *en passant*, ad interrogarsi sulla praticabilità (anche qui) dell’azione di accertamento dinnanzi al giudice ordinario (a cui competerebbe se del caso di rivolgersi alla Consulta)³², facendo valere ora il diritto dell’elettorato pugliese di votare con una legge conforme alla Costituzione (artt. 48, 51, 1° c.; e 117, 7° c.; 122 Cost.).

Stando così le cose, l’intervento sostitutivo sembrerebbe dunque aver costituito un’*extrema ratio* (ma si cfr., *infra*, il §8), motivata da una situazione di impossibilità di procedere in altro modo. In questo senso, un dato con cui ci si dovrà comunque confrontare è costituito dal cambiamento significativo di rotta rispetto all’interpretazione di norme di cui è stato sinora predicato il carattere tendenzialmente programmatico; ma anche rispetto alle quali la stessa giurisprudenza costituzionale ha manifestato nel tempo una certa cautela, rendendosi disponibile ad ammettere interventi legislativi idonei a condizionare, in certa misura, la libertà di presentazione delle candidature in vista della rappresentanza di genere, solo all’indomani dell’intervenuta revisione del dettato costituzionale (da parte della I. cost. n. 3 del 2001)³³. Con la conseguenza di aver visto nelle relative misure di promozione un possibile oggetto di incentivo più che il frutto di un obbligo, da far valere, come tale, soprattutto in sede politica e da parte della società civile³⁴.

Esaminando ora più da vicino i contenuti dell’atto sostitutivo, v’è innanzitutto da osservare come, messa in campo (nella diffida) e poi prontamente stralciata (nel decreto el. Puglia) la tesi dell’annoverabilità del principio in materia di promozione della rappresentanza di genere tra “i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti sull’intero territorio nazionale” (di cui all’art. 117, 2° c., lett. m) Cost.)³⁵, il Governo abbia motivato il ricorso al

legislatura”, di “adottare né modificare leggi in materia elettorale e sulle cause di ineleggibilità e incompatibilità alla carica di consigliere” (art. 14 St.).

³¹ Ci si limita ad osservare come (forse a conferma del ruolo di secondo piano svolto, nel frangente, delle ragioni della legislazione regionale), nella vicenda sia rimasto sottotraccia il fatto che lo Statuto della Puglia (a differenza di quello della Liguria), dedichi un intero disposto al principio della “parità tra i sessi” ed alla “promozione della parità di accesso fra donne e uomini alle cariche elettive e pubbliche, allo scopo di favorire l’equilibrio della presenza fra generi” (art. 6 St.).

³² Nel percorrimto, cioè, della strada che ha condotto con successo alle decisioni della Corte costituzionale n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017 (v., in partic., in argomento, G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018).

Si rileva, peraltro, il tentativo di farla propria di un’associazione avente come finalità statutaria l’“aumento della presenza femminile nelle istituzioni e nei luoghi delle decisioni politiche”. Essa, dunque, lamentando l’inerzia e l’inadeguatezza della normativa regionale in materia ha lamentato, però la violazione del “libero esercizio del diritto di voto” dinnanzi al giudice amministrativo, il quale ha dunque avuto buon gioco nell’affermare il difetto di giurisdizione, salva la possibilità di riproposizione del giudizio “dinnanzi al competente giudice civile” (V. T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. I, sent. 27 dicembre 2019, n. 2158).

³³ Trattasi della nota I. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, recante “*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*”.

³⁴ In quest’ottica, può pertanto apprezzarsi il documento stilato dalle Costituzionaliste, sul *mancato adeguamento delle leggi elettorali regionali alle prescrizioni statali sulla parità di genere*, nella *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>) del 13 luglio 2020.

³⁵ Del resto, sembra assai arduo individuare un qualche legame tra le “disposizioni di principio in materia di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell’accesso alle cariche elettive” (di cui peraltro, nel ragionarsi di livelli essenziali delle prestazioni dovrebbe ammettersi la riconducibilità “sotto l’ombrello dei “diritti civili e sociali”, rinnegandosene la natura di “diritti politici”) e la considerazione, sinora mai messa in discussione dallo stesso giudice costituzionale, dei livelli essenziali delle prestazioni medesimi alla stregua di “specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione”, “mediante la determinazione dei relativi standard strutturali e qualitativi, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale in quanto concernenti il soddisfacimento di diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa” (così, da ultimo, nella sent. n. 126 del 2020, richiamando le sentt. n. 383 e 285 del 2005, nonché la sent. n. 232 del 2011). Si osserva, peraltro, l’attenzione della

potere in questione rifacendosi “al fine di assicurare il pieno esercizio dei diritti politici e l’unità giuridica della Repubblica, nella Regione Puglia per le elezioni del consiglio regionale” (art. 1, c. 2).

A tale riguardo, al di là del rilievo per cui, almeno fino ad ora mai il “mancato recepimento” dei ridetti principi è parso (neanche sospettare di) compromettere la tenuta dell’unità giuridica della Repubblica³⁶, si rileva problematicamente il riferimento (altresì), da parte dell’atto del Governo, al fine di “assicurare il pieno esercizio dei diritti politici”, derivandone, infatti, una dilatazione della previsione costituzionale oltre il suo tenore letterale e probabilmente anche oltre la sua *ratio* delimitativa dell’intervento statale rispetto al campo sensibile dell’autonomia politica regionale, e quindi, in ultima analisi, l’omologazione del relativo regime “sull’intero territorio nazionale”.

Né sembrerebbe possibile pensare che il Governo, in realtà, alluda in questo specifico caso a quella particolare declinazione del principio di eguaglianza fatta valere dalla Consulta in una decisione – rimasta per vero isolata – in cui, muovendo dalla considerazione del diritto di tutti i cittadini (e le cittadine) “di essere egualmente rappresentati” (e rappresentate), il giudice costituzionale ha fatto salva una norma contenuta in un decreto-legge incidente sulla rappresentanza politica, sul presupposto che, in assenza di un siffatto atto, si sarebbe prodotta “una marcata diseguaglianza” della fisionomia degli organi rappresentativi tra regione e regione (sent. n. 198 del 2012). E ciò per la elementare ragione per cui, a differenza di quella vicenda, nel quadro dell’impianto messo in piedi nel caso in esame, i meccanismi con cui assicurare la parità di genere a livello elettorale regionale potrebbero legittimamente mantenere o indurre diversità o diseguaglianza interregionali.

Pertanto, va chiarito come tra le varie differenze sussistenti tra le due fattispecie vi sia quella, non certo trascurabile, per cui, sul piano formale, in quell’occasione la legge dello Stato è valsa effettivamente a garantire un rapporto equilibrato (dell’ammontare dei componenti nei consigli regionali) in tutto il territorio dello Stato, là dove invece, nel caso di specie, l’atto di sostituzione riguarda la sola realtà pugliese.

7. Modalità estemporanee dell’intervento sostitutivo: la decretazione d’urgenza

Un approfondimento a parte merita ora la già accennata circostanza che si sia scelto di effettuare l’intervento sostitutivo mediante la decretazione d’urgenza, contravvenendosi, con ciò, al divieto, ricavato dal legislatore ordinario (ex art. 15, c. 2, lett. b), l. n. 400 del 1988)³⁷, dalla riserva di assemblea prevista in materia elettorale dalla Carta (art. 72, c. 4 Cost.); anche se non si ignora come sia rimasta isolata la pronuncia in cui la Corte costituzionale aveva rilevato, sia pure *per incidens*, l’inadeguatezza dell’uso del decreto-legge per la disciplina del sistema di voto (Corte cost., sent. n. 161 del 1995) e nemmeno sfugge in che direzione siano andate prassi governative e parlamentari, nonché le posizioni di ampia parte della dottrina³⁸, soprattutto a far data dalla seconda metà degli

Corte al fatto che “la competenza attribuita dall’art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., per il suo carattere trasversale, comprime in misura apprezzabile l’autonomia legislativa delle Regioni” (v. sent. n. 126 del 2020, cit.).

³⁶ Si pensi, del resto, ai mesi (dall’inizio della legislatura) ed addirittura agli anni (dalle riforme costituzionali intervenute in materia), nonché alle opportunità (da ultimo, le elezioni regionali da poco svoltesi in regioni parimenti inottemperanti) che si sono avute e che ancora si hanno nei confronti delle regioni perdurantemente inadempienti per intervenire nella direzione auspicata, secondo i modi e le procedure usuali.

³⁷ Per la precisione, l’art. 15, comma 2, lettera b), della l. 13 agosto 1988, n. 400, stabilisce che “il Governo non può mediante decreto-legge provvedere nelle materie indicate nell’art. 72, quarto comma, della Costituzione”, fra le quali rientra, per l’appunto, la materia elettorale.

³⁸ Cfr., al riguardo, già C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 707-8 e V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, 101-2; e, più di recente, ad es., M. AINIS, *Le parole ed il tempo della legge*, Torino, 1996,

anni '90, favorevoli invece all'impiego della fonte, specie al fine non vedere preclusa una strada utile in circostanze di effettiva emergenza³⁹.

Non ci si può esimere dal rilevare il rischio che per tale strada si finisca per avallare l'idea del possibile ricorso all'art. 77 della Costituzione come strumento normativo "ordinario" in fasi particolarmente critiche (tra l'altro, con organi in *prorogatio*) quali sono quelle che precedono le elezioni (e, questo, a prescindere dal compimento di scelte politiche finalizzate a propiziare il presentarsi delle condizioni di "necessità ed urgenza"). Inoltre, nella specie, a non convincere del tutto sia l'allegazione, nelle motivazioni del decreto Puglia, sia del requisito dell'urgenza, indotto, per l'appunto, dall'"imminenza stessa delle scadenze elettorali", non essendo stato provato che non si sarebbe potuto intervenire tempestivamente per la via ordinaria, sia di quello della necessità, poiché ricondotta alle motivazioni sostanziali del decreto su cui già nel precedente paragrafo ci si è permessi di manifestare perplessità.

Sebbene poi, in ultima analisi, a militare per l'inadeguatezza in sé della fonte basterebbe il rischio, insito nella natura provvisoria delle norme recate, di vedere travolti procedura ed esiti nel caso che, per qualsiasi motivo, il decreto stesso non venga convertito.

8. Mons parturit mus?

Tornando alla fattispecie prodottasi per il caso pugliese, ci si può per completezza interrogare sul *munus* imposto dal decreto all'organo commissariale.

Ora, in base alla riconoscibilità in capo ad un tale organo anche di poteri di natura normativa, purché beninteso non legislativi⁴⁰, deve ipotizzarsi la possibilità per lo stesso di dare applicazione anche in via regolamentare alle norme "di dettaglio" della "legge-quadro" statale (spec. l'art. 4, c. 1, lett. *c-bis*) della l. n. 165 del 2004, come introdotto dalla l. n. 20 del 2016)⁴¹, emarginando eventuali indicazioni legislative regionali che collidano con l'obiettivo che deve perseguire. È, dunque, in questo senso, che lo stesso decreto parrebbe identificare la latitudine dell'intervento del commissario, chiamandolo a "provvedere agli adempimenti conseguenti" all'attuazione del decreto, nonché a svolgere, s'immagina in via istruttoria, la mera "ricognizione" delle "disposizioni regionali incompatibili" con la normativa introdotta (art. 1, c. 3 del d.l. el. Puglia).

Il fatto è però che nonostante il descritto spiegamento di forze, la lacuna della normativa regionale non è stata colmata o, comunque, vi si è rimediato solo parzialmente. Astenendosi, infatti, dal prendere in considerazione la composizione delle liste, ovvero preoccupandosi solo di

201; A. CELOTTO, *L'"abuso" del decreto-legge*, Padova, 1997, 378 e 512; F. SORRENTINO, *Le fonti del Diritto*, Genova, 1999, 96-7; e A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 2009, 176.

³⁹ Il riferimento è alle pagine di L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 246-247.

⁴⁰ Cfr., in tal senso, nonché *amplius*, sulla questione dell'esercizio di poteri normativi nel quadro dell'esercizio del potere sostitutivo, ad es., F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019; nonché, in senso analogo, con le relative allegazioni, ad es., P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2019, 244 e ss.; e T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di Diritto regionale*, Milano, 2019, 140 e ss. Dal canto suo, anche la giurisprudenza costituzionale è parsa e pare orientata in senso analogo, ritenendo parimenti "evidente" la vigenza del "divieto costituzionale di affidare ad un diverso organo gli eccezionali poteri di natura legislativa del Consiglio dei ministri o – tanto più – di incaricarlo addirittura di adottare una legge regionale", trattandosi di un potere proprio del solo organo rappresentativo della Regione (sent. n. 361 del 2010). Allorquando, poi, la stessa Consulta è parsa essersi spinta a concedere qualche cosa in più, in termini di potere normativo, ai medesimi commissari *ad acta*, ciò è avvenuto nell'ambito di contesti ben diversi da quello in esame (in cui rilevavano questioni inerenti la materia sanitaria ed il diritto alla salute) in cui rilevava la necessità di mettere gli stessi al riparo «da ogni interferenza degli organi regionali», in grado di svuotarne sostanzialmente i poteri (sent. n. 2 del 2010 e, più di recente, sent. n. 247 del 2018).

⁴¹ Trattasi, per la precisione, della legge 15 febbraio 2016, n. 20, di "modifica all'articolo 4 della legge 2 luglio 2004, n. 165, recante disposizioni volte a garantire l'equilibrio nella rappresentanza tra donne e uomini nei consigli regionali".

acconsentire a "ciascun elettore" (*sic!*) di "esprimere due voti di preferenza" (art. 1, c. 2), l'intervento sostitutivo ha finito per azzoppare la stessa "norma quadro", lasciando, a tacer d'altro, impregiudicata la possibilità di presentare liste composte interamente da persone dello stesso sesso⁴².

La "sostituzione" finisce col presentarsi, così, addirittura più blanda di quanto considerato dalla stessa Consulta "nemmeno tale da incidere propriamente, in modo significativo, sulla realizzazione dell'obiettivo di un riequilibrio nella composizione per sesso della rappresentanza" e cioè a dire l'obbligo per "ogni lista di candidati all'elezione del Consiglio regionale di prevedere la presenza di candidati di entrambi i sessi" (sent. n. 49 del 2003).

Ciò potrebbe già bastare, per interrogarsi circa la legittimità di tale previsione, specie alla luce della giurisprudenza che ha statuito sull'incostituzionalità di norme che costituivano "una sostanziale elusione" di principi ricavabili dal dettato costituzionale (si pensa ad es. alla sent. n. 143 del 2010). Ad aggravare simili perplessità si pone, poi, la dubbia "proporzionalità" del "provvedimento adottato" rispetto ai risultati effettivamente conseguiti (secondo una certa lettura dell'art. 8, c. 5 della legge n. 131 del 2003), al di là della fisionomia complessivamente "incerta"⁴³ dell'impianto "sostitutivo" in questione⁴⁴.

Ma quali altre strade sarebbero state praticabili? Si pensi, ad esempio, alla possibilità di valorizzare la prescrivibilità di "disposizioni-quadro" autoapplicative⁴⁵, specie se attuative di principi di rilievo costituzionale⁴⁶.

Su questa base, dunque, con riguardo alle Regioni che non provvedano ad un tempestivo adeguamento della propria legislazione a disposizioni di tale natura, anche l'autorità amministrativa

⁴² Ed infatti la l. el. reg. pugliese per le liste che non rispettino il tetto massimo del sessanta per cento di candidati dello stesso sesso si limita a prevedere una mera sanzione pecuniaria e non ad es., la "pena" dell'inammissibilità all'elezione (v. l'art. 8, c. 13 della l.r. del 9 febbraio 2005, n. 2, come modif. dalla l.r. del 10 marzo 2015, n. 7).

⁴³ Si condivide, pertanto, l'idea secondo cui il fatto stesso che la leale collaborazione debba, ferme le norme della Carta, guidare i rapporti tra lo Stato e le regioni, implica "che si faccia un uso massimamente oculato di questo potere che, di per sé, rappresenta un campanello d'allarme sul funzionamento dei rapporti Stato Regioni" (così T. GROPPi, *La democrazia paritaria alla prova dell'inerzia della Regione Puglia*, in *27esimaora.corriere.it* del 26 luglio 2020).

⁴⁴ Al punto da potervi scorgere la reintroduzione surrettizia per il suo tramite della vecchia clausola dell'"interesse nazionale" (qui, attivabile dal Governo), ora nella forma dell'"unità nazionale", La prospettazione sembra trovare conferma in alcuni rilievi degli stessi Uffici della Camera dei deputati (v. il Dossier *"Parità di genere nelle consultazioni elettorali regionali"*, n. 75 del 4 agosto 2020, 2 e 3. Ci si riferisce, in partic., all'inidoneità della norma a delimitare l'applicabilità dello schema di intervento sostitutivo anche per successivi eventi elettorali. Ma anche al passaggio dal solo riferimento al principio in materia di parità di genere (nel preambolo e nella relazione illustrativa) a tutti i principi contenuti nella "legge-quadro" (v. la nota 41), con l'assunzione, dunque, di una portata generalizzata (in punto spec. di sistema elettorale che favorisca maggioranze stabili; contestualità tra elezione del presidente della giunta ed elezione del consiglio; e divieto di mandato imperativo).

⁴⁵ Merita, al proposito, di essere riportato letteralmente l'art. 4 della legge n. 165 del 2004, come modif. dall'art. 1 della legge n. 20 del 2016: "1. Le regioni disciplinano con legge il sistema di elezione del Presidente della Giunta regionale e dei consiglieri regionali nei limiti dei seguenti principi fondamentali: [...]"

- c-bis) promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive, disponendo che:

1) qualora la legge elettorale preveda l'espressione di preferenze, in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale e sia consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima;

2) qualora siano previste liste senza espressione di preferenze, la legge elettorale disponga l'alternanza tra candidati di sesso diverso, in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale;

3) qualora siano previsti collegi uninominali, la legge elettorale disponga l'equilibrio tra candidature presentate col medesimo simbolo in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale".

⁴⁶ Non molto diversamente dall'attribuzione di «contenuto e valore normativo» precettivo alle disposizioni di principio «comprese quelle programmatiche» contenute in Costituzione (sul punto il richiamo è d'obbligo a V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, spec. p. 36 e p. 67.)

competente potrebbe e dovrebbe procedere alla loro diretta applicazione (ferma restando la possibilità per i legislatori regionali di “riappropriarsi della materia”, s’intende, conformemente alle stesse norme quadro e costituzionali⁴⁷).

Nella vicenda pugliese si tratterebbe dunque di riconoscere alle “disposizioni-quadro” in questione tale peculiare regime⁴⁸, laddove, nel “declinare” i “criteri di attuazione del principio di promozione di pari opportunità tra uomini e donne nell’accesso alle cariche elettive”, esse sono idonee a produrre norme giuridiche “vincolanti” di diretta applicabilità “nella disciplina regolativa delle preferenze e delle candidature” (come si afferma nello stesso d.l. el. Puglia)⁴⁹.

⁴⁷ Si osserva, peraltro, come sembrerebbe adottare un simile ordine di idee la stessa Avvocatura Generale dello Stato, nel Parere del 30 luglio 2020, cit.

⁴⁸ Nello specifico, si tratterebbe le seguenti disposizioni:

“In ciascuna lista i candidati devono essere presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale;

ciascun elettore può esprimere due voti di preferenza, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso dall’altro, pena l’annullamento delle preferenze successive alla prima;

le schede utilizzate per la votazione sono conseguentemente predisposte”.

Il che, peraltro, presupporrebbe anche la disponibilità del giudice costituzionale ad ammettere una diversa lettura della competenza ripartita tra Stato e Regioni nella specifica materia, tale da valorizzare, in particolare, l’efficacia dei principi fondamentali posti dallo Stato. Può, peraltro, non essere inutile rammentare che la Consulta, nella propria giurisprudenza (v., ad es. la sent. n. 196 del 2003 e la sent. n. 201 del 2003), si è orientata nel senso della piena omologazione della potestà ripartita in ambito elettorale (di cui all’art. 122 Cost.) rispetto a quella “generale” (di cui all’art. 117, c. 3, Cost.).

⁴⁹ Un tale schema chiamerebbe pertanto in causa dapprima il Commissario *ad acta* e, quindi, l’Ufficio centrale regionale (singolare, peraltro, è il fatto che la materia elettorale sembrerebbe legittimare l’intervento degli Uffici, per così dire, “doppiamente”, in considerazione della loro natura amministrativa, ma anche di quella, all’orizzonte, giurisdizionale). Essi si troverebbero a dover procedere all’applicazione diretta di una norma – ora sì – in grado di *garantire l’“unità giuridica”* (*rectius*: l’uniformità) della disciplina ed “il pieno esercizio dei diritti politici” sull’intero territorio “della Repubblica” (secondo quanto del resto auspicato dal ridetto decreto) nonché, in prima ed ultima analisi, di concretizzare il principio promozionale contenuto nelle stesse disposizioni costituzionali (spec. all’art. 117, comma 7, della Costituzione).

COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

Volumi pubblicati

1) *“Itinerari” di Antonio Ruggeri per Consulta Online*,
a cura di Pasquale Costanzo e Lara Trucco, 2016, pp. 812
ISBN: 978-88-945618-3-8

2) *Stato di diritto Emergenza Tecnologia*,
a cura di Giovanna De Minico e Massimo Villone, 2020, pp. 219
ISBN: 978-88-945618-0-7

3) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione*,
I Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale
2020, pp. 560,
ISBN: 978-88-945618-1-4

4) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione*,
II Il diritto pubblico della pandemia
2020, pp. 230
ISBN 978-88-945618-2-1

5) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione*,
III Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale
2020, pp. 495
ISBN 978-88-945618-7-6



ISBN: 978-88-945618-5-2