

COMITATO EDITORIALE:

Tania Abbiate
Fulvia Abbondante
Fabio Altamura
Giulia Aravanitinou Leonidi
Ylenia Maria Citino
Antonio Cremonese
Caterina Di Costanzo
Rosanna Fattibene
Anna Fortunato
Antonio Gusmai
Claudia Marchese
Francesca Minni
Maria Grazia Nacci
Giacomo Palombino
Luca Pardi
Nicola Pettinari
Antonia Maria Scaravilli
Franco Sicuro
Palmina Tanzarella
Michela Tuozzo
Paolo Zichittu

Euro 30,00



PASSAGGI COSTITUZIONALI

N. 1/2022



PASSAGGI COSTITUZIONALI

ANNO 2022 - NUMERO 1 - ISSN 2732-8236

Riflessioni ai confini del diritto pubblico



ETP books

DIRETTORI SCIENTIFICI:

Anna Maria Nico
Salvatore Prisco (resp.)

COMITATO SCIENTIFICO:

Carla Acocella
Charalambos Anthopoulos (Gr)
Elena Buoso Fröbel
Ines Ciolli
Francesco Cocozza
Cecilia Corsi
Marco Galdi
Barbara Guastaferrero
Carlo Iannello
Luca Longhi
Giovanni Luchena
Gianfranco Macrì
Raffaele Manfredi
Paola Marsocci
Paola Mazzina
Juan Francisco Mestre Delgado (Sp)
Stefania Ninatti
Anna Papa
Luca Pedullà
Vasco Pereira da Silva (P)
Antonino Scalone
Giancarlo Sorrentino
Renata Spagnuolo Vigorita
Vincenzo Tondi della Mura
Silvia Tuccillo
Alessandra Valastro

SEGRETARIO DELLA RIVISTA:

Marco Galdi

PAS SAGGI COSTITUZIONALI

PASSAGGI COSTITUZIONALI

rivista semestrale

Anno II - Numero 01 - Giugno 2022

ISSN 2732-8236

ISBN: 978-618-5329-76-1

revisione: Francesca Minutoli
grafica - impaginazione: Enzo Terzi

© ETPbooks 2022

I contenuti di questa rivista sono in Open Access.

Notizie della rivista possono trovarsi sul sito: www.passaggicostituzionali.it
oppure su: <https://passaggicostituzionali.blogspot.com>



ETPbooks

Atene
www.etpbooks.com
etpbooks@gmail.com

Riflessioni ai confini del diritto pubblico



Indice

<i>AVVERTENZA</i>	pag. 9
<i>Call for papers</i> sul tema La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione	
Ambiente e Costituzione: speranza e disincanto	pag. 13
(Quirino Camerlengo)	
La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi ..	pag. 21
(Massimo Cavino)	
Art 9 e diritti delle future generazioni	pag. 25
(Alfonso Celotto)	
La tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali: le ragioni e le potenzialità di una riforma	pag. 31
(Alessandro Morelli)	
La modifica dell'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali	pag. 38
(Alfonso Vuolo)	
Le "generazioni future" come paradigma interpretativo dell'articolo 9 Cost.	pag. 48
(Francesco Clementi)	
Note minime sulle recenti modifiche all'art. 41 Cost.	pag. 53
(Luca Longhi)	
<i>Parturient montes, nascetur ridiculus mus?</i> Il nuovo articolo 9 della Costituzione italiana e il mancato traguardo della soggettività animale	pag. 58
(Francesca Rescigno)	
La tutela dell'ambiente nella Costituzione dopo la legge costituzionale n. 1 del 2022. Considerazioni minime	pag. 64
(Giancarlo Sorrentino)	
La revisione costituzionale: dai maxifallimenti alle microriforme. Il caso degli articoli 9 e 41 Cost. visti da un amministrativista	pag. 68
(Luca Pardi)	
Verso un nuovo equilibrio tra paesaggio e ambiente, tra ciò che è e ciò che potrebbe essere	pag. 72
(Antonio Cremonese)	
La tutela dell'animale nella Costituzione. Elementi di novità ed "omissioni" nel testo riformato dell'art. 9 Cost.	pag. 78
(Roberto Garetto)	
La riforma costituzionale italiana in prospettiva comparata	pag. 87
(Enrico Buono)	
L'interesse delle future generazioni in Costituzione: una responsabilità etica e giuridica	pag. 95
(Mariagiulia Argentino)	

ATTI DEL SEMINARIO ONLINE
"La scuola e le sfide del Covid"

Inclusione scolastica degli alunni con disabilità ed emergenza sanitaria da Covid 19: un'analisi giuridica.	pag. 105
(Sara Amato)	
Le scuole oltre la pandemia: orizzonti pedagogici per possibili rilanci	pag. 115
(Francesco Magni)	
Rispetto della <i>privacy</i> e tutela dei minori al banco di prova della cittadinanza digitale pag.	126
(Alessandro Picarone)	

MISCELLANEA

Le modalità del sindacato sul <i>quantum</i> della sanzione penale e gli "inconvenienti" in sede di giurisprudenza costituzionale: brevi spunti di riflessione	pag. 141
(Andrea Bonomi)	
L'esercizio delle prerogative parlamentari nella prima fase della maternità: l'allattamento in un parere della Giunta per il Regolamento della Camera	pag. 164
(Ylenia Maria Citino)	
La guerra, la pace, il compito del giurista. <i>Voci dalla grande letteratura russa dell'Ottocento</i>	pag. 182
(Salvatore Prisco)	

RIFLESSIONI DI DIRITTO COMPARATO E STRANIERO

Radici storiche e problematiche costituzionali del conflitto russo-ucraino	pag. 207
(Cristina Carpinelli)	
Donald, a Rainha e a fragilidade da Democracia	pag. 250
(Roberto Freitas Filho)	

I CONTEMPORANEI DEL FUTURO

Kelsen, Dante e il sogno universale	pag. 283
(Marco Galdi)	
Commemorazione di Giuseppe Abbamonte	pag. 306
(Gherardo Marone)	

LO SGUARDO DEGLI ALTRI

Lineamenti di un'etica per il diritto: il modello della traduzione giuridica nell'ordinamento multilinguistico dell'Unione Europea	pag. 317
(Maria Teresa Rovitto)	

LO SCAFFALE

<i>Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.</i> di Lorenza Violini, Giappichelli, Torino, 2021	pag. 329
(Lorenzo Abagnara)	
<i>Cittadini oltre confine. Storia, opinioni e rappresentanza degli italiani all'estero,</i> a cura di S. Battiston, S. Luconi, M. Valbruzzi, Il Mulino, Bologna 2022	pag. 338
(Maria Landri)	
<i>I nuovi modelli dell'organizzazione e dell'azione amministrativa,</i> di Francesco Armenante, Giappichelli, Torino, 2022	pag. 340
(Giovanni Sergio)	

SINTESI DEI CONTRIBUTI / ABSTRACT	pag. 343
I COLLABORATORI DI QUESTO NUMERO	pag. 373

Avvertenza

In questo numero di PasSaggi Costituzionali le prime pagine, che finora sono state occupate da atti di convegno (quello su “Tecnologia e anticorruzione” nel primo numero e quello sul “*Recovery fund* e il futuro dell’Europa” nel secondo), sono impegnate dai saggi generosamente presentati in riscontro alla *call*, lanciata dal Comitato direttivo della Rivista, sul tema “La riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.”, riferita evidentemente alla nuova legge di revisione costituzionale n. 1 dell’11 febbraio 2022. Ad essi segue, tuttavia, per consolidare la tradizionale impostazione della Rivista, la pubblicazione degli atti di un *webinar*, organizzato da giovani studiosi, sul tema “La Scuola e le sfide del Covid”, svoltosi il 28 giugno 2021.

Per il resto l’impostazione della rivista è quella abituale, con una parte miscelanea e le consuete, ulteriori rubriche. Buona lettura!

La Direzione

Call for papers
sul tema

La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione

In seguito alla revisione costituzionale, la Carta repubblicana annovera oggi fra i principi fondamentali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni (art. 9 Cost.), nonché la tutela degli animali.

L'art. 41 Cost., a sua volta, annovera la salute e l'ambiente tra i limiti espressi all'esercizio dell'attività economica, al pari della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

Si tratta di una revisione solo in parte innovativa, visto che, come noto, la giurisprudenza costituzionale negli anni ha già mostrato una sensibilità in suddetti termini.

Le modificazioni costituzionali hanno, però, uno specifico significato anche formale, essendo venuta meno la cosiddetta "intoccabilità" dei primi dodici articoli della Costituzione, dedicati ai Principi fondamentali.

Pertanto, la Rivista, considerata la delicatezza e l'importanza delle innovazioni introdotte, ritiene opportuno invitare la comunità scientifica a riflettere sui seguenti profili:

- 1) Le conseguenze derivanti, sul piano costituzionale, dalla modificazione dei Principi fondamentali della Carta costituzionale.
- 2) Le possibili ricadute delle modificazioni costituzionali in ordine al rapporto intercorrente fra diritto alla salute e tutela dell'ambiente.
- 3) Il significato costituzionale della riserva di legge prevista nel nuovo art. 9 Cost. a tutela degli animali.
- 4) I possibili effetti derivanti dalle nuove limitazioni all'esercizio delle libertà economiche.

Ambiente e Costituzione: speranza e disincanto

di QUIRINO CAMERLENGO

SOMMARIO: 1. Ambiente e domanda di Costituzione. – 2. Qualche riflessione sulla revisione del 2022. – 3. Una proposta radicale.

1. I processi decisionali che si realizzano in ambito istituzionale sono aperti alle sollecitazioni che provengono dal contesto sociale. La mediazione dei partiti e dei movimenti politici è la condizione affinché tali istanze possano essere recepite in queste sedi e tradotte in atti che siano espressione di potere, a cominciare da quello legislativo. La dimensione istituzionale recepisce questa domanda di attenzione e offre una risposta al termine di una complessa opera di ricognizione, interpretazione e rimodulazione delle richieste avanzate dalla società. Anche il potere giudiziario è sensibile all'impatto prodotto da questi stimoli comunitari, sol che si pensi alla rilevanza assunta, non senza dubbi e prudenza, dalla cd. "coscienza sociale". È comunque il versante politico quello più idoneo ad abbracciare questa domanda sociale correlata a bisogni ed esigenze che hanno avuto la forza di imporsi all'attenzione delle istituzioni.

Il peso acquisito da queste sollecitazioni è ancor più rilevante quando le istanze sociali confluiscono in una "domanda di Costituzione". Il processo costituente non è un complesso di attività devoluto ad una cerchia ristretta di professionisti delle istituzioni politiche e giuridiche chiamati a redigere un testo che enunci i principi fondamentali e definisca l'architettura istituzionale dello Stato. Esso è lo spazio all'interno del quale il bisogno di una Costituzione che suggelli il rinnovato patto tra Stato e società, tra la dimensione dell'autorità e quella della libertà, trova l'occasione propizia per culminare nella massima espressione di potere, in quanto volta a edificare le fondamenta della struttura ordinamentale intorno ai pilastri che hanno sancito proprio quel patto. La Costituzione non è, dunque, calata dall'alto, ma è il frutto di un articolato processo che recepisce la domanda formulata in ambito sociale traducendola in un complesso di enunciati congeniali alla costruzione di un ordinamento autenticamente orientato all'inveramento dei principi che conferiscono sostanza al patto con la società stessa.

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

Lo stesso ragionamento vale anche quando il testo costituzionale viene sottoposto a revisioni volte ad intercettare una domanda di Costituzione che non si è esaurita con l'esercizio del potere costituente, ma che continua ad affacciarsi sulla scena politico-istituzionale proprio perché la società è in continua trasformazione: a volte molto lentamente, in altri casi per effetto di improvvise accelerazioni. In fondo, la “materia costituzionale” non si cristallizza una volta per tutte nel contenuto normato da un testo, così come non è ricostruibile applicando un teorema o un algoritmo validi universalmente: la materia costituzionale include tutti quegli oggetti (fatti, comportamenti, relazioni) che la società stessa giudica così strategici e vitali da meritare una specifica protezione ad opera della fonte superprimaria del diritto.

Ebbene, con la legge costituzionale n. 1 del 2022, il Parlamento non ha fatto altro che recepire una precisa domanda di Costituzione promossa e alimentata da numerose e varieghe sollecitazioni provenienti da diversi contesti sociali e culturali, tutte accomunate dalla consapevolezza che il silenzio serbato dal testo costituzionale sull'ambiente (non come materia contesa tra Stato e Regioni, ma come bene fondamentale) fosse divenuto assordante e, come tale, abbisognoso di essere superato attraverso una puntuale opera di revisione del testo stesso.

Non è certo questa la sede per elencare i molteplici contributi che, da diverse parti, hanno nutrito questa domanda di cura costituzionale per l'ambiente: movimenti ecologisti, manifestazioni di piazza, convegni, riflessioni di studiosi e intellettuali, sviluppo tecnologico orientato verso il contenimento dell'impatto ambientale di opere dell'uomo, mobilitazione della rete. Quanto, poi, alla mediazione politica, resa necessaria dall'implementazione del metodo democratico nella sua proiezione rappresentativa, è interessante osservare come tra le fila del Parlamento che ha varato questa riforma non vi fosse un partito “verde” a tutti gli effetti¹. La *Federazione dei Verdi* (nota più semplicemente come *I Verdi*) è stato un partito politico italiano di matrice (non solo, ma soprattutto) ambientalista, protagonista sin dalla nascita dell'*European Green Party*, che ha esaurito la sua attività trentennale nel luglio del 2021 confluendo nel movimento *Europa Verde*. La mancanza di una formazione politica dichiaratamente e identitariamente ecologista è un elemento che rafforza l'impatto dispiegato dalla domanda sociale di inclusione dell'ambiente nella materia costituzionale, sin dai principi fondamentali, visto che questi impulsi sociali hanno avuto una forza tale da operare trasversalmente, insinuandosi nelle pieghe programmatiche di tanti

altri attori politici che all'ambiente avevano dedicato un'attenzione marginale o, comunque, non sostanzialmente qualificante.

2. In verità, l'ambiente era stato accolto nella materia costituzionale in via pretoria, facendo leva sulla lettura combinata degli artt. 9 e 32. E la stessa giurisprudenza costituzionale che, sin dalla sentenza n. 407 del 2002, ha riempito di significato il compito trasversale della “tutela dell'ambiente” introdotto in occasione della revisione dell'art. 117, ha contribuito non poco ad arricchire e sviluppare le potenzialità di questo bene costituzionale “innominato”: e ben oltre la mera contesa della funzione legislativa in questo ambito.

È da condividere quanto ha sostenuto Marcello Cecchetti circa l'attitudine di questa riforma a riportare al centro dei processi decisionali gli attori politici, con conseguente arretramento delle istituzioni giudiziarie². Il nuovo art. 9, e così pure l'art. 41, parla ancora più chiaramente al legislatore e al governo quali interlocutori primari nella complessa opera di inveroamento di questo principio costituzionale, lasciando alle istanze giurisdizionali, a cominciare dalla stessa Corte costituzionale, un ruolo interpretativo (le giurisdizioni comuni) e di controllo (il giudice delle leggi) quali momenti strumentali o sussidiari rispetto al centro dell'azione politica in materia ambientale. In questo modo, la riforma in parola ha responsabilizzato direttamente gli attori politici, i quali non potranno più confidare sull'azione di supplenza rimessa agli organi giudiziari.

Restano, però, problemi aperti e nodi da sciogliere.

Il nuovo art. 9 può essere interpretato come base di un inedito diritto fondamentale alla tutela dell'ambiente? Si potrebbe fare certamente leva sull'interpretazione combinata degli artt. 2 e 9, in questa nuova versione, per riconoscere piena dignità costituzionale a questa posizione giuridica soggettiva che – si badi bene – non necessariamente deve essere imputabile a singoli, ma anche a formazioni sociali. E se anche si riuscisse in questo intento, resterebbe da individuare in modo puntuale la modalità di protezione, il tipo di pretesa fatta valere (ove si riconoscesse un diritto “sociale” all'ambiente), e tutto ciò in vista di un non agevole bilanciamento con altri diritti altrettanto fondamentali.

Ancora. Come tradurre in adeguate e serie forme di garanzia «l'interesse delle future generazioni»? Già l'inclusione di queste nel novero dei soggetti titolari di una posizione qualificata nella trama costituzionale ha destato la curiosità e, talvolta,

¹ Alla Camera i cinque Deputati di *Europa verde-Verdi europei* sono confluiti nel Gruppo misto. Al Senato, anche i *Liberi e Uguali-Ecosolidali* sono nel Gruppo misto.

² V., infatti, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2021, f. 3, pp. 286 ss.

l'imbarazzo di non pochi cultori del diritto costituzionale³. Come pesare questo interesse? Ma, soprattutto e ancor prima, come tradurre in termini sicuramente giuridici questo non meglio declinato "interesse"? Un vero e proprio diritto soggettivo o, piuttosto, una legittima aspettativa il cui tasso di soddisfacimento è però rimesso alla sensibilità o empatia delle istituzioni di governo? Nel secondo caso, l'intento sotteso alla riforma si rivelerebbe seriamente frustrato, e allora troverebbero libero sfogo le occasioni di reviviscenza delle posizioni teoriche inclini a rinvenire, nel testo costituzionali, norme meramente programmatiche, che suonano come manifesti politici piuttosto che come schemi di qualificazione normativa in ipotesi utilizzabili dalla stessa Corte costituzionale.

E, poi, l'inclusione della tutela dell'ambiente tra i limiti opponibili alla libertà di iniziativa economica privata, *ex art. 41*, secondo comma, Cost., parrebbe in qualche modo relativizzare la portata della importante revisione dell'art. 9. Quest'ultimo annovera il bene ambientale tra i principi fondamentali, laddove l'art. 41 colloca lo stesso bene all'interno di quella struttura dialettica che da sempre anima l'interazione tra la citata libertà e i vari limiti quivi enunciati, a cominciare dalla clausola generale dell'utilità sociale. Una normativa legislativa che dovesse rivelarsi leggermente orientata verso le ragioni della produzione, attraverso un pur ragionevole bilanciamento tra bene e limite ai sensi dell'art. 41, sarebbe insanabilmente in contrasto con l'art. 9?

3. Sarà sufficiente questa riforma costituzionale a determinare una coraggiosa e netta virata ecologista delle nostre istituzioni repubblicane?

Io non sono così ottimista, e, ancor prima della conclusione della procedura di revisioni qui considerata, ho già avuto modo di esprimere il mio personalissimo punto di vista a partire da una intuizione di Michele Carducci⁴. Commentando il *nuevo constitucionalismo* andino Michele Carducci ipotizzò l'ascesa di una nuova accezione di costituzione, da intendersi come "ecosistema": in queste costituzioni domina «l'idea che il miglior garante del benessere sociale non sia lo Stato ma la natura, verso la quale tutta l'umanità è in debito e il cui ecosistema deve costituire l'unico obiettivo di *legittimazione* delle scelte politiche, tanto individuali quanto collettive»⁵.

³ Mi limito a citare la fondamentale riflessione di R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, F. Angeli, 2008.

⁴ Q. CAMERLENGO, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Milano-Udine, Mimesis, 2020.

⁵ M. CARDUCCI, *La Costituzione come "ecosistema" nel nuevo constitucionalismo delle Ande*, in

Carducci allude alla Costituzione dell'Ecuador del 2008 che nel suo Preambolo celebra «la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia», sì da dar vita a «una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*». Non dissimile la Costituzione boliviana del 2009 la quale, sempre nel Preambolo, rammenta che «en tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas». Il «vivir bien» (*suma qamaña*) è perseguito, quale fine essenziale dell'azione statale, attraverso la promozione e la garanzia dell'«aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales».

Temo che non sia sufficiente questo pur apprezzabile arricchimento della materia costituzionale fatto segnare dal nostro Parlamento. Occorre rivedere la stessa matrice di legittimazione del potere: di quel potere, cioè, che non è stato in grado di gestire ragionevolmente la relazione dell'uomo con la natura.

Nella *Prefazione* all'edizione italiana ad una delle sue più celebri opere, Murray Bookchin descrisse in questi termini il presente e così immaginò il futuro di una umanità insensibile alle ragioni dell'ambiente: «i dati sull'incremento planetario della temperatura dovuto al crescente tasso di anidride carbonica nell'atmosfera (il cosiddetto effetto serra), la scoperta di immensi buchi nello strato di ozono, un fenomeno attribuito al larghissimo uso di clorofluorocarburi che consente l'ingresso di letali radiazioni ultraviolette, e l'inquinamento massiccio degli oceani, dell'aria, dell'acqua potabile e del cibo, la diffusa deforestazione causata dalle piogge acide e dai tagli insensati, la disseminazione di materiale radioattivo lungo la catena alimentare (...). Tutto ciò ha dato all'ecologia un'importanza che non ha mai avuto in passato. La società attuale sta danneggiando il pianeta a livelli tali da superare le sue capacità di auto-risanamento. Ci stiamo sempre più avvicinando al momento in cui *il pianeta non sarà più in grado di mantenere la specie umana* e le complesse forme non umane di vita che si sono sviluppate in miliardi di anni di evoluzione organica»⁶.

S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, Filodiritto, 2013, p. 11 (enfasi aggiunta).

⁶ M. BOOKCHIN, *The Ecology of Freedom. The Emergence and Disolution of Hierarchy*, Palo Alto, Cheshire Books, 1982, trad. it., *L'ecologia della libertà*, Milano, Elèuthera, 2017, p. 7 (enfasi aggiunta).

Ogni forma di legittimazione si manifesta attraverso un *processo*, e non in virtù di un semplice atto, e in questo processo converge una pluralità di fattori eterogenei (politica, società, economia, cultura, diritto, religione, morale). Le diverse forme di legittimazione che si sono succedute nel tempo hanno in comune una condivisa matrice e sensibilità *antropocentrica*, ruotando sempre e comunque intorno all'essere umano ed alle sue ragioni, ritenute il punto di riferimento di ogni teoria del potere. Queste forme di legittimazione sono entrate in *crisi* nel momento in cui la visione dell'uomo in esse celebrata o presupposta ha cessato di esercitare la necessaria forza persuasiva e aggregativa. E lo stesso vale per quella attuale, messa in discussione da molteplici fattori: la parabola discendente della sovranità; l'attenuazione della portata esclusiva ed escludente della condizione di cittadino membro di un popolo; la crisi della rappresentanza da molteplici punti di vista.

Ciò che, però, rileva in questa sede è osservare come la legittimazione popolare, anche per come praticata in concreto, non abbia indotto il potere politico a garantire il necessario *rispetto della natura*.

Il potere politico sovrintende e garantisce un ordine sociale, così come il potere della natura definisce e presidia un *ordine naturale*. L'ordine naturale è retto da leggi di natura che condizionano, in modo decisivo, la stessa *esistenza del genere umano*. Poiché ogni discorso sul potere politico non avrebbe senso logico, prima ancora che rilevanza empirica, senza la comunità umana di riferimento, la natura vanta una *primazia ontologica* rispetto ad ogni sodalizio umano. Sicché, l'ordine sociale non può non presupporre l'ordine naturale. Il potere politico, quindi, deve fondarsi su di un titolo di legittimazione che impedisca ai suoi titolari di vanificare quell'ordine naturale. Al cospetto della natura, ogni individuo rileva innanzitutto come *homo biologicus* che vive in una condizione di istituzionale compenetrazione con la natura, secondo una indefettibile *relazione simbiotica*. Il potere politico, legittimato su base popolare, ha assecondato un *atteggiamento predatorio* dell'uomo che non ha mai abbandonato l'approccio classico fondato su pretese di dominio su risorse naturali percepite e trattate come meri oggetti di diritto⁷.

Ebbene, diversi e variegati fattori concorrono ad alimentare da tempo questo *processo di rilegittimazione del potere*: espansione incontrollata delle

pratiche scientifiche e tecnologiche che hanno messo l'uomo di fronte alla sua vana pretesa di dominare i processi naturali, restandone il più delle volte vittima; conseguente diffusione su scala mondiale di una cultura ecologista che, soprattutto attraverso il cd. "catastrofismo illuminato", ha allegato dati oggettivi a conforto della tesi secondo cui il genere umano rischia l'estinzione in presenza di azioni incontrollate sull'ecosistema⁸; globalizzazione anche dei problemi ambientali; progressiva emersione di una "etica della Terra" che conduca ad una inedita reinterpretazione dei doveri di *rispetto* verso la natura attraverso la riscoperta dell'umiltà dell'uomo di fronte agli accadimenti naturali⁹; processi costituenti che, soprattutto nel continente sudamericano, hanno elevato la natura non solo a bene primario da presidiare, ma ancor prima a premessa di ogni forma di socializzazione.

La combinazione di questi fattori stimola ed esorta, quale frangente qualificante il processo di rilegittimazione qui teorizzato, la stipulazione di un *contratto naturale* che ridefinisca le fondamenta su cui erigere ogni struttura di potere che intenda davvero recuperare la primazia ontologica della stessa natura¹⁰.

Questo processo di rilegittimazione naturale del potere è idoneo a produrre effetti rilevanti innanzitutto sul versante delle relazioni internazionali: estensione *erga omnes* dei vincoli scaturenti dai trattati, da considerarsi ricognitivi e non costitutivi di obblighi qualificati di rispetto della natura; consacrazione di principi generali di tutela dell'ambiente; rafforzamento di pratiche cooperative tra Stati. All'interno degli Stati, si profilano processi costituenti che, comunque, svolgerebbero anch'essi una funzione meramente dichiarativa di principi affermatasi per forza propria. Processi, questi, accomunati dalla condivisa attitudine a promuovere un *geocostituzionalismo* che contribuirebbe a rivedere il potere su inedite basi di legittimazione.

Del pari, il processo qui teorizzato dovrebbe alimentare una reinterpretazione in chiave ecologica della *democrazia* e dei suoi elementi costitutivi: pluralismo, partecipazione, coesione sociale. Ogni processo decisionale, attivato in ambiente democratico, dovrebbe confrontarsi con la questione ambientale, come prima opzione da considerare nell'allestire le diverse misure di intervento nei vari settori interessati dall'azione delle pubbliche istituzioni.

⁸ V., infatti, J.-P. DUPUX, *Pour un catastrophisme éclairé*, Paris, Editions du Seuil, 2002, trad. it., *Per un catastrofismo illuminato*, Milano, Medusa, 2011.

⁹ V. soprattutto A. LEOPOLD, *A Sand County Almanac*, Oxford, Oxford University Press, 1949, trad. it., *Almanacco di un mondo semplice*, Como, Red, 1997.

¹⁰ Cfr. M. SERRES, *Le contrat naturel*, Paris, F. Bourin, 1990, trad. it., *Il contratto naturale*, Milano, Feltrinelli, 1991, pp. 50 s.

⁷ G. ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen*, bd. I, München, Beck, 1956, trad. it. *L'uomo è antiquato*. 1) *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, e Id., *Die Antiquiertheit des Menschen*, bd. II, München, Beck, 1980, trad. it., *L'uomo è antiquato*. 2) *Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

Il potere, rilegittimato dalla natura, volge il suo sguardo alle *future generazioni*, portatrici di legittime aspettative (se non vere e proprie pretese giuridicamente rilevanti pur in difetto di un attuale e concreto titolare) in ordine, innanzitutto, alle *chances* di sopravvivenza. La rilegittimazione del potere su base naturale potrà essere ulteriormente favorita e alimentata da forme di *resistenza civile* e di *obiezione di coscienza ecologica* grazie alle quali la comunità possa indurre le istituzioni a rivedere radicalmente la propria percezione del potere.

La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi

di MASSIMO CAVINO

La legge costituzionale n.1 dell'11 febbraio 2022 rappresenta sicuramente un passaggio rilevante nel dibattito intorno ai limiti alla revisione costituzionale: per la prima volta si mette mano al testo di una disposizione relativa a principi fondamentali¹; ma si mette mano anche ad una disposizione qualificante il sistema dei rapporti economici, compresa, come tale, nella prima parte della Costituzione rispetto alla cui modifica sono state espresse molte cautele². In forza di questi elementi non è sciocco domandarsi se la novella costituzionale rispetti il limite della conformità ai “principi supremi” enunciato dalla Corte costituzionale con la sentenza n.1146 del 1988. Si faccia però attenzione. La Corte costituzionale non ha affermato l'intangibilità delle disposizioni costituzionali espressive dei principi supremi, ma ha subordinato la legittimità di possibili interventi riformatori alla coerenza con il loro originario significato normativo, stabilendo che essi non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale.

Posta questa premessa si può procedere ad un ragionamento analitico che chiarisca se le disposizioni oggetto della revisione ad opera della legge costituzionale n.1 del 2022 siano riconducibili al novero dei principi supremi; e, in caso affermativo, se la novella costituzionale li abbia sovvertiti o ne abbia modificato il contenuto essenziale.

Per quanto concerne la modifica dell'articolo 9 della Costituzione occorre interrogarsi sul rapporto tra i concetti di “principi fondamentali” e “principi

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Un intervento su disposizione relativa ai principi fondamentali era già stato compiuto con la legge costituzionale n.1 del 21 giugno 1967 in forza della quale non si applica ai delitti di genocidio l'ultimo comma dell'articolo 10 della Costituzione, che sancisce il divieto di estradizione dello straniero per reati politici. Si è trattato di un intervento integrativo e non manipolativo del testo costituzionale, di cui ha comunque definito l'ambito materiale di efficacia.

² In argomento v. S. SICARDI, *Costituzione, potere costituente e revisione costituzionale alla prova dell'ultimo ventennio*, in S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO, (a cura di), *Vent'anni di Costituzione. (1993-2013) Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Bologna, 2015, p. 27.

supremi”. Pare di poter affermare che essi non siano sovrapponibili e che i primi, pur non esaurendo il *genus* dei secondi, ne siano una *species*. Questa conclusione è stata per altro suffragata dal fraseggio della stessa sentenza n. 1146 del 1988, là ove la Corte, ricordando la propria giurisprudenza sulle disposizioni del Concordato e sulla legge di esecuzione del Trattato CEE, alterna, senza sovrapporli, i concetti di principi supremi e principi fondamentali. L'articolo 9 Cost. rientra dunque pienamente nell'ambito della disciplina dei principi supremi del nostro ordinamento costituzionale. Occorre quindi procedere al passaggio successivo e domandarsi se l'intervento di revisione l'abbia sovvertita o ne abbia modificato il contenuto essenziale. E rispetto a questo punto pare di poter aderire convintamente alla posizione di Marcello Cecchetti che, pur dubbioso sulla premessa da noi accolta, esclude che di sovvertimento si possa parlare³.

Venendo al contenuto normativo dell'articolo 41 Cost., non è seriamente revocabile in dubbio la riconducibilità della libertà di iniziativa economica al novero dei principi supremi.

Ma i principi supremi sono pur sempre principi, e pertanto, in ragione della loro struttura normativa, suscettibili di una applicazione elastica nel quadro di bilanciamenti operati con altre norme della stessa specie; bilanciamenti che non ammettono l'affermazione di gerarchie stabili, ma possono soltanto condurre a ragionevoli prevalenze in funzione degli interessi concreti che attendono di essere regolati. Il fondamento di questa dinamica normativa è stato riconosciuto anche dalla Corte costituzionale quando si è pronunciata sulla vicenda ILVA di Taranto con la sentenza n. 85 del 2013. Così, nel bilanciamento con altri principi costituzionali, il principio di tutela dell'iniziativa economica è risultato ora prevalente,

³ M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in M. CECCHETTI, L. RONCHETTI, E. BRUTI LIBERATI, *Tutela dell'ambiente. Diritti e politiche*, Napoli, 2021, p. 48: «Anche a voler assumere che la ipotizzata revisione dell'art. 9 Cost. possa *quodammodo* coinvolgere l'area dei “principi supremi” dell'ordinamento costituzionale, pare davvero impossibile predicare per il nuovo terzo comma che vi si vorrebbe aggiungere quell'effetto di “sovvertimento” dei suddetti principi, ovvero di “modifica del loro contenuto essenziale”, cui il Giudice costituzionale ha espressamente riferito il limite al potere di revisione. [...] il legislatore costituzionale del 2021 si è determinato, del tutto opportunamente, non solo per introdurre una formula normativa già pacificamente ritenuta – da giurisprudenza pluridecennale – implicitamente riconducibile allo stesso art. 9 Cost., ma anche per mantenere inalterato il testo dei due commi originari, con ciò salvaguardandone, senza interferenza alcuna, quella lettura unitaria a “traiettoria circolare” che costituisce il fondamento stesso del principio in cui si esprime quello che la Corte costituzionale considera il nucleo normativo essenziale dell'intero art. 9 (nel testo vigente), ossia il c.d. “valore estetico-culturale”»

ora recessivo, in ragione di quella che Roberto Bin chiamava “la topografia del conflitto” tra interessi costituzionalmente rilevanti⁴.

Secondo autorevole dottrina la novella costituzionale del 2022 potrebbe portare ad una rottura di questo equilibrio dinamico poiché rappresenterebbe un tentativo di istituire una rigida gerarchia tra valori – con al vertice salute e ambiente – rispetto ai singoli limiti opponibili alla libertà di impresa⁵. Se questo timore fosse fondato, se effettivamente venisse instaurata tale gerarchia di valori ci troveremmo sicuramente di fronte ad una modifica del contenuto essenziale di un principio supremo, e dovremmo quindi concludere per la illegittimità della legge di revisione costituzionale n. 1 del 2022, limitatamente alla parte in cui la realizza.

Pare tuttavia di poter affermare che si tratti di un timore eccessivo per una ragione molto semplice, benché in apparenza paradossale: per il semplice motivo che i concetti di salute e di ambiente non sono affatto oggettivi come parte della dottrina vorrebbe sostenere⁶. Essi sono il risultato di politiche, di scelte legislative discrezionali che, di per sé, rappresentano esse stesse una forma di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti. La prevalenza gerarchica della

⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pp. 120 e ss.

⁵ L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, paper, 23 giugno 2021, p. 4. Nello stesso senso, con toni ancor più preoccupati, G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, *ivi*, 1 luglio 2021, p. 2.

⁶ Cfr. R. BIFULCO, *Primesime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, paper, 6 aprile 2022, p. 4: «L'economia, in altri termini, rimane una sfera sociale rimessa all'evoluzione dei rapporti sociali, come è d'altronde sempre stato, mentre l'ambiente accede ad una sfera privilegiata, una sorta di riserva costituzionale, che lo mette al riparo dalla sfera della discrezionalità legislativa, da quella lotta per l'esistenza in cui un interesse o un principio deve confrontarsi con altri interessi o principi per trovare concreta espressione. Non sto sostenendo, ovviamente, che la posizione privilegiata assunta dall'ambiente lo pone al di sopra di altri interessi o principi, gerarchicamente sovraordinata; sto solo dicendo che, a differenza dell'economia, plasmata o contorta, a seconda dei casi, dal conflitto degli interessi, l'ambiente assurge ad una posizione privilegiata». Riesce assai più persuasiva la proposta interpretativa di M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., pp. 10 e s.: «i connotati tipici dell'ambiente sotto il profilo della multidimensionalità, della complessità e della mutevolezza nel tempo, che lo rendono un “oggetto” intrinsecamente insuscettibile di una predeterminazione in astratto che possa essere assunta, nella sua interezza, come riferimento oggettivo di interessi individuali o collettivi giuridicamente tutelabili nelle forme delle posizioni giuridiche soggettive, ne fanno necessariamente l'oggetto di politiche pubbliche, ossia di strategie e azioni di tutela – genericamente intese – affidate alle istituzioni titolari del potere legislativo e del potere amministrativo. In altri termini, la tutela dell'ambiente non si realizza tanto per il tramite dello strumento dei diritti (o delle altre situazioni giuridiche soggettive), come invece accade in altri settori dell'ordinamento, bensì soprattutto per il tramite delle politiche legislative e delle azioni amministrative».

salute e dell'ambiente sulla libertà di iniziativa economica non è possibile semplicemente perché gli interessi materiali sottostanti a questa, sono elementi essenziali per definire il contenuto normativo di quelle. Il concetto di libera iniziativa economica e i concetti di salute e di ambiente appartengono allo stesso genere: essi sono il prodotto di politiche normative.

La revisione dell'articolo 41 non ne modifica pertanto il contenuto essenziale. Essa introduce nuovi termini all'enunciato normativo, ma poiché si tratta di termini riferiti a concetti dello stesso genere – rispetto ai quali non esiste una gerarchia di senso – il risultato prodotto dalla novella non è quello di ridurre le possibili ipotesi di bilanciamento, ma al contrario di allargare i margini della topografia del conflitto.

Art. 9 e diritti delle future generazioni

di ALFONSO CELOTTO

1. La novella dell'art. 9 Cost. comporta un cambio di prospettiva davvero importante, perché sancisce la rilevanza di un tema per anni non considerato: la tutela delle generazioni future.

Come sappiamo, per decine di secoli le decisioni umane e politiche hanno pensato soltanto agli effetti immediati. Forse per l'abitudine a interessarsi soltanto dei problemi vicini, nel tempo e nello spazio. Forse per la mancata abitudine a programmare, a prevedere.

Potremo dire che la politica ha sempre deciso considerando soltanto il "qui e ora".

Nessun governo, Re o Imperatore pensava a cose che potessero andare oltre la stretta attualità e come tali andavano programmate e valutate.

Nell'antichità, al limite si poteva arrivare a programmare una campagna militare. Viene ad esempio ricordato l'imperatore romano Giuliano, poi passato alla storia come "l'Apostata", per la sua capacità di pianificazione logistica nella invasione dell'impero sassanide in Persia (362 d.C.). A differenza di tanti suoi predecessori, Giuliano pensò che non bastasse preparare un grande esercito di invasione, ma preparò una flotta di 1000 navi per accompagnare la spedizione risalendo il fiume Tigri con tutte le provviste e le vettovaglie necessarie, che gli consentirono di condurre una campagna vittoriosa fino a quando le provviste durarono.

Non era certo la visione dei diritti delle generazioni future, ma semplicemente una programmazione più accurata e più a lungo termine. In fondo gli antichi riuscivano al limite a programmare un po' più a lungo, ma non certo a considerare i diritti delle generazioni future.

Dobbiamo arrivare in anni molto più vicini a noi per accorgerci che l'angolo visuale delle decisioni si è ampliato fino a ricomprendere quella che è la valutazione dei diritti delle generazioni future.

Il problema è emerso inizialmente negli studi economici classici, considerando anche gli sviluppi futuri nella massimizzazione intertemporale¹.

¹ Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ F. P. RAMSEY, *A Mathematical Theory of Saving*, in *Economic Journal*, 38, 1928.

A livello globale e delle masse il problema è emerso soprattutto per la tutela dell'ambiente, con le campagne di tutela dei mari pensate dall'oceanografo francese Jacques-Yves Cousteau. Nel 1979 Cousteau lanciò la sua campagna per la ratifica di una Dichiarazione dei diritti delle generazioni future, al fine di sancire alcuni punti essenziali: il diritto delle generazioni future ad una Terra indenne e non contaminata; il dovere di tutte le generazioni di amministrare oculatamente il patrimonio-Terra nel rispetto dei posteri; la responsabilità di ogni generazione di sorvegliare le conseguenze del progresso suscettibili di nuocere alla vita sul pianeta, agli equilibri naturali e all'evoluzione dell'umanità.

Questa dichiarazione ricevette il sostegno di milioni di persone e fece emergere il problema anche per la cultura politica: occorre porsi il problema della equità intergenerazionale e alla sostenibilità delle decisioni prese anche in relazione agli impatti sul futuro. Non ci si poteva limitare a versare in mare tonnellate di rifiuti per liberarsene e non si poteva costruire una nuova autostrada abbattendo foreste, spianando colline, distruggendo reperti archeologici.

È così che si è fatta strada l'esigenza di tutelare l'ambiente e i cambi climatici, di considerare anche i diritti di coloro che verranno quando si incide su patrimonio culturale, ingegneria genetica e sviluppi bioetici, robotica, welfare e dinamiche economiche, perché anche il debito pubblico e le pensioni incidono sulle generazioni future.

In buona sostanza, si tratta di una visione più ampia nelle decisioni politiche. Si devono considerare anche la debolezza o vulnerabilità degli interessi delle generazioni future, superando la tradizionale tendenza della politica, della democrazia e dell'economia a essere schiacciate sulle esigenze del presente.

Così l'istanza intergenerazionale costringe a ripensare i meccanismi della democrazia politica e delle maggioranze legislative.

In fondo, si tratta anche di una forma di evoluzione del pensiero umano, considerando che per secoli si è guardato soprattutto alle generazioni anteriori, come esempio e base della vita. Questa impostazione classica è sintetizzata nella riflessione kantiana, ove si parlava di generazioni anteriori che sembrano "solo affaticarsi per quelle che sopravvivono", mentre queste ultime sembrano "dovere avere la fortuna di abitare nell'edificio intorno a cui i loro predecessori [...] lavorano senza poter partecipare alla fortuna che esse hanno contribuito a creare"².

2. Negli ultimi decenni queste istanze hanno trovato un consolidamento legislativo e costituzionale, perché il diritto deve porsi la necessità di pensare al futuro

per renderlo possibile o almeno di non scaricare su di esso e su chi sarà chiamato a viverlo gli effetti irreversibilmente negativi delle scelte attuali. L'esempio più noto è quello della Costituzione tedesca, che nel 1994 ha modificato l'art. 20, aggiungendo che "*Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita*".

Molti altri Stati hanno preso decisioni analoghe.

In Francia la Carta dell'ambiente del 2004 (richiamata nel preambolo della Costituzione) prevede che "*... che al fine di perseguire uno sviluppo sostenibile, le scelte compiute per rispondere ai bisogni del presente non devono compromettere la capacità delle generazioni future e degli altri popoli di dare risposta ai loro specifici bisogni*".

In Svezia l'articolo 2 della legge fondamentale sulla forma di governo (Regeringsformen) prevede: "*Le istituzioni pubbliche promuovono uno sviluppo sostenibile che porti ad un buon ambiente per le generazioni presenti e future*".

La Costituzione del Portogallo ha inserito all'art. 66 che: "*Per assicurare il diritto all'ambiente, nel quadro di uno sviluppo sostenibile, spetta allo Stato, per mezzo di propri organismi e con il coinvolgimento e la partecipazione dei cittadini:*

...

d) promuovere lo sfruttamento razionale delle risorse naturali, salvaguardando le loro capacità di rinnovamento e la stabilità ecologica, nel rispetto del principio di solidarietà tra generazioni".

Ugualmente la Polonia all'art. 74 prevede che: "*Le autorità pubbliche perseguono politiche che garantiscano la sicurezza ecologica delle generazioni attuali e future*".

In Lussemburgo è stato aggiunto l'art. 11-bis alla Costituzione per prevedere che "*Lo Stato garantisce la protezione dell'ambiente umano e naturale, operando per stabilire un equilibrio sostenibile tra la conservazione della natura, in particolare la sua capacità di rinnovamento, e il soddisfacimento delle esigenze delle generazioni presenti e future.*

Promuove la protezione e il benessere degli animali".

Nella Costituzione di Malta si dispone: "*Lo Stato protegge e conserva l'ambiente e le sue risorse a beneficio delle generazioni presenti e future e adotta misure per affrontare qualsiasi forma di degrado ambientale a Malta, incluso quello dell'aria, dell'acqua e della terra, e qualsiasi tipo di problema dell'inquinamento e per promuovere, alimentare e sostenere il diritto di azione a favore dell'ambiente*" (art. 9).

Si tratta di clausole costituzionali che si pongono espressamente il problema della tutela e della conservazione delle risorse naturali in considerazione dei diritti di coloro che verranno in futuro.

Ma a ben vedere il problema ha assunto dignità costituzionale anche per la tutela dell'equilibrio finanziario e sostenibilità dei conti pubblici.

Un esempio molto chiaro è quello della modifica costituzionale avvenuta nella nostra Costituzione nel 2012, modificando l'art. 81 al fine di prevedere anche "*Lo*

² E. KANT, *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, 1794.

Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio e la sostenibilità del debito. E l'art. 97 Cost, 1° comma, secondo cui: *“Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”*.

È evidente che i debiti accumulati dagli Stati “qui e ora” graveranno sulle generazioni future e quindi occorre una particolare cautela nelle decisioni finanziarie per non indebitare le generazioni future.

3. È agevole notare come il problema di tutelare le generazioni future sia emerso soltanto negli ultimi decenni. Ma la sua centralità ha portato presto a farlo transitare dal dibattito culturale e politico al piano delle valutazioni giuridiche. In fondo oggi siamo passati dal “se” tutelare i diritti delle generazioni che verranno a “come” operare questa tutela.

Nel dare solidità giuridica a questa tutela si pongono essenzialmente tre questioni, a cui qui possiamo soltanto accennare.

a) *Chi sono le generazioni future?* Il problema non è banale, in quanto in astratto è impossibile dire quali siano le generazioni da considerare nelle nostre valutazioni di oggi, visto che il futuro è una dimensione dinamica e indeterminata e che quindi potrebbe considerare l'umanità intera, senza distinzioni legate alla maggiore o minore vicinanza temporale.

Questa ampiezza temporale rende molto difficili le valutazioni, per cui occorre più opportunamente considerare la fascia rilevante rispetto al singolo valore in considerazione. Così, ad es., in una decisione del 2004 in tema di *guidelines* per la sicurezza dei depositi di scorie nucleari nel sito di Yucca Mountain nel Nevada, una corte dello Stato del Nevada ha giudicato illegittimo il limite temporale delle norme di sicurezza di diecimila anni, dovendosi considerare in astratto l'intera umanità futura nella valutazione di proporzionalità delle misure.

b) *Quali diritti vanno tutelati?* Anche qui il profilo è complesso, in quanto astrattamente sono numerosi se non innumerevoli i profili che impattano anche sulle generazioni future. In linea di principio, occorre valutare i principi e i valori che emergono nei diversi settori in cui si interviene, ma ad ogni modo i più rilevanti sono ambiente, salute, genetica, bilancio. Ovviamente non si può fare una elencazione esaustiva e nemmeno una gerarchia dei possibili valori da tenere in conto nella valutazione di quelli che possono essere i diritti e gli interessi delle generazioni future, in rapporto alla adozione di una decisione politica o amministrativa.

In tale ottica, può essere interessante notare che la Costituzione italiana non tiene conto direttamente della tutela dei diritti delle generazioni future. Né del

resto poteva farlo, in quanto a metà degli anni '40 del secolo scorso, quando i Costituenti hanno lavorato, non era certo emerso nel dibattito teorico il problema di tutelare anche le generazioni future. Tuttavia la nostra costituzione pone tutta una serie di limiti teleologici e finalistici che, a ben vedere, comportano anche una valutazione più ampia delle decisioni da assumere, ricomprendendo all'interno della valutazione decisionale anche gli interessi delle generazioni future: è quanto accade, ad es., in ordine sparso, rispetto alla tutela delle minoranze (art. 6 Cost.); alla tutela dell'ambiente (art. 9) e della salute (art. 32); alla tutela del risparmio (art. 47); al razionale sfruttamento del suolo (art. 44); alla utilità sociale dell'impresa (art. 41); al dovere di fedeltà alla Repubblica (art. 54), alla difesa della patria (art. 52), all'equilibrio di bilancio (art. 81 e 97) e più in generale al compito della repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena partecipazione dei lavoratori, che pone il valore della eguaglianza sostanziale (art. 3). A ben vedere si tratta di finalità che vanno tutte lette nel senso di ricomprendere anche i diritti delle generazioni future nelle valutazioni da effettuare nella concreta declinazione delle singole politiche. In fondo è una conferma che, anche dal punto di vista dei diritti delle generazioni future, la nostra è una Costituzione “presbite” che guarda lontano (per usare le note parole di Piero Calamandrei).

Del resto, a livello operativo la Corte costituzionale ha iniziato a tener conto dei diritti delle generazioni future sia nelle valutazioni relative alla tutela dell'ambiente, sia in quelle in tema di equilibrio di bilancio. Ad es., ha osservato, relativamente alle regole di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, che lo Stato può e deve porre limiti invalicabili *“nell'apprestare cioè una «tutela piena ed adeguata», capace di assicurare la conservazione dell'ambiente per la presente e per le future generazioni”*³. E sul bilancio che *“L'equità intergenerazionale comporta, altresì, la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo”*⁴.

Sempre nel nostro ordinamento va ricordato, a livello legislativo, l'art. 144 del c.d. Codice dell'Ambiente (D.Lgs. n. 152 del 2006), che all'art. 3-quater, comma 1 prevede che: *“Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future”*. E all'art. 144 prevede che: *“Le acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo*

³ Corte cost., 11 dicembre 2012, n. 288.

⁴ Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18.

criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale”.

Si tratta di riconoscimenti importanti, anche perché ci fanno capire quanto il tema dei diritti delle generazioni future si stiano consolidando nel nostro ordinamento.

c) *Come sono giustiziabili i diritti delle generazioni future?* Si pongono problemi di legittimazione a ricorrere e di tipo di tutela da riconoscere, anche perché spesso gli obblighi verso le generazioni future si configurano quasi più come obblighi morali prima ancora che come obblighi giuridici. Dal punto di vista della titolarità alla tutela, non si può certo pensare che siano legittimate a ricorrere le stesse generazioni future, in quanto non ancora esistenti. Per risolvere questo problema - apparentemente insolubile - in molti Stati si è attivato un difensore civico o un comitato pubblico per la tutela dei diritti delle generazioni future (è quanto accade in Finlandia, in Israele, Ungheria, Francia, UK, Canada). Dal punto di vista contenutistico, è difficile individuare in via generale quali siano le misure che in generale possono essere adeguate a tutelare i diritti delle generazioni future, ad es. per salvaguardare l'ambiente o non aggravare il debito pubblico. Si ritiene che le misure vadano considerate caso per caso (ad es. rispetto alla singola opera pubblica da costruire) e comportino essenzialmente e innanzitutto un onere procedimentale di istruttoria. In altri termini, una adeguata valutazione degli interessi delle generazioni future passa necessariamente attraverso una istruttoria nelle quale emergano le posizioni delle generazioni future e se ne faccia adeguata ponderazione rispetto al bilanciamento con gli altri principi e valori che emergono nella valutazione della decisione politica da assumere.

E, in fondo, questo è l'impegno che richiede il *Next generation EU* e più in generale la individuazione delle strategie per far ripartire il Sud. Non devono essere valutazioni limitate al “qui e ora”, ma devono tenere in adeguato conto anche i diritti delle generazioni future.

La tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali: le ragioni e le potenzialità di una riforma

di ALESSANDRO MORELLI

SOMMARIO: 1. La legge costituzionale n.1 del 2022, tra bilancio e programma. – 2. L'interesse delle generazioni future e la riserva di legge statale relativa ai modi e alle forme di tutela degli animali. – 3. L'inedita modifica di un principio fondamentale.

1. La legge costituzionale n. 1 del 2022, tra bilancio e programma

Una prima questione affrontata nei commenti alla legge costituzionale n.1 del 2022 è quella relativa all'efficacia *dichiarativa* o *costitutiva* delle novità normative da quest'ultima introdotte¹, o se, si vuole, alla natura di «revisione bilancio» o di «revisione programma» della legge medesima². Quest'ultima, com'è noto, ha modificato, per la prima volta, un articolo contenuto nella parte della Costituzione dedicata ai principi fondamentali, aggiungendo, alla fine dell'art. 9, il seguente comma: «[La Repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Ha, inoltre, revisionato l'art. 41 Cost., il quale, per effetto della novella, prevede ora, al secondo comma, che l'iniziativa economica privata, oltre a non potersi svolgere in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (come già recitava il testo originario dell'articolo), incontra altresì i limiti della *salute* e dell'*ambiente*; mentre, al terzo comma, indica, oltre ai «fini sociali» (già previsti dal testo costituzionale), anche quelli «ambientali», ai quali può

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Cfr., per es., E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in www.costituzionalismo.it, 1/2022, pp. 2 ss.

² Cfr. M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in M. CECCHETTI, L. RONCHETTI, E. BRUTI LIBERATI, *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 28 ss.

essere indirizzata e coordinata l'attività economica pubblica e privata, tramite i programmi e i controlli determinati dalla legge.

Il bene ambiente non era certo sguarnito di tutela giuridica prima di tale intervento normativo, potendo contare tanto sui riconoscimenti contenuti in una copiosa giurisprudenza costituzionale quanto sulle garanzie previste dalla disciplina internazionale e da quella dell'Unione europea, oltre che dalla legislazione nazionale. Nel complesso, vige da tempo, nel nostro ordinamento, un «diritto costituzionale dell'ambiente»³, che ha trovato adesso il suo più alto riconoscimento, proprio a livello costituzionale, tra i principi fondamentali. In ragione di tale circostanza, da parte di qualcuno è stata sminuita la portata della legge costituzionale n. 1 del 2022, la quale, in tesi, si sarebbe limitata a costituzionalizzare formalmente quanto, in realtà, faceva già parte del diritto costituzionale vigente, forse, paradossalmente, riducendone perfino le potenzialità⁴.

La stessa distinzione tra «revisione bilancio» e «revisione programma» e quella tra efficacia «dichiarativa» ed efficacia «costitutiva», specialmente se rapportate a una novella costituzionale di tale rilevanza, appaiono, tuttavia, discutibili. La trascrizione nella legge fondamentale di un principio riconosciuto dalla giurisprudenza o in altri testi normativi è già di per sé idonea ad avviare processi interpretativi e dinamiche di produzione di nuovo diritto dagli esiti non del tutto prevedibili. Si pensi soltanto alle conseguenze che – anche sul piano delle competenze legislative (per esempio, con l'invenzione da parte della Corte costituzionale della c.d. «chiamata in sussidiarietà» nella sent. n. 303 del 2003) – ha avuto la trascrizione nell'art. 118 Cost. del principio di sussidiarietà, da parte

del legislatore costituzionale del 2001, principio che era già stato introdotto, al livello sub-costituzionale, dalla legge n. 59 del 1997. Nel caso della legge costituzionale 1 del 2021, la «promozione» del diritto ambientale è avvenuta, peraltro, in una modalità inedita, intervenendo per la prima volta sulla parte della Costituzione contenente i principi fondamentali (che però non esauriscono il «nucleo duro», intangibile, dell'ordinamento costituzionale, il quale comprende anche le norme che riconoscono i diritti fondamentali e gli altri principi supremi, inespressi ma ricavabili dalla trama normativa dell'ordinamento⁵). Si tratta, in sostanza, di una riforma che non si limita soltanto a «mettere in sicurezza» orientamenti consolidati della Corte costituzionale e principi di diritto internazionale e dell'UE (operazione comunque utile per la garanzia della certezza giuridica), ma che ha anche un potenziale notevole, se si guarda ai contenuti delle nuove disposizioni costituzionali.

Deve aggiungersi, inoltre, che anche a una prima, generale osservazione, i nuovi enunciati inseriti nell'art. 9 presentano gradi diversi di *novità* rispetto al vigente «diritto costituzionale dell'ambiente»: se, infatti, la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi esprimono principi riconosciuti da tempo, peraltro con una terminologia che può contare su usi consolidati anche nel linguaggio giuridico (il che – lo si ribadisce – non preclude la possibilità che da tali enunciati possano scaturire nuove norme, grazie al gioco delle interrelazioni sistemiche con le altre disposizioni della Carta, espressive o meno di principi supremi), un impatto ordinamentale considerevolmente innovativo potrebbero avere, da un lato, il riferimento all'«interesse delle future generazioni» e, dall'altro, la riserva di legge statale relativa ai modi e alle forme di tutela degli animali. Proprio a questi contenuti si dedicherà attenzione nelle brevi notazioni che seguiranno.

³ Ancora M. CECCHETTI, *op. cit.*, pp. 26 ss.

⁴ Cfr., in senso critico e con diversi accenti, tra gli altri, L. CASSETTI, *salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *www.federalismi.it*, Paper, 23 giugno 2021, 1 ss.; T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, *ivi*, 23 giugno 2021, 1 ss.; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, *ivi*, 23 giugno 2021, 1 ss.; A.L. DE CESARIS, *Ambiente e Costituzione*, *ivi*, 30 giugno 2021, 1 ss.; G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, *ivi*, 1 luglio 2021, 1 ss.

In una diversa prospettiva v. I.A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, *ivi*, 30 giugno, 1 ss.; I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Diritto e conti*, 1/2021, spec. pp. 60 ss.; L. VIOLINI, G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, e G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, entrambi in O. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano, 7 ottobre 2021, il *Il diritto dell'economia*, numero monografico, STEM, Modena, 2021, rispettivamente pp. 32 ss. e pp. 157 ss.

⁵ Sul c.d. «nucleo duro» cfr., per tutti, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, spec. pp. 371 ss.; ID., «Nucleo duro» costituzionale e «teoria dei doveri»: prime considerazioni, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2006, spec. pp. 779 ss.; Q. CAMERLENGO, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali alla luce del comune nucleo essenziale*, *ivi*, pp. 21 ss.; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2015.

2. L'interesse delle generazioni future e la riserva di legge statale relativa ai modi e alle forme di tutela degli animali

Il riferimento alle generazioni future introdotto nell'art. 9 Cost. è contenuto in un enunciato la cui formulazione rivela la consapevolezza della complessità della prospettiva evocata dalla responsabilità intergenerazionale. L'uso dell'avverbio «anche» sottolinea, infatti, l'importanza di contemperare gli interessi delle generazioni future con quelli delle generazioni presenti, tenendo conto, peraltro, che l'idea delle prime è pur sempre – e inevitabilmente – una proiezione delle seconde⁶.

Anche in questo caso ci troviamo di fronte a un'istanza che ha trovato riconoscimento, da tempo, a livello internazionale: basti ricordare qui il Rapporto Brundtland del 1987, dal titolo «*Our common future*», al quale si deve la definizione classica del concetto di «sviluppo sostenibile» («uno sviluppo che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri»⁷), e la Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future, firmata il 12 novembre 1997 a Parigi dalla Conferenza generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura⁸.

Il richiamo alle generazioni future esprime l'esigenza di reagire al “presentismo” delle politiche pubbliche contemporanee, alla visione nichilista che orienta gran parte delle classi dirigenti attuali e non consente di distogliere l'attività di direzione politica dalla mera risoluzione di problemi contingenti, proiettandola in una prospettiva temporale di medio-lungo periodo. Si tratta di tendenze presenti da tempo, che la pandemia da Sars-CoV-2 ha solo accentuato.

La *finzione* rappresentata dall'interesse delle generazioni future è, dunque, utile a fornire un orizzonte di senso più ampio alle politiche pubbliche, anche al fine di porre limiti alle decisioni che possano produrre effetti irreversibili

sui beni comuni⁹. In tale prospettiva, il nuovo enunciato contenuto nell'art. 9 Cost., che vi fa cenno, potrebbe anche fungere da parametro di legittimità costituzionale, invalidando previsioni normative che dessero corpo a decisioni irreversibili, affette da manifesta “miopia politica” o tali da compromettere irrimediabilmente beni di interesse per le generazioni future: l'ambiente, il genoma umano, la biodiversità ecc.

Come si è argomentato in altre sedi¹⁰, un'analogia funzione avrebbe già potuto essere svolta dalla previsione del dovere di fedeltà alla Repubblica, contenuta nell'art. 54 Cost., intendendo tale situazione giuridica come il vincolo gravante su ogni cittadino a contribuire alla salvaguardia della continuità dell'ordinamento repubblicano nell'identità dei suoi principi ispiratori. Riflettendo la naturale pretesa dell'ordinamento stesso alla propria continuità, il dovere di fedeltà avrebbe potuto essere inteso come il fondamento costituzionale della responsabilità intergenerazionale con riguardo alla continuità del patrimonio politico-culturale della Repubblica. Una lettura che non è stata accolta in giurisprudenza ma che adesso, dopo la legge costituzionale n. 1 del 2022, potrebbe trovare un riferimento normativo esplicito tra i principi fondamentali.

Meno efficace appare, invece, la nuova disposizione dell'art. 9 Cost. in base alla quale «la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»: si tratta, com'è stato notato¹¹, di una riserva di legge che si limita a un'attribuzione di competenza esclusiva al legislatore statale e che, pertanto, avrebbe trovato una sua sede più congeniale nell'art. 117, secondo comma, Cost.; inoltre, il mancato riferimento al carattere “senziente” degli animali rischia di «confondere la mappatura dei valori costituzionali di cui si propone la positivizzazione»; infine, una siffatta attribuzione di competenza potrebbe determinare un irrigidimento eccessivo (a favore del legislatore statale) del sistema di distribuzione delle competenze in una materia – quella appunto della tutela degli animali – nella quale la legislazione regionale finora ha offerto una valida protezione. D'altro canto, l'inserimento di una siffatta riserva di legge tra i principi fondamentali potrebbe anche ispirare letture del testo costituzionale volte a ridefinire i bilanciamenti tra i valori in campo, legittimando, per esempio,

⁶ Sul punto, sia consentito rinviare al mio *Ritorno al futuro. La prospettiva intergenerazionale come declinazione necessaria della responsabilità politica*, in *www.costituzionalismo.it*, 3/2021, spec. pp. 97 ss.

⁷ Tale definizione è stata accolta in tutte le conferenze e i documenti successivi; per tutti, si veda ora l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile «Trasformare il nostro mondo», adottata dai Governi dei Paesi membri delle Nazioni Unite in occasione del *Summit sullo Sviluppo Sostenibile* del 25-27 settembre 2015.

⁸ Su tale Dichiarazione cfr., tra gli altri, M.R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, Napoli, 1999; C. ZANGHÌ, *Per una tutela delle generazioni future*, in *Jus*, 1999, p. 638; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, FrancoAngeli, Milano, 2008, pp. 27 ss.

⁹ Si veda, se si vuole, ancora il mio *Ritorno al futuro. La prospettiva intergenerazionale come declinazione necessaria della responsabilità politica*, cit., pp. 76 ss.

¹⁰ Oltre al citato *Ritorno al futuro. La prospettiva intergenerazionale come declinazione necessaria della responsabilità politica*, cit., spec. pp. 93 ss., cfr., se si vuole, il mio *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. 199 ss.

¹¹ Per tutti i rilievi riportati nel testo cfr. M. CECCHETTI, *op. cit.*, pp. 39 ss.

forme di protezione più rigorose degli animali domestici o di quelli sottoposti ad attività di sperimentazione. Tali sviluppi, tuttavia, come la concreta definizione dei bilanciamenti nella cornice assiologica tracciata dal nuovo art. 41 Cost., sono rimessi al legislatore e alla Corte costituzionale. E, peraltro, com'è stato notato, si tratta di bilanciamenti che appartengono «alla nostra storia costituzionale nei termini e nelle forme che la Corte costituzionale ha cercato di sintetizzare in una giurisprudenza ormai consolidata e che è stata nella sostanza riconfermata all'indomani della introduzione nell'art. 117 Cost. comma 2, lett. s) del compito affidato in via esclusiva allo Stato di tutelare "l'ambiente, l'ecosistema e i beni culturali" a seguito della riforma costituzionale del Titolo V, parte II Cost. (l. cost. n. 3/2001)»¹².

3. *L'inedita modifica di un principio fondamentale*

Qualche parola merita, infine, la circostanza (inedita) che si sia modificato un principio fondamentale, il che costituisce un precedente che potrebbe essere richiamato in occasione di proposte di revisione non altrettanto condivise e condivisibili come quella della legge costituzionale n. 1 del 2022.

Secondo quanto sostenuto dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (soprattutto a partire dalla nota sent. n. 1146 del 1988), il «nucleo duro» dell'ordinamento costituzionale, rappresentato dai principi supremi e dalle disposizioni che riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili della persona umana, resisterebbe perfino al procedimento aggravato previsto dall'art. 138 Cost. In base a tale indirizzo, la parte di Costituzione espressiva dei suddetti contenuti non sarebbe del tutto intangibile, in quanto a dover essere protetto dal legislatore sarebbe solo il «contenuto essenziale» degli stessi principi supremi e delle previsioni normative inerenti ai diritti fondamentali. Secondo una tesi proposta da un'autorevole dottrina, la difesa di tale «contenuto essenziale» implicherebbe il divieto di *revisioni in senso regressivo*, volte a reintrodurre principi e regole appartenenti al precedente regime autoritario, *negato* dalla Costituzione repubblicana¹³. Tale assunto muove dalla premessa che la Costituzione vigente rappresenti l'atto fondativo di un ordinamento *migliore* del precedente e dalla convinzione che la superiorità etica

dell'ordinamento repubblicano possa preservarsi anche nel processo evolutivo che inevitabilmente coinvolge ogni ordinamento, in ragione delle trasformazioni sociali, economiche, politiche, culturali che investono tutti i gruppi sociali. In base al criterio indicato risultano insostenibili e, quindi, illegittimi tutti gli emendamenti idonei a provocare un depauperamento degli strumenti giuridici di garanzia e di promozione dell'eguaglianza e della libertà, la cui ragionevole composizione costituisce l'aspirazione ideale della democrazia pluralista¹⁴.

Adottando siffatto criterio, non sembra esservi dubbio sulla coerenza dei principi introdotti dalla legge costituzionale n. 1 del 2022 con la tavola dei valori costituzionali dell'ordinamento repubblicano; e ciò al netto delle inevitabili incertezze che accompagnano ogni intervento riformatore, il quale non può che rivelarsi privo di effettività se non è seguito da un adeguato processo attuativo che ne sviluppi le potenzialità.

¹² Così L. CASSETTI, *op. cit.*, 2 s.

¹³ Cfr. G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano, p. 1206.

¹⁴ Cfr. R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza* (2000), trad. it., Feltrinelli, Milano, 2002, p. 139; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 43 ss. e 85 ss.

La modifica dell'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali

di ALFONSO VUOLO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il testo della l. cost. n. 1 del 2022. – 3. Il riparto delle competenze. – 4. La tutela degli animali nel diritto dell'Unione. – 5. Il valore della riforma costituzionale.

1. Premessa

Il rapporto tra uomini e animali, si sa, è mutevole, essendo contraddistinto da infinite modalità: ci cibiamo degli animali; li ammazziamo per puro diletto con la caccia; ci vestiamo delle loro pelli; li usiamo come mezzi di locomozione e di lavoro; ci gioiamo della loro compagnia; li adoriamo come divinità; li amiamo e saremmo disponibili a morire per garantire la loro sopravvivenza¹.

È un caleidoscopio di relazioni che è impossibile ricondurre ad unità anche lungo i due assi del tempo e dello spazio. Del tempo perché è inarrestabile il processo di trasformazione delle relazioni uomo-animale impresso dal mutare delle condizioni economiche e sociali anche in ragione del progredire delle acquisizioni scientifiche. Dello spazio perché nello stesso momento storico è differente l'approccio culturale nell'area geografica in cui il tema è posto (si pensi solo al convincimento religioso sugli animali o, meglio, su alcuni animali che contraddistinguono l'esperienza di taluni Paesi).

Questa complessità e molteplicità di relazioni, inevitabilmente, si riflette anche nel campo della produzione normativa e si amplifica sul piano delle disposizioni costituzionali, stante il loro elevato coefficiente di elasticità.

È ragionevole, però, che in queste ultime si tragga qualche indirizzo di fondo, volto ad orientare l'attività del legislatore nei vari settori dell'ordinamento.

Tuttavia, non può sottacersi che la cornice delle relazioni istituzionali sia molto più articolata rispetto, per fare un esempio, all'Italia dello Statuto albertino e del Codice Zanardelli, allorché, con un qualche artificio retorico, si sosteneva che il legislatore era unico ed onnipotente. Oggi il fenomeno della produzione

normativa è distribuito su più livelli: non solo sul piano interno, dove accanto al Parlamento si pongono le assemblee regionali, ma anche nella dimensione sovranazionale.

In effetti, anche il tema della protezione degli animali non si sottrae all'inquadramento nella cd. tutela multilivello dei diritti, pur con gli adattamenti necessari.

Le regole giuridiche, ovviamente, risentono delle conflittualità ideologiche che si annidano sul tema: da un lato, l'antropocentrismo applicato agli animali per cui questi sono tutelati se e in quanto soddisfano interessi degli uomini (anche se di natura meramente sentimentale); dall'altro, l'animalismo (per mutuare una suggestione risalente alla *Fattoria degli animali* di George Orwell) come corrente di pensiero che vuole gli animali soggetti di diritto a tutto tondo.

2. Il testo della l. cost. 1 del 2022

La legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, considerata nel suo complesso, non è specificamente tesa a inserire nel dettato costituzionale la tutela degli animali quanto ad elevare a principio fondamentale la protezione dell'ambiente².

Innanzitutto, va segnalato che tra la proposta originaria e quella deliberata in prima lettura al Senato (e che non sarà più modificata) vi è uno scarto sensibile³.

È dato rilevare, per alcuni versi, tangibili miglioramenti e, per altri, vere e proprie aporie.

Innanzitutto, è stato opportuno lo stralcio di quello che sarebbe divenuto il quarto comma dell'articolo 9, in quanto conteneva alcune precisazioni decisamente ridondanti: infatti, dopo aver stabilito al terzo comma che *“la Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi”*, al quarto comma prevedeva, in maniera pletorica, che *“la Repubblica persegue il miglioramento delle condizioni dell'aria, delle acque, del suolo e del territorio, nel complesso e nelle sue componenti. La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi costituisce diritto fondamentale della persona e della collettività ed è fondata sui principi di precauzione, azione preventiva, responsabilità e correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente. La Repubblica promuove le condizioni necessarie a rendere effettivo tale diritto”*. Soltanto, invece, al quinto comma era relegata la disposizione che qui più ci interessa: *“La Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti e ne promuove e garantisce il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche”*.

¹ Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

² F. FASANI, *L'animale come bene giuridico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2017, par. 1.

³ Y. GUERRA – R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5, 2021, pp. 109 e ss.

⁴ Atto Senato n. 212, XVIII legislatura.

In effetti, l'ipotesi quarto comma non scioglieva alcuni nodi problematici: anzi, ne aggiungeva altri come, solo per fare un esempio, la tutela della biodiversità come diritto fondamentale della persona e della collettività.

Non pare che dal dibattito in sede parlamentare sia affiorata adeguata consapevolezza su tali profili. In ogni caso, lo snellimento del testo, in questa parte, si è rivelato opportuno.

Qualche riserva, invece, può formularsi sullo stralcio del terzo comma dell'art. 1 del progetto di riforma nella parte in cui si stabiliva che: *“La Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti e ne promuove e garantisce il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche”*.

Il mantenimento di questa disposizione, in effetti, avrebbe comportato una precisa scelta di campo. Tuttavia, il “vuoto” determinato dalla soppressione di questa disposizione è circoscritto, perché soccorre la previsione dell'art. 13 TFUE sulla quale si dirà più avanti.

3. Il riparto delle competenze

Una critica non superabile, invece, è costituita dall'oggettivo arretramento che si registra riguardo all'allocazione delle competenze sul piano legislativo. Infatti, la proposta originaria interveniva – coerentemente con l'impianto costituzionale, almeno sotto il profilo formale – sull'art. 117, inserendo la tutela degli animali alla lettera s) del secondo comma, accanto alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, facendo sì che in questo settore vi fosse la sola competenza esclusiva dello Stato (ferma la possibilità di delega regolamentare ai sensi del successivo sesto comma).

Nel testo definitivamente deliberato, in effetti, è venuta meno la modifica dell'art. 117 ma non è stata pretermessa la necessità di allocare la competenza. Accade però che questa sia ora inserita nel terzo comma dell'art. 9 ove si registrano due nuovi elementi: accanto alla previsione secondo la quale *“la Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi”*, si aggiunge *“anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”*.

È impropria la scelta compiuta, che si inserisce in un più ampio filone, risalente all'esperienza della l. cost. 3 del 2001, con riguardo alla quale si è opportunamente discusso di “erraticità delle collocazioni”, “incongruenze e dimenticanze”, “evidenti errori materiali”⁴.

Si tratta, in effetti, di un corto circuito topografico, logico, pratico.

Topografico perché l'allocazione delle competenze avrebbe dovuto essere reallizzata all'interno dell'art. 117, come originariamente previsto, attenendo a un

profilo di stretta distribuzione delle competenze e non alla funzione di garanzia tipica delle riserve di legge contenute tra i principi fondamentali⁵.

Logico in quanto lo scorporo della semplice “tutela degli animali” “dalla tutela della biodiversità” non ha più alcun senso se non accompagnata dalla previsione che questi esseri sono senzienti. C'è il rischio che gli animali ritornino, per alcuni versi, ad avere rilievo esclusivamente come “fauna” o come fattore di biodiversità e degli equilibri ecosistemici.

Pratico poiché è molto poco credibile che la congetturata competenza esclusiva dello Stato estrometta il legislatore regionale, specie alla luce della notevole produzione normativa da questi finora sviluppata in argomento.

Sarebbe stato più utile limitarsi alla prima parte del terzo comma, fissando con il termine “Repubblica” il compito comune di tutte le articolazioni istituzionali nel tutelare la biodiversità, che include anche la tutela degli animali.

Ma, invero, la ipotetica totale attribuzione della disciplina allo Stato sembra sconfessata dallo stesso dato testuale, non essendo assegnata la competenza legislativa riguardo alla tutela degli animali *sic et simpliciter* ma limitatamente ai “soli” modi e forme di questa.

Tale precisazione implica una delimitazione che prelude, evidentemente, ad una costante presenza delle Regioni nella disciplina della materia, come già realizzata dopo l'entrata in vigore della l. 281 del 1994, che si è auto qualificata *“legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo”*, a dimostrazione di una competenza concorrente in materia, suffragata da alcune decisioni della Corte⁶.

La protezione degli animali identifica, quanto meno, un “interesse” ascrivibile alle materie di sicura spettanza regionale.

È difficile immaginare che la l. cost. n. 1 del 2022 determini, almeno sul piano formale e al netto di indirizzi giurisprudenziali, una inversione di rotta rispetto alla più recente esperienza contraddistinta per un ampliamento dei compiti delle Regioni in ambito normativo.

⁵ Si consideri che l'art. 3 del testo di riforma aggiunge che: *“1. La legge dello Stato che disciplina i modi e le forme di tutela degli animali, di cui all'articolo 9 della Costituzione, come modificato dall'articolo 1 della presente legge costituzionale, si applica alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi statuti”*.

⁶ Corte cost., 24 giugno 2003, n. 222, riguardo alla detenzione di animali esotici, ascrivibile alla tutela della salute. Corte cost., 11 giugno 2004, n. 166, con riferimento alla tutela degli animali sottoposti a sperimentazione a scopo scientifico e didattico rientrante nella materia *“ricerca scientifica”*, egualmente di tipologia concorrente, e non, come sostenuto nell'occasione dalla regione, nella materia innominata *“rapporti tra uomo e specie animali”*, annoverabile, in quanto tale, nella competenza residuale.

⁴ A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010, 143.

Lungo questo crinale non può trascurarsi che numerosi statuti annoverano, tra i principi fondativi dell'ordinamento regionale⁷, la tutela degli animali, pur declinata in vario modo: diritti degli animali; corretta convivenza con l'uomo; cultura del rispetto degli animali; contrarietà ad ogni forma di maltrattamento e di atti crudeli. Non pare che queste disposizioni possano essere confinate nel limbo delle enunciazioni prive di rilievo giuridico vincolante per gli organi regionali⁸.

Ciò a dimostrazione di un processo dal "basso" in cui gli enti intermedi si fanno promotori del processo di tutela, tuttora in corso, analogamente a quanto accaduto in altre esperienze ordinamentali: ad esempio, in Svizzera dove la sedimentazione di una ampia legislazione cantonale ha favorito la successiva modifica costituzionale in argomento. Si tratta di processi ascensionali che sublimano, nel nostro caso, il "modo di essere della Repubblica", per riprendere una felice espressione di Giorgio Berti, della Repubblica democratica come formidabile sintesi tra Stato centrale e comunità territoriali⁹.

Pur nella diversità di accenti, le disposizioni statutarie convergono nel richiamare le convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione europea, sulle quali è utile qualche cenno.

4. La tutela degli animali nel diritto dell'Unione

In ambito europeo sul tema si è sviluppato una corposa normazione di rango primario¹⁰.

Dopodiché, la *ratio* sottesa a tali interventi è assunta al vertice dell'ordinamento europeo, al c.d. diritto convenzionale, in quanto l'art. 13 del TFUE stabilisce che: "Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione, (...) l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti". Gli animali non sono più considerati come *res* (beni mobili, secondo la risalente tradizione civilistica), ma come essere

senzienti in grado di soffrire, godere, apprendere, provare emozioni e, in quanto tali, meritevoli di vedere protetto il proprio benessere.

Riguardo al tipo e all'ambito della tutela vengono in evidenza tre elementi.

Può, intanto, notarsi che il benessere degli animali deve essere considerato limitatamente a taluni settori in cui i Trattati assegnano all'Unione una competenza prevalentemente concorrente: agricoltura, pesca, trasporti, mercato interno, ricerca, sviluppo tecnologico e dello spazio. Dunque, è perimetrato il campo di azione in cui il citato art. 13 dispiega i suoi effetti.

Inoltre, il benessere dell'animale, ancorché senziente, non configura un principio inderogabile; è, piuttosto, uno degli *obiettivi* da considerare nella definizione delle politiche dell'Unione nei settori prima citati¹¹. Del resto, a rifletterci, proprio la materia pesca implica la possibilità di cibarsi della fauna ittica.

Per di più la disciplina concreta deve rispettare nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale¹².

Se ne ricava che è insito nella previsione un importante criterio di metodo: la tecnica del bilanciamento tra i vari interessi meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento.

D'altronde, analogamente accade con riferimento alla tutela dell'ambiente: l'art. 11 TFUE dispone, infatti, che: "Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile"¹³. Come si intuisce, in ambito europeo non è affatto coltivata la visione integralista o utopistica che delinea un interesse ambientale prevalente, se si vuole tirannico, ma esso è uno degli interessi, tra i tanti, da ponderare nella definizione delle politiche concrete¹⁴.

In ogni caso, di questo blocco normativo europeo bisogna tenere conto, considerato che esso si immette nel nostro ordinamento al livello più alto travolgendo le fonti interne, con la sola eccezione dei principi supremi della Costituzione.

⁷ Possiamo ricordare: Campania, Marche, Abruzzo, Lombardia, Basilicata, Toscana, Piemonte, Lazio.

⁸ Il riferimento è alle sentenze della Corte nn. 372, 378 e 379 del 2004.

⁹ G. BERTI, Art. 5, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, vol. I, Bologna – Roma, 1975.

¹⁰ Solo per limitarci a qualche cenno: direttiva 98/58 sulla protezione degli animali negli allevamenti; regolamento 1/2005 sulla protezione degli animali durante il trasporto; regolamento 1009/2009 sulla protezione degli animali durante l'abbattimento; direttiva 2010/63 sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici; regolamento 1523/2007 sul divieto di commercializzazione di pellicce di cani e gatti; regolamento 1223/2009 sul divieto di sperimentazione degli animali per testare prodotti cosmetici.

¹¹ M. LOTTINI, *La tutela degli animali d'affezione tra diritto italiano ed europeo*, in *Rivista quadri-mestrale di diritto dell'ambiente*, 1, 2017, pp. 109 e 110.

¹² Vi è una chiara eco di queste disposizioni nell'art. 19-ter disp. coord., c.p.

¹³ Analogamente prescrive l'art 37 della CDFUE.

¹⁴ M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi congiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3, 2021, spec. p. 290.

5. Il valore della riforma costituzionale

Come è espressamente ammesso nella relazione alla proposta, la legge cost. n. 1 del 2022 non produce effetti dirompenti, calandosi in un contesto normativo (ai vari livelli, dal sovranazionale al locale) in cui una linea direttrice era già stata tracciata da tempo. La novella costituzionale potrebbe ascrivere, pertanto, al novero delle “revisioni bilancio”, ovvero quelle dotate di un valore simbolico, in quanto razionalizzano in ambito costituzionale ciò che si è largamente realizzato sul piano legislativo e giurisprudenziale.

Ciò detto, non mi pare nemmeno che possa essere sottostimata la *vis* innovativa del testo di riforma.

Innanzitutto, non trascurerei la collocazione – per quanto impropria – della novella nel circolo dei principi fondamentali che, di per sé, dispiega una sua influenza nell'interpretazione delle disposizioni giuridiche sottostanti: orienta l'attività del legislatore ma indirizza soprattutto i giudici, che, nel dubbio, devono privilegiare, tra i vari significati possibili delle disposizioni da applicare, l'interpretazione più coerente con il dettato costituzionale. Ad esempio, non sorprenderebbe che la modifica dell'art. 9 possa favorire un nuovo indirizzo in materia di riconoscimento anche del danno non patrimoniale per il proprietario di un animale ucciso da terzi¹⁵.

Inoltre, la riforma traccia una linea di demarcazione netta tra passato e futuro, nel senso che sarà molto problematico per il legislatore ordinario rivedere *in peius* la normativa finora elaborata per la protezione degli esseri animali: si tratta di altri termini di un livello minimo di tutela pressoché intangibile. Non solo per il legislatore ordinario ma anche per il corpo elettorale: ad esempio, potrebbe essere preclusa l'abrogazione per via referendaria delle norme penali a tutela degli animali, in quanto queste costituirebbero un presidio minimo per la protezione del nuovo interesse assunto alla dimensione costituzionale (limite c.d. delle norme costituzionalmente necessarie¹⁶).

La riforma, in realtà, sul fronte della protezione degli animali deve essere saggiata in un orizzonte visuale più ampio. Non pare casuale la collocazione nell'art. 9 della Costituzione, lì dove vengono implementate sul piano formale le esigenze

di tutela dell'ambiente, della biodiversità degli ecosistemi. Dico sul piano formale, perché, come noto, nella giurisprudenza pluridecennale della Corte, la tutela del paesaggio, testualmente prevista, ha assorbito anche la nuova esigenza della salvaguardia dell'ambiente con la conseguenza per questo di trovare il suo specifico fondamento nella Carta secondo il diritto costituzionale vivente¹⁷. Assorbimento non immune da contrapposizioni: basti pensare – solo per fare un cenno – alla potenziale collisione tra la installazione di pale eoliche, volte alla produzione di energia pulita, e la conservazione del paesaggio.

In effetti, l'esplicito riferimento alla protezione dell'ambiente, per effetto della revisione costituzionale ora compiuta, costituisce una sorta di (definitiva) emancipazione dell'interesse ambientale da quello paesaggistico.

Ma non è solo questo.

La “*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*”, già presente nell'art. 117, non è stata finora reputata un'endiadi: secondo la Corte, infatti, “con la tutela dell'ambiente si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'*habitat* degli esseri umani, mentre con la tutela dell'ecosistema a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé”¹⁸.

Gli elementi ignoti al testo costituzionale, prima della modifica, sono due: *a*) la tutela della biodiversità, che racchiude tutte le forme di vita, compresa quella degli animali; *b*) la circostanza che la tutela della biodiversità, unitamente a quella dell'ambiente e degli ecosistemi, siano proiettate alla salvaguardia “*anche degli interessi delle future generazioni*”. Responsabilità intergenerazionale che, finora, la Corte ha richiamato nella sua giurisprudenza con specifico riferimento all'equilibrio di bilancio imposto dal novellato art. 81 della Costituzione.

Si configura una varietà di situazioni giuridiche che pretendono necessariamente il ragionevole componimento attraverso soluzioni adeguate, escogitate dagli enti legislativi, prima, e dagli apparati amministrativi, poi, per essere eventualmente sottoposte al vaglio degli organi giurisdizionali, infine.

Non sfugge che in questo processo sia insito il rischio di una relativizzazione delle situazioni giuridiche che abbiano riconoscimento sul piano costituzionale, ma non potrebbe essere altrimenti. È un tratto distintivo del costituzionalismo moderno, al quale è sottesa non tanto una lotta *per* i diritti ma una lotta *tra* diritti.

Il terzo comma dell'art. 9 della Costituzione può essere, in questa ottica, una previsione densa di conseguenze giuridiche inedite: alla “revisione bilancio”

¹⁵ Tema sul quale non è univoca la posizione della giurisprudenza. Vero è che il riconoscimento del danno sarebbe a tutela del diritto inviolabile della persona umana costituzionalmente tutelato, come sancito anche da ultimo da qualche giudice comune Tribunale di Novara, 24.3.2020; *contra* Cassazione civile, VI, 23.10.2018, n. 26770, con la conseguenza che l'animale sarebbe l'oggetto della condotta illecita.

¹⁶ Da ultimo, ad esempio, si veda Corte cost., 16 febbraio 2022, n. 56.

¹⁷ Per più ampi ragguagli, A. VUOLO, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos*, 1, 2022.

¹⁸ Corte cost., 23 gennaio 2009, n. 12.

si affianca il carattere di “revisione programma” volta a fondare un’evoluzione dell’ordinamento nel senso di assicurare un equilibrio convincente tra le varie forme di vita presenti sul Pianeta: uomini, animali e vegetali di questa fase storica e delle successive¹⁹. Ciò, si badi, non comporta una equiparazione di *status* fra la specie umana e le altre. Anzi all’interno dello stesso regno animale sono plausibili differenziazioni di trattamento. Equilibrio, per di più, che non può essere cristallizzato una volta e per sempre, ma necessita di continui aggiornamenti a seconda degli andamenti di ciascuna variabile e tenendo conto delle acquisizioni scientifiche che maturano nel corso del tempo.

È questa l’ispirazione di fondo della revisione costituzionale compiuta.

La storia di quest’ultimi secoli ci consegna il dato che la specie umana ha avuto un incremento considerevole a svantaggio delle altre.

Si delinea, dunque, un evidente paradosso. Da un lato, l’uomo che altera gli equilibri plurisecolari della natura: è stato plasticamente notato che in alcuni decenni siamo passati dai “campi di sterminio” allo “sterminio dei campi”²⁰. Dall’altro, però, è imprescindibile affidarsi proprio all’uomo in quanto unico essere razionale in grado di poter garantire a tutti una vita possibile e futura sulla Terra.

Si tratta di assumere scelte razionali, di prevenire l’irreparabile, con ponderazione rifuggendo da estremismi di qualsivoglia provenienza. Se così non fosse, sarebbe proprio l’uomo a pagarne le conseguenze più pesanti.

A ben vedere, vi è una sorta di trasfigurazione nell’art. 9 della Costituzione, perché alla dimensione estetica e identitaria, insita innegabilmente nella tutela del paesaggio e nel patrimonio storico artistico della Nazione, si affianca, prevalendo, un significato più profondo che ci interroga sulla nostra stessa ragione di trovarci su questo piccolo punto sospeso nell’infinità dell’Universo²¹.

Sulla dimensione culturale ed estetica del paesaggio, propria delle scienze umanistiche, si innesta il tema ambientale ma non ristretto al suo rilievo biologico/chimico, insomma tecnico, caratteristico delle scienze esatte²², con la conseguenza che, per il tramite dell’equilibrio naturale (e pur con le approssimazioni

di cui abbiamo detto), aleggia tra i principi fondamentali della Carta un afflato, una ispirazione di fondo sul futuro delle nostre vite e delle generazioni che ci seguiranno.

È innegabile, però, che il tema continuerà a risentire di una insopprimibile impronta antropocentrica, se non altro perché è l’uomo – e solo lui – a poter determinare una inversione di tendenza²³.

¹⁹ M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi congiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., spec. p. 289.

²⁰ S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento*, Torino, 2012, p. 79 e riferimenti bibliografici ivi indicati.

²¹ Per una critica serrata alla riforma si veda G. DI PLINIO, *L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente*, in www.federalismi.it, 1° luglio 2021.

²² In argomento P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in www.giustiziainsieme.it.

²³ Tra gli altri, G. GEMMA, *Costituzione e tutela degli animali*, in www.forumcostituzionale.it, 27 aprile 2004.

Le “generazioni future” come paradigma interpretativo dell’articolo 9 Cost.

di FRANCESCO CLEMENTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. L’articolo 9 e le sue interpretazioni. – 2. L’art. 9 e l’art. 41: le ragioni di una riforma e le loro conseguenze sul piano costituzionale. – 3. Le “generazioni future” come nuovo paradigma interpretativo dell’intero articolo 9.

1. *Introduzione. L’articolo 9 e le sue interpretazioni*

Storicamente, ma soprattutto negli ultimi venti anni, vi è stata una costante e progressiva crescita del numero dei testi costituzionali di tipo democratico che hanno inteso inserire principi e diritti ambientali in quelle carte, mostrando così con palese chiarezza la definitiva affermazione dell’evoluzione del diritto ambientale in Europa e, del pari, nel mondo.

Questa dinamica ha evidenziato, così, tanto il superamento di quella concezione della protezione dell’ambiente limitata, per lo più, a disposizioni generali o semplicemente strumentali, quanto l’affermazione potente e sempre più solida della centralità dei valori ambientali nella struttura dei sistemi costituzionali di tipo democratico.

Anche il nostro Paese, in questo quadro, non ha fatto eccezione rispetto a questo percorso.

Tuttavia l’esperienza italiana entra in questo ragionamento a partire da una situazione nella quale il tema ambientale è entrato con forza solo come parte di un “basket” di beni previsti dall’art. 9 della Costituzione assai diversi tra loro, quali cultura, ricerca scientifica e tecnica, paesaggio e patrimonio storico-artistico della Nazione e poi, appunto, più di recente, l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi.

Questi infatti, se da un lato rappresentano una sintesi – essenziale, pur molto efficace – di tutto ciò che serve per favorire lo sviluppo della personalità dei singoli individui, facendo accrescere i comuni vincoli di appartenenza culturale – quell’essere “italiano” che ci rende tanto speciali, come ci dicono spesso i non-italiani –, dall’altro, invece, rendono i valori che ciascun lemma in sé esprime più

deboli, in quanto non specificamente perimetrati in modo autonomo e a se stante, protetti insomma come si meriterebbero.

La grande novità allora è stata infatti quella che la Costituente venne a riconoscere, ossia che non si potevano affidare solo all’arte e alla scienza – che sono beni tutelati dall’articolo 33 della Costituzione come noto – il pieno sviluppo delle libertà individuali. Ma che, al contrario, serviva allargare e dilatare le potenzialità dei singoli nella crescita di sé anche ad altro; in particolare, appunto, a partire innanzitutto dagli ulteriori elementi individuati nell’art. 9.

Eppure, a lungo, questo articolo è rimasto “zitto e muto”, espressione di un insieme di principi per lo più di tipo programmatico, cioè senza un vero e proprio valore capace di vincolare chi fa le norme, ossia il Parlamento e il Governo, e chi è chiamato ad utilizzarle dentro un conflitto tra parti, ossia un giudice.

Poi, invece, negli anni Settanta del secolo scorso, il “ghiaccio” che aveva bloccato queste norme si è progressivamente scongelato di fronte ad una nuova sensibilità che la società stava iniziando ad avere nei confronti della cultura, del paesaggio e dell’ambiente.

Accadde quindi che quei principi, considerati puramente programmatici e non vincolanti, iniziarono ad assumere invece un valore normativo, rafforzati via via da regole e strumenti legislativi che si consolidarono; al punto tale da portare nel 1974 alla nascita di un apposito Ministero per i beni culturali e ambientali e, poi, nel 1977, a dare compiti e funzioni anche in materia culturale, ambientale e paesaggistica alle Regioni ordinarie che stavano guadagnando definitivamente una vita propria.

Quelli furono anni importanti che vennero poi irrobustiti dalle sentenze della Corte costituzionale che riconobbe il “valore bellezza” – anche estetico-culturale del nostro paesaggio non più vissuto a mo’ di semplice “cartolina”... – come un valore primario nel contesto dell’ordinamento, legando indissolubilmente lo sviluppo e la crescita della comunità umana con quello dell’ambiente che la circonda.

La tutela e la valorizzazione delle attività culturali, anche perché parti integranti del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione, divennero quindi elementi imprescindibili e nuovi di un’idea più ricca dell’ “essere italiani”. Di modo che, ancora una volta, il compito della Repubblica divenne allora – ed è ancora oggi – quello di garantire in modo attivo il pluralismo culturale del nostro Paese.

In questo quadro, tanto le bellezze naturali non sono quindi più semplici espressioni di paesaggio ma assumono una dimensione più ampia, divenendo sintesi dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio italiano, quanto, del pari, i beni culturali non sono semplicemente manufatti, ma

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

mostrano il legame stretto che vi è tra quelle opere e la cultura che incorporano in riferimento alla storia della civiltà e del costume anche locale.

2. *L'art. 9 e l'art. 41: le ragioni di una riforma e le loro conseguenze sul piano costituzionale*

Su questo sfondo, che disegna in modo concentrico una vera e propria "Costituzione culturale" all'interno del testo della stessa Costituzione, evidenziando il ruolo che questa ha per favorire il pieno rafforzamento dei diritti dei singoli individui e il consolidamento dei percorsi di costruzione dell'identità italiana, la recente approvazione del terzo comma con l'introduzione de "l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi" nonché dei "modi e le forme di tutela degli animali" rafforza ulteriormente l'idea di un Paese – il nostro – frutto di un combinato unico e magnifico, potente e ricco, di tanti elementi. Che lo rendono appunto speciale e bello, non solo ai nostri occhi di italiani. Ma anche - se non soprattutto - di quelli che italiani non lo sono.

In questo quadro, allora, le conseguenze sul piano costituzionale derivanti dalla modifica dei Principi fondamentali della Carta costituzionale introdotti dalla legge costituzionale n. 1 del 2022 - che, approvata con al maggioranza dei due terzi dei componenti è appunto intervenuta sugli articoli 9 e 41 della Costituzione per introdurre la tutela dell'ambiente nelle loro previsioni, definendo in particolare un nuovo comma all'articolo 9 della Costituzione – pongono all'interprete innanzitutto un grande tema: come leggere in modo adeguato un articolo che, introducendo il principio di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, nei fatti trasforma la tutela dell'ambiente come uno strumento, anzi un fattore, di solidarietà intergenerazionale? Questa è la sfida.

E tale va colta nella sua essenza, ossia guardando all'insieme di tutti questi beni – non soltanto quelli nuovi, introdotti nel comma 3 dell'art. 9 - in nome e per conto innanzitutto delle "future generazioni".

Sempre di più, infatti, tenuto conto del radicale mutamento dell'ordine dei problemi (basti pensare allo sconvolgimento climatico o a quello demografico) il diritto è messo di fronte al dovere di pensare al futuro: di renderlo possibile, evitando di far sì che ogni generazione si comporti come se fosse l'ultima. E dunque non scaricando sul futuro, e su chi sarà chiamato a viverlo, gli effetti irreversibilmente negativi delle scelte attuali.

Tutelare le "generazioni future" vuol dire allora, ed innanzitutto, ridurre al minimo quelle "minacce" intergenerazionali – da qui, non a caso, anche la tutela degli animali – di cui ogni tempo, in fondo, può essere pericolosamente portatore.

In questa logica, e da una prospettiva prevalentemente collocata nell'ambito della materia ambientale e, in particolare, in quella relativa all'utilizzo delle risorse naturali, il principio di sostenibilità allora sembra essersi definitivamente "emancipato", giungendo a sollecitare più attente riflessioni anche nei generali ambiti dell'organizzazione sociale ed economica delle collettività.

In altre parole, il problema della sostenibilità – da elemento pre-giuridico di confronto politico, di studio sociologico e talvolta, addirittura, di richiamo morale – assume concreta consistenza e dimensione propria della categoria giuridica, presentandosi così come il cuore di un nuovo modello di relazione sociale – e dunque anche imprenditoriale, non a caso il legame con la novella introdotta nell'art. 41 – che fa dello sviluppo sostenibile teso a garantire sempre e comunque l'interesse delle future generazioni come la prospettiva più efficace del confronto pubblico.

3. *Le "generazioni future" come nuovo paradigma interpretativo dell'intero articolo 9*

Pertanto, era inevitabile che il concetto di generazioni future acquistasse un ruolo di tipo nuovo.

La sua crescente rilevanza all'interno del diritto costituzionale lo sta imponendo infatti quale paradigma sempre più solido di un percorso normativo che ha l'obiettivo di allineare l'ordinamento giuridico, le sue logiche e i suoi dispositivi al principio dello sviluppo sostenibile.

E' quindi necessario introdurre una prospettiva intergenerazionale in primo luogo nelle dinamiche di relazione, anche economiche, capace di offrire una protezione agli uomini e alle donne di là da venire. Per questo il sistema delle imprese, con lungimiranza, può e deve ispirare - dentro il dialogo tra gli articoli 9 e 41 Cost. che questa riforma prevede - una "riconversione" verso il rafforzamento e lo sviluppo di proposte e soluzioni economiche per il cittadino orientate sempre e comunque alla tutela delle future generazioni. Perché nel loro interesse vi è, in fondo, l'interesse di ciascuna impresa che guarda al futuro, compreso il suo.

Al tempo stesso - ma per noi "comunità di interpreti" del testo costituzionale di certo mettendolo in cima alle priorità - è necessario introdurre del pari una prospettiva intergenerazionale nella lettura del testo costituzionale, posto che il senso vero che impone la novella di questo articolo è quello di tentare comunque una difficile ricomposizione di questioni, prospettive ed interessi che essa contiene.

Così, appoggiandosi sempre di più e meglio sul diritto inter-generazionale, cioè su quelle "future generazioni" (e i loro interessi) che sono – almeno a mio avviso - la prospettiva migliore per leggere appunto l'intero articolo 9, quest'ottica si

presenta come la più adeguata ed efficace per capire, per bene e fino in fondo, a chi parla questo articolo così ricco, sfaccettato, disomogeneo e prospettico.

D'altronde, al di là delle contingenze politiche di una legislatura assai peculiare, solo così infatti si verrebbe a giustificare quello che fin dal 1983, ma soprattutto negli ultimi quindici anni, era ritenuto – un poco ipocritamente, va riconosciuto – del tutto ingiustificabile appunto, ossia la modificabilità dei Principi fondamentali della Parte Prima della Costituzione.

In tal senso quindi troverebbe maggiore forza e giustificazione proprio questa novella costituzionale che, come detto, nonostante i tanti dibattiti – oltre che i numerosi lai che si sono levati in tema di riforma costituzionale riguardo alla sacralità dell'immodificabilità dei Principi fondamentali della Parte Prima della Costituzione –, quasi con un'ostentata *nonchalance*, ha visto appunto introdurre proprio un nuovo comma nell'ambito di un articolo all'interno di quei Principi fondamentali, considerati a lungo inviolabili.

Se questo è allora, ossia se la modifica costituzionale può contribuire ad introdurre e a consolidare un'interpretazione del testo costituzionale orientata alle generazioni future, e dunque a considerare nelle scelte ordinamentali gli effetti nel tempo dei propri comportamenti molto più e meglio di quanto è stato fatto fino ad oggi, il compito degli interpreti non può essere altro che sempre più quello di guardare dentro il diritto inter-generazionale, facendo emergere, tra diritti e doveri, la responsabilità intergenerazionale come espressione e come parametro costituzionale, in primis come arricchimento ulteriore di quel principio di solidarietà, codificato dall'art. 2 della Costituzione.

Se si riuscirà a fare ciò, questa novella avrà contribuito in modo rilevante, nel metodo prima che nel merito, a rafforzare un modo diverso di essere responsabilmente liberi cittadini, vivendo quotidianamente la propria vita, giorno per giorno, nel pieno rispetto dei valori e dei principi costituzionali.

Note minime sulle recenti modifiche all'art. 41 Cost.

di LUCA LONGHI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La consacrazione costituzionale della tutela dell'ambiente. – 3. Osservazioni sull'effettività del "nuovo" terzo comma. – 4. La nuova costituzione economica e la democratizzazione della regola della concorrenza. – 5. A mo' di conclusioni. I nuovi orizzonti delle attività economiche.

1. La nuova formulazione dell'art. 41 Cost., introdotta per effetto della l. cost. n. 1/2022, prevede l'inserimento, al primo comma, dei richiami all'ambiente e alla salute e, al secondo comma, dei fini ambientali accanto ai fini sociali già presenti nel testo originario¹.

Tale disposizione va, naturalmente, letta in collegamento con il "nuovo" art. 9 Cost., che ha visto l'aggiunta di un terzo comma dal seguente tenore: «(La Repubblica) [t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

In questa sede si proverà a ragionare, in particolare, sul testo dell'art. 41 Cost. risultante dalla recente novella, riflettendo sugli effetti che l'introduzione esplicita della tutela dell'ambiente, nelle modalità descritte, potrà verosimilmente apportare allo svolgimento delle attività economiche.

Si tratterà di valutare, inoltre, quale impatto ne potrà derivare sulla c.d. costituzione economica in senso materiale², considerato che la stessa già aveva conosciuto profonde evoluzioni nel corso degli ultimi decenni, alla luce, ad esempio, dei processi di integrazione europea.

Per il presente contributo, pertanto, si è scelto l'angolo visuale dell'art. 41 Cost., sebbene la riforma in questione (rubricata, non a caso, "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente") abbia previsto un intervento congiunto del quale occorrerà comunque tenere conto in una visione quanto più possibile organica.

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute, all'ambiente*, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali *e ambientali*» (in corsivo le aggiunte).

² Si veda, sul punto, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1995.

2. Un primo spunto di riflessione relativo all'art. 41 Cost. può riferirsi al binomio "ambiente-salute", che già prima della recente novella rappresentava un motivo ricorrente nello strumentario costituzionalistico.

Ed anzi, si può dire che, nella fase precedente, in assenza di un'esplicita consacrazione costituzionale della tutela dell'ambiente, la matrice di quest'ultima andasse ricercata nel combinato disposto degli artt. 9 e 32 Cost., ovvero nell'endiadi «ambiente salubre» che si era progressivamente imposta nel lessico giuridico, attraverso soprattutto l'interpretazione della giurisprudenza della Consulta.

Gli sviluppi recenti dell'ultima emergenza sanitaria, del tutto imprevedibili fino ad appena due anni fa, avrebbero accentuato, poi, in maniera drammatica, l'esigenza di porre la tutela della salute collettiva – e, correlativamente, dell'ambiente – finalmente al centro delle politiche pubbliche dopo anni di relativa sostanziale indifferenza, nei quali la causa risultava confinata ai margini del dibattito o comunque avvertita come appannaggio solo di pochi esperti e addetti ai lavori.

Non è facile sbilanciarsi in termini assoluti, tanto più in chiave prognostica, sull'opportunità di un simile intervento normativo, tenuto conto che, come osservato, l'ambiente già rivestiva di fatto una propria rilevanza nell'assiologia ordinamentale, eppure non si può omettere di considerare l'impatto che una menzione espressa nel testo costituzionale potrà produrre nel bilanciamento con le esigenze della produzione, come richiesto da certe vicende venute alla ribalta nelle cronache giudiziarie degli ultimi anni (si pensi, ad esempio, al c.d. caso Ilva).

Il secondo comma dell'art. 41 Cost., dunque, presenta adesso ulteriori limiti allo svolgimento della libertà di iniziativa economica, identificati appunto nella tutela della salute e dell'ambiente, che, tuttavia, come si è avuto modo di evidenziare, ricevono anche un proprio apposito inquadramento costituzionale in altra sede, rispettivamente agli artt. 32 e 9 (nuova formulazione).

3. Il terzo comma dell'art. 41 Cost., invece, inserisce i *fini ambientali*, accanto ai fini sociali cui indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata.

Quest'ultima modifica forse, più ancora che la precedente, potrebbe prestarsi a critiche di scarsa utilità o efficacia, se si pensa che la norma nella quale è inserita oggi rispecchia una realtà economica superata o quantomeno profondamente mutata rispetto al tempo in cui era stata concepita.

Nel contesto attuale, difatti, quale si è andato delineando da alcuni decenni ormai, i concetti di programmazione economica e di attività economica pubblica evocati dall'art. 41, co. 3 Cost. – insieme alle correlative funzioni di controllo, indirizzo e coordinamento – hanno perduto il proprio senso originario, assumendone un altro, decisamente più sfumato.

Ecco perché, dunque, al di là della questione di carattere generale che attiene all'opportunità dell'inserimento della tutela dell'ambiente in Costituzione, si può discutere, più nel dettaglio, circa l'utilità di un riferimento ai fini ambientali nel quadro di una disposizione (il terzo comma dell'art. 41 Cost., appunto) che non risponde più agli obiettivi per i quali era stata prevista e di cui oggi risulta alquanto nebuloso l'effettivo ambito di applicazione.

Il rinvio al legislatore ivi contenuto rende tale specifico intervento ulteriormente generico e privo di effettività, in quanto trasporta in un momento futuro (e incerto) la determinazione in concreto delle politiche che *promette*.

4. Ad ogni buon conto, la versione dell'art. 41 Cost. che risulta dalla riforma consolida ulteriormente quella dimensione sociale che caratterizzava in origine il titolo III, parte I della Carta e che necessita oggi di ricevere un'adeguata valorizzazione nel contesto della c.d. costituzione economica europea.

È sintomatico, ad esempio, che si sia ritenuto di novellare l'art. 41 Cost. con l'intervento in commento e non piuttosto inserendovi un richiamo espresso alla concorrenza, "principio" cardine del diritto pubblico dell'economia degli ultimi trent'anni che proprio in quella sede trova il proprio naturale terreno d'elezione³.

D'altronde, è indicativo che negli articoli della Costituzione dedicati ai rapporti economici non vi sia traccia esplicita del principio che maggiormente influisce ormai sul governo dell'economia, dovendosene ancora ricavare un fondamento costituzionale solo in via interpretativa e facendo leva su altre disposizioni (l'art. 21, ad esempio⁴).

Quel che è certo è che, a maggior ragione a seguito della novella, la costituzione economica presenta una serie di riferimenti sociali (l'«utilità sociale» e i «fini sociali» di cui all'art. 41, la «funzione sociale» della proprietà di cui all'art. 42, i «fini di utilità generale» di cui all'art. 43, ecc.) che non possono essere trascurati e che impongono di inquadrare la concorrenza in un'ottica democratica, anche nel solco dell'art. 3 Cost., contrariamente alla visione che se ne ha nella vulgata.

Si può parlare, anzi, in questa prospettiva, di una vera e propria "democratizzazione" della concorrenza, ovvero della finalizzazione di quest'ultima non solo al lucro degli operatori economici *vincenti*, ma prioritariamente alla creazione di condizioni di maggiore benessere diffuso a vantaggio della collettività.

³ Sulla concorrenza come regola e non come principio inderogabile, si vedano le tesi di A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, *passim*.

⁴ Cfr. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 12 ss.

Ne emerge una visione complessiva del sistema economico molto più sensibile alla dimensione sociale di quanto lasci trasparire l'interpretazione che comunemente si tende a dare agli artt. 35 ss. Cost.

Si tratta di elementi in larga parte sottovalutati nel dibattito corrente e che, invece, tanto più alla luce del recente intervento normativo, danno luogo ad un itinerario coerente di principi sui quali dovrebbe intendersi fondato il diritto pubblico dell'economia come regno dell'interesse generale in perfetta armonia con i presupposti originari della nostra Costituzione.

5. Alla luce del breve itinerario condotto in questa sede, si può osservare che degli interventi apportati sul testo dell'art. 41 Cost. quello di cui al secondo comma appare quello più in grado di incidere in maniera diretta nell'esercizio delle attività economiche, poiché fa riferimento all'iniziativa economica privata, che costituisce la componente di gran lunga più significativa dei fenomeni descritti, e soprattutto non necessita della mediazione legislativa, in attuazione delle funzioni di programmazione e controllo originariamente previste dal terzo comma.

L'inserimento della tutela della salute e dell'ambiente tra i limiti connaturati all'esercizio dell'iniziativa economica privata rappresenta il segno di una definitiva presa di coscienza, in una fase che non ammette più arretramenti o esitazioni su questo versante.

D'altronde, salute e ambiente si pongono in relazione di perfetta coerenza con gli altri elementi già enumerati nel secondo comma dell'art. 41 Cost., ovvero utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana, in quanto riferimenti essenziali per vedere tutelati proprio i beni e i valori già contemplati dal testo precedente.

Le recenti vicende dell'emergenza sanitaria, peraltro, avevano messo in evidenza, ad altro livello, la dimensione collettiva del diritto alla salute, sollecitandola duramente e facendone emergere il significato profondo come mai era accaduto in precedenza.

Dalla condotta e dal senso di responsabilità di ciascuno possono dipendere in concreto la sicurezza e l'incolumità degli altri consociati, anche sui luoghi di lavoro, nell'ambito, cioè, in cui trovano principale espressione le attività economiche, nella prospettiva indicata dagli artt. 2, 4 e 41 Cost.

Attraverso la novella in esame, pertanto, si ridisegnano i confini, in continuo aggiornamento, tra diritto privato e diritto pubblico o, comunque, gli orizzonti che il diritto pubblico opportunamente è chiamato a definire allo svolgimento delle attività economiche.

In conclusione, si può dire che la modifica in questione, se è vero che non può essere considerata idonea di per sé ad imprimere una diversa decisione di sistema⁵ rispetto a quella in essere, racchiuda pur sempre degli indirizzi rilevanti nella direzione dell'interesse generale, dei quali occorrerà tenere conto, perché possano essere messi veramente nelle condizioni di produrre effetti giuridici.

In caso contrario, le contraddizioni già esistenti tra piano ideale e Costituzione in senso materiale finiranno per determinare, di fatto, l'ineffettività di ulteriori istituti del titolo III, che, come si è avuto occasione di rilevare, già aveva visto sacrificati, nel corso dei decenni, numerosi dei suoi contenuti originari.

⁵ L'espressione è utilizzata in N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, ed. 2003, p. 16.

Parturient montes, nascetur ridiculus mus? Il nuovo articolo 9 della Costituzione Italiana e il mancato traguardo della soggettività animale

di FRANCESCA RESCIGNO

SOMMARIO: 1. Prologo: l'approccio giuridico alla questione animale. – 2. Gli animali quali esseri senzienti: la senzietà non è soggettività. – 3. La riforma costituzionale.

1. La recente riforma costituzionale rompe il “tabù” dell'immodificabilità dei primi 12 articoli della nostra Carta andando ad integrare l'articolo 9, da sempre oggetto di interpretazioni a dir poco estensive ed espansive per consentire, ben prima della presente revisione, di garantire anche ciò che non compariva espressamente.

La riforma dell'articolo 9 concerne sia l'ambiente che la tutela degli esseri animali e se da un lato la revisione rispetto all'ambiente appare quasi come un atto dovuto poiché effettivamente un diritto costituzionale dell'ambiente era già operante, in quanto formulato dalla giurisprudenza costituzionale anche se con tutte le caratteristiche e i difetti propri del diritto casistico, e andava quindi stabilizzato con una esplicita previsione costituzionale¹, dall'altro l'ingresso degli esseri animali in Costituzione rappresenta (o per meglio dire potrebbe rappresentare) una piccola ma significativa rivoluzione².

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Rispetto alla formulazione di un diritto dell'ambiente ben prima della recente riforma costituzionale si rimanda nell'ambito dell'ampia bibliografia disponibile almeno a B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 1990; L. LIPPOLIS (a cura di), *Diritti umani, poteri degli Stati e tutela dell'ambiente*, Milano, 1993; R. FERRARA – F. FRACCHIA – N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma – Bari, 2000; B. CARAVITA – L. CASETTI – A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016; C. DELLA GIUSTINA, *Il diritto all'ambiente nella Costituzione Italiana*, in *Ambiente Diritto*, n. 1, 2020.

² Rispetto alla possibilità di includere gli esseri animali in Costituzione, mi si consenta di rimandare a F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005 e più recentemente IDEM, *Audizione resa il 27 novembre 2019 innanzi alla Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica concernente la discussione dei disegni di legge costituzionali volti alla modifica dell'articolo 9 in tema di ambiente e tutela degli esseri animali*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 1/2020, 7 gennaio 2020.

Prima di esaminare nello specifico la revisione costituzionale appena entrata in vigore appare necessario accennare alla connotazione mostrata fino ad ora dall'approccio giuridico rispetto alla questione animale. E' doveroso infatti sottolineare come il diritto sia giunto ad occuparsi del rapporto con gli esseri animali con notevole ritardo rispetto alla filosofia e alla scienza medica in generale e all'etologia in particolare, saperi capaci di evolvere da una posizione sostanzialmente anti-animalista fino a riconoscere agli esseri animali livelli differenziati di soggettività, partendo da un livello minimo fondato sulla sensibilità quale zona della dimensione cognitiva, che non è più mera sensazione ma coinvolge l'emotività, per arrivare a livelli di vera consapevolezza di sé, dimostrando che anche gli esseri animali sono intelligenti e soprattutto ingegnosi al punto da modificare i propri comportamenti per proteggersi dai pericoli e garantirsi condizioni di vita migliori, esattamente come ha sempre fatto l'essere umano. Perciò appare chiaro che anche per gli esseri animali la vita non è solo pura corporeità, essi partecipano alla vita sociale, hanno regole, comportamenti indotti dalle necessità del momento, contesti sociali e sono dunque contraddistinti da un valore inerente che andrebbe riconosciuto anche dai sistemi giuridici³.

Rispetto alla questione animale il diritto ha lungamente mostrato un atteggiamento ‘difensivo’ sostanzialmente riconducibile alla considerazione cartesiana degli animali quali esseri mancanti di razionalità, in grado di agire solo in base all'istinto, per cui non possono comprendere ed utilizzare a proprio vantaggio eventuali riconoscimenti giuridici in quanto privi delle facoltà intellettive tipiche umane e soprattutto della capacità di linguaggio; per questo sarebbe inutile ed anche giuridicamente fuorviante riconoscere loro una soggettività giuridica. Queste affermazioni non appaiono solo superficiali in considerazione delle reali capacità tipiche degli esseri animali, ma anche pericolose nei confronti degli stessi esseri umani poiché possono condurre al paradosso per cui gli esseri umani mancanti delle facoltà menzionate potrebbero essere privati della tutela giuridica.

L'approccio giuridico generale e quello del nostro ordinamento in particolare hanno faticato non poco ad abbandonare il rassicurante antropocentrismo giuridico ma, seppure lentamente, hanno elaborato una visione più attenta ai bisogni animali senza giungere però all'agognato traguardo dell'affermazione di una reale soggettività giuridica animale.

³ Cfr. Sul punto in generale cfr. B. CYRULNIK, É. DE FONTENAY, P. SINGER, *Anche gli animali hanno diritti*, Parigi, 2013 e F. RESCIGNO, “Bios” e “Zoe” nel diritto. Per una tutela giuridica del vivente non umano, in *Scuola Superiore della Magistratura, Bioetica e Biodiritto*, 2021, Quaderno 1, 91.

Per quanto concerne il nostro ordinamento, siamo passati dal più che antropocentrico articolo 491 del Codice Zanardelli del 1889, all'articolo 727 del Codice Rocco del 1930, oggetto di una continua e costante elaborazione dottrinale, giurisprudenziale ed anche legislativa, all'importante Legge n. 473 del 1993 capace, per la prima volta, di definire il reato di maltrattamento degli animali collegando tale fattispecie con le caratteristiche etologiche degli animali stessi, per cui ogni animale deve essere considerato, rispetto al comportamento posto in essere, a seconda delle proprie peculiarità e conseguentemente non esiste più un concetto teorico generico di maltrattamento; fino alla Legge n. 189 del 2004, che rimane tuttora il principale riferimento normativo nella definizione dello *status* animale nel nostro ordinamento. E' stata infatti proprio questa legge ad introdurre il principio ai sensi del quale i reati commessi a danno degli animali non rientrano più nell'ambito dei crimini contro la proprietà o riguardanti la polizia dei costumi, ma hanno un proprio specifico oggetto ed un titolo apposito venendo rubricati quali: "*delitti contro il sentimento per gli animali*". Il nuovo Titolo introduce fattispecie di notevole interesse, superando finalmente la distinzione tra uccisione di animale altrui e maltrattamento e uccisione di animale proprio, eliminando anche la lacuna relativa all'uccisione di animali di nessuno (o *res nullius*); in tal modo l'animale diviene effettivamente il soggetto passivo del reato e non più solo un mero referente indiretto di diritti altrui, anche se la condotta sanzionata dalla nuova previsione deve -a differenza di quanto stabilito dalla disciplina 'umana'- essere caratterizzata dagli elementi della crudeltà e della mancanza di necessità.

L'approvazione della Legge del 2004 rappresenta senza dubbio una svolta significativa nell'approccio giuridico alla questione animale, ma purtroppo allo stesso tempo segna una battuta d'arresto nel nostro cammino legislativo in materia poiché successivamente il Legislatore si è limitato all'attuazione e all'applicazione della normativa europea senza proporre soluzioni nuove maggiormente orientate verso il benessere animale.

2. L'approccio giuridico alla questione animale non resta confinato ai singoli ordinamenti ma rappresenta anche uno dei punti all'ordine del giorno dell'agenda europea. In tale contesto l'anno più significativo può essere considerato il 2009, anno in cui entra in vigore il Trattato di Lisbona sottoscritto nel dicembre del 2007, che all'articolo 13 definisce gli esseri animali quali '*esseri senzienti*', suscitando clamore e grandi aspettative⁴. E' doveroso però sottolineare come una

lettura accorta di tale disposizione ne evidenzia immediatamente il forte spirito di compromesso, poiché essa coniuga l'affermazione della '*senzietà animale*' con il mantenimento in essere di fenomeni discutibili ed altamente problematici, quali ad esempio le macellazioni rituali religiose o le attività folkloristiche e di costume, lasciando sostanzialmente liberi gli Stati membri di interpretare la "*senzietà animale*" a loro piacimento.

Insomma, la tanto celebrata senzietà animale che avrebbe dovuto rivoluzionare lo *status* degli esseri animali, in realtà è cosa ben diversa dalla soggettività giuridica ed infatti non ha modificato il destino giuridico degli esseri animali, ancora sostanzialmente "*res*" a nostra disposizione.

In realtà, il 2009 è un anno di estrema importanza per gli esseri animali non tanto per l'approvazione del famoso articolo 13, quanto per l'adozione del Regolamento CE n. 1223 del novembre 2009 al quale si deve l'eliminazione progressiva della possibilità di effettuare test sugli animali per i prodotti cosmetici in Europa, fino a giungere al divieto totale di ogni tipo di sperimentazione. La nuova regolamentazione vieta le sperimentazioni che coinvolgano gli animali sia per i prodotti finiti che per gli ingredienti o le combinazioni di ingredienti che andranno a formare il prodotto. Il Regolamento vieta altresì l'importazione e l'immissione sul mercato europeo di prodotti la cui formulazione finale sia stata oggetto di sperimentazione animale, così come di quei prodotti contenenti ingredienti o combinazioni di ingredienti oggetto di sperimentazione animale. L'approvazione di questa normativa, in un settore decisamente redditizio quale quello della cosmesi, dimostra la capacità dell'Unione di realizzare percorsi virtuosi con azioni che possono anche urtare sensibilità poco inclini al benessere animale.

3. Il sintetico *excursus* tracciato sull'evoluzione del diritto positivo rispetto alla questione animale è utile per effettuare una prima esegesi della recente riforma costituzionale dell'articolo 9. Pur tralasciando volutamente la revisione specificamente dedicata all'ambiente non si può fare a meno di notare come anche tale innovazione coinvolga comunque gli esseri animali, che alla fine entrano in Costituzione ben quattro volte: come animali (tutti), come ambiente di cui fanno innegabilmente parte, come biodiversità che non esiste senza di loro ed infine quali protagonisti degli ecosistemi. La riforma costituzionale, dunque, è più

sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale".

⁴ L'articolo 13 del Trattato di Lisbona recita: "*Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e*

“animalista” di quanto si potrebbe supporre ad una prima lettura e di quanto probabilmente volevano gli stessi riformatori.

La prima annotazione rispetto all'ingresso degli esseri animali nella nostra Costituzione concerne la mancata riproposizione della definizione di “animali quali esseri senzienti”, gli animali infatti appaiono nel testo costituzionale semplicemente come animali, senza nessuna altra specificazione. Allo stato attuale è difficile affermare se tale scelta possa costituire un passo indietro rispetto al raggiungimento della soggettività animale soprattutto considerando che la “senzietà” introdotta dal Trattato di Lisbona non ha condotto, come già evidenziato, ad un riconoscimento giuridico dello *status* di essere animale, collocando gli animali nel peculiare limbo delle “*res senzienti*”, costituendo al massimo uno sprone per i legislatori degli Stati membri ad adottare politiche più rispettose del benessere animale. Il mancato riferimento alla senzietà non rappresenta dunque di per sé un depauperamento della posizione animale, ma allo stesso tempo non si può fare a meno di notare come un esplicito richiamo a quanto già affermato in sede europea avrebbe potuto costituire un valore aggiunto contribuendo allo stesso tempo alla definizione giuridica della senzietà.

La formula introdotta nella nostra Carta fondamentale in verità appare alquanto semplice, se non laconica, prevedendo la tutela degli esseri animali grazie ad una riserva di legge, incaricando quindi il Legislatore statale di disciplinare i modi e le forme di tutela⁵.

L'ingresso degli esseri animali in Costituzione non è dunque rivoluzionario; tuttavia, è necessario soffermarsi con attenzione sullo strumento utilizzato e cioè quello della riserva di legge nell'ambito di un principio fondamentale, considerando che tale previsione avrebbe potuto essere collocata più semplicemente nell'articolo 117, secondo comma, accanto alle competenze in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. La scelta della collocazione della riserva nell'articolo 9 merita di essere valorizzata e non rubricata come una “svista” del riformatore, riflettendo sul fatto che lo strumento della riserva di legge rappresenta da sempre il mezzo principale per difendere e garantire l'essenza dell'essere umano e dei suoi diritti fondamentali, e in questa occasione viene estesa, per la prima volta, anche agli esseri animali, costituendo un passo concreto verso il riconoscimento della loro soggettività giuridica, senza dimenticare che l'inserimento della riserva

di legge statale all'interno dei principi fondamentali la connota quale limite alla competenza legislativa regionale in materia, ma soprattutto quale chiave interpretativa di altre disposizioni costituzionali, ampliando decisamente la sfera di garanzia e protezione fino ad oggi assicurata agli esseri animali.

La revisione costituzionale attraverso la statuizione della riserva di legge pone una precisa responsabilità in capo al Legislatore statale che dovrà necessariamente intraprendere una strada nuova riguardo alla loro tutela e protezione. Non si tratta, almeno non ancora, dell'affermazione di una soggettività giuridica per gli esseri animali, ma certamente di responsabilità nuove per chi detta le regole.

Se, come già detto, non si poteva confondere la senzietà prevista dal Trattato di Lisbona con la soggettività giuridica, non è nemmeno possibile presumere che la statuizione della riserva di legge condurrà certamente alla soggettività animale, ma è al contempo innegabile che la revisione costituzionale e il dibattito ad essa sotteso pongano la questione animale sotto una nuova luce.

In tal senso la revisione costituzionale non rappresenta certamente un punto di arrivo e avrebbe potuto essere assai più coraggiosa riferendosi esplicitamente al riconoscimento giuridico della dignità animale, tuttavia è possibile considerarla ottimisticamente quale nuovo punto di partenza caratterizzato da un rinnovato vigore e, seppure la Costituzione non è la panacea di tutti i mali poiché diverse sono le previsioni costituzionali che rimangono purtroppo solo sulla carta, è innegabile che il rinnovato articolo 9 dimostra un'inedita consapevolezza eco-centrica, oggi sempre più necessaria e sempre più presente nella società civile che ha indubitabilmente influenzato il revisore costituzionale. Resta da vedere se il Legislatore saprà e vorrà effettivamente allontanarsi dalla visione normativa antropocentrata fino ad oggi dominante adottando normative biocentriche che arrivino finanche al riconoscimento della soggettività giuridica agli esseri animali.

Una riforma timida ma dalle grandi potenzialità, forse sfuggite allo stesso revisore costituzionale. Ora non ci resta che osservare se il topolino partorito dalla montagna diventerà o meno soggetto del diritto.

⁵ Tale competenza appare mediata dalla circostanza per cui la legge di cui all'articolo 9 “*si applica alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi Statuti*”, per cui potranno verificarsi situazioni “geograficamente” diverse di tutela.

La tutela dell'ambiente nella Costituzione dopo la legge costituzionale n. 1 del 2022. Considerazioni minime

di GIANCARLO SORRENTINO

“Va riconosciuto *lo sforzo* in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende, cioè, ad una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione e il miglioramento delle condizioni naturali ... la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali ... ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni.”

Questo il passaggio con il quale nel 1987 (sentenza n. 210 del 28 maggio 1987) la Corte costituzionale sancisce in via definitiva l'ingresso della tutela dell'ambiente tra i valori fondanti dell'ordinamento repubblicano, affermandone (attraverso il richiamo agli artt. 9 e 32) la presenza nella Costituzione del 1948 pur in assenza di una sua espressa menzione e considerazione.

A distanza di 35 anni, "lo sforzo" individuato dal giudice delle leggi si materializza nella lettera della Costituzione (art. 9 comma 2)¹ e c'è, quindi, da chiedersi se si tratti di opera superflua e ridondante (se non addirittura inutile e pregiudizievole), ovvero di intervento che chiude il cerchio della inarrestabile tutela evolutiva dell'ambiente quale bene giuridico, delineandone la quadratura in coerenza con il principio personalistico, con i doveri di solidarietà e con il principio di responsabilità che secondo Costituzione impegnano le persone e soprattutto le Istituzioni della Repubblica (arg. ex artt. 1, 2, 3, 5 e 114 Cost.).

In proposito, deve innanzitutto registrarsi che se per giurisprudenza costituzionale, almeno dagli anni '80, la tutela dell'ambiente è nella natura delle cose e

non può non essere, ora per Costituzione la tutela dell'ambiente è impegno solenne della Repubblica e non solo criterio (funzionale) di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni (ex art. 117 comma 2 lettera s Cost.).

La positivizzazione delle evidenze giurisprudenziali non può essere senza significato. E dunque, pur comprendendo le perplessità (e finanche le preoccupazioni) di letture minimaliste della modifica costituzionale, questa non può essere ridotta a mera operazione lessicale, dovendosene invece cogliere e valorizzare la valenza innovativa (anche tenendo in debito conto il contesto emergenziale planetario nel quale è intervenuta²).

A tacer d'altro, nella modifica costituzionale sembra trovare significativa conferma quel processo evolutivo segnalato da attenta dottrina³, secondo cui il principio dello sviluppo sostenibile (che a partire dal *Rapporto Brundtland* del 1987 ha qualificato le politiche internazionali, eurounitarie e nazionali in tema di ambiente) non può che cedere il passo alla tutela dell'ambiente per lo sviluppo, nel senso che è perseguibile e va perseguito (anche e soprattutto nell'interesse delle generazioni future) solo quello sviluppo che si relazioni con l'ambiente in termini non tanto di sostenibilità, quanto piuttosto di sua necessaria salvaguardia, promozione e tutela.

È inevitabile che quanto detto sconti una evidente dose di astrattezza e di genericità; resta però che, nella infinita varietà dei contesti concreti nei quali l'ambiente come valore reclama tutela costituzionale, "sviluppo sostenibile" e "ambiente per lo sviluppo" possono condurre a soluzioni (anche) diverse e/o diversamente modulate; cosicché la differenza tra l'uno (lo sviluppo sostenibile) e l'altra

² Per limitarsi al nostro Paese, si ricordano tre degli allarmanti esempi che emergono dal sesto e ultimo rapporto sul surriscaldamento globale dell'Ipcc, il Gruppo intergovernativo sul cambiamento climatico delle Nazioni Unite, segnalati nel marzo scorso da Elena Tebano sulle pagine del Corriere della sera: "Quasi una persona su due al mondo vive in luoghi e condizioni «altamente vulnerabili al cambiamento climatico». I bambini che nascono oggi in Italia nel corso della loro vita dovranno affrontare ondate di calore sempre più roventi, inondazioni ed eventi estremi e l'innalzamento delle acque portate dal surriscaldamento climatico. In alcune zone del Paese sarà impossibile continuare a vivere senza strategie di adattamento all'innalzamento delle temperature. Se per esempio entro il 2100 il surriscaldamento globale rimarrà sotto i 2 gradi in più rispetto al livello pre-industriale (lo scenario al momento migliore: già adesso siamo a +1,1 gradi) in Umbria le frane invernali aumenteranno del 16-53%, mentre arriveranno a raddoppiare se l'aumento delle temperature supererà i 3 gradi. Le ondate di calore del 2015 hanno già provocato una riduzione della produttività mensile italiana dell'8-9%. Mentre si è visto che nel Nord Italia più aumentano le giornate molto calde (destinate a diventare più frequenti e intense nei prossimi anni) più aumentano le visite psichiatriche di emergenza.”

³ G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, pp. 21 e ss. Sul tema, G. Rossi – M. MONTEDURO (a cura di), *Ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020.

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Tra i primi commenti alla modifica costituzionale, si ricordano F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2022, pp. 15-30, R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?* in *Federalismi.it*, 13/2022, pp. 187-212, R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7/2022, pp. 31-63.

(la tutela dell'ambiente per lo sviluppo) non si risolve in un gioco di parole, apprezzandosi in termini di contenuti e di possibilità.

Ed invero, per una Costituzione che tutela l'ambiente quale suo valore fondante lo sviluppo possibile cui tendere non potrà essere considerato solo in termini di sostenibilità, ma andrà valutato in ragione del beneficio che lo stesso sarà in grado di recare al bene ambiente, secondo una prospettiva di analisi e di decisione che - superando il minimo sindacale della compatibilità - sia qualificata dalla necessaria convergenza verso la tutela dell'ambiente dei differenti interessi giuridici che possono venire in rilievo nelle molteplici situazioni concrete.

In tal senso, una significativa conferma si coglie anche nella modifica dei commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., che pure concorre a definire e delineare la portata (innovativa) del complessivo innesto introdotto dalla legge costituzionale n. 1/2022, fornendo indicazioni sulla portata ampliata e differenziata della tutela dell'ambiente sia rispetto all'utilità sociale, alla salute, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (comma 2), sia in relazione ai fini sociali (comma 3).

Anche rispetto a questa parte della modifica costituzionale si pongono interrogativi (e dubbi) sulle possibili applicazioni, ma resta il dato certo che - ora (anche) secondo Costituzione - la tutela dell'ambiente, quale valore in sé (e non solo "derivato"), costituisce elemento di conformazione e di qualificazione della libertà di iniziativa economica, pubblica e privata.

Cosicché, essendo la tutela dell'ambiente compito della Repubblica e non (solo) dello Stato, può ipotizzarsi che la Corte costituzionale - chiamata a nuovi interventi in ordine al rapporto tra fonti legislative statali e regionali in tema di tutela dell'ambiente e di tutela della concorrenza - possa trovare proprio nelle recenti modifiche della prima parte della Costituzione le basi utili per rinnovati interventi di sistemazione e di razionalizzazione dell'intricata materia.

In questa prospettiva, che mira a dare significatività alla presenza dell'ambiente tra i principi fondamentali piuttosto che a ridurla a mera ratifica di ciò che già è, non può poi tacersi sul richiamo fatto nel nuovo testo costituzionale all'*interesse delle generazioni future*, al quale pure è preordinato il compito di tutela dell'ambiente cui è chiamata la Repubblica.

È facile rilevare che la presenza dell'enunciato in Costituzione costituisce manifestazione plastica della solidarietà⁴ che trasversalmente caratterizza e qualifica le tematiche ambientali e che - in forza del principio dello sviluppo sostenibile

- assume pure connotazione diacronica, giuridicizzando nel presente obblighi, vincoli e impegni funzionali anche alla tutela delle future generazioni.

Viene in rilievo una solidarietà intergenerazionale che proietta costantemente nel futuro il cuore antico della Costituzione, inducendo anche a nuove letture dei compiti cui è chiamata la Repubblica in generale (art. 3 Cost.) e non solo a tutela dell'ambiente.

Se, infatti, è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di fatto di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona (art. 3 Cost.) e se la Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni (art. 9 Cost.), le politiche pubbliche devono porsi al servizio della persona per garantire ad essa nel presente dignità e libertà preservando e favorendo le condizioni (in senso lato) ambientali che costituiscano garanzia di libertà e di dignità, ma nel contempo devono porsi al servizio della persona per assicurare che pari (se non maggiore) libertà e dignità sia riservata alle future generazioni.

E va anche rilevato, che il vincolo solidaristico verso le future generazioni ora espressamente declamato nell'art. 9 Cost. con riferimento alla tutela dell'ambiente, ben al di là delle intenzioni del legislatore costituzionale, consentirà di ipotizzare e costruire nuove approcci per più solide (e invero necessarie) aperture verso la centralità ordinamentale del *denizen* rispetto al *citizen*; ed infatti, se è pur vero che l'ambiente è valore comune non necessariamente territorialmente definito, è altrettanto vero che la carica solidaristica che lo connota, proiettata verso le future generazioni che vivranno nella Repubblica, potrà condurre a nuovi approdi in termini di dignità, libertà e uguaglianza delle persone e all'elaborazione di una cittadinanza (doverosamente) condivisa che potrebbe definirsi "cittadinanza ambientale".

In estrema sintesi, pur non mancando dubbi e criticità, l'ingresso "letterale" della tutela dell'ambiente nella prima parte della Costituzione, e finanche tra i principi fondamentali, sembra avere una carica innovativa che consente di valutare benevolmente la recente modifica costituzionale, con la quale nuovi strumenti e opportunità si affacciano sulla scena del giuridicamente e costituzionalmente rilevante per cogliere e costruire ulteriori e più adeguati corollari della sempre più solida affermazione dell'"ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e in definitiva come habitat della persona umana in tutte le sue estrinsecazioni"⁵.

⁴ Sulle molteplici implicazioni tra solidarietà e tutela dell'ambiente sempre attuale e suggestivo è il contributo di F. PUGLIESE e L. IANNOTTA, *Principio di solidarietà e tutela dell'ambiente*, estratto degli atti del convegno di Cervia dell'ottobre '92 "Il diritto dell'ambiente nell'Europa del mercato unico".

⁵ Le parole virgolettate sono riprese da C.cost., 28 maggio 1987, n. 210, prima richiamata nel testo.

La revisione costituzionale: dai maxifallimenti alle microriforme. Il caso degli articoli 9 e 41 Cost. visti da un amministrativista

di LUCA PARDI

SOMMARIO: 1. La VIII legislatura come “legislatura costituente”. – 2. L'interesse dello studioso di diritto amministrativo alla riforma degli art. 9 e 41 Cost.

1. Uno dei temi che periodicamente ritornano nel dibattito pubblico italiano è quello delle riforme: a volte definite come “istituzionali”, a volte come “costituzionali”, le riforme hanno negli ultimi decenni interessato comitati di saggi, studiosi, giornalisti, opinione pubblica.

Eppure, in questa ultima legislatura si registra un incremento di riforme della Costituzione, se solo si considera che l'ultima riscrittura della Carta risale a dieci anni fa (l'introduzione del pareggio di bilancio nella Legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1) e che, invece, più di recente non solo sono state approvate le “Modifiche all'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica”, con la legge costituzionale 18 ottobre 2021, n. 1, che riduce da 25 a 18 anni l'elettorato attivo per il Senato della Repubblica; le “Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari”, con la legge cost. 19 ottobre 2020, n. 1, e le “Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente”, con la legge cost. 11 febbraio 2022 n. 1; ma stanno per ottenere la definitiva approvazione anche altre revisioni costituzionali¹, mentre maturano in Commissione altrettanti progetti di legge².

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ La Camera dei Deputati ha approvato lo scorso 10 maggio 2022 la proposta di legge cost. A.C. 2238-A, che prevede che il Senato sia eletto su base circoscrizionale anziché regionale. Il testo è adesso all'esame del Senato. Il 27 aprile 2022 il Senato ha approvato in seconda deliberazione e senza modifiche la proposta di legge cost. A.S. 865 – A.C. 3353, recante modifica all'articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle “peculiarità delle Isole”. Il 14 giugno 2022 si è concluso l'esame alla Camera della proposta di legge costituzionale di modifica all'articolo 33 della Costituzione, in materia di benessere psicofisico dell'attività sportiva già approvato dal Senato in prima deliberazione il 22 marzo 2022 (A.S. 747 - A.C. 3531).

² Sono all'attenzione del Parlamento ulteriori progetti di legge di modifica costituzionale: la pdl Cost. A.C. 1173 – A.S. 1089 recante modifica all'articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare, approvata dalla Camera in prima deliberazione il 21 febbraio 2019; la pdl

La ragione di questa esplosione dell'attività di revisione costituzionale consiste nella evidente presa di consapevolezza da parte della politica del reale ruolo dell'art. 138 Cost., evidentemente quello di consentire riforme settoriali e definite, piuttosto che profonde revisioni della Costituzione³. In realtà, ciò ha rappresentato un ritorno al passato, se si considera che le prime riforme costituzionali hanno riguardato aspetti molto specifici della Carta e sono state approvate con una maggioranza quanto più larga possibile. A partire dagli anni '80 del secolo scorso, invece, si è sentita la necessità di una riforma profonda della Costituzione, che si è tradotta in ben tre tentativi operati con altrettante “Commissioni bicamerali per le riforme costituzionali”, rispettivamente nel 1983, nel 1993 e nel 1997; a questi tentativi di coinvolgimento della più ampia base parlamentare, con l'introduzione di meccanismi elettorali a tendenza maggioritaria, ha fatto seguito il tentativo di riforme portate avanti solo da una parte delle forze politiche: così nel 2001, nel 2005 e nel 2016. Di queste, solo quella relativa al Titolo V della Parte II della Costituzione non è stata bocciata dal referendum confermativo (legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3).

2. Ora delle varie “micro-riforme” della XVIII Legislatura, l'unica che presenta un reale interesse per uno studioso del diritto amministrativo è quella che modifica gli artt. 9 e 41 Cost., pur avendo suscitato in dottrina piuttosto l'attenzione dei costituzionalisti⁴.

Cost. A.C. 1854 volta a modificare l'articolo 114 della Costituzione al fine di valorizzare l'autonomia normativa, amministrativa e finanziaria di Roma Capitale attribuendo inoltre a tale ente poteri legislativi; la pdl Cost. A.S.1124 recante abrogazione dell'articolo 99 della Costituzione, concernente il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, di cui si è concluso l'esame in sede referente il 25 giugno 2019.

³ R. CALVANO, *Noterelle sul metodo delle riforme costituzionali*, in *Giur.cost.*, 6/2019, 3417-3427. Ma v., anche, A. VERNATA, *Il nuovo Parlamento della Repubblica fra continuità e rotture. A proposito della forma delle revisioni costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, pt. 3, 55 ss.

⁴ Solo per fare alcuni esempi si rinvia a D. PORENA, *Anche nell'interesse delle generazioni future. Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 15/2022; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, n. 13/2022; R. BIFULCO, *Prissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022*, in *federalismi.it*, n. 11/2022; E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2022 n. 1; F. RESCIGNO, *Memoria per l'Audizione dinanzi alla Commissione affari costituzionali del Senato concernente la discussione dei disegni di legge costituzionali volti alla modifica dell'articolo 9 in tema di ambiente e tutela degli esseri animali*, in *Rivista AIC*, 1/2020; Id., *Quale riforma per l'articolo 9*, in *federalismi*, n. 16, 2021. M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. cost. rassegna*, 2021, n. 3, pp. 286 ss.; Y. GUERRA – R. MAZZA, *La proposta di modifica*

In vero, l'interesse non è dato tanto dall'introduzione in Costituzione della tutela delle future generazioni. Com'è stato di recente e autorevolmente sostenuto, infatti, "è assai difficile configurare diritti soggettivi – o anche solo interessi legittimi pretensivi – per persone non nate, soggetti futuri ed indeterminati. Nessun interesse futuro può essere assicurato se esso appare giuridicamente indeterminato. Ecco perché è assai meglio puntare sulla responsabilità delle generazioni presenti. Imponendo limiti e/o obblighi per comportamenti ecosostenibili"⁵.

Invece, di indubbio rilievo appare la previsione in Costituzione fra principi fondamentali del valore ambientale, soprattutto perché inserito nello stesso art. 9 che prevede, fin dal testo originario della Carta, la tutela del "paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione"⁶.

Come è stato di recente notato⁷, infatti, oramai le nozioni di paesaggio e di ambiente assurgono ciascuna a piena autonomia, potendosi quindi ipotizzare che nella concreta realtà sempre più spesso fra esigenze paesaggistiche ed ambientali possano insorgere contrasti, come peraltro è evidente in tema di installazione di fonti energetiche rinnovabili.

degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura, in *Forum Quad. cost. rassegna*, 2021, n. 4. V., infine, per un diverso profilo, A. VUOLO, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos*, 1/2022.

⁵ G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020.

⁶ In generale sul paesaggio si rinvia a A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Id.*, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 3; F. MERUSI, *Commentario all'art. 9 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975; A. CROSETTI, *Paesaggio*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 2008, 542; G. SEVERINI, *Commento all'art. 9 della Costituzione*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di S. BATTINI – L. CASINI – G. VESPERINI – C. VITALE, Torino, 2013; S. AMOROSINO, *Introduzione al Paesaggio*, Laterza, Bari – Roma, 2014; R. ROLLI, D. SICLARI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Roma, 2015; ID., (a cura di), *Management e valorizzazione del patrimonio culturale locale. Dimensione assiologica, giuridica e relazionale*, Milano 2012; L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, a cura di W. CORTESE, Napoli, 2008; G. F. CARTEI, *Il paesaggio*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte speciale, tomo II, Milano, 2003, 2113; A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, 69 ed in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, in part., 292; M. IMMORDINO, *Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 572; C. BARBATI, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, cit. V., infine, S. AMOROSINO, *Il concetto giuridico di paesaggio: evoluzione, amplificazione ed indeterminazione*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 4/2020, pt. 1, 824 ss.

⁷ M. MELI, *Focus. Quando l'ambiente entra in conflitto con sé stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *ambienteditto.it*, 2/2021, 603 ss. Ma vedi anche M. SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, Relazione al Convegno organizzato dal T.A.R. Lecce e dall'Ufficio studi della giustizia amministrativa *Coste, paesaggio, concorrenza: quali limiti per la sovranità?*, Lecce, 18-19 ottobre 2019, in *Urb.app.*, 3/2020, 301 ss.

Ora, non vi è dubbio che simili situazioni siano ben note all'ordinamento, il quale ha già operato precise scelte di bilanciamento fra valori, attribuendo alla Presidenza del Consiglio e, in ultima analisi, al Consiglio dei ministri, il compito di decisore ultimo. Basti qui ricordare l'art. 14 - quinquies della legge n. 241/90, che permette ad alcune particolari amministrazioni, dissenzienti rispetto alla determinazione motivata di conclusione della conferenza di servizi, entro dieci giorni dalla sua comunicazione, di proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri: si tratta delle "amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini". La proposizione dell'opposizione sospende l'efficacia della decisione adottata in sede di conferenza e si procede con un'ulteriore riunione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, con tutte le amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza, allo scopo di raggiungere l'intesa. In caso di mancata intesa, la decisione finale spetterà al Consiglio dei ministri⁸.

Da questa disciplina si desume, per prima cosa, la già evidente distinzione fra gli interessi alla "tutela ambientale" e quelli "paesaggistico-territoriale" e "dei beni culturali". Si desume, inoltre, che in caso di contrasto fra questi interessi, il contrasto stesso trova composizione nella sede ordinamentale più alta, quella del Consiglio dei ministri.

Insomma, una tendenza già registratasi nell'ordinamento amministrativo sembra ora trovare conferma nella revisione costituzionale, che attribuisce pari dignità a due valori originariamente coincidenti, ma oggi potenzialmente contrapposti.

⁸ L. SALVEMINI, *La P.A. tra silenzio e discrezionalità nella tutela degli interessi ambientali La discrezionalità amministrativa: un parametro per valutare la legittimità del silenzio assenso?*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, 731 ss.; L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili*, in *federalismi.it*, 1/2019; E. SCOTTI, *La conferenza di servizi tra pluralismo e unilateralismo costituzionalmente orientato (a proposito di Corte cost. n. 9/2019)*, in *federalismi.it*, 17/2019; M. AVVISATI, *Conferenza di servizi e ponderazione degli interessi sensibili*, in *Munus*, 1/2018, 177 ss.; G. COCOZZA, *La conferenza di servizi nella Riforma Madia: nuovi raccordi tra procedimenti e ruolo dell'amministrazione procedente*, in *GiustAm.it*, 4/2018; S. PEDRABISSI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Amministrare*, 3/2018, 489 ss.

Verso un nuovo equilibrio tra paesaggio e ambiente, tra ciò che è e ciò che potrebbe essere

di ANTONIO CREMONE

SOMMARIO: 1. L'ambiente nella Costituzione e la riforma del 2022: brevi cenni introduttivi. – 2. La tutela ambientale quale componente del paesaggio “globale”. – 3. L'incerta sorte del rapporto ambiente-paesaggio e la ricerca di una nuova “traiettoria circolare”: dubbi, incertezze e possibili contrapposizioni.

1. La legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1¹ ha emendato - *inter alia*² - l'art. 9 della Carta fondamentale del nostro ordinamento, incidendo sui principi fondamentali³, mediante l'espressa previsione della tutela dell'ambiente e della biodiversità, “*anche nell'interesse delle future generazioni*”, tra gli scopi principali della Repubblica⁴.

Ad una prima lettura, si potrebbe pensare che le modifiche introdotte abbiano un carattere sostanzialmente neutrale, se non addirittura ridondante⁵, costituendo una mera enunciazione di principi già (e da lungo tempo) acquisiti nell'interpretazione giurisprudenziale⁶ e dottrinale⁷ della citata norma costituzionale.

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Recante “*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*”, pubblicata in G.U. n. 44 del 22.2.2022.

² Essendo stato modificato anche l'art. 41 Cost., sulla cui nuova formulazione si segnala l'interessante analisi di R. CABAZZI, *Dalla “contrapposizione” alla “armonizzazione”? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *federalismi.it*, 7/2022, pp. 31-63.

³ Superando in tal modo il dogma della loro intangibilità (mai, dall'entrata in vigore della Costituzione, vi erano stati interventi sugli artt. da 1 a 12).

⁴ Il comma introdotto, riferendosi alla Repubblica, recita testualmente: “*Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*”.

⁵ In tal senso, si veda R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna o necessaria?*, in *federalismi.it*, 13/2022, p. 212.

⁶ In conformità all'opinione della Consulta, secondo cui il “*patrimonio [...] ambientale costituisce eminente valore cui la Costituzione ha conferito spiccato rilievo (art. 9, secondo comma), imponendo alla Repubblica - a livello di tutti i soggetti che vi operano e nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali - di perseguirne il fine precipuo di tutela (sentenza n. 94 del 1985)*” (C. cost. 15.5.1987 n. 167, in *Foro it.*, 1988, I, p. 331) e la salvaguardia dell'ambiente integra “*diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività*” (C. cost., 28.5.1987 n. 210, in *Riv. giur. urb.*, 1987, p. 357).

⁷ Si vedano, in tal senso, gli interessanti lavori di N. GRECO, *La costituzione dell'ambiente*, I, Bologna, 1996; D. PORENA, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e “Costituzione globale”*, Torino, 2009; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012.

La Costituzione, infatti, quantomeno fino alla riforma del titolo V del 2001, non trattava l'ambiente come autonomo concetto logico-giuridico, con la conseguenza che la sua tutela veniva ricondotta all'alveo dei principi costituzionali mediante il riferimento al combinato disposto di varie norme, tra le quali - principalmente⁸ - l'art. 32 comma 1 Cost.⁹ (in tema di diritto alla salute¹⁰) ed il citato art. 9 comma 2 Cost.¹¹ (nel più ampio ambito della tutela paesaggistica)¹².

Essa, quindi, era intesa come manifestazione di un diritto individuale e collettivo, di natura poliedrica e trasversale¹³, che ha trovato espressa menzione in Costituzione solo con la riforma dell'art. 117¹⁴, e che si identifica ancora oggi nella tutela della salute, delle risorse naturali e delle opere più significative dell'uomo, ritenute fondamentali per il pieno sviluppo della persona¹⁵, intesa singolarmente e nelle aggregazioni sociali¹⁶.

⁸ Senza con ciò dimenticare i possibili collegamenti agli artt. 2 e 3 Cost., nonché ad altre disposizioni costituzionali in tema di rapporti economici, come gli artt. 41 (in virtù dei riferimenti a “*sicurezza*” e “*dignità umana*”, ma anche ad “*utilità sociale*” e “*fini sociali*”), 42 (limiti alla proprietà privata volti ad assicurarne la “*funzione sociale*”) e 44 (in tema di “*razionale sfruttamento del suolo*” e di “*vincoli alla proprietà terriera privata*”).

⁹ Secondo cui “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*”.

¹⁰ Ed in particolare ad un ambiente salubre (cfr. Cass. S.U. 6.10.1979 n. 5172, in *Rass. giur. Enel*, 1979, p. 770).

¹¹ Ai sensi del quale la Repubblica “*Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*”.

¹² Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale che ha ricondotto la tutela ambientale (in primo luogo, ma non solo) agli artt. 9 e 32 Cost., si rinvia a C. CHIARIELLO, *Diritto all'ambiente*, in *Digesto online*, agg. 2017, par. I.2 “*La tutela ambientale come valore costituzionale*”.

¹³ Confermata di recente da C. cost., 17.1.2019 n. 7 in *Giur. cost.*, 2019, 1, p. 600 (con nota di Di Folco), ma anche in precedenza da C. cost., 6.11.2012 n. 278, in *Giur. cost.*, 2012, 6, p. 4411 e C. cost., 20.12.2002 n. 536, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 525 (con note di Deliperi e Brambilla).

¹⁴ Che annovera la “*tutela*” dell'ambiente tra le materie di competenza esclusiva statale (all'interno del co. 2 lett. s, ai sensi del quale “*Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: [...] s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*”), e la sua “*valorizzazione*” nell'ambito delle competenze legislative concorrenti (nel co. 3, secondo cui “*Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: [...] valorizzazione dei beni culturali e ambientali*”).

¹⁵ Cfr. Cass. pen., 15.6.1993 n. 9727, in *Riv. giur. amb.*, 1995, p. 481 (secondo cui “*L'ambiente è una nozione, oltreché unitaria, anche generale, comprensiva delle risorse naturali e culturali, veicolata nell'ordinamento italiano dal diritto comunitario*”); sulla necessaria inclusione, all'interno del concetto di ambiente, anche delle opere umane meritevoli di tutela, si segnala altresì Cass. pen. 3.7.2018 n. 29901, in *CED Cass.*, 2018.

¹⁶ Cfr. Cass., 10.10.2008 n. 25010, in *Giust. civ.*, 2009, 10, I, p. 2172.

2. Fermo il riconoscimento dell'ambiente - già prima della recentissima riforma - quale "valore costituzionalmente protetto"¹⁷, va tuttavia osservato un trattamento sostanzialmente differenziato tra la tutela ambientale di cui all'art. 32 Cost. e quella di cui all'art. 9 Cost.: mentre la prima, ancorata al concetto di salubrità dell'ambiente, rappresentava infatti un valore difficilmente comprimibile¹⁸, altrettanto non poteva affermarsi per la seconda, espressione del più ampio concetto di tutela paesaggistica, a sua volta frutto della lenta, progressiva e controversa¹⁹ elaborazione della nozione di paesaggio, evolutasi dalla tradizionale connotazione estetica delle leggi n. 778/1922²⁰ e n. 1497/1939²¹ (che presentavano diversi profili in comune con la Costituzione di Weimar²²), alla

¹⁷ In tal senso, si esprime C. cost., 20.12.2002 n. 536, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 525 (con note di Deliperi e Brambilla), precisando che "Già prima della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, la protezione dell'ambiente aveva assunto una propria autonoma consistenza che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esauriva né rimaneva assorbita nelle competenze di settore (sentenza n. 356 del 1994)" e che "La tutela dell'ambiente non può ritenersi propriamente una materia, in quanto l'ambiente è invece un valore costituzionalmente protetto in funzione del quale lo Stato può dettare standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale anche incidenti sulle competenze legislative che ex art. 117 Cost. spettino alle regioni su materie (governo del territorio, tutela della salute) per le quali quel valore costituzionale assume rilievo. L'art. 117 comma 2, lett. s), Cost. esprime una esigenza unitaria per ciò che concerne la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ponendo un limite agli interventi a livello regionale che possano pregiudicare gli equilibri ambientali"; analogamente C. cost., 1.6.2016, n. 126, in *Giur. cost.*, 2016, 3, p. 1018, ove si afferma che "È noto che, sebbene il testo originario della Costituzione non contenesse l'espressione ambiente, né disposizioni finalizzate a proteggere l'ecosistema, questa Corte con numerose sentenze aveva riconosciuto (sentenza n. 247 del 1974) la «preminente rilevanza accordata nella Costituzione alla salvaguardia della salute dell'uomo (art. 32) e alla protezione dell'ambiente in cui questi vive (art. 9, secondo comma)», quali valori costituzionali primari (sentenza n. 210 del 1987)".

¹⁸ Significativa, a tal riguardo, è C. cost. 16.3.1990, n. 127, in *Cons. St.*, 1990, II, p. 452, secondo cui nel conflitto tra mercato, ambiente e persona è ammessa una compressione dell'integrità ambientale, a patto di non compromettere l'interesse alla salubrità dell'ambiente.

¹⁹ Concetto che "ancora oggi non pare essere arrivato a un risultato stabile e condiviso" e che identifica la "forma del Paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nella città o nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura" (così G. PIPERATA, *Paesaggio*, in C. BARBATI - M. CAMMELLI - L. CASINI - G. PIPERATA - G. SCIULLO (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, pp. 243 e 247).

²⁰ Il cui art. 1 recita "Sono dichiarate soggette a speciale protezione le cose immobili la cui conservazione presenta un notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale o della loro particolare relazione con la storia civile e letteraria. Sono protette altresì dalla presente legge le bellezze panoramiche".

²¹ Secondo cui (art. 1) "Sono soggette alla presente legge a causa del loro notevole interesse pubblico: 1) le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica; 2) le ville, i giardini e i parchi che, non contemplati dalle leggi per la tutela delle cose d'interesse artistico o storico, si distinguono per la loro non comune bellezza; 3) i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale; 4) le bellezze panoramiche considerate come quadri naturali e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze".

visione antropica accolta nella Convenzione Europea del Paesaggio del 2000²³ (ratificata con l. n. 14/2006), fino alla dimensione identitario-culturale del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004)²⁴.

Ecco, quindi, che dal paesaggio inteso come concetto potenzialmente diverso e contrapponibile all'ambiente (essendo originariamente riferito alla morfologia del territorio creata dall'uomo²⁵ ed allo scenario naturale visibile²⁶) si è giunti ad un paesaggio "globale", caratterizzato da una dimensione dinamica che lo ha fatto "coincidere" con l'ambiente stesso²⁷, o meglio con l'ambiente nel suo aspetto positivo e visibile²⁸, ma sempre nel solco di una prevalente dimensione culturale, che già veniva valorizzata negli anni settanta, quale espressione del rapporto uomo-ambiente²⁹, e che ha trovato ulteriore conferma all'interno della Convenzione Quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società del 2020 (Convenzione di Faro)³⁰.

Una tutela ambientale, quindi, non assoluta, non rigidamente conservativa (per l'impossibilità di sottrarre l'ambiente all'opera umana) e non prevalente su quella culturale e paesaggistica, poiché presa in considerazione quale parte di un

²² Il cui art. 150 prevedeva che "I monumenti storici, le opere d'arte, le bellezze della natura, ed il paesaggio sono protetti e curati dal Reich".

²³ Secondo cui il paesaggio "designa una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni".

²⁴ Secondo cui "Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni" (art. 131 co. 1) e "Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali" (art. 131 co. 2).

²⁵ A. PREDIERI, *La regolazione giuridica degli insediamenti turistici e residenziali nelle zone alpine*, in *Foro amm.*, 1970, III, p. 360.

²⁶ A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, p. 70 ss.

²⁷ P. PERLINGIERI - R. MESSINETTI, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, p. 47.

²⁸ Cfr. C. cost., 7.11.2007, n. 367, in *Giur. cost.*, 2007, 6, p. 4075 (con note di Traina e Furno).

²⁹ F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna - Roma, 1975, p. 445.

³⁰ Che rimarca, nel proprio preambolo, il valore del patrimonio culturale per lo sviluppo sostenibile e per la qualità della vita, richiamando anche la Convenzione Europea per il Paesaggio del 2000, e precisando che "il patrimonio culturale... comprende tutti gli aspetti dell'ambiente derivati dall'interazione nel tempo fra le persone e i luoghi" (art. 2), e che "Le Parti si impegnano [...] per promuovere un obiettivo di qualità nelle modificazioni contemporanee dell'ambiente senza mettere in pericolo i suoi valori culturali" (art. 8).

sistema di valori (non immutabili³¹) maggiormente complesso, all'interno del quale costituisce solo uno dei "pesi" da bilanciare.

3. La riforma costituzionale, proprio sotto tale ultimo profilo, pone dubbi sulla persistenza del carattere "globale" della tutela paesaggistica e dello stesso paesaggio, dal quale sono fuoriusciti più elementi (ambiente, biodiversità, ecosistemi) che in precedenza ne costituivano una parte rilevante (e forse quella più dinamica), residuando principalmente valori morfologico-estetici ed identitario-culturali, che sembrerebbero preludere al possibile ritorno ad interpretazioni risalenti, mai del tutto superate, cui pure si è fatto brevemente cenno.

Alla luce di tali osservazioni, occorre chiedersi se l'idea di paesaggio derivante dal riformato art. 9 Cost. sia ancora coerente con quella fatta propria dalla Convenzione Europea sul paesaggio (incentrata sulla interazione uomo-ambiente) e dal Codice dei beni culturali e paesaggistici (che valorizza anche i tratti identitari di tale relazione), o se invece il paesaggio rischi di tornare ad essere un valore nettamente distinto rispetto all'ambiente (come pure è stato - di recente - affermato³²) e potenzialmente ad esso contrapposto (o contrapponibile).

Da una parte, infatti, vi sarebbe la tutela (paesaggistica) di valori identitari storico-culturali-naturali espressione di una presenza umana già insediata, mentre dall'altra vi sarebbe una tutela (quella ambientale) di valori in parte analoghi³³, ma con una proiezione più marcata verso il futuro (come testimonia l'inciso "anche nell'interesse delle future generazioni", posto all'interno del riformato art. 9 comma 3 Cost.).

³¹ In virtù della costante attività di promozione e valorizzazione della Repubblica, risultando auspicabile che in futuro vi possano essere ulteriori beni e testimonianze meritevoli di entrare a far parte del patrimonio culturale nazionale; in tal senso G. REPETTO, *Art. 9*, in M.F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo* (vol I), Bologna, 2018, p. 66.

³² Si veda, in tal senso, Cons. St., 28.1.2022, n. 624, in *lexitalia.it*, 2.2.2022, secondo cui "È netta la distinzione tra la nozione di paesaggio e la nozione di ambiente, implicando - il primo - la percezione (per lo più qualitativa) e l'interpretazione da un punto di vista soggettivo e - il secondo - prevalentemente l'apprezzamento delle quantità fisico-chimiche e dei loro effetti biologici sull'ecosistema da un punto di vista oggettivo (approccio, quest'ultimo, implicito nella nozione - centrale nella legislazione ambientale - di inquinamento, cfr. art. 5, lett. i-ter) d.lgs. n. 152 del 2006)".

³³ Essendo ormai un dato acquisito che l'ambiente non attenga ai soli valori naturalistico-sanitari, ma anche ad interessi culturali, educativi, ricreativi e di partecipazione, fondamentali per la comunità (come rimarcato da G. REPETTO, *op. cit.*, p. 69 e, in giurisprudenza, da C. cost., 15.7.1994, n. 302, in *Riv. giur. edil.*, 1994, I, p. 894).

E forse proprio valorizzando tale elemento di novità potrebbe cogliersi il vero profilo evolutivo della norma, che dapprima tendeva a privilegiare una visione storico-estetico-culturale già esistente (solo in parte mitigata proprio dalle dinamiche - ed alle volte contrapposte³⁴ - istanze ambientali), ed ora sembrerebbe invece voler esprimere un diverso equilibrio di valori che, attraverso i riferimenti solidaristici³⁵ (ma non solo³⁶) alla sostenibilità ambientale ed intergenerazionale, dia maggiore spazio a "ciò che ancora non è", con i limiti e le criticità di una scelta che, allontanandosi da quella "traiettoria circolare"³⁷ dell'art. 9 Cost. alla quale si era faticosamente e lentamente pervenuti, imporrà di bilanciare valori identitari già acquisiti e tangibili con idee, previsioni, aspettative e desideri rivolti a quanto potrà accadere negli anni a venire, il tutto - si badi - in assenza di una chiara indicazione (già auspicata nel corso di un analogo tentativo di riforma del 2003³⁸) dei concreti principi costituzionali³⁹ ai quali dovrebbero attenersi i poteri pubblici nella realizzazione della tutela ambientale, alimentando così il dubbio di una riforma - allo stato, ed in attesa che la formula adottata venga riempita di effettivi contenuti⁴⁰ - dal carattere solo programmatico (se non addirittura meramente simbolico), a dispetto di sfide (*in primis* quella della diffusione delle energie rinnovabili⁴¹) che avrebbero forse richiesto un intervento più deciso, volto a fugare ogni opacità, fornendo coordinate normative maggiormente chiare e definite.

³⁴ Si pensi al conflittuale rapporto tra le energie rinnovabili ed il paesaggio, per la cui disamina si rinvia all'interessante contributo di M. SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urb. app.*, 2020, 3, p. 301 ss.

³⁵ Presi in esame, anche prima dell'approvazione della riforma, da R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell'ambiente tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum Quad. Cost.*, 2, 2021, p. 441 ss.

³⁶ Non potendosi escludere riverberi anche sulla lettura dell'art. 4 co. 2 Cost., come acutamente evidenziato da F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. econ.*, 107/2022, pp. 15-30.

³⁷ M. FIORILLO, *Le attività culturali*, in M. AINIS – M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2015, p. 311.

³⁸ M. CECCHETTI, "Intervento" all'audizione sulla riforma dell'art. 9 della Costituzione presso la Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati, 9.12.2003, in *federalismi.it*, 15/2003, pp. 1-12.

³⁹ *In primis*, quello di integrazione della tutela ambientale all'interno di tutte le politiche pubbliche, come auspicato anche da M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. Cost.*, 3, 2021, p. 312.

⁴⁰ Come già accaduto, negli anni, proprio con l'evoluzione del concetto di paesaggio.

⁴¹ Esigenza già al centro delle politiche del PNRR, e resa ancor più attuale a seguito del recentissimo conflitto Russia-Ucraina, e delle sue implicazioni energetiche.

La tutela dell'animale nella Costituzione. Elementi di novità ed “omissioni” nel testo riformato dell'art. 9 Cost.

di ROBERTO GARETTO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'iter dell'approvazione della legge che ha riformato l'art. 9 Cost. rispetto alla protezione dell'animale – 3. Profili innovativi in tema di qualificazione dell'animale non recepiti nel testo dell'art. 9 Cost. riformato – 4. Elementi caratterizzanti la tutela dell'animale nella nuova formulazione dell'art. 9 Cost. – 5. Conclusione: uno sguardo agli scenari futuri.

1. Introduzione

La Legge costituzionale dell'11 febbraio 2022 n. 1, recante “Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente”, è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il successivo 22 febbraio.

Essa inserisce nella Carta costituzionale un espresso riferimento alla tutela dell'ambiente e degli animali, recando modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione.

In particolare, integrando l'articolo 9 della Costituzione, la Legge costituzionale introduce tra i principi fondamentali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. Essa inoltre stabilisce che la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali.

Tale ultima previsione, riferita all'animale, si differenzia nettamente da quella che tutela la “biodiversità”. Qui gli animali rilevano non in quanto “specie” animali, bensì a livello individuale, ciascuno di essi singolarmente considerato in quanto essere vivente.

La costituzionalizzazione della tutela animale operata dalla recente riforma risponde ad una mutata sensibilità collettiva rispetto all'animale, specie all'animale domestico¹. Essa si pone in sostanziale linea di coerenza con il diritto

costituzionale europeo e colloca il nostro ordinamento fra i molti che hanno negli ultimi anni incrementato la tutela dell'animale con normative specifiche.

Posta questa premessa, è comunque necessario comprendere l'effettiva portata di tale innovazione e prospettare eventuali scenari futuri che da essa possano trarre origine.

2. L'iter dell'approvazione della legge che ha riformato l'art. 9 Cost. rispetto alla protezione dell'animale

L'approvazione della Legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 ha richiesto l'attuazione di un complesso *iter*. Il disegno di legge di riforma costituzionale è stato approvato in prima deliberazione dal Senato il 9 giugno 2021 e dalla Camera il 12 ottobre.

In seconda deliberazione è stata approvata dal Senato il 3 novembre 2021 e dalla Camera l'8 febbraio 2022 con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

L'iter si è avviato al Senato sulla base di tre disegni di legge di iniziativa parlamentare abbinati cui, nel corso dei lavori in Commissione affari costituzionali, sono stati congiunti ulteriori cinque disegni di legge, di diversi gruppi parlamentari.

È interessante ripercorrere alcuni passaggi di questo *iter* in relazione al tema dell'animale².

Tre degli otto disegni di legge originari presentati in Senato contenevano riferimento esplicito agli animali. La Relazione della I Commissione permanente del 25 maggio 2021³ ce ne offre un resoconto dettagliato: l'A.S. 83, testo d'avvio della revisione, menzionava soltanto il “rispetto degli animali”. L'A.S. 1203 invece attribuiva alla Repubblica il compito di proteggere “la biodiversità e gli animali”. Previsione più ampia e ricca di implicazioni era contenuta nell'A.S. 212. Un autonomo comma dell'art. 9 Cost. stabiliva infatti che “[l]a Repubblica riconosce gli

² Per una ricostruzione dettagliata dell'iter che ha condotto all'approvazione della Legge costituzionale di riforma degli artt. 9 e 41, cfr. A.O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE-online*, 2022, pp. 3391 ss. (in particolare, rispetto all'animale: pp. 3394 s.). Si vedano inoltre: M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quad. cost.*, 2021, pp. 281 ss. e A. RIVIEZZO, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, in *Quad. cost.*, 2021, pp. 301 ss..

³ La Relazione è consultabile in: *Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Fascicolo Iter DDL S. 83*, disponibile all'indirizzo www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebok/54475.pdf.

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Sul tema, più diffusamente cfr. R. GARETTO, *Soggettività giuridica dell'animale. Rilevi critici*, in F. BILOTTA e F. RAIMONDI (a cura di), *Il Soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, 2020, pp. 167 ss.

animali come esseri senzienti e ne promuove e garantisce il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche", riprendendo l'art. 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Il testo unificato adottato il 23 marzo 2021 dalla Commissione era composto da tre articoli. I primi due recavano una modifica, rispettivamente, all'art. 9 ed all'art. 41 Cost. Il terzo invece conteneva una modifica dell'art. 117 Cost., alla lett. s) del comma 2 ed attribuiva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato – fra le altre – la tutela degli animali.

Tuttavia sulla *vexata quaestio* relativa all'animale la Commissione è dovuta giungere ad un compromesso, riducendo il disegno di legge due soli articoli, integranti gli artt. 9 e 41 Cost.

A tal fine, è stato riformulato il terzo comma già proposto nell'art. 9, inserendo la previsione della tutela dell'animale e sottoponendola a riserva di legge statale.

Riferimenti all'animale erano presenti anche in proposte di legge presentate alla Camera dei Deputati⁴, poi assorbite nel testo definitivo approvato.

Mentre il testo di A.C. 2174 riportava, con identica formulazione, il già menzionato testo presentato in Senato in A.S. 212, la formulazione prevista in A.C. 143 menzionava il "rispetto degli animali e delle biodiversità".

Più pregnante la formulazione riferita all'art. 9 contenuta in A.C. 15: "[g]li animali sono esseri senzienti e la Repubblica ne promuove e garantisce la vita, la salute e un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche". Inoltre nella stessa proposta di legge, all'art. 117, alla lettera s) del secondo comma venivano aggiunte le seguenti parole: "nonché degli animali".

Infine il testo contenuto in A.C. 2174, del 21 dicembre 2020, integrava, in tema di animali, l'art. 9 Cost. con il seguente, specifico comma: "[l]a Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti, promuove il loro rispetto e garantisce ad essi un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche", inserendo poi all'articolo 117, secondo comma, lettera s), dopo la parola: "ecosistema" le parole: "degli animali".

Il testo definitivo non menziona il "rispetto" dell'animale – concetto non assimilabile alla prevista "tutela" –, non fa riferimento all'animale come "essere senziente", né evidenzia in modo esplicito l'esigenza di garantire agli animali "un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche".

Una riflessione attenta su tali omissioni consente di meglio comprendere l'effettiva portata della recente riforma in tema di animali.

3. Profili innovativi in tema di qualificazione dell'animale non recepiti nel testo dell'art. 9 Cost. riformato

È evidente come nel testo definitivo dell'art. 9 Cost. si ometta di qualificare l'animale come "essere senziente". Non si è ritenuto necessario riprendere nel testo costituzionale la definizione ricavabile dall'art. 13 del TFUE, laddove si afferma appunto la senzienza animale.

Tale omissione non presenta su un piano formale alcuna conseguenza. Il TFUE, da ultimo modificato dall'articolo 2 del trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008, n. 130, è "diritto costituzionale europeo"⁵ e vincola gli Stati Membri⁶, non richiedendo un successivo recepimento sul piano costituzionale da ciascuno degli Stati.

È tuttavia significativo che, nonostante nella fase iniziale dell'*iter* di approvazione del testo riformato si sia posto in discussione il tema della senzienza, esso sia stato poi accantonato. L'omissione di riferimento esplicito all'art. 13 TFUE presenta pure ulteriori implicazioni, qualora se ne legga il testo nella sua completezza, per la parte che fa riferimento all'animale.

Esso così è formulato: "l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale".

La senzienza, nel testo del TFUE, è posta in relazione col benessere dell'animale⁷.

⁵ Sulla nozione di "diritto costituzionale europeo", si veda A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO, A. MEZZETTI e A. RUGGERI (a cura di), *Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione Europea*, IV ed., Torino, 2014, p. 19: "l'uso non improprio, ancorché peculiare, che dei termini 'Costituzione' e 'diritto costituzionale' può (e a nostra opinione, deve) farsi con riguardo all'ordinamento ed all'esperienza europea in formazione".

⁶ Tale aspetto non è comunque privo di problematicità, in quanto occorre operare a un bilanciamento tra la libertà di religione, garantita dall'articolo 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed il principio del benessere degli animali, quale enunciato all'articolo 13 TFUE (e successivamente concretizzato nel Regolamento n. 1099/2009). La Corte di Giustizia si è in più occasioni pronunciata in questo senso: cfr. *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e a.*, causa C-426/16, del 29 maggio 2018; *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, causa C-497/17, del 26 febbraio 2019; *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, causa C-336/19, del 29/01/2021.

⁷ Sui concetti di senzienza e benessere animale, cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Natur@. Dimensioni della Biogiuridica*, Torino, 2021, pp. 106 s.

⁴ Gli Atti della Camera dei Deputati di seguito citati sono consultabili in www.camera.it.

Le implicazioni riferibili ad uno stato di benessere sono molteplici ed attingono tanto all'ambito etico, religioso e culturale, quanto a quello economico e commerciale, nonché – infine – a quello più specificamente scientifico, che consente anche una sua misurazione riferita allo sforzo dell'animale per sopravvivere nel proprio ambiente⁸. Al tema del benessere dell'animale è altresì riconducibile anche l'aspetto della compatibilità con le sue caratteristiche etologiche⁹.

Non tutte le istanze derivanti dalle implicazioni cui sopra si è accennato sono pienamente soddisfatte mediante la semplice “tutela” dell'animale, garantita nel riformato art. 9 Cost.

Invero la nozione di tutela in sé può prescindere dal dato della senzienza, tanto che nello stesso art. 9 Cost. tutela è garantita anche al paesaggio ed al patrimonio storico e artistico della Nazione. È vero tuttavia che, sul piano internazionale, le fonti riferibili al benessere animale sono ancora piuttosto scarse¹⁰ ed altresì che, in dottrina, ancora difetta una nozione unitaria¹¹.

Diverse implicazioni avrebbe avuto l'inserimento nel riformato testo dell'art. 9 del termine “rispetto”, che si rinveniva in una delle proposte di legge. Tale termine, nell'art. 32 Cost., è riferito alla persona umana ed è certamente riconducibile all'elemento non solo fisico, ma anche emozionale della persona, laddove non consente al legislatore, in materia di trattamento sanitario obbligatorio, il superamento di specifici limiti imposti, appunto, dal rispetto della persona umana. L'utilizzo del termine “rispetto” nel testo costituzionale, se riferito all'animale, avrebbe avuto come presupposto la sua senzienza ed avrebbe verosimilmente implicato il riconoscimento della dignità dell'animale.

Tale riconoscimento invero è attestato in ordinamenti giuridici a noi prossimi. La Svizzera è stato il primo Paese ad applicare il concetto di dignità nei confronti dell'animale. Ciò è avvenuto in parte come risposta alle sfide poste dall'ingegneria genetica¹².

⁸ F. MUCCI, *La tutela degli animali tra diritto europeo, internazionale e costituzionale*, in *Eurojus*, 1, 2022, p. 259.

⁹ G. BIAGI, S. NANNIPIERI, F. SIGNORINI, M. BAGLIACCA, *Welfare e allevamento intensivo*, in *Large Animals Review*, 4, 1, 1998, p. 18.

¹⁰ Cfr. K. SKYES, “Nations Like Unto Yourselves”: *An Inquiry into the Status of a General Principle of International Law on Animal Welfare*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 49, 2011, p. 22; M. BOWMAN, P. DAVIES e C. REDGWELL, *Lyster's International Wildlife Law*, II ed., Cambridge, 2010, p. 698. Fre I trattati a carattere universale, occorre menzionare la Convenzione sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatica in pericolo (CITES), conclusa nel 1973, e il Protocollo sulla protezione ambientale allegato al Trattato antartico, del 1991.

¹¹ M. BOWMAN, P. DAVIES e C. REDGWELL, *ibidem*. Si veda altresì M. LOTTINI, *Benessere degli animali e diritto dell'Unione Europea*, in *Cult. dir.*, 2018, pp. 17 ss.

¹² Cfr. S. STUCKI, *Grundrechte für Tiere. Eine Kritik des geltenden Tierschutzrechts und rechtstheoretische Grundlegung von Tierrechten im Rahmen einer Neupositionierung des Tieres als Rechtssubjekt*,

Da allora, tuttavia, il concetto di dignità è diventato gradualmente la pietra miliare della legislazione svizzera in materia di protezione degli animali¹³, in particolare dopo che la revisione della legge federale sulla protezione degli animali del 2005 ha dichiarato, nel suo articolo di apertura, che l'obiettivo delle sue disposizioni è quello di “tutelare la dignità e il benessere degli animali”¹⁴. Successivamente anche il Liechtenstein nel 2010 ha intrapreso un percorso analogo, inserendo il concetto di dignità nel testo della legge sulla protezione degli animali (*Tierschutzgesetz*)¹⁵.

4. Elementi caratterizzanti la tutela dell'animale nella nuova formulazione dell'art. 9 Cost.

Nonostante il dibattito che ha condotto all'approvazione del testo definitivo di riforma dell'art. 9 Cost. abbia circoscritto la previsione normativa alla sola tutela, è certo che l'inserimento dell'animale all'interno della Carta costituzionale costituisce un elemento di novità tutt'altro che trascurabile. Ciò in particolare se si considera che la sua tutela è posta tra gli stessi principi fondamentali.

Si è di fronte ad un punto di svolta ed allo stesso tempo di non ritorno. Sebbene esso possa dare la stura a una serie di problematiche sulle quali brevemente ci soffermeremo, occorre preliminarmente prendere in considerazione il significato di tale costituzionalizzazione.

Certamente essa è il risultato di un progressivo elevamento della sensibilità giuridica in ordine alla tutela dell'animale.

La necessità di provvedere alla sua tutela era già stata adeguatamente recepita dalla legislazione ordinaria – generale e di settore –, e trovava ormai puntuale applicazione nella giurisprudenza¹⁶. In tal senso la recente riforma costituzionale, facendo proprio un principio generale già altrimenti acquisito nell'ordinamento, ha proceduto alla sua cristallizzazione.

Baden-Baden, 2016, pp. 92 ss.; G. BOLLIGER e A. RÜTTIMANN, *Rechtlicher Schutz der Tierwürde: Status quo und Zukunftsperspektiven*, in C. AMMANN, B. CHRISTENSEN, L. ENGI e M. MARGOT (a cura di), *Würde der Kreatur. Ethische und rechtliche Beiträge zu einem umstrittenen Konzept*, Zürich, 2015, pp. 65 ss.

¹³ T. PIETRZYKOWSKI, *Against Dignity: An Argument for a Non-Metaphysical Foundation of Animal Law*, in *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, 2, 2021, pp. 69 ss.

¹⁴ Legge federale sulla protezione degli animali (LPAn), del 16 dicembre 2005.

¹⁵ *Tierschutzgesetz* (TSchG), del 23 settembre 2010 (LGBI 455.333).

¹⁶ Cfr. T. GAZZOLO, *Diritto e divenire-animale*, in *Pol. dir.*, 2012, p. 710 ss.

La costituzionalizzazione del principio di tutela dell'animale ha infatti un'incidenza diretta sulla discrezionalità del legislatore in ordine al contenuto ed all'opportunità stessa di interventi legislativi sulla materia. Inoltre essa incide sul piano ermeneutico, consolidando indirizzi giurisprudenziali e dottrinali favorevoli al riconoscimento della meritevolezza di una simile tutela.

Il riformato art. 9 contiene quindi una disposizione di principio, che va a collocarsi in modo armonico nel quadro dei valori costituzionali e che impegna il legislatore ad una successiva attività di attuazione. In tal modo non sarà più necessario attendere che il legislatore manifesti una particolare "sensibilità" rispetto alla tutela dell'animale; egli sarà invece tenuto ad essere coerente rispetto al dettato costituzionale.

Qui si colloca l'ulteriore elemento di novità, ovvero la riserva di legge. Si tratta di una riserva di legge assoluta, in base alla quale la tutela dell'animale dovrà essere disciplinata mediante fonti di rango primario, ovvero legge ordinaria o costituzionale. Alle fonti di rango secondario saranno demandate solo norme di mera attuazione¹⁷.

Esse inoltre dovranno coordinarsi ed armonizzarsi con le norme di rango primario in materia di tutela dell'animale; sarà compito dell'interprete – e segnatamente del giudice – applicare con coerenza le norme, in conformità con la gerarchia delle fonti ed in applicazione del principio costituzionale della tutela animale.

5. Conclusione: uno sguardo agli scenari futuri

Tenuto presente lo sviluppo del dibattito parlamentare che ha condotto alla riforma dell'art. 9 Cost. in materia di tutela dell'animale, valutato il peso dei temi "omessi" nel testo definitivo e considerata la portata positiva della costituzionalizzazione di tale tutela, occorre un'ulteriore sforzo per delineare brevemente i futuri scenari che si presenteranno al giurista rispetto alla "questione animale"¹⁸.

Il tema della senziatura costituisce sotto questo profilo una chiave di volta della tematica animale nel diritto. Come già evidenziato, la senziatura è riconosciuta a

livello di "diritto costituzionale europeo", sebbene non sia stata recepita nel testo riformato dell'art. 9 Cost. Essa si colloca, nel nostro ordinamento, come una sorta di principio inespresso, ma comunque non ad esso estraneo. La stessa tutela garantita all'animale, a ben vedere, non può prescindere dalla senziatura dello stesso.

L'art. 9, nella nuova formulazione, gradua le forme di tutela, partendo dalla tutela di beni di elevato valore culturale, ma privi in sé di elemento vitale (il paesaggio e il patrimonio storico e artistico), per giungere alla tutela di realtà "viventi" (l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi). Solo al vertice di questa piramide si colloca la tutela dell'animale, individuato quale essere vivente che si caratterizza in modo specifico. La sua specificità deriva, appunto, dalla sua senziatura (principio inespresso, ma certamente sotteso).

Se questo è il percorso logico desumibile dalla graduazione di tutela nell'art. 9, come riformato, è ragionevole chiedersi se da una tutela così "particolare" per l'animale possa derivare successivamente anche il riconoscimento della sua "dignità".

Tale riconoscimento, ormai acquisito – come si è detto – in taluni ordinamenti, pone una questione difficilmente superabile agli occhi del giurista, ovvero l'individuazione di un discrimine nel riconoscimento di "dignità" (e conseguente tutela) ad alcuni animali e non ad altri. Significativa, in questo senso, la recente legge di protezione degli animali, approvata in Lussemburgo nel 2018¹⁹. Essa postula che chi si prende cura dell'animale è tenuto a rispettarne la dignità. La legge tuttavia opera una distinzione – in sé discutibile – tra animali classificabili come mammiferi ed animali non mammiferi e stabilisce il divieto di detenere animali che non siano inseriti in un elenco "positivo". Essa inoltre, nel riconoscere tutela e dignità agli animali domestici, lascia irrisolta la questione degli animali nocivi o molesti. Purtroppo il legislatore del Lussemburgo non si dimostra insensibile al riconoscimento di un principio di non discriminazione riferibile all'animale, allorché la legge vieta pratiche di eliminazione selettiva dell'animale d'allevamento in base al sesso, non consentendo la soppressione dei pulcini di sesso maschile negli animali ovipari e dei vitelli nei bovini per la produzione di latte²⁰.

L'ambiguità di fondo evidenziata pone in risalto il tema della disparità di trattamento fra animali allorché dal piano della senziatura e della dignità si volesse giungere all'affermazione di una qualche forma di soggettività giuridica dell'animale stesso²¹.

¹⁷ Dalla riserva di legge assoluta "deriva l'obbligo di disciplinare in modo diretto la materia riservata [...], rimanendo possibile rilasciare a fonti subordinate solo l'emanazione di disposizioni di dettaglio necessarie alla esecuzione". Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1967, p. 300.

¹⁸ L'espressione è volutamente mutuata da S. CASTIGLIONE e L. LOMBARDI VALLAURI, *La questione animale. Trattato di biodiritto*, Milano, 2012, in quanto essa bene pone in evidenza la complessità del tema e la necessaria interazione tra scienza, filosofia, etica e diritto.

¹⁹ *Loi sur la protection des animaux* (A537), del 27 giugno 2018.

²⁰ Sul tema, più diffusamente, cfr. R. GARETTO, *op. cit.*, pp. 168 s.

²¹ T. PIETRZYKOWSKI, *op. cit.*, pp. 80 s.

Si rischierebbe infatti di operare una distinzione “gerarchica” tra animali, privilegiando – in modo piuttosto arbitrario – l’animale che vive costantemente con l’uomo, perché domestico, rispetto agli animali allevati per l’alimentazione e relegando ad un infimo livello di tale gerarchia gli animali molesti e dannosi per l’uomo stesso²². Le conseguenze di un siffatto approccio sarebbero probabilmente non felici dal punto di vista tanto teorico, quanto pratico.

Una simile consapevolezza può aver orientato alla prudenza il legislatore che si è apprestato a riformare l’art. 9 della nostra Costituzione. Una mutata sensibilità – a livello diffuso – rispetto alla tematica animale è destinata comunque a stimolare un dibattito culturale sempre più ampio ed a richiedere al diritto di individuare originali ipotesi di soluzione rispetto alle molteplici problematiche che da tale dibattito certamente emergeranno.

Un adeguamento notarile. La riforma costituzionale italiana in prospettiva comparata¹

di ENRICO BUONO

SOMMARIO: 1. Costituzionalismo ambientale: premesse definitorie. – 2. La solidarietà intergenerazionale come *Common Core* del costituzionalismo ambientale europeo. – 3. Gli addentellati *deontici* della riforma: un commento.

1. Pur restando ai margini del dibattito dottrinario sulla costituzionalizzazione dello stato d'emergenza, l'introduzione della tutela ambientale tra i principi fondamentali della Costituzione italiana è non meno meritevole d'attenzione. Approvata in seconda lettura dalla Camera lo scorso 8 febbraio con un solo voto contrario, la riforma in commento è ascrivibile all'inadeguatezza della formulazione dell'articolo 117, comma 2, lett. s) Cost., rispetto all'affermazione 'universale' del costituzionalismo ambientale². Come il costituzionalismo postbellico³ ha rinvenuto nel ripudio della guerra – nel *nunca más* – il suo mito fondativo, così il costituzionalismo postmoderno appare edificato attorno al progressivo riconoscimento della dimensione ambientale.

Il presente contributo intende, pertanto, delineare per sommi capi l'orizzonte comparato della tutela costituzionale dell'ambiente, nel tentativo di ricostruire il 'codice genetico' dei riformati articoli 9 e 41 Cost. Ci si interroga, inoltre, sull'impatto potenziale della riforma italiana – e, più in generale, del citato trend 'globale' – di là di considerazioni nominalistiche e strumentali, meramente declamatorie, della materia ambientale.

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Il contributo costituisce una rielaborazione del saggio che, in occasione dell'incontro di studi tenutosi lo scorso 22 aprile presso l'Università Statale di Milano su “*Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*”, ha ricevuto il Premio “*SIRD Younger Comparatists 2022*” dalla Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato.

² D.R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution. A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, UBC Press, Vancouver-Toronto, 2012; J.R. MAY, E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; cfr. D. AMIRANTE, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *DPCE*, Numero speciale 2019, pp. 1-32.

³ F. BONINI, S. GUERRIERI (a cura di), *La scrittura delle Costituzioni. Il secondo dopoguerra in un quadro mondiale*, Il Mulino, Bologna, 2020.

²² R. GARETTO, *op. cit.*, p. 175. In chiave critica rispetto ad un approccio caratterizzato – prevalentemente – da “specismo”, Si vedano altresì: L. BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, Bari, 1997, p. 46 e A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012, p. 15.

In modellistica comparata, nozioni quali ‘sistema giuridico’, ‘cultura giuridica’ e ‘tradizione giuridica’ sono talvolta impiegate in modo promiscuo, dando luogo a sovrapposizioni concettuali che ne acuiscono il – già considerevole – grado di astrazione. Ciononostante, il comparatista che si accinga ad approfondire i rapporti di reciproca permeabilità tra cultura e diritto in materia ambientale può rinvenire nell’idea di ‘cultura’ una ‘lente’ preziosa, attraverso cui rileggere i processi di costituzionalizzazione che hanno, da ultimo, condotto alla riforma in commento: le declinazioni giuridiche ed etico-ambientali della nozione di ‘cultura’ sono intersecabili. La natura ‘normativa’ e le implicazioni giuridiche dell’etica ambientale appaiono evidenti, infatti, sin dalla sua genesi: fu proprio un giurista – Christopher D. Stone – a porre le basi della disciplina nel 1972, con il seminale saggio «*Should Trees Have Standing?*»⁴.

Ed è proprio sul piano crittotipico che l’etica ambientale informa di sé il diritto, come appare evidente nell’evoluzione della Costituzione materiale e, più in generale, del diritto costituzionale. I *trends* recenti del costituzionalismo globale riflettono questa relazione osmotica: come ricorda Amirante, «dal punto di vista quantitativo le Costituzioni che prevedono a vario titolo forme di tutela ambientale sono passate da poco più di 40 (nel 1989) a 153 (ad oggi), con un numero di ordinamenti a «costituzionalizzazione ambientale» triplicato e che copre ormai più dei tre quarti degli Stati membri dell’Assemblea delle Nazioni unite»⁵. Emerge per questa via un ‘costituzionalismo specializzato’⁶ che «suggerisce un nuovo modo di concepire la relazione tra individui, Stati sovrani e l’ambiente, con l’obiettivo [...] di spingere i governi a proteggere [...] le risorse ambientali nell’interesse dell’umanità, presente e futura, e dell’ambiente stesso»⁷. Sintetizzando la pluralità delle sue dimensioni, il costituzionalismo ambientale è, ad un tempo, una disciplina accademica ed un ‘progetto di trasformazione’⁸, volto a tracciare

il cambiamento di paradigma necessario per contrastare la crisi socio-ecologica dell’Antropocene⁹.

Pur nell’impossibilità di enuclearne una nozione unitaria, per costituzionalismo ambientale si intende comunemente il conferimento di rango apicale a principi ambientali che – sacramentati nel dettato costituzionale – «rendono la tutela ambientale una funzione ed obbligazione primaria dello Stato»¹⁰.

Il costituzionalismo ambientale consentirebbe, dunque, di vertebrare – quale *télos* concreto della forma di Stato – i principi ambientali, introducendo nell’ordinamento «la tutela ambientale allo stesso livello [...] del rispetto della dignità e della vita»¹¹. Criticamente si osserva che il costituzionalismo ambientale, persino nella sua accezione ecocentrica, non si distaccherebbe dal paradigma liberale del bilanciamento¹² tra interessi ambientali ed economici: «l’ottimizzazione avviene semplicemente nel rispetto di una serie di vincoli ecologicamente più astuti»¹³.

2. La solidarietà intergenerazionale appare configurabile come possibile *Common Core* del costituzionalismo ambientale di matrice europea, assumendo una connotazione culturale tipicamente ‘deontica’, richiamata da gran parte dei testi costituzionali degli Stati membri.

La ricerca di tale *Common Core* muove necessariamente dalla dimensione solidaristica, quale asse trasversale tra il patrimonio costituzionale degli Stati membri e le fonti primarie dell’Unione. Gli artt. 3 TUE e 37 della Carta di Nizza – in combinato disposto con l’art. 191 TFUE – costituiscono la base giuridica per l’introduzione della prospettiva intergenerazionale nell’interpretazione e nel controllo giurisdizionale del diritto dell’Unione. Le problematiche ambientali si muovono su piani temporali che coinvolgono inevitabilmente più generazioni: Edith Brown Weiss ha impiegato la metafora del «*trust planetario*»¹⁴ per descrivere

⁴ C.D. STONE, *Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 45, 1972, pp. 450-501.

⁵ D. AMIRANTE, *L’ambiente «preso sul serio»*, cit., p. 3; cfr. A. RIVIEZZO, *Diritto costituzionale dell’ambiente e natura umana*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, p. 301. Sui riferimenti testuali alla sostenibilità e alle generazioni future, si rinvia ai dati quantitativi raccolti da Tania GROPPA, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, 1, 2016, pp. 53-55.

⁶ C. SCHWÖBEL, *Situating the Debate on Global Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 8, 2010, p. 632; cfr. L.J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2016, p. 13.

⁷ J.R. MAY, E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 3.

⁸ L.J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 152.

⁹ L.J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 18.

¹⁰ *Ivi*, 12.

¹¹ L.J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 153.

¹² Cionondimeno, le tecniche di bilanciamento costituiscono l’essenza dello «interpretare il diritto» nello Stato costituzionale maturo», come magistralmente ricorda S. PRISCO, «*Rigore è quando arbitro fischia?*» *Spunti di ‘ragionevole’ scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 gennaio 2016, pp. 11-12.

¹³ D.A. KYSAR, *Global Environmental Constitutionalism: Getting There from Here*, in *Transnational Environmental Law*, 1, 2012, p. 86.

¹⁴ E. BROWN WEISS, *The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity*, in *Ecology & Law Quarterly*, 1984, p. 499; si veda anche E. BROWN WEISS, *In Fairness to Future Generations*, in *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 3, 1990, pp. 37-38: «ogni generazione

i diritti e gli obblighi degli appartenenti alla generazione presente verso i propri contemporanei (quali *beneficiaries*, in ottica 'intra'generazionale), e verso le future generazioni (quali *trustees*, in ottica 'inter'generazionale). La solidarietà intergenerazionale ha prestato il fianco ad una duplice criticità: da un lato, ha destato scetticismo per la sua fallacia 'sentimentale'¹⁵, nel riconoscimento di tutela a soggetti futuri privi, in quanto tali, di capacità giuridica¹⁶; dall'altro, ci si è chiesti come impostare una relazione di 'reciprocità'¹⁷ – carattere ontologico della solidarietà – tra generazioni presenti e future.

Ciononostante, la solidarietà intergenerazionale figura in dieci Costituzioni ambientali – undici, anzi, con la recente riforma italiana – di Stati membri dell'Unione, delineando una grammatica costituzionale comune¹⁸. La solidarietà intergenerazionale costituisce, pertanto, un concetto ampiamente condiviso nelle Costituzioni degli Stati membri ed un potenziale parametro di riferimento per l'integrazione in senso ambientale della clausola generale delle 'tradizioni costituzionali comuni', come impiegata dalla CGUE¹⁹. Intanto, il descritto *Common Core* del costituzionalismo ambientale europeo pare trasparire già nella giurisprudenza nazionale. La Corte distrettuale de L'Aia ha – con sentenza *Urgenda*²⁰ del

2015 – applicato per la prima volta principi di giustizia intergenerazionale: «il possibile danno per [...] le generazioni attuali e future di cittadini olandesi, è così grande e concreto che, dato il suo dovere di diligenza, lo Stato deve dare un contributo adeguato [...] per prevenire il cambiamento climatico». Da ultimo, il *Bundesverfassungsgericht* – con l'ordinanza resa nel caso *Neubauer, et al. v. Germany*²¹ nel 2021 – ha riconosciuto l'incostituzionalità della legge federale sulla protezione del clima del 2019 per contrasto con il citato art. 20a GG, non avendo la stessa previsto una distribuzione proporzionale del *carbon budget* tra generazioni attuali e future: «non si deve consentire a una generazione di consumare gran parte del bilancio di CO2 [...] se ciò lasciasse allo stesso tempo le generazioni future con un onere di riduzione radicale [...] esponendo le loro vite a gravi perdite di libertà».

3. Alla luce del quadro dianzi delineato, il costituzionalismo ambientale europeo si connota per la prevalenza della dimensione 'deontica'²², rispetto all'affermazione di un diritto soggettivo all'ambiente, che appare allo stato regressiva²³. Deontica è, in particolare, la formulazione adottata dall'art. 20a della Costituzione tedesca, ed è nel *Grundgesetz* – per ammissione degli estensori stessi della riforma – che va identificato il principale referente culturale del progetto di legge costituzionale C. 3156-B.

A parere di chi scrive, la riforma approvata in Italia è – tra alcune luci e non poche ombre²⁴ – pienamente in linea con la tradizione del costituzionalismo ambientale 'solidale' europeo. Prima di confermare questa ipotesi, esaminandone il contenuto, si intende dimostrare che la costruzione del costituzionalismo ambientale 'implicito' italiano poggia (anche) sul principio solidaristico.

ha l'obbligo nei confronti delle generazioni successive di lasciare le risorse naturali e culturali del pianeta in condizioni non peggiori di quelle ricevute».

¹⁵ G. KIRSCH, *Solidarity Between Generations: Intergenerational Distributional Problems in Environmental and Resource Policy*, in A. SCHNAIBERG, N. WATTS, K. ZIMMERMAN (eds.), *Distributional Conflicts in Environmental-Resource Policy*, WZB Publications, Berlin, 1986, p. 381.

¹⁶ Su tutti, si veda R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

¹⁷ A. WILDT, *Solidarity: Its History and Contemporary Definition*, in K. BAYERTZ (ed.), *Solidarity*, Kluwer Academic, Dordrecht, 1999, p. 217.

¹⁸ D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 127 ss.; cfr. A. SIKORA, *Constitutionalisation of Environmental Protection in EU Law*, Europa Law Publishing, Zutphen, 2020, pp. 109-125. Ci si riferisce ai testi costituzionali di Belgio (art. 7-bis), Francia (Carta dell'ambiente del 2003: settimo considerando del preambolo; si veda anche l'art. 6), Germania (art. 20a GG), Lettonia (preambolo), Lussemburgo (art. 11-bis), Polonia (preambolo; art. 74, comma 1), Portogallo (art. 66, comma 2, lett. d), Slovacchia (art. 4, comma 1), Svezia (art. 2 *Regerungsformen*) ed Ungheria (preambolo; art. 30).

¹⁹ Sul punto, è imprescindibile la lettura di M. GRAZIADEI, R. DE CARIA, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case Law of the Court of Justice of the European Union: Judicial Dialogue at its Finest*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2017, pp. 949-971.

²⁰ S. BALDIN, P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *DPCE*, 3, 2021, pp. 623-625.; cfr. M.F. CAVALCANTI, M.J. TERSTEGGE, *The Urgenda case: The Dutch Path Towards a New Climate Constitutionalism*, in *DPCE Online*, 2, 2020, p. 1388 ss.

²¹ R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *Luis Open*, 28 maggio 2021; R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *lacostituzione.info*, 30 aprile 2021.

²² Sull'etica deontica, si veda D. PORENA, *Il principio di sostenibilità*, cit., p. 67.

²³ È unanime la critica in dottrina verso l'impostazione di un diritto soggettivo all'ambiente. Su tutti, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, p. 291. Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 343-360; B. CARAVITA DI TORITTO, A. MORRONE, *Ambiente e Costituzione*, in B. CARAVITA DI TORITTO, L. CASETTI, A. MORRONE (eds.), *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 17-38.

²⁴ D. FUSCHI, *Environmental Protection in the Italian Constitution: Lights and Shadows of the New Constitutional Reform*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 13 febbraio 2022.

Com'è noto, la 'verbalizzazione' di un diritto costituzionale per l'ambiente – sempre presente, seppur a livello crittotipico – si deve sì all'intensa attività ermeneutica della Corte costituzionale, ma anche a due felici intuizioni dottrinarie: se da un lato, infatti, Alberto Predieri estendeva il concetto di «paesaggio», di cui all'art. 9 Cost., sino a ricomprendervi la «forma» dell'ambiente, dipendente dalla «continua interazione della natura e dell'uomo»²⁵, dall'altro Temistocle Martines riconduceva la tutela ambientale all'ambito dei doveri costituzionali di solidarietà, ex art. 2 Cost., sull'assunto che «la dimensione più appropriata per cogliere i caratteri della disciplina ambientale appare quella della doverosità»²⁶. La feconda suggestione del Maestro messinese consentirebbe, secondo Amirante, di configurare «sia le situazioni passive che le situazioni attive riferibili all'ambiente su una base oggettiva, fondata sull'equilibrio fra pretese ed obblighi (valido sia per i pubblici poteri che per i cittadini)»²⁷ e può dirsi in parte recepita dalla riforma in commento, per il tramite dell'apertura intergenerazionale di cui *infra*, già 'intuita' dalla dottrina *de qua*²⁸.

Lo 'spirito unanimistico' che ha connotato l'approvazione parlamentare della riforma *de qua* – con un dibattito che, ad una rapida scorsa dei resoconti stenografici, potrebbe dirsi addirittura 'soporifero' – pare opporsi diametralmente all'accoglienza 'divisiva' che la stessa ha ricevuto in dottrina. Alla vigilia della discussione finale, i costituzionalisti italiani s'erano affrettati a salire sulle barricate – salvo poche eccezioni²⁹ – a difesa dell'immodificabilità dei primi dodici articoli della Carta. È un dato che denota, forse, lo 'scollamento' tra la 'cultura giuridica interna' e la sensibilità ambientale maturata dall'opinione pubblica, attraversata da un senso di urgenza che non può ridursi esclusivamente a *greenwashing*.

È pur vero che la formula approvata non sembra incontrare neppure i gusti degli autori che avevano invocato l'introduzione della tutela ambientale in Costituzione³⁰. Non sorprende riscontrare la 'polarizzazione' del dibattito tra chi avrebbe

volentieri fatto a meno di 'cristallizzare' un principio già riccamente intessuto dalla Consulta, e chi avrebbe preferito un intervento ben più radicale.

Inforcando le 'lenti' del comparatista – in coerenza con l'approccio adottato sinora – più che di 'riforma', invero modesta e compromissoria³¹, parrebbe opportuno discutere di un adeguamento 'notarile', forse tardivo, senz'altro 'ovvio'. Nell'iperuranio rappresentato dal 'nucleo duro' degli immodificabili 'principi supremi' ha fatto irruzione – con l'irruenza del proverbiale 'toro nel negozio di porcellane' – l'Antropocene, recando con sé tutta l'imminenza di una catastrofe inevitabile in mancanza di un cambiamento che, in ambito giuridico, non può escludere la *Grundnorm*.

Come s'è accennato dianzi, anche la dottrina più sensibile all'introduzione dell'ambiente nel testo costituzionale ha manifestato delle doglianze: *ex multis*, la mancata consacrazione – sulla scorta dell'esempio francese – dei principi europei di gestione ambientale. Tale 'mancanza' appare, però, nel complesso coerente col metodo adottato dal legislatore della riforma, volto ad uno *stating the obvious* che non 'diluiscia' la portata sostanziale della revisione in un'elencazione di principi tecnici ignorati dalla cittadinanza.

In conclusione: l'ambiente è stato (finalmente) «preso sul serio»? All'esito del percorso comparatistico che s'è inteso tratteggiare in questa sede, sembra potersi convenire che – pur nelle sue evidenti limitazioni – la riforma in parola ha (almeno) un merito, contenuto nelle sei parole di cui consta l'inciso «*anche nell'interesse delle future generazioni*»³². Ciò che appare aberrante e ambiguo per il costituzionalista interno risulta, infatti, per il comparatista, un importante avanzamento nell'ottica del superamento di quella «furia del presente» di cui è vittima il legislatore, «imprigionato da scadenze elettorali che spesso lo zavorrano ad interessi di breve o brevissimo periodo»³³. La 'sostenibilità' – risignificata in un'accezione non meramente economicistica, da *fiscal compact*, bensì integralmente socio-ecologica – è, per questa via, introdotta all'interno dei principi fondamentali della Costituzione italiana, legando «ancora più intimamente» gli artt. 2 e 9 Cost. e conferendo nuova «veste costituzionale anche a quel fondamento di eticità, che non è strettamente di matrice politica, economica o sociale e che contraddistingue certamente

²⁵ A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1981, p. 507 ss.; A. PREDIERI, *La regolazione giuridica degli insediamenti turistici e residenziali nelle zone alpine*, in *Foro amministrativo*, p. 360 ss.

²⁶ T. MARTINES, *L'ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in V. PEPE (ed.), *Politica e legislazione ambientale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 15 ss.

²⁷ D. AMIRANTE, *L'ambiente «preso sul serio»*, cit., p. 22.

²⁸ Dottrina considerata un tempo minoritaria, che meriterebbe una rimediazione alla luce della riforma: v. F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Il diritto dell'economia*, 3-4, 2009, pp. 493-494: «l'unica via per realizzare questo obiettivo consiste nell'imposizione di doveri in capo alle persone nella prospettiva di una solidarietà che ha come immediato oggetto l'ambiente, ma che, in realtà, [...] ci lega alle generazioni future».

²⁹ Di posizioni «nobilmente conservatrici» parla S. PALMISANO, *Costituzione e tutela del paesaggio: questo Paese ha disperato bisogno di ecosostenibilità*, in *Ambiente & Veleni. I blog del Fatto Quotidiano*, 12 febbraio 2022.

³⁰ Su tutti, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., pp. 312-314.

³¹ Di «compromesso al ribasso» parla F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *federalismi.it*, 23 giugno 2021, p. 5.

³² Per una prospettiva più attenta all'eguaglianza redistributiva, si veda M.A. GLIATTA, *Ambiente e Costituzione: diritti distributivi e riconfigurazione della responsabilità intergenerazionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021, p. 117.

³³ R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, cit.

il dovere di solidarietà ambientale»³⁴. Un fondamento di eticità 'deontica' che si è inteso identificare nella solidarietà ambientale intergenerazionale, quale autentico *Common Core* del costituzionalismo ambientale europeo, di cui l'Italia è entrata finalmente a far parte.

L'interesse delle future generazioni in Costituzione: una responsabilità etica e giuridica

DI MARIAGIULIA ARGENTINO

SOMMARIO: 1. L'ambiente entra nei Principi Fondamentali della Costituzione insieme alla responsabilità intergenerazionale. – 2. Dal popolo nel susseguirsi delle generazioni (Nazione) ai vincoli di bilancio, all'ambiente di domani: il futuro come dimensione da tutelare. – 3. La nuova sfida dal piano costituzionale a quello della prassi istituzionale.

1. La legge costituzionale n. 1 del 11 febbraio 2022, approvata con la maggioranza dei due terzi dei componenti di entrambe le Camere, interviene sugli articoli 9 e 41 della Costituzione per introdurre la tutela dell'ambiente nelle loro previsioni.

Le modifiche investono rispettivamente i Principi Fondamentali (art. 9), tra i quali è inserita “la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni”, con l'aggiunta di una riserva di legge in punto di tutela degli animali, ed il Titolo III – Rapporti Economici – della Parte Prima (art. 41), nel quale l'ambiente appare sia tra i limiti cui è subordinato lo svolgimento dell'iniziativa economica privata (comma secondo) sia come finalità specifica cui deve tendere tanto l'attività pubblica quanto quella privata (comma terzo).

Trattasi di una revisione che sembrerebbe recepire quel percorso di sensibilizzazione verso concetti come “*green economy and sustainable development*”¹ che

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ In tal senso, si veda il Rapporto Brundtland del 1987, dal titolo emblematico «*Our common future*», ovvero il rapporto finale della Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, istituita in ambito ONU nel 1983 e presieduta da Gro Harlem Brundtland, che costituisce ormai un punto di riferimento imprescindibile per ogni riflessione sulle questioni ambientali, contenendo, tra l'altro, la definizione di «sviluppo sostenibile» diventata poi di uso comune: «*uno sviluppo che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri*».

In quest'ottica rileva altresì l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile che è un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto nel settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU.

Essa ingloba 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile - *Sustainable Development Goals, SDGs* - in un grande programma d'azione per un totale di 169 'target' o traguardi, al fine di richiamare

³⁴ G. GRASSO, *Appunti per l'Audizione informale resa il 4 febbraio 2020, presso la 1a Commissione (Affari Costituzionali) del Senato della Repubblica sul disegno di legge costituzionale n. 83 e connessi (tutela costituzionale dell'ambiente)*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, pp. 8-9.

impegnano da tempo e trasversalmente gli ambiti economici, giuridici e sociali degli Stati di fronte all'allarmante tasso di perdita di biodiversità, agli effetti sempre più preoccupanti dei cambiamenti climatici e all'eccessivo sfruttamento delle risorse naturali.

Una fondata preoccupazione che ha indotto il Parlamento italiano ad un espresso riconoscimento in Costituzione della tutela ambientale nella sua accezione più estesa, non solo cioè come bene o materia competenziale (come peraltro già aveva previsto l'art. 117, lett. s), nel 2001), ma come valore primario ed assoluto, rafforzandone il sistema di garanzie affermato da tempo sia dalla giurisprudenza costituzionale² sia dagli interventi legislativi di settore³.

L'introduzione dell'ambiente in due diverse previsioni costituzionali assume quindi una valenza giuridica peculiare e diversa rispetto al sistema previgente, ancorato ad un'interpretazione evolutiva proprio dell'art. 9 in punto di tutela del paesaggio⁴, in combinato disposto con l'art. 32 recante il diritto fondamentale alla salute⁵.

Vuol dirsi che l'espressa menzione in Costituzione, ed in particolare nei suoi Principi Fondamentali, non potrà che rafforzare ogni iniziativa tesa ad attuare la tutela ambientale.

l'attenzione sui limiti dell'attuale modello di sviluppo umano e sociale in modo da incoraggiare una visione condivisa dei cambiamenti necessari (riassunti nei citati 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile), a cui tutti – cittadini, imprese, associazioni, istituzioni – devono contribuire.

L'avvio ufficiale degli Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile ha coinciso con l'inizio del 2016, guidando il mondo sulla strada da percorrere nell'arco dei prossimi 15 anni: i Paesi, infatti, si sono impegnati a raggiungerli entro il 2030.

² La Corte costituzionale, infatti, partendo dalle storiche sentenze del 24 giugno 1986, n. 151 e del 30 dicembre 1987, n. 641, ha definito l'ambiente come un bene giuridico di valore «primario» ed «assoluto» e, superando la tradizionale tesi interpretativa che sosteneva la natura proteiforme della «materia ambientale», gli ha attribuito rilievo costituzionale, protetto in particolare dagli artt. 9, comma 2, e 32 Cost.

³ La legislazione in materia ambientale ha avuto un forte incremento a partire dagli anni '80 attraverso la L. 349/1986 (rubricata, «Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale») ed una serie di decreti legislativi posti a tutela di settori specifici tra cui ad esempio le acque, l'inquinamento acustico o la gestione dei rifiuti, emanati a seguito di eventi preoccupanti come il disastro di Chernobyl e sulla spinta dei condizionamenti provenienti dall'ordinamento comunitario.

Tuttavia, è solo con il D. Lgs. 3 Aprile 2006, n. 152 (cd. Codice Ambiente) che viene assicurata una valida tutela ambientale, anche in risposta alle istanze di un adeguamento urgente ai riferimenti legislativi della normativa europea.

⁴ Si veda, in tal senso, la sentenza 3 ottobre 1990, n. 430, con la quale la Corte costituzionale ha precisato che la tutela del paesaggio di cui all'art. 9 Cost. «deve essere intesa nel senso lato di tutela ecologica», dunque anche come «interesse alla conservazione dell'ambiente naturale».

⁵ Cfr. Corte cost., 16 marzo 1990, n. 127, in cui la Consulta precisa che la tutela della salute di cui all'art. 32 Cost. vale anche come «tutela dell'ambiente in cui l'uomo vive».

Ad essa si ricollega il riferimento «all'interesse delle future generazioni» contenuto nel rinnovato art. 9 che si pone, a parere di chi scrive, come l'innovazione più importante della riforma costituzionale poiché riconosce palesemente uno dei concetti emergenti del costituzionalismo contemporaneo⁶: la responsabilità intergenerazionale.

Non è un caso, infatti, che i richiami alle generazioni future si siano moltiplicati nel tempo in diverse Carte costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea, soprattutto nel campo della tutela ambientale, confermandone la rilevanza. Si pensi ad esempio all'art. 20a della Costituzione tedesca, secondo cui: «Lo Stato tutela anche in responsabilità verso le generazioni future le fondamentali condizioni naturali di vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto»; all'art. 9, comma II, della Costituzione maltese, in base al quale: «Lo Stato protegge e conserva l'ambiente e le sue risorse a beneficio delle generazioni presenti e future e adotta misure per affrontare qualsiasi forma di degrado ambientale a Malta, incluso quello dell'aria, dell'acqua e della terra, e qualsiasi tipo di problema dell'inquinamento e per promuovere, alimentare e sostenere il diritto di azione a favore dell'ambiente»⁷.

Occorre quindi chiedersi la valenza del richiamo agli interessi delle future generazioni nel nostro sistema e, soprattutto, quali siano le implicazioni costituzionali derivanti dalla sua introduzione tra i Principi Fondamentali dell'ordinamento.

2. Prima dell'introduzione nell'art. 9, gli interessi intergenerazionali trovavano già un riferimento implicito in Costituzione.

Senza pretesa di esaustività, si pensi alla stessa nozione di «Nazione» contenuta proprio nell'art. 9 in relazione alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico⁸: un concetto giuridico che non è scomponibile in singole entità, ma

⁶ Per un'analisi dei riferimenti alle generazioni future nelle costituzioni cfr. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, pp. 125-126 e T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2016.

⁷ In tal senso, si veda anche la Carta dell'Ambiente della Francia, nel cui preambolo si legge testualmente «che al fine di perseguire uno sviluppo sostenibile, le scelte compiute per rispondere ai bisogni del presente non devono compromettere la capacità delle generazioni future e degli altri popoli di dare risposta ai loro specifici bisogni».

⁸ Per un approfondimento sui concetti di «nazione» e «paesaggio» di cui all'art. 9 Cost., si veda A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981.

rappresenta l'insieme del popolo, del territorio, degli elementi di natura etnica, linguistica e sociale di ciascuno Stato, capace di evocare valori e principi che travalicano il tempo presente. In quest'ottica, la Nazione è l'insieme delle generazioni passate, presenti e future; è la costruzione di una identità storica e culturale che prescinde dal preciso e concreto momento storico⁹.

Di conseguenza, il suo richiamo all'interno dell'art. 9 sembrerebbe anticipare implicitamente ciò che la legge costituzionale n. 1/2022 ha poi inserito espressamente: il riferimento all'interesse delle future generazioni, già contenuto in quello di Nazione, confermerebbe quindi l'attitudine della citata disposizione costituzionale ad essere da sempre proiettata al futuro.

Eppure la categoria dei diritti delle generazioni future non è mai stata riconosciuta pienamente da parte della dottrina¹⁰, al punto da ribaltare la questione non tanto nei termini di diritti delle generazioni future, bensì come doveri di quelle presenti verso quelle future¹¹.

In tal senso, infatti, si pongono gli artt. 81 e 97 Cost. che, richiamando i principi dell'equilibrio del bilancio e della sostenibilità del debito pubblico, contengono al loro interno un riferimento implicito (ma molto potente) alle generazioni future, prescrivendo la razionalizzazione delle decisioni di bilancio non solo per il presente, ma anche a tutela del periodo futuro, superando quella logica di breve termine che sovente caratterizza i metodi e le tecniche della legislazione economica¹².

⁹ Cfr. I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Diritto e Conti – Bilancio Comunità Persona*, fasc. n. 1, 2021, p. 55. Per ciò che concerne il legame tra Nazione e tempo si veda anche V. DE SANTIS, *L'eredità culturale e la responsabilità intergenerazionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, pp. 521 e ss.

¹⁰ Per una rassegna completa delle varie obiezioni filosofico-politiche e delle possibili "risposte" giuridiche v. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 42 s.

¹¹ In tal senso si veda, G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 1, 2020, p. 72, per il quale "è assai difficile configurare diritti soggettivi – o anche solo interessi legittimi pretensivi – per persone non nate, soggetti futuri ed indeterminati. Nessun interesse futuro può essere assicurato se esso appare giuridicamente indeterminato. Ecco perché è assai meglio puntare sulla responsabilità delle generazioni presenti. Imponendo limiti e obblighi per comportamenti ecosostenibili".

Sul carattere innovativo del riferimento alle "generazioni future" si veda anche G. GRASSO, *L'espansione della categoria dei doveri costituzionali nella riforma costituzionale sull'ambiente*, in *Menabò di Etica e Economia*, 169/2022.

¹² In tal senso, si veda sul tema, I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, cit., p. 68; L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020.

Ma l'art. 9 della nostra Costituzione sembrerebbe evocare un concetto diverso poiché ancora la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, "anche" nell'interesse delle future generazioni: un legame logico e funzionale tra due sintagmi di un'unica disposizione che delinea un nuovo principio fondamentale dell'ordinamento.

Il riferimento costituzionale non è quindi ai "diritti" delle generazioni future né ai "doveri" di quelle presenti, ma si tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi anche in relazione agli "interessi" di coloro che verranno dopo di noi: l'art. 9 più che definire una situazione giuridica soggettiva (attiva o passiva) afferma un interesse meritevole di tutela dall'ordinamento e fonte di ulteriori vincoli per i poteri pubblici.

In quest'ottica, il nuovo comma 3 dell'art. 9 sembrerebbe affiancare ad una visione del diritto fortemente umanocentrica una ecocentrica¹³, che tenta di minimizzare, o meglio attenuare, i costi ambientali, sociali ed umani dello sviluppo capitalistico (di oggi) per le future generazioni che (domani) ne sopporteranno incolpevolmente il prezzo più alto.

Certo, siamo ancora in una fase embrionale di questo sviluppo ma non sembra improbabile immaginare ricadute pratiche della nuova impostazione, capaci di dare concretezza ed efficacia al nuovo Principio Fondamentale della Costituzione. Si pensi ad esempio all'incidenza sulla democrazia elettorale, naturalmente orientata a conquistare il consenso a breve termine degli attuali elettori, senza tener conto di chi, non essendo presente, non può influire con il suo voto sulla contesa elettorale¹⁴: in tal senso, l'inserimento in Costituzione del riferimento all'interesse delle future generazioni implicherebbe il superamento dell'attuale concezione costruita come risposta alle esigenze presenti ed immediate, rendendo vincolante lo sguardo al futuro che "deve" animare le scelte del legislatore. Ancora potremmo immaginare sentenze della Consulta che, analogamente a quanto già disposto in materia di bilancio¹⁵, dichiarino incostituzionali leggi che, in relazione

¹³ Sui concetti di "antropocentrismo" ed "ecocentrismo" si veda G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Dir. econ.*, 2021, pp. 157 ss.

¹⁴ T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni*, cit., p. 51.

¹⁵ Appaiono infatti numerose le sentenze della Corte costituzionale che utilizzano il concetto di equità intergenerazionale per dirimere contenziosi, sia a favore della costituzionalità delle scelte legislative sia per sanzionarne l'incostituzionalità.

A mero titolo esemplificativo, si veda la recente sentenza del 7 dicembre 2021, n. 235, in tema di bilancio e contabilità pubblica, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima, per violazione degli artt. 81 e 97 Cost., la lettera a) del primo comma dell'art. 8 della legge reg. Abruzzo n. 7 del 2018 e le lettere a) e c) del primo comma dell'art. 8 della legge reg. Abruzzo n. 2 del 2019, per violazione del principio di effettività della copertura e, quindi, dell'equità

all'ambiente, non valutassero gli interessi delle future generazioni, prendendo precauzioni adeguate alla loro salvaguardia¹⁶.

In altri termini, si va sempre di più verso una tutela di chi “non ha voce”, verso un mutamento di prospettiva, un'evoluzione nel rapporto tra Costituzione e futuro¹⁷: dall'attenzione al “futuro” delle Costituzioni si passa progressivamente al “futuro” come dimensione da preservare¹⁸.

3. La revisione disposta con la legge costituzionale n. 1/2022 rappresenta certamente una svolta del nostro ordinamento e la modifica di un articolo rientrante tra i Principi Fondamentali ne testimonia senza dubbio l'unicità.

Probabilmente la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi in Costituzione sconta il carattere parzialmente innovativo della riforma evidenziato dai primi commenti¹⁹, ma l'introduzione dell'interesse delle generazioni future costituisce a mio avviso un cambiamento effettivamente straordinario. Esso sintetizza perfettamente quell'evoluzione giuridica che, inserita nel fluire del tempo che incessantemente colpisce l'insieme delle attività umane, finisce col ripercuotersi sul modo in cui vengono intesi e praticati i significati sociali, i valori morali e culturali e di conseguenza anche le norme giuridiche: è la risposta del diritto

all'esito del dibattito pubblico in cui emergono nuove esigenze, valori o disvalori impensabili per l'Assemblea Costituente, ma che fotografano la pericolosità dell'egoismo della generazione presente verso quella futura.

Sicuramente siamo al cospetto di una trasformazione già avvertita a livello sovranazionale, come altresì dimostrato dalla recente approvazione del programma europeo significativamente denominato “*Next Generation EU*” al cui interno si inserisce il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano, ma ciò non oscura il valore e l'importanza che la revisione costituzionale riveste nel nostro ordinamento.

In quest'ottica, la sfida che ci attende sarà quella di tradurre questa nuova consapevolezza dal piano costituzionale a quello della prassi istituzionale.

intergenerazionale. Rispetto al principio della equità intergenerazionale, la Corte precisa che, in materia finanziaria, esso «comporta la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo. Di fronte alle difficoltà di risanare strutturalmente l'ente in disavanzo, il recupero del deficit non può essere procrastinato in modo irragionevole, dovendosi necessariamente porre una cesura con il passato così da consentire ai nuovi amministratori di svolgere il loro mandato senza gravose “eredità”».

¹⁶ In tal senso, si veda la pronuncia del 24 marzo 2021 del Tribunale costituzionale federale tedesco sul clima – l'ultimo decisivo tassello del c.d. “*climate change litigation*” – con la quale il *Bundesverfassungsgericht* ha giudicato parzialmente incostituzionale la legge tedesca sul cambiamento climatico, approvata nel 2019, per l'assenza di indicazioni dettagliate sulla riduzione delle emissioni dopo il 2030, sostenendo che il legislatore avrebbe dovuto prendere delle precauzioni per salvaguardare le libertà fondamentali delle generazioni future.

¹⁷ Appare significativa, nella stessa direzione, la previsione espressa nello stesso art. 9 Cost. della tutela degli animali, per la quale si veda, R. BIFULCO, *Primesime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it – paper*, 6 aprile 2022, p. 6; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2021.

¹⁸ In tal senso, R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit. p. 122.

¹⁹ Cfr. R. MONTALDO, *Le modifiche degli artt. 9 e 41 Cost.: l'ambiente entra nella Costituzione... o c'è sempre stato?*, in *Voci Costituzionali*, 2022; T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi*, n. 16, 2021; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi*, n. 16, 2021.

ATTI DEL SEMINARIO *ONLINE*
"LA SCUOLA E LE SFIDE DEL COVID"

Inclusione scolastica degli alunni con disabilità ed emergenza sanitaria da Covid 19: un'analisi giuridica

di SARA AMATO

*Al Liceo Artistico di Napoli
Al Suo amore e alla Sua dedizione per le alunne e gli alunni più fragili*

“Homo sum, humani nihil a me alienum puto”

SOMMARIO: Premessa. – 1. Inclusione scolastica ed emergenza sanitaria da Covid 19 tra distonie normative ed interventi razionalizzanti del Miur. – 2. Considerazioni.

Premessa

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha fatto affiorare innumerevoli criticità nella vita scolastica da affrontare e risolvere con tempestività e ragionevolezza. Una di queste ha riguardato l'esercizio effettivo del diritto all'istruzione delle persone con disabilità e l'inclusione scolastica delle medesime.

L'emergenza sanitaria da Covid-19 si è presentata in un momento storico in cui si stava acuendo sempre più il dibattito sul fenomeno giuridico dell'emergenza, tanto da essere oggetto di importanti interventi normativi ed articolate *querelle* dottrinali¹, nonché di contributi giurisprudenziali² che hanno evidenziato come l'emergenza rilevi non quale evento impreveduto o imprevedibile, bensì quale strappo al protocollo amministrativo ordinario, mediante l'ingresso di poteri straordinari che derogano al principio di legalità sotto il profilo della tipicità degli atti amministrativi³. Il termine “emergenza” è mutuato dal vocabolario inglese: *emergency* indica una situazione di eccezionale necessità, fronteggiata con strumenti

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario Aipda*, 2005.

² *Ex multis*: Tar Lombardia, Milano, 2 luglio 2019, n. 1527, in *giustizia-amministrativa.it*

³ Si consenta il rinvio a: S. AMATO, *Il perimetro espansivo dell'amministrazione dell'emergenza. Considerazioni a margine della più recente giurisprudenza*, in *giustamm.it*, 1/2020.

giuridici caratterizzati da contingibilità e urgenza, aventi come obiettivo esclusivo la tutela della sicurezza, dell'incolumità, dell'ordine pubblico e della salute pubblica, quali beni legati alla vita, alla tutela fisica e psichica di ogni cittadino, alla protezione di diritti ed aspettative future attraverso la prevenzione. L'emergenza è una circostanza imprevista ed improvvisa che guasta l'ordinario protocollo, a fronte della quale si presenta la necessità giuridica di agire con tempestività, derogando in maniera provvisoria all'ordinamento; essa coinvolge i binomi "ordinario/straordinario", "normale/eccezionale", "regola/eccezione"⁴.

Il 31 gennaio 2020 è stato deliberato dal Consiglio dei Ministri lo stato di emergenza per rischio sanitario da Covid-19, a seguito della dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica da parte dell'Oms del 30 gennaio. Dalla dichiarazione nazionale in poi si è registrata un'attività compulsiva del legislatore, che ha riguardato anche il settore scolastico, sfociata in una normativa alluvionale e caotica, talora capziosa e contraddittoria, composta da decreti legge⁵, leggi, DPCM; ordinanze, decreti e circolari ministeriali; ordinanze degli enti territoriali. Un affastellamento di norme che ha generato disorientamento anche negli operatori del diritto⁶; un'azione governativa che ha messo a nudo la debolezza di una politica priva di progettualità, favorendo il protrarsi del regime giuridico dell'emergenza⁷.

Lo stato emergenziale ha comportato una compressione dei diritti e delle libertà, compreso il diritto all'istruzione e all'educazione, al fine di tutelare la salute

dei singoli e dell'intera collettività - bene costituzionalmente meritevole di prioritaria considerazione e non negoziabile⁸.

Le motivazioni dell'emergenza hanno giustificato le limitazioni ai diritti fondamentali, scrutinate secondo i principi della precauzione, ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza⁹, nell'ottica di una soluzione alternativa che consentisse la tutela del diritto limitato. Compito del Legislatore è stato di trovare un punto di equilibrio ragionevole e adeguato tra la limitazione imposta e la soluzione alternativa che mitigasse il sacrificio del diritto costituzionale¹⁰.

⁸ Ex multis: Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2020, n. 6453 in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2020, n. 6832 in *giustizia-amministrativa.it*: "Quanto all'asserita violazione dei precetti costituzionali in materia di libertà personale e di diritto all'istruzione, non possono che richiamarsi, in questa sede cautelare, i principi affermati dalla Sezione in ordine alla doverosa applicazione del principio di precauzione, nonché di prevalenza del diritto alla salute, ove gli interventi di prevenzione siano scientificamente supportati e limitati allo stretto indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo (ex plurimis, Consiglio di Stato decreto n. 3769 del 26 giugno 2020)."; Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2020, n. 3769 in *giustizia-amministrativa.it*: "il fondamento comune, di tutti i provvedimenti – di natura e finalità diverse – sin qui adottati da autorità politiche governative, nazionali, territoriali e tecniche, è stato, ed è anche nel caso in esame, quello di assicurare, secondo il principio di massima precauzione, la salute dei cittadini, in quanto valore costituzionale primario e non negoziabile, tanto da comprimere – nei limiti e modi di volta in volta ritenuti indispensabili – anche l'esercizio di diversi diritti o libertà dei cittadini, primo fra tutti il diritto alla libera circolazione".

⁹ Ampia e diversificata è la giurisprudenza al riguardo. Ex multis: Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655; Tar Lazio, sez. II ter, 27 maggio 2020, n. 4098; Tar Campania, sez. V, 3 marzo 2021, n. 1457; Tar Lazio, sez. II bis, 4 marzo 2021, n. 2707, in *giustizia-amministrativa.it*

¹⁰ La letteratura in materia è assai ricca; si segnalano, in particolare: S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it*, 24 marzo 2020; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, aggiornato al 5 maggio 2020; V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale...anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2020; ID., *Lo Stato costituzionale di diritto ai tempi del Coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2020; S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (Covid-19)*, in *federalismi.it*, 13 marzo 2020; A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, Editoriale scientifica, 2020; M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2021; C. DELLA GIUSTINA, *Quel che resta della Costituzione italiana dopo l'emergenza sanitaria COVID-19. Riflessioni in materia di regionalismo differenziato e tecnocrazia*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020; V. TEOTONICO, *Alcune riflessioni (da giurista) sulla "ripartenza" (dopo l'emergenza sanitaria)*, in *dirittifondamentali.it*, 28 luglio 2020; F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del CTS nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *federalismi.it*, 11 agosto 2021; M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 8 giugno 2020; V. BOVE, *Analisi ed effetti della normativa emergenziale per il COVID-19 sugli uffici giudiziari ordinari di merito*, in *Processo Telematico*, 24 aprile 2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020; F. CASOLARI, *La protezione dello stato di diritto nell'Unione europea ai tempi del Coronavirus: se non ora, quando?*, in *SIDIBlog*, 7 aprile 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, Focus Emergenza Covid 19, 13 marzo 2020, pp. 3; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in

⁴ Per una introduzione: M. SIMONCINI, *Introduzione alla nozione di emergenza nel diritto amministrativo. Il caso inglese*, in *federalismi.it*, ottobre 2007; L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Editoriale Scientifica, 2018; G. BATTARINO, *Diritto dell'emergenza sanitaria*, Giuffrè editore, Milano, 2008; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008; R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 1/2005, pp. 777 e ss; M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, in *Diritto e società*, 3/2017; F. TEDESCHINI, voce *Emergenza (dir. amm.)*, in *Diritto on line*, www.treccani.it: "L'emergenza è l'insieme delle situazioni a fronte delle quali la normale scansione delle fasi in cui si articola ogni procedimento amministrativo non è né idonea, né sufficiente alla cura dell'interesse pubblico per il quale il relativo potere è stato attribuito a determinate amministrazioni pubbliche da una particolare fonte di produzione normativa"; A. BARONE, *Il diritto di rischio*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁵ S. LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *federalismi.it*, 13 marzo 2020.

⁶ Si consenta il rinvio a S. AMATO, *Emergenza sanitaria da Covid-19: il diritto di difesa nel processo amministrativo tra abolizione e ripristino del contraddittorio orale. L'ondivaga posizione del legislatore alla luce degli interventi razionalizzanti della giurisprudenza*, in AA. VV., *Dialoghi in emergenza*, opera collettanea a cura di M. TUOZZO e F. NIOLA, Editoriale scientifica, collana Marco Polo, ottobre 2020, pp. 349 ss.

⁷ M. BERTOLISSI, *Riforma la Pubblica Amministrazione acqui età el busilis; Dios nos valga*, in *federalismi.it*, 17 novembre 2021.

Lungi dall'esaminare in maniera particolareggiata la questione di carattere generale, nel presente lavoro ci si interroga sulla portata e sull'incidenza delle misure adottate durante lo stato di emergenza da Covid-19 dalle autorità pubbliche rispetto al godimento del diritto sociale fondamentale all'istruzione, con specifico riferimento agli alunni con disabilità ed alla loro inclusione; su quanto dell'inevitabile scostamento dal dato ordinario possa essere salvato e conservato, terminata l'emergenza sanitaria.

2. Inclusione scolastica ed emergenza sanitaria da Covid 19 tra distonie normative ed interventi razionalizzanti del Miur.

Nei primi mesi dell'emergenza sanitaria si è proceduto alla sospensione delle attività didattiche in presenza ed alla sperimentazione della didattica a distanza, avendo riguardo alle esigenze degli studenti con disabilità¹¹. In particolare, l'art. 4

Federalismi.it, 13 marzo 2020; S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *laCostituzione.info*, 11 marzo 2020; R. D'AGOSTINO, *Emergenza, pandemia, crisi del sapere e funzioni pubbliche necessitate: i diritti fondamentali scientificamente condizionati al tempo del Covid-19*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2, 2020, pp. 401 e ss; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *Biodiritto*, Instant Forum "Diritto, diritti, ed emergenza ai tempi del Coronavirus", 2, 2020, 14 marzo 2020; D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomos*, n. 2; M. A. DE PASQUALE, *La gestione normativa della crisi. Dalle deficienze sanitarie alla caotica gestione multilivello della crisi (sperimentale): «necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem»*, in *Diritti regionali*, 18 aprile 2020; U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Mucchi, 2021; F. DE VANNA, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, in *Nomos*, n. 2.

¹¹ T. ALBERINI, A. ZORZETTO, *L'Italia post Covid-19 tra digitale e istruzione egualitaria*, in *federalismi.it* 18 luglio 2020; C. BARALDI, S. AMADASI, *Il bambino come medium. La crisi e la possibile ripresa della partecipazione dei bambini nell'era della pandemia*, in P. FALONI, C. PORRO, (a cura di), *Emergenza Covid-19: impatto e prospettive*, Mucchi, 2021, pp. 113; M. BARDIN, *Didattica a distanza*, in *Una città*, 265, aprile 2020, pp. 18 e ss; E. CAFFO, *L'impatto della pandemia sulla salute mentale di bambini e adolescenti*, in P. FALONI, C. PORRO, (a cura di), *Emergenza Covid-19: impatto e prospettive*, Mucchi, 2021, pp. 99 e ss; R. CALVANO, *L'istruzione, il Covid-19 e le disuguaglianze*, in *Costituzionalismo*, in *Costituzionalismo*, 3, 2020, pp. 58 e ss; A. CAVALIERE, *Dall'homeschooling alla smart school: tra trend educativi e rischi di esclusione*, in *la Fionda*, 3 aprile 2020; T. CONVERTINI, *Il maestro Manzi e la giusta distanza dalla didattica a distanza*, in *Insula europea*, 25 aprile 2020; F. COZZA, *La didattica a distanza in emergenza: esperienze e spunti per l'innovazione della scuola*, in *Clonnet. Per un senso del tempo e dei luoghi*, 4, 09 ottobre 2020; S. DE CASTRO SÁNCHEZ, *Google, doctrina del shock y liquidación de la escuela pública*, «El Salto», 19 maggio 2020; A. LONA, *Cogliere le opportunità*, in *Una città*, 265, aprile 2020, pp. 22; V. MANGANO, S. PAONE, S. SESTITO, *Per una democrazia della conoscenza. Riflessioni e proposte sull'università a partire dalla crisi pandemica*, 29 aprile 2020; A. MARTINI, *Siamo sempre in connessione*, in *Una città*, 265, aprile 2020, pp. 21 e ss; G. MORENO GONZÁLEZ, *El peligro de la docencia online como norma*, 27 aprile 2020; A. MULAS, *Non è mai troppo tardi. Alberto manzi e la "didattica di massa a distanza"*, in *Lastoriatutta*, 21 marzo 2020; A. MULAS, *Il "metodo Manzi"*

comma 1, lettera d) del DPCM del 1 marzo 2020 ha previsto la facoltà, per i dirigenti scolastici degli istituti nei quali le attività erano state sospese, di attivare modalità di didattica da remoto *"avuto riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità"*. Tale disposizione è stata riconfermata dall'art. 2, comma 1, lettera m) del successivo DPCM dell'8 marzo, con cui si è provveduto alla sospensione delle attività scolastiche in presenza su tutto il territorio nazionale¹².

Con il d.l. n. 22 dell'8 aprile è stata resa obbligatoria, per dirigenti scolastici e docenti, la didattica a distanza, con peculiare attenzione agli studenti con disabilità ex art. 1, comma 5 *"I provvedimenti di cui al presente articolo prevedono specifiche modalità per l'adattamento agli studenti con disabilità e disturbi specifici di apprendimento, nonché con altri bisogni educativi speciali"*. Non poche sono state le difficoltà operative per la realizzazione di tali misure, per la concretizzazione di ogni accomodamento ragionevole. Uno dei maggiori problemi è stato quello del cd. *digital divide*, che ha assunto contorni delicati in ordine agli studenti con disabilità, i quali, sicuramente più di altri, necessitano di un luogo fisico - non virtuale - di istruzione, educazione, partecipazione ed inclusione. Lavorare in un contesto digitale emergenziale non è stato per loro sicuramente semplice né tanto meno lo è stata l'organizzazione delle attività da parte delle scuole, le quali, in virtù dell'autonomia didattica e organizzativa ex dPR n. 275 del 1999 sono state chiamate a progettare e realizzare interventi di educazione ed istruzione adeguati al contesto emergenziale e alle caratteristiche specifiche dei soggetti coinvolti, al fine di garantire il loro successo formativo, coordinandosi con i diversi attori della vita scolastica - in primis le famiglie e gli enti territoriali - in un rinnovato patto di corresponsabilità educativa, sbilanciato verso la famiglia, onerata, in via principale, del compito dell'assistenza nelle attività didattiche dei minori con disabilità, essendo l'attività del docente di sostegno non minimamente paragonabile a quella svolta in presenza, a scuola, nel rapporto 1:1¹³. Da qui la rilevanza della tematica dei cd. *caregivers familiari*¹⁴ presentatasi in tutta la sua complessità, e spesso drammaticità, a causa di una inadeguata rete di sostegno da parte delle politiche sociali

supera la smart school. Sperimentazioni didattiche in tempi emergenziali, in *la Fionda*, 28 aprile 2020; M. STENTELLA, *La scuola e la sfida della didattica a distanza: cosa possiamo imparare dall'emergenza Covid-19*, in *Forum PA*, 9 aprile 2020; S. VERSARI, *La scuola della nostra fiducia. Materiali per il tempo Covid e oltre*. Tecnodid, 2021.

¹² F. DI LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, in *federalismi.it*, 10 febbraio 2021.

¹³ Sul punto: A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione*, cit., pp. 128.

¹⁴ A. GUSMAI, *Il caregiver familiare: considerazioni a margine della legge regionale pugliese n. 3 del 2020*, in *Le Regioni*, 2021, 1-2, pp. 449 ss

in ogni parte d'Italia, eccezion fatta per peregrine iniziative a carico delle Regioni, che, di fatto, continuano ad essere ostacolate nella piena applicazione della legge n. 328/2000 per l'Assistenza e il Sistema integrato dei servizi socioassistenziali. In una società liquida¹⁵, quale quella attuale, che spinge sempre più verso una forte de-responsabilizzazione della famiglia rispetto ai doveri inderogabili di solidarietà, verso una "etica della supplenza" che ha determinato una sorta di "paternità a pezzi", la famiglia, cellula originaria di appartenenza delle persone con disabilità, è stata chiamata a farsi carico, in via principale e spesso esclusiva, dell'alunno con disabilità, seppur in un dialogo costante tra tutte le componenti sociali coinvolte, attraverso una nuova corresponsabilità tra famiglia e scuola¹⁶.

Successivamente, nel mese di agosto, sono state emanate le linee guida sulla didattica digitale integrata, la cd. DDI, contenenti specifiche disposizioni per gli alunni con disabilità, dsa e bes, per mezzo del decreto del ministro dell'istruzione n. 89 del 7 agosto 2020, il quale ha, *ex multis*, previsto che l'Amministrazione centrale, le Regioni, gli Enti locali e le scuole - ciascuno secondo il proprio livello di competenza¹⁷ - dovessero operare per garantire la frequenza scolastica in presenza degli alunni con disabilità, bes, dsa, con il coinvolgimento delle figure di supporto (operatori educativi per l'autonomia e la comunicazione ed assistenti alla comunicazione per gli alunni con disabilità sensoriale), nel rispetto del PEI (per gli alunni con disabilità certificata) ovvero del PDP (quest'ultimo per gli alunni con DSA o gli alunni non certificati ma riconosciuti con Bisogni educativi speciali dal team docenti e dal consiglio di classe), garantendo in via residuale interventi in attività di DDI, da concordare con la famiglia al fine di verificare che l'utilizzo degli strumenti tecnologici fosse un reale e concreto beneficio in termini di efficacia della didattica¹⁸.

E' stata garantita la didattica in presenza per gli studenti con disabilità, dsa e bes nel rispetto dei principi di pari opportunità e non discriminazione, piena partecipazione e inclusione, accessibilità e fruibilità. Didattica in presenza, quindi, da prevedere e attuare come accomodamento ragionevole - in una fase emergenziale di non ordinaria frequenza scolastica - per andare incontro alle esigenze individuali, nel rispetto dell'art. 24 della Convenzione Onu del 2006, recepita in Italia con la legge 18/2009¹⁹⁻²⁰.

¹⁵ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Editori Laterza, 2011.

¹⁶ A tal riguardo interessanti sono le considerazioni di A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione*, cit., pp. 4.

¹⁷ F. COCOZZA, *Accentramento e decentramento nell'amministrazione della pubblica istruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1975, pp. 1112, nt. 25.

¹⁸ M. PALMA, *Il diritto della Didattica a Distanza (DAD)*, in *federalismi.it*, 6 ottobre 2021.

¹⁹ Tale legge all'art. 2 precisa come per accomodamento ragionevole si intenda ogni modifica o adattamento necessario ed appropriato, senza oneri sproporzionati o eccessivi, laddove ce ne sia

Successivamente al d.m. n. 89 dell'agosto 2020, il DPCM del 3 novembre 2020 e il DPCM del 2 marzo 2021 hanno garantito agli alunni con disabilità, per gli istituti di secondo grado, nelle zone rosse, la possibilità di svolgere attività in presenza per utilizzare i laboratori o "per mantenere una relazione educativa che realizzasse l'effettiva inclusione scolastica degli alunni con disabilità e con bisogni educativi speciali, secondo quanto previsto dal decreto del Ministro dell'istruzione n. 89 del 7 agosto 2020, e dall'ordinanza del Ministro dell'istruzione n. 134 del 9 ottobre 2020", mantenendo il collegamento on line con gli alunni della classe in didattica digitale integrata. A tali interventi normativi hanno fatto seguito interventi razionalizzanti del Miur affinché non si venissero a delineare situazioni di classi differenziali o speciali, abolite oramai dal 1977. In particolare, con la nota n. 1990 del 5 dicembre 2020 e quella n. 662 del 12 marzo 2021, il Miur ha precisato che le stesse istituzioni scolastiche non avrebbero dovuto limitarsi a consentire la frequenza solo agli alunni e agli studenti con disabilità e BES, ma al fine di rendere effettivo il principio di inclusione²¹, valutare di coinvolgere nelle attività in presenza anche altri alunni, così da favorire il gruppo dei pari, in costante rapporto educativo con il personale docente e non docente presente a scuola²². D'altra parte,

necessità, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali.

²⁰ La dottrina da tempo spinge verso una introduzione sistematica del principio dell'accomodamento ragionevole, citato nel d. lgs. n. 66 del 2017; la legge n. 227 del 22 dicembre 2021 "Delega al Governo in materia di disabilità" accoglie queste istanze facendo dell'accomodamento ragionevole uno dei capisaldi della riforma, da applicare e modulare sotto la guida dei principi della ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza, ai quali è informata l'attività educativa e didattica, nell'ottica del principio del buon andamento ex art. 97 Cost. Obiettivi da raggiungere sono sia il successo formativo dell'alunno con disabilità sia la sua inclusione effettiva e reale, così come statuito dalla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 215/1987, sia un arricchimento del bagaglio culturale ed umano di tutti gli alunni del gruppo classe, non essendo il diritto all'istruzione degli alunni con disabilità una mera prestazione dello Stato verso i soggetti più deboli, bensì una opportunità di crescita personale di tutti, un percorso di istruzione ed educazione teso a formare il cittadino democratico titolare di diritti ma anche di doveri inderogabili di solidarietà. Tutto ciò postula l'accettazione della sfida evolutiva del cambiamento, dal momento che i problemi posti da un soggetto in situazione di disabilità sono i problemi latenti o in qualche modo mascherati che pongono anche gli altri.

²¹ G. MATUCCI, *Istruzione e inclusione al tempo del Covid*, in *Iamus*, 8 giugno 2020.

²² In particolare la nota n. 1990 del 5 novembre 2020: "In generale, in materia di inclusione scolastica per tutti i contesti ove si svolga attività in DDI il DPCM, nel richiamare il principio fondamentale della garanzia della frequenza in presenza per gli alunni con disabilità, segna nettamente la necessità che tali attività in presenza realizzino un'inclusione scolastica "effettiva" e non solo formale, volta a "mantenere una relazione educativa che realizzi effettiva inclusione scolastica". I dirigenti scolastici, unitamente ai docenti delle classi interessate e ai docenti di sostegno, in raccordo con le famiglie, favoriranno la frequenza dell'alunno con disabilità, in coerenza col PEI, nell'ambito del coinvolgimento anche, ove possibile, di un gruppo di allievi della classe di riferimento, che potrà variare nella composizione o rimanere immutato, in modo che sia costantemente assicurata quella relazione interpersonale fondamentale per lo sviluppo di un'inclusione effettiva e proficua, nell'interesse degli studenti e delle studentesse. Le medesime comunità

nelle Linee Guida sull'integrazione scolastica del 4 agosto 2009 è precisato che “è contraria alle disposizioni della legge n. 104/1992, la costituzione di laboratori che accolgano (esclusivamente!) *più alunni con disabilità per quote orarie anche minime e per prolungati e reiterati periodi dell'anno scolastico...*”

Dalla disamina degli interventi normativi e ministeriali alcuni elementi vengono all'attenzione. Non si può fare inclusione escludendo dal gruppo dei pari, poiché lo studente con BES, lo studente con disabilità non deve essere medicalizzato o inserito o integrato, ma va incluso²³. L'inclusione è un abito mentale da

educanti valuteranno, inoltre, se attivare misure per garantire la frequenza in presenza agli alunni con altri bisogni educativi speciali, qualora tali misure siano effettivamente determinanti per il raggiungimento degli obiettivi di apprendimento da parte degli alunni coinvolti; parimenti, si potranno prevedere misure analoghe anche con riferimento a situazioni di “digital divide” non altrimenti risolvibili.”

²³ Integrazione ed inclusione hanno significati diversi, da un punto di vista pedagogico e culturale, benché spesso vengano utilizzati in alternativa. Da un punto di vista meramente semantico, nella lingua italiana il termine inclusione sta a significare inserire, mettere dentro, così da evocare un ritorno ai tempi del mero inserimento; mentre il termine integrazione lascia intendere una fusione di elementi o soggetti che si integrano a vicenda, completandosi l'un l'altro, mediante il coordinamento dei loro mezzi, risorse, capacità, qualità e potenzialità. E' sul piano pedagogico, didattico e sociale che il termine inclusione, sdoganandosi dall'utilizzo linguistico comune, si riempie di tecnicismi, assumendo un significato specifico. Così, l'integrazione è una situazione in cui si guarda al singolo; l'inclusione è un processo che prende in considerazione tutti gli alunni, intervenendo prima sul contesto, poi sul soggetto. L'integrazione richiede l'adozione di una strategia didattica per la partecipazione e il coinvolgimento delle persone con disabilità; l'inclusione, invece, impone l'adozione di una strategia didattica tesa alla partecipazione e al coinvolgimento di tutti gli studenti, al fine di potenziare il livello di apprendimento e di formazione dell'intero gruppo classe. Al centro dell'inclusione scolastica vi sono la risorsa della differenza e il valore della diversità, quali fonti di arricchimento e occasioni di crescita dei discenti, chiavi del successo formativo per tutti. Sicuramente in Italia, l'inclusione è in linea di continuità evolutiva con l'integrazione. Il cammino dell'inclusione ha avuto inizio cinquanta anni fa con la legge n. 118 del 1971, che all'art. 28 garantì la frequenza nelle classi normali delle persone con disabilità. Successivamente, come anticipato nel paragrafo precedente, nel 1977 con la legge n. 517, che aveva recepito i principi della commissione Falcucci, furono abolite le classi differenziali e fu definita la figura dell'insegnante di sostegno. La disciplina normativa dell'inclusione italiana è stata vista con ammirazione e quale punto di riferimento dalla pedagogia internazionale, come testimoniano le numerose iniziative scientifiche sovranazionali tenutesi in Italia, sebbene negli ultimi tempi si rilevi un certo scetticismo, soprattutto da parte dei pedagogisti tedeschi e francesi. Il termine “inclusione” viene utilizzato per la prima volta nel 1994 nell'ambito della Dichiarazione di Salamina, benché il concetto fosse poco chiaro e non ben definito, recependo le proposte di W. E. S. Stainback. Esso si affermerà in maniera preponderante a partire dal 2001 con l'approvazione, da parte della 54esima Assemblea mondiale della salute, della nuova Classificazione Internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (ICF). Interessanti a tal riguardo sono gli studi che concepiscono l'inclusione come coevoluzione - termine mutuato dalle scienze naturali - intesa quale processo di evoluzione congiunta di più specie della stessa comunità, che evolvono e hanno maggiori possibilità di non estinguersi grazie all'interazione reciproca nello stesso ambiente. Il diritto all'inclusione scolastica, nell'ottica della coevoluzione, secondo i canoni partecipativi e anti-discriminatori, è così un diritto fondamentale dei discenti e un principio che valorizza il benessere dell'intero gruppo classe. Si consiglia: G. MATUCCI, *Ripensare la scuola inclusiva, una rilettura dei principi costituzionali*, in *Riv. quadrimestrale dell'Inapp*, 3/2020, cit., 7.

indossare con ragionevolezza, che non cade in disuso in fase emergenziale; non è certamente un abito comportamentale da indossare ipocritamente all'occorrenza ovvero uno sterile processo operativo. Obiettivo è rendere effettivi quei principi ed efficaci quei protocolli previsti e disciplinati a livello nazionale e sovranazionale²⁴ per l'affermazione di una società effettivamente inclusiva. E' il contesto - inteso quale ambiente, procedure, protocolli educativi - a doversi adattare ai bisogni specifici delle persone con disabilità, per realizzare il disegno di emancipazione umana tratteggiato dalla Costituzione italiana²⁵.

Prevedere - per gli alunni con disabilità, bes, dsa - attività didattiche in presenza, in ottica non pienamente ed effettivamente inclusiva - secondo i dettami della Corte Costituzionale -, significa non fare scuola, ma garantire, tutt'al più, una mera assistenza, svilendo così la funzione e le attività della scuola, non assicurando il successo formativo ad alcun alunno.

3. Considerazioni.

L'inclusione scolastica degli alunni con disabilità è, da un punto di vista legislativo, un processo *in fieri*.

Affinché la disabilità²⁶ sia effettivamente una risorsa umana, morale, sociale e culturale, è opportuno abbandonare ogni idea di assistenzialismo e guardare alle

²⁴ A. IACOPINO, *Coesione economica e sociale e sistemi educativi. Spunti per una lettura del sistema normativo in materia di inclusione scolastica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

²⁵ G. MATUCCI, *Ripensare la scuola inclusiva*: cit., pp.5

²⁶ S. ASSENNATO, M. QUADRELLI, *Manuale della disabilità*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2012; C. AZZOLINO, A. LACIRIGNOLA, *Progettare per tutti. Dalle barriere architettoniche all'accessibilità*, Aracne, Roma 2011; M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 77 e ss; R. BELLÌ (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, FrancoAngeli, Milano 2000; R. BELLÌ, *La non discriminazione dei disabili e la legge n. 67 del 2006*, FrancoAngeli, Milano 2007; M. BIGGERI, N. BELLANCA (a cura di), *Dalla relazione di cura alla relazione di prossimità. L'approccio delle capability alle persone con disabilità*, Liguori, Napoli, 2010; G. BORGNOLO E AL. (a cura di), *ICF e Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. Nuove prospettive per l'inclusione*, Erikson, Trento, 2009; J. CARDONA LLORENS, *Diritti umani e diversità nelle abilità individuali: dalla discriminazione alla inclusione*, in *Ragion Pratica*, 36 (2011), pp. 185 e ss; B. CASALINI, *Etica della cura, autonomia, dipendenza e disabilità*, in B. CASALINI, L. CINI (a cura di), *Giustizia, uguaglianza e differenza. Una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*, Firenze University Press, Firenze, 2012, pp. 163 e ss; P. CAUSIN, S. DE PIERI, *Disabili e rete sociale. Modelli e buone pratiche di integrazione*, FrancoAngeli, Milano, 2006; P. DE STEFANI, *Il diritto di voto delle persone con disabilità: “overinclusiveness is better than underinclusiveness”*, 2011, in <http://unipd-centrodirittiumani.it/it/publicazioni/Il-diritto-di-voto-delle-persone-con-disabilita-overinclusiveness-is-better-than-underinclusiveness/999>; F. FERRUCCI, *La disabilità come relazione sociale. Gli approcci sociologici tra natura*

persone con disabilità senza pietismo, nel rispetto della dignità della persona, cosicché la disabilità possa diventare anche una risorsa economica intesa sia come capacità di produrre sviluppo economico da parte di una comunità per assicurare ai suoi cittadini un elevato e crescente livello di coesione sociale, di inclusione, di cittadinanza attiva, di innovazione sociale partecipata, sia come capacità delle persone con disabilità di poter produrre ricchezza per la società, al fine di trasformare queste da soggetti assistiti a protagonisti della crescita economica e sociale della comunità, attraverso una loro piena ed effettiva inclusione.

In Gazzetta Ufficiale n. 309 del 30 dicembre 2021 è stata pubblicata la legge n. 227 del 22 dicembre 2021 “Delega al Governo in materia di disabilità”. Trattasi di un intervento previsto all’interno della Missione n. 5 del PNRR, avente l’obiettivo di realizzare, mediante una visione sistematica ed organica della disciplina della disabilità, i principi della Convenzione ONU, secondo un approccio coerente con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e con la Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030.

La Delega al Governo non si concentra sull’istruzione; con decreto legislativo, da approvare entro il 2024, si interverrà nel settore dell’istruzione e della formazione (art 1 comma 1 legge 227 del 22 dicembre 2021).

Si auspica che, ai fini del miglioramento qualitativo del processo inclusivo degli alunni con disabilità, sarà questa l’occasione per elaborare anche una migliore definizione delle competenze, dei ruoli e delle funzioni della *governance* territoriale dell’inclusione. Il riferimento è ovviamente ai GIT e ai GLIR, gruppi territoriali per l’inclusione. In particolare, come individuato dal CSPI con il parere del 1 ottobre 2021, alla luce della sentenza del TAR del Lazio n. 9795 del 14 settembre 2021, le modifiche apportate dal d.lgs. 7 agosto 2019 n. 96 al d.lgs. 13 aprile 2017 n. 66, in particolare all’art. 9 comma 1 che interviene sull’art. 15 della L. 104/92, hanno generato una proliferazione di organismi con una sovrapposizione di competenze, di ruoli e di funzioni che, invece di semplificare, hanno reso ancora più caotica la *governance* territoriale dell’inclusione.

e cultura, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2004; C. GARDOU, *Diversità, vulnerabilità e handicap*, Erikson, Trento 2006; G. GERBINO, *L'integrazione possibile. Formazione, accesso al lavoro, politiche sociali per le fasce deboli*, Edizioni Lavoro, Roma, 2007; G. GIOGA, *Disabilità, famiglia, servizi: parlano i protagonisti*, Fondazione Emanuela Zancan, Padova, 2008; G. GRIFFO, *Persone con disabilità e diritti umani*, in Th. CASADEI (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 143 e ss; M. LEONARDI, *Nuovi paradigmi della definizione di salute e disabilità. La classificazione ICF e la Convenzione ONU dei diritti delle persone con disabilità*, in A. PESSINA (a cura di), *Paradoxa. Etica della condizione umana, Vita e Pensiero*, Milano, 2010, pp. 11 e ss; A.D. MARRA, *Diritto e Disability Studies. Materiali per una nuova ricerca multidisciplinare*, Falzea, Reggio Calabria, 2010.

Le scuole oltre la pandemia: orizzonti pedagogici per possibili rilanci

di FRANCESCO MAGNI

SOMMARIO: 1. La pandemia e le scienze sociali. – 2. I sistemi di istruzione e formazione, la pandemia e la sfida della complessità. – 3. A che cosa servono le scuole oggi? – 4. La formazione iniziale degli insegnanti per la scuola secondaria: un caso paradigmatico.

1. La pandemia e le scienze sociali

A distanza di quasi un anno dall’occasione che ha originato questo scritto¹, lo scenario e il contesto socio-sanitario è in parte mutato e, per fortuna, di gran lunga migliorato, ma alcuni interrogativi e riflessioni che si ritenevano valide allora si sono forse oggi rafforzate, chiarificandosi nelle urgenze e nella complessità delle questioni che sono ad esse sottese. I temi che l’irruzione della pandemia nelle vite di tutti noi ha sollevato e rimesso in discussione sono, infatti, molteplici e profondi. Tra questi è venuto potentemente alla luce il nodo, sempre più delicato e decisivo, del rapporto tra conoscenza tecnica/scientifica (nel caso specifico medico/epidemiologica) e decisioni di carattere socio-politico: le prime senza le seconde rischiano di rimanere ininfluenti, rinchiuse entro discussioni elitarie e specialistiche “tra addetti ai lavori”; le seconde, senza le prime, rischiano di generare disastri sociali, personali e collettivi. È emersa così l’importanza del rapporto tra un giudizio esperto e competente² in un determinato ambito del sapere e le decisioni di carattere politico che hanno il compito di affrontare i problemi e, tentativamente, provare a risolverli per il bene comune. Un primo insegnamento, di carattere generale, ci è stato dunque consegnato dall’importanza del nesso tra elemento conoscitivo della realtà e decisione politica³. Un legame che è stato già ben evidenziato in una celebre formula di Luigi Einaudi che si può sintetizzare così: occorre “conoscere per deliberare”⁴.

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Queste riflessioni sono infatti scaturite dalla partecipazione al seminario online “La scuola e le sfide del Covid” tenutosi in data 28 giugno 2021.

² Per un approfondimento sul tema della competenza: G. MARI, *Competenza educativa e servizi alla persona*, Edizioni Studium, Roma, 2018; G. SANDRONE, *La competenza personale tra formazione e lavoro*, Edizioni Studium, Roma, 2018.

³ Su questo stesso tema si veda il recente saggio di G. MACILENTI, *Conoscere e scegliere. Scienza e dialettica nella società digitale*, Carocci, Roma, 2022.

⁴ «La soluzione si trascina; il problema, una volta posto, deve esser risolto; urge, non si può tardare oltre ad affrontare la questione». Chi legga queste e simiglianti sentenze pensa perché il governo,

In questo agone della conoscenza e della decisione anche le scienze sociali, non solo quelle tecnico-scientifiche, giocano un ruolo decisivo. Le scienze umane e sociali, infatti, hanno come compito nei confronti dei decisori pubblici quello di favorire questo percorso di conoscenza, graduale e prudente. In gioco c'è innanzitutto quella dimensione teoretica della razionalità ("che cosa è...") che poi può concretizzarsi in una declinazione "tecnica" ("come fare per.../come costruire o produrre..."). Ma queste due dimensioni, se non vogliono ridurre l'intero orizzonte della razionalità all'interno di angusti anfratti, sono ancora insufficienti se viene a mancare una terza curvatura che è quella relativa alla razionalità pratica ("quale azione è buona e giusta in una determinata situazione..."), l'aristotelica *phronesis*, declinata dai latini con la virtù della prudenza, cioè quella saggezza che introduce il tema del bene e del male e che ci consente di scegliere le azioni giuste e buone e così distinguerle da quelle inique e cattive⁵. Ancora una volta, dunque, all'interno del dramma della pandemia, si è scoperto, dal vivo dell'esperienza di ciascuno di noi, che non basta conoscere che cosa si ha davanti, né è sufficiente imparare come fare per costruire o produrre qualcosa di utile; ma è sempre necessario anche capire – grazie all'etica e alla morale – come affrontare al meglio una determinata situazione, riscoprendo continuamente come agire e vivere bene nell'*hic et nunc*. La riflessione pedagogica emerge perciò su questo sfondo e richiede una consapevolezza olistica in grado di accogliere e abbracciare i differenti contributi delle particolari scienze sociali e della tecnica, in modo da giungere ad un giudizio che ponga sempre al centro il primato e l'unicità della persona umana⁶. Tale premessa racchiude dunque una importante consapevolezza per impostare in maniera adeguata anche le considerazioni che seguiranno.

2. I sistemi di istruzione e formazione, la pandemia e la sfida della complessità

Com'è noto, l'impatto che la pandemia mondiale da Covid-19 ha avuto sui sistemi di istruzione e formazione è stato enorme⁷. In poche settimane l'irrompere

del virus sullo scenario mondiale ha reso necessaria una rapida migrazione della tradizionale attività di insegnamento/apprendimento in modalità di didattica a distanza. Secondo le stime dell'UNESCO questa rapida ed obbligata sperimentazione ha coinvolto oltre 1,5 miliardi di bambini, adolescenti e giovani, pari a circa il 90% del totale degli studenti mondiali, distribuiti nei 191 paesi che hanno adottato forme più o meno severe di lockdown⁸.

Il passaggio al digitale non è stato certo indolore. Accanto allo sforzo straordinario di tanti dirigenti scolastici e docenti in tutta Italia che con lodevole dedizione si sono lanciati alla scoperta di soluzioni innovative per la didattica digitale, sono emerse numerose difficoltà e lacune: dalla mancata formazione digitale di una buona parte degli insegnanti, alla carenza di adeguate attrezzature tecnologiche tra le famiglie (che ha comportato un ulteriore allargamento delle disparità sociali⁹, aggravando così quelle situazioni di povertà e marginalità educativa); dalla oggettiva impossibilità di trasportare le relazioni di cura tipiche della scuola dell'infanzia e, almeno in parte, per quella primaria nel mondo virtuale fino alla fatica dei genitori che si sono trovati di colpo in una inedita situazione di *homeschooling*¹⁰, seppur con il prezioso supporto a distanza delle scuole. Dopo quanto vissuto appare sempre più chiaro che alcuni schemi organizzativi, procedure, strutture didattiche e ordinamentali, ancorché non siano ancora del tutto superati, sono stati quantomeno messi in discussione. Perfino il *moloch* dell'esame di Stato ha registrato – più per necessità di salute pubblica piuttosto che per ragioni pedagogicamente fondate – una battuta d'arresto.

Di fronte a tutto questo, però, come abbiamo potuto modo di vedere, possono esserci atteggiamenti profondamente diversi, che possiamo ricondurre a due tensioni fondamentali. Da un lato ci si auspica, ed è naturale che sia così, un pieno ritorno alla vita "normale", esattamente così come essa era prima dello scoppio della pandemia. E questo è ben comprensibile e condivisibile. Ma occorre

MAGNI, *Dall'emergenza della pandemia al rilancio del sistema educativo. Una sfida per tutti*, in M. MALVICINI, T. PORTALURI, A. MARTINENGO (a cura di), *Le parole della crisi, le politiche dopo la pandemia. Guida non emergenziale al post Covid-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 525-536.

⁸ Cfr. sito dell'UNESCO <https://en.unesco.org/covid19/educationresponse>.

⁹ J.M. MORENO, L. GORTAZAR, *Schools' readiness for digital learning in the eyes of principals. An analysis from PISA 2018 and its implications for the COVID19 (Coronavirus) crisis response*, World Bank blog, 8 aprile 2020 <https://blogs.worldbank.org/education/schools-readiness-digital-learning-eyes-principals-analysis-pisa-2018-and-its>

¹⁰ Sul tema della *homeschooling* o scuola parentale, per un approfondimento internazionale si segnala il testo di JAMES G. DWYER, SHAWN F. PETERS, *Homeschooling the history and philosophy of a controversial practice*, The University of Chicago Press, 2019. Per il caso italiano, invece, si veda il saggio di P. DI MOTOLI, *Fuori dalla scuola. L'homeschooling in Italia*, Edizioni Studium, Roma, 2020.

perché il parlamento, perché il ministro competente, tardano tanto? Codesti frettolosi non riflettono: è questo davvero non uno dei tanti, ma il problema; [...] Perché è così lungo l'elenco dei problemi urgenti; e così corto quello degli scritti nei quali sia chiaramente chiarito il contenuto di essi? Come si può deliberare senza conoscere?», L. EINAUDI, *Prediche inutili*, Einaudi, Torino, 1964, p. 3.

⁵ Cfr. G. BERTAGNA, *Dall'educazione alla pedagogia. Avvio al lessico pedagogico e alla teoria dell'educazione*, La Scuola, Brescia, 2010, in particolare pp. 132-244.

⁶ Per alcuni primi spunti di riflessione sul tema del rapporto tra pedagogia e politica in relazione all'evento pandemico sia consentito rimandare a F. MAGNI, *Pandemia, politica e pedagogia: spunti epistemologici ricostruttivi*, in S. POLENGHI, F. CEREDA, P. ZINI, *La responsabilità della pedagogia nelle trasformazioni dei rapporti sociali. Storia, linee di ricerca e prospettive*, Pensa Multimedia, Lecce, 2021, pp. 239-246.

⁷ In questo paragrafo si riprendono, ampliandole, alcune considerazioni già contenute in F.

domandarsi che cosa si intende per ritorno alla vita “di prima”. Lo ha fatto anche Camus nel suo celebre racconto della *Peste*, dove troviamo questo breve e provocatorio dialogo: «Ammettiamolo», disse Cottard, “ammettiamolo; ma cosa intende lei per ritorno a una vita normale?” “Dei nuovi film al cinematografo”, disse Tarrou sorridendo¹¹. C’è un impeto che ci porta a immaginare un mondo esattamente come quello di prima, come se tutto quanto vissuto potesse venire ed andarsene all’improvviso «senza che il cuore dell’uomo ne sia modificato»¹². Ma sappiamo, chi più direttamente per essere stato ferito personalmente, chi indirettamente, che non può essere così. Certe esperienze – tra queste certamente la guerra tornata purtroppo di drammatica attualità anche nel vecchio continente – sono tali da segnare un’intera esistenza. Allora forse la domanda fondamentale da porsi non è tanto “come fare a tornare alla situazione di partenza”, ma, invece, che cosa abbiamo imparato? Una prima risposta potrebbe perciò essere racchiusa, così come nel racconto di Camus, nella scoperta, proprio guardando le frontiere educative e della cura, che spesso «ci sono negli uomini più cose da ammirare che non da disprezzare»¹³, in un possibile rilancio generativo di fiducia verso l’altro e la società, dove l’io individuale trova il suo compimento all’interno di un noi comunitario (come ci ha insegnato d’altronde Papa Francesco con la sua efficacissima quanto perentoria affermazione: “nessuno si salva da solo”).

Se si guarda poi al tema specifico del nostro contributo – il sistema di istruzione e formazione italiano e le sue possibilità di rilancio secondo un fondato orizzonte pedagogico – la domanda può essere aggiornata in questa declinazione: che cosa abbiamo imparato dall’esperienza vissuta per migliorare il nostro sistema educativo? Che cosa ha funzionato e che cosa invece no? Quali indicazioni trarre per far sì che il cambiamento non sia solo subito ma, al contrario, sia abbracciato e incoraggiato lungo strade, pedagogicamente fondate, intraprese con ragione, libertà e consapevolezza?

Il cambiamento provocato dalla pandemia coinvolge e mette in azione differenti livelli e ambiti della realtà di cui si compone un sistema di istruzione e formazione (pedagogici, didattici, organizzativi, giuridici, infrastrutturali, relazionali, psicologici, ecc...), facendoci toccare con mano quanto il paradigma della complessità sia diventato concreto e quotidiano anche nelle vicende legate all’educazione e alla formazione. Tutto ciò richiede un approccio altrettanto composito e multilivello. Occorre quindi, prima di ogni analisi sui singoli aspetti, recuperare

la consapevolezza della portata epocale del fenomeno di fondo, recuperando una visione di sistema integrato e sinergico tra i diversi attori che giocano un ruolo decisivo nell’agone educativo: dirigenti scolastici, insegnanti, educatori, genitori, associazioni, enti territoriali. Come recita un famoso proverbio africano, infatti, “per educare un figlio ci vuole un villaggio”. Ogni scuola vive in un determinato contesto socio-territoriale ed è importante che si instaurino sempre più nessi di reciprocità tra i diversi attori sociali che concorrono alla sfida educativa. Fare rete, coordinare, integrare, sistematizzare, razionalizzare l’esistente e metterlo a sistema. Non solo è giusto, ma si tratta oggi di una questione essenziale, in vista anche del drastico calo demografico che interessa il nostro paese oggi e non potrà che aggravarsi in futuro come tutte le stime già prefigurano. Tutto questo affinché ciascuna scuola possa declinare la propria offerta educativa e formativa secondo modalità, tempi, mezzi e strumenti finora residuali o mai sperimentati prima. Non a caso nel titolo di questo contributo abbiamo preferito utilizzare il termine al plurale (“scuole”) e non al singolare (“scuola”)¹⁴: per sottolineare che la sfida di un rilancio del nostro sistema educativo passa attraverso il riconoscimento delle peculiarità e dei percorsi formativi di ciascuna persona e, quindi, nella valorizzazione dell’autonomia delle scuole¹⁵ e nella possibilità di differenziazione e flessibilità di ogni singola istituzione educativa e scolastica. Ma a questo punto, prima di procedere con qualche declinazione esemplificativa e paradigmatica, è necessario domandarsi: a che cosa servono oggi le scuole? Quale è la loro propria e principale mission?

3. A che cosa servono le scuole oggi?

Di fronte a questo interrogativo possiamo riscontrare tre distinte risposte e conseguenti atteggiamenti¹⁶.

Una prima opzione, probabilmente maggioritaria, è rappresentata da coloro i quali ritengono di trovarsi all’interno di un sistema educativo tutto sommato ancora in grado di rispondere alle esigenze del tempo presente. All’interno di questo primo gruppo possiamo poi distinguere differenti sfumature e motivazioni.

¹⁴ Per un approfondimento su questo tema si rimanda al libro di A. R. BERNER, *Non scuola ma scuole. Educazione pubblica e pluralismo in America*, trad. it. a cura di F. MAGNI, Edizioni Studium, Roma, 2018 [ed. originale *No One Way to School. Pluralism and American Public Education*, Palgrave Macmillan, New York, 2017].

¹⁵ G. BERTAGNA, *Autonomia. Storia, bilancio e rilancio di un’idea*, La Scuola, Brescia, 2008.

¹⁶ Per un approfondimento sul tema sia consentito rimandare al mio capitolo F. MAGNI, *Pedagogia delle scuole: temi, problemi e paradigmi per il XXI secolo*, in F. MAGNI, A. POTESTIO, A. SCHIEDI, F. TOGNI, *Pedagogia generale. Linee attuali di ricerca*, Edizioni Studium, Roma, 2021, pp. 115-138.

¹¹ A. CAMUS, *La peste* [1947], Bompiani, 2005, p. 213.

¹² *Idem*, p. 225.

¹³ *Idem*, p. 235.

C'è chi, come sindacati e burocrazia ministeriale – per difesa corporativa, di rendita di posizione e di potere accumulate nei decenni passati – assume una prospettiva gattopardesca del “tutto cambi affinché nulla cambi”, issandosi a paladino del cambiamento quando – nei fatti – l'unico risultato perseguito è, fondamentalmente, quello di un mantenimento dello *status quo*.

In questa scia, seppur distinti, rientrano coloro i quali ritengono che siano sì necessari alcuni cambiamenti, ma limitati a qualche ritocco con il “cacciavite”, sul presupposto quindi di mantenere, e tuttalpiù “aggiustare”, i paradigmi pedagogici ed ordinamentali, le strutture didattiche e i modelli organizzativi esistenti. Questa prima opzione, dunque, ancorché sia quella largamente maggioritaria nella realtà socio-politica, appare inadeguata a rispondere alle sfide contemporanee secondo la prospettiva pedagogica che qui si vuole sostenere. Il primo rilievo riguarda proprio l'assunto di partenza. Se il sistema necessitasse solo di alcuni lievi ritocchi, all'interno di cornici da confermare, ci dovremmo trovare di fronte a dati incoraggianti e risultati soddisfacenti per quanto riguarda livelli di apprendimento e risultati formativi del sistema. Viceversa è proprio la nuda realtà dei fatti che ci segnala inequivocabilmente che qualcosa non va. A titolo puramente esemplificativo: alti livelli di *drop-out* e una dispersione formativa (diretta e indiretta) sempre più diffusa, bassi tassi di conseguimento del titolo di istruzione terziario, percentuali di giovani NEET record (*Not in Education, Employment or Training*), precariato sistemico e apparentemente inestirpabile con conseguenti vuoti di organico e una strutturale mancata continuità didattica.

Vi è poi un secondo ordine di motivazioni, di carattere squisitamente pedagogico e che ha a che fare con lo statuto epistemologico della pedagogia stessa. Il discorso pedagogico, infatti, non può mai limitarsi né a registrare e a indagare – come invece fanno altre scienze sociali – la scuola/le scuole che c'è/ci sono, né restringere il proprio campo di pensiero e azione nella proposta di possibili soluzioni tecniche o mediazioni politiche. La pedagogia infatti, per riprendere una definizione di Bertagna, è sempre «attiva, interventista, antideterministica, progettuale, emancipatoria, immaginativa, creativa, avventuroso spazio di libertà e di esplorazione di possibilità inedite»¹⁷. Essa ha perciò sempre inevitabilmente a che fare, quindi, non solo con la scuola che potrebbe esserci, ma con quella che pedagogicamente sarebbe bene che ci fosse, in una continua tensione tra realtà e utopia che potrà eventualmente essere colmata solo in un secondo e distinto

¹⁷ G. BERTAGNA, *La pedagogia e le “scienze dell'educazione e/o della formazione”*. Per un paradigma epistemologico, in G. BERTAGNA (a cura di), *Educazione e Formazione. Sinonimie, analogie, differenze*, Edizioni Studium, Roma, 2018, pp. 7-60.

momento, pena il venir meno del proprio statuto epistemologico e della propria *mission* nella società.

Una seconda possibile risposta che è stata data anche nei decenni trascorsi è quella che va sotto l'etichetta “descolarizzare la società”. Secondo questi autori – tra di loro si possono qui ricordare Alexander Neil (1883-1973), Everett Reimer (1910-1998), Paul Goodman (1911-1972), Ivan Illich (1926-2002) e John Holt (1923-1985) – sarebbe proprio l'istituzione scolastica in quanto tale a non essere più in grado di assolvere in maniera adeguata ai suoi scopi educativi e sociali. Da qui la denuncia della “morte della scuola” come istituzione educativa e sociale¹⁸, ormai superata dalle sfide e dalle urgenze del tempo presente.

I fautori della descolarizzazione, un filone di pensiero che ha registrato un recente rinnovato interesse soprattutto in ambito anglosassone¹⁹, sostengono che il vero apprendimento è innanzitutto «quello informale, incidentale, casuale, che suscita sorpresa: che il monopolio del sapere detenuto dagli insegnanti e dalle scuole non serve a migliorare la trasmissione del sapere, ma a garantire i privilegi di una casta e il sistema gerarchico di potere»²⁰.

In questa seconda prospettiva, dunque, pur nella differenza delle sue variegate declinazioni e al netto di condivisibili critiche²¹, la scuola formale dovrebbe soccombere di fronte ad ambienti e modalità di apprendimento fuori da essa (extra-scuola) maggiormente flessibili ed informali.

Esiste però un terzo possibile approccio che, pur accettando e in parte condividendo alcune delle critiche dei descolarizzatori qui appena richiamate, risponde affermativamente alla domanda circa la *mission* e l'utilità della scuola oggi, rilanciando con un altro interrogativo: è possibile *un'altra* scuola? E se è possibile, fondata su quali paradigmi pedagogici, didattici, organizzativi e ordinamentali?

Evidentemente questa terza opzione è più complessa rispetto alle altre due precedenti ma, sulla base anche delle premesse di partenza contenute in questo scritto, appare quella più interessante e feconda da ulteriormente approfondire.

¹⁸ E. REIMER, *School is Dead: An Essay On Alternatives in Education*, Penguin Education [trad. it., *La scuola è morta. Alternative nell'educazione*, Armando Editore, 1973].

¹⁹ Cfr. HELEN E. LESS, *Education without Schools. Discovering Alternatives*, Policy Press, University of Bristol, 2014; DAVID H. HARGREAVES, *Beyond Schooling. An Anarchist Challenge*, Routledge, London and New York, 2019.

²⁰ F. TRASATTI, *Lessico minimo di pedagogia libertaria*, Elèuthera, Milano, 2020, p. 89.

²¹ Per esempio, tra i testi internazionali in quest'ottica R. BARROW, *Radical Education. A Critique of Freeschooling and Deschooling*, Routledge, 2011.

4. La formazione iniziale degli insegnanti per la scuola secondaria: un caso paradigmatico

In altra sede si è provato ad illustrare le possibili declinazioni di questa “terza via” per la scuola in Italia²², basate su un preciso paradigma antropologico della persona, sui principi del pluralismo educativo, dell’autonomia delle istituzioni scolastiche riscoperte secondo la prospettiva di una nuova *scholè*²³, della personalizzazione dei processi educativi e delle modalità di insegnamento/apprendimento, della valorizzazione del principio pedagogico e della metodologia didattica dell’alternanza formativa²⁴ e dell’apprendistato, della ibridazione tra attività teoriche e pratiche e dei luoghi e contesti di apprendimento formali e informali, secondo lo slogan “*learning anywhere and anytime*”. Non vi è qui lo spazio per approfondire tutte queste questioni. Ci si limita perciò a richiamare un elemento particolarmente emblematico e decisivo per l’intero sistema di istruzione: quello della formazione iniziale degli insegnanti per le scuole secondarie. Un caso che può apparire come paradigmatico per l’intero sistema.

Com’è noto all’interno del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) è prevista una riforma complessiva del sistema di formazione iniziale, in servizio e di reclutamento degli insegnanti della scuola secondaria, da attuare entro il 2022 e che prevede l’immissione in ruolo di circa 70.000 docenti entro il 2024. L’obiettivo, come si può leggere sul sito ufficiale di attuazione del PNRR dedicato al settore dell’istruzione, è quello di «determinare un significativo miglioramento della qualità dei percorsi educativi, per offrire a studentesse e studenti sempre migliori livelli di conoscenze, capacità interpersonali e metodologico-applicative, nonché coprire con regolarità e stabilità le cattedre disponibili con insegnanti di ruolo. La formazione e la sperimentazione con metodologie innovative consentiranno inoltre un processo di selezione basato non solo sul livello di conoscenza ma anche sui metodi didattici acquisiti e sulla capacità di relazionarsi con la comunità educativa»²⁵. L’occasione del PNRR apre perciò un autentico spiraglio riformista che sarebbe da irresponsabili dissipare²⁶.

Il dispositivo normativo attuativo che, nel momento in cui si scrive, è in fase di conversione e approvazione in legge da parte delle camere parlamentari²⁷, dedica alcuni articoli (artt. 44 e seguenti) a questioni riguardanti il sistema di istruzione e formazione, intervenendo a disegnare, tra le altre previsioni, un nuovo modello di formazione iniziale degli insegnanti per la scuola secondaria. Il presente intervento normativo, atteso da diversi anni, va dunque finalmente a colmare un vuoto legislativo riguardante i percorsi formativi per diventare insegnante nella scuola secondaria in Italia²⁸. Il provvedimento è dunque in quanto tale opportuno e strategico, inserendosi in un contesto segnato da alcune croniche, pesanti criticità, che qui si richiamano sinteticamente:

- progressivo invecchiamento della popolazione insegnante, con gli insegnanti italiani della scuola secondaria tra i più anziani d’Europa (appena il 2,1% gli “under 30”; oltre il 58% gli “over 50” – dati OECD 2021 riferiti al 2019);
- crescente carenza di insegnanti in determinate discipline (STEM - *Science, Technology, Engineering and Mathematics* in particolare) e in alcune aree territoriali del Paese;
- crescente difficoltà ad attrarre giovani motivati e preparati verso la professione di insegnante.

Tali criticità assumono un rilievo fondamentale se si considera che, tra tutti i fattori (infrastrutturali, interni ed esterni, ecc...) che compongono un sistema d’istruzione, la qualità degli insegnanti è quello maggiormente strategico per poter offrire a tutti gli studenti percorsi di istruzione e formazione in grado di accompagnare la crescita e la maturazione di ogni singola persona. Da qui l’importanza del tema e l’opportunità di sanare un vero e proprio *vulnus* all’interno del nostro ordinamento tramite l’intervento legislativo in oggetto, che mira quindi ad assicurare una strada formativa per l’insegnamento stabile, con tempistiche certe e di qualità.

Tra gli obiettivi a cui la riforma dovrebbe mirare, ad avviso di chi scrive, dovrebbero esserci i seguenti punti:

- favorire un orientamento professionale precoce degli studenti, per validare in tempo autentiche vocazioni magistrali all’insegnamento, offrendo ai giovani

²² Cfr. F. MAGNI, *Pedagogia delle scuole: temi, problemi e paradigmi per il XXI secolo*, in F. MAGNI, A. POTESIO, A. SCHIEDI, F. TOGNI, *Pedagogia generale*. cit., pp. 115-138.

²³ G. BERTAGNA, *Le condizioni della scholè. Una rilettura storico-epistemologica*, in E. BALDUZZI (ED.), *L’impegno educativo nella costruzione della vita buona. Scritti in onore di Giuseppe Mari*, Edizioni Studium, Roma, 2020, pp. 29-57.

²⁴ A. POTESIO, *Alternanza formativa. Radici storiche e attualità di un principio pedagogico*, Edizioni Studium, Roma, 2020.

²⁵ <https://pnrr.istruzione.it/reclutamento-del-personale-docente/>

²⁶ G. BERTAGNA, *Per una nuova formazione iniziale dei docenti. Ipotesi per un dibattito*, in *Nuova Secondaria*, 2021, n. 10, pp. 4-7.

²⁷ Disegno di legge n. 2398 concernente la conversione in legge del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, recante ulteriori misure urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

²⁸ Per una ricostruzione storica sia consentito rimanda a F. MAGNI, *Formazione iniziale e reclutamento degli insegnanti in Italia. Percorso storico e prospettive pedagogiche*, Edizioni Studium, Roma, 2019. Si veda anche M. MORANDI, *La fucina dei professori. Storia della formazione docente in Italia dal Risorgimento a oggi*, Scholé, Brescia, 2021.

che desiderano intraprendere la strada per l'insegnamento un percorso formativo stabile, chiaro, percorribile in tempi ragionevoli, sottraendo l'insegnamento ad una ancora purtroppo frequente ombra di "scelta di ripiego". L'insegnamento deve tornare ad essere una prima scelta, in grado di attrarre in questa professione giovani motivati, preparati, desiderosi di ingaggiarsi nell'agone educativo e formativo con le future generazioni;

- contribuire al ricambio generazionale dei prossimi anni della classe docente italiana²⁹, attualmente tra le più anziane d'Europa, favorendo così ad introdurre processi di innovazione e di alleanza generazionale nelle scuole, sempre più strategica sotto differenti profili (si pensi per esempio al tema delle nuove tecnologie);

- introdurre, sull'esempio delle *best practices* europee e sul buon funzionamento del corso di studi in Scienze della formazione primaria (laurea magistrale quinquennale abilitante all'esercizio della professione di insegnante nella scuola primaria) un percorso di formazione iniziale che sappia intrecciare teoria e pratica, approfondimenti disciplinari e pedagogico-didattici, lezioni e tirocinio.

Il nuovo percorso a regime prevede la possibilità di conseguire l'abilitazione all'insegnamento con il conseguimento della laurea magistrale e di 60 CFU aggiuntivi in ambito pedagogico-didattico (di cui 20 di tirocinio nelle scuole) da maturare anche durante il percorso triennale o magistrale dello studente. Un fatto che potrebbe rappresentare una importante novità nel superare la tradizionale separazione dei due momenti successivi e tra loro indipendenti del conseguimento della laurea e dell'abilitazione all'insegnamento. La possibilità di conseguire l'abilitazione all'insegnamento secondario fin dal percorso di studi universitario come già avviene in numerosi paesi europei (nel c.d. *concurrent teacher education model system*) potrebbe dunque rappresentare una concreta opportunità per gli studenti di poter, fin dal termine del corso di studi, partecipare ai concorsi a cattedra; allo stesso tempo tale novità legislativa costituisce una importante sfida per il mondo universitario chiamato a rinnovarsi e a sperimentare percorsi didattici innovativi e di qualità, in una prospettiva sempre più interdisciplinare e complessa, intrecciando così, in maniera armonica, teoria e pratica, lezioni, laboratori e tirocinio, riflessione ed esperienza sul campo, in una rinnovata e reciproca alleanza strategica tra scuole e università. Sarà poi compito delle singole università dare vita a percorsi organici, flessibili e coerenti che sappiano rispondere alla formazione dei futuri docenti in maniera adeguata. A questo proposito si ricorda che nella progettazione dei percorsi formativi le università

potranno avvalersi, nell'ambito dei propri margini di autonomia e flessibilità, come previsto dal D.M. n. 133 del 3 febbraio 2021, dell'utilizzo delle c.d. discipline affini e integrative che possono affiancarsi alle attività caratterizzanti di ciascun corso di laurea. In questo senso saranno di cruciale importanza per il coordinamento dell'offerta formativa i *Teaching and Learning Centres* previsti dal PNRR e già costituiti/in fase di istituzione in molti atenei.

Una importante opportunità, dunque, pur con alcune criticità nelle fasi attuative che potrebbero rischiare di compromettere non poco gli aspetti positivi fin qui enunciati, per superare steccati e ritrosie del passato, per l'attuazione e la messa a regime di un percorso di formazione iniziale degli insegnanti della scuola secondaria stabile e sicuro nel tempo, chiaro ed efficace nelle modalità didattiche, che veda una feconda collaborazione tra scuola e università, in modo da contribuire così a restituire qualità, fascino e prestigio a quella vocazione/chiamata all'insegnamento così decisiva per il futuro dei giovani e del nostro Paese.

Un esempio, dunque, di come il tempo che stiamo vivendo rappresenti una inedita possibilità di rilancio del sistema educativo nel suo complesso. Sarà poi da vedere, a partire da questo e da altri decreti attuativi, se si rimarrà coerenti con tali premesse oppure se si risolverà il tutto in una ennesima mera opera di *maquillage* formalistico.

²⁹ Cfr. le stime del dossier curato dal servizio del bilancio del Senato della Repubblica n. 306 - Maggio 2022, in particolare pp. 111 ss.

Rispetto della *privacy* e tutela dei minori al banco di prova della cittadinanza digitale

di ALESSANDRO PICARONE

SOMMARIO: Introduzione. 1. Le garanzie costituzionali del minore. – 1.1. Segue Il concetto e il perimetro dell'interesse del minore: *best interests* o *intérêt supérieur*? – 2. Identità personale e *social network*. – 3. La Didattica a Distanza. Problematiche e spunti. – 4. Conclusioni.

Introduzione

Il testo segue un *fil rouge* che parte dalla tutela applicabile ai soggetti minori e si dipana alla ricerca di una definizione auspicabilmente esaustiva del concetto di interesse del minore. Su questo punto, la questione si impenna su due domande fondamentali. La prima è: quale tipo di tutela è necessaria per i minori?

Il quesito assume rilievo in quanto la nostra Costituzione tutela lo sviluppo della personalità dell'uomo senza, però, distinguere tra adulti e bambini (né tra adulti e adolescenti). Pertanto, ci si deve interrogare se la differenza di età implichi anche una differente tutela, e, in quest'ultimo caso, come quantificarne l'ampiezza.

La seconda domanda che ci si pone è relativa alla definizione dell'interesse del minore: è possibile identificare una descrizione standard, o il concetto varia a seconda del contesto e dell'epoca in cui ci si trova? Sarà utile, per trovare una risposta compiuta, anche individuare una differenza lessicale tra l'inglese, che mira a individuare i migliori interessi del minore (*the best interests of child*) e l'italiano che persegue il superiore interesse del minore (ma a ben vedere è così anche in francese: *intérêt supérieur de l'enfant*).

Lo sviluppo della personalità, ai sensi della normativa costituzionale, è finalizzato a una crescita completa sia come individuo sia nelle formazioni sociali: pertanto, l'identità (personale ma vedremo anche digitale) è una caratteristica fondamentale per determinare una personalità compiuta.

Va senz'altro rilevato che pandemia e *lockdown* hanno evidenziato che le tecnologie digitali sono interfacce onnipresenti in una pluralità di contesti tra

loro molto diversi (una connessione Internet può essere usata tanto per svago quanto per *smart working* e didattica a distanza¹).

L'orizzonte sociale e giuridico di Internet², in continua espansione, rende possibile una diversità di utilizzi ma anche pluralità di identità digitali, in quanto ogni componente la comunità virtuale dà luogo a una cittadinanza definibile come digitale³, nella quale i vari *netizens*⁴ interagiscono tra di loro: spesso i rapporti ricalcano quelli esistenti nella vita *offline*, e così le conseguenze di una gestione poco accorta della propria immagine.

Tale premessa impone di chiedersi se vi sia la necessità di nuove competenze digitali a tutela dei minori che, quando sono in Rete, sono più a rischio rispetto

¹ Difatti, all'espressione 'diritto alla disconnessione' dovrebbe essere preferita l'espressione 'diritto alla connessione selettiva': quest'ultima evidenzia chiaramente il fatto che la stessa connessione può essere utilizzata in più contesti, per un più corretto sviluppo della personalità. Ho avuto modo di esprimere questa idea in ambito diverso, quando, mi si consenta l'auto-citazione, ho scritto di diritto alla connessione selettiva sulla rivista *Astrid*, 2020, 16, pubblicato il 6 novembre 2020 con un articolo intitolato *Il diritto alla disconnessione: questioni pratiche e possibili tutele* e poi tradotto in spagnolo e pubblicato in *Revista de Ciencia de la Legislación*, 2021, 9, dal titolo *El derecho a desconectarse en lo smart working: cuestiones prácticas y posibles salvaguardias*. Ho anche scritto di diritto alla connessione selettiva, insieme con la Dott.ssa Valentina Sapuppo, un articolo intitolato *Diritto alla disconnessione: utopia o certezza normativa*, disponibile all'indirizzo <https://lelearningspecialist.eu/diritto-alla-disconnessione-utopia-o-certezza-normativa/>.

² Cfr. V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, 2, pp. 271-280.

³ Parte della dottrina richiama il concetto di cittadinanza mondiale, da intendersi come terzo livello dopo l'appartenenza a una società locale e dopo l'identità nazionale o comunitaria (cfr. F. CAMBI, *Cittadinanza e intercultura oggi*, in M. GALIERO, *Educare per una cittadinanza globale. Costruire un mondo giusto a partire dalla scuola*, Bologna, 2019). Per un approfondimento sociologico del rapporto tra un consapevole esercizio della cittadinanza e la sfera educativa, si rimanda a M. SMERIGLIO, *La dimensione educativa come pratica di cittadinanza*, in M. BURGALASSI – A. COCOZZA, *Diseguaglianze e inclusione. Saggi di sociologia*, Roma, 2020, pp. 31-44. Altra parte della dottrina evidenzia come la cittadinanza digitale è emersa con forza in tutta la sua complessità, scoprendo scenari prima impensabili, presentandosi, al momento, come un cantiere aperto e riservando, ai i cittadini digitali, una serie di sfide (cfr. G. PASCUCI, *La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete*, Bologna, 2021).

⁴ Termine utilizzato per indicare i cittadini digitali che partecipano alle nuove forme di vita pubblica (v. G. DE MINICO, *Internet regola e anarchia*, Napoli, 2012, p. 8, mentre in F. DELL'AVERSANA, *Le libertà economiche in Internet*, Roma, 2014, p. 14, sono definiti *netcitizens*). Occorre anche dare conto di quella dottrina che sottolinea la complessità del tema: «nella letteratura sulle *smart cities* il passaggio dal concetto di «*people*» a quello di «*citizens*» e di «*citizenship*» si è consumato senza un dibattito troppo accurato (...). In questa assimilazione tra *smart people* e *smart citizens* è opportuno evidenziare che il rapporto dei singoli con la città e con i suoi servizi «*smart*» non è comunque qualificato da speciali e particolari vincoli, in particolare non dal rapporto di «cittadinanza» che lega gli enti territoriali che abitualmente amministrano le città, e cioè i comuni, con i propri cittadini» (v. M. CAPORALE, *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, in *federalismi.it*, 2020, 2, p. 35).

agli adulti, in quanto più inesperti e maggiormente propensi a sottovalutare – o a ignorare – i pericoli⁵.

Il quesito merita una risposta, perché riguarda le nuove generazioni, e in qualche modo noi tutti: ciò anche, e soprattutto, perché la tecnologia è diventata, specie nella fase più acuta della pandemia, uno strumento fondamentale per assicurare il diritto all'istruzione⁶. Quest'ultimo, insieme al diritto all'accesso alla Rete, contribuisce in modo determinante non solo al trasferimento delle nozioni ma anche al corretto sviluppo della personalità degli allievi.

Quindi, sebbene in sintesi, si indagherà su quali problemi sono emersi con la Didattica a Distanza e si proverà a proporre una soluzione: questo nuovo modello, che in modo così repentino si è imposto, prevede che vi siano delle conoscenze specifiche. Così, vedremo che, se da un lato si voleva consentire per il tramite della Rete di permettere comunque un ampio godimento del diritto allo studio in modo inclusivo, dall'altro, il *digital divide* tecnologico e un diffuso analfabetismo digitale hanno creato più di un problema.

1. L'entrata in vigore della Costituzione ha stravolto gran parte del quadro normativo relativo alla disciplina della famiglia e alla tutela del minore precedentemente vigente⁷.

⁵ Il migliore esempio di un errato uso della tecnologia da parte dei ragazzi si può osservare quando questi diventano il tramite per trasformare un atto di bullismo in un atto di cyberbullismo: invece di usare il cellulare per allertare le forze dell'ordine, spesso gli adolescenti lo usano per riprendere e rendere virale la violenza, così diventando creatori di contenuti, piuttosto che cittadini (reali e digitali) consapevoli. Va sottolineato che «il cyberbullismo assume in modo progressivamente consistente un connotato multidimensionale in cui le distorsioni cognitive proprie della tecnomediazione (anonimato, impunità, irrintracciabilità), gli effetti concreti dell'imaturità cognitiva ed emotiva dei ragazzi (impulsività, reattività, non accuratezza delle valutazioni degli effetti delle azioni) si scontrano con la potenza amplificatoria del web, con la sua ubiquità spazio-temporale e con la contingenza del momento evolutivo critico che vivono ogni vittima e il suo giovane carnefice» (v. AA.VV., *Rapporto Clusit 2021 sulla sicurezza ICT in Italia*, Security Summit, 2021, p. 50).

⁶ Per approfondire il tema, si rimanda, *ex multis*, A. POGGI, *Art. 34*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 704 ss.; M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in F. ANGELINI – M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2014.

⁷ Per quanto riguarda il diritto di famiglia, che qui ci interessa solo molto marginalmente, vanno soltanto registrate le forti implicazioni ideologiche che in Assemblea Costituente si sono manifestate nella definizione del concetto di famiglia come «società naturale» (*ex art. 29 cost.*, comma primo). Al di fuori di questa, le innovazioni costituzionali sono state accolte solo con la prima riforma organica del diritto di famiglia giunta nel 1975: quest'ultima va intesa come «il punto di approdo per quel che concerne l'integrale attuazione dei principi costituzionali»

Ebbene, nonostante la profonda innovazione apportata, nel testo costituzionale non è presente alcun riferimento esplicito ai minori: tuttavia, si può affermare, senza timore di smentita alcuna, che questi sono ugualmente tutelati dal combinato disposto tra l'art. 2 Cost. e l'art. 30 Cost.

In particolare, rispetto alla tutela prevista nei confronti degli adulti, il vigente ordinamento attua una tutela del minore più ampia, in quanto i diritti previsti per questi ultimi sono «strumenti indispensabili per condurli all'età matura e, quindi, alla titolarità di ulteriori diritti fondamentali»⁸.

Sia secondo una decodificazione letterale del testo (che non ricomprende i minori, ma nemmeno li esclude), sia volendo fornire una interpretazione sistematica, si ritiene di poter estendere la tutela costituzionale anche ai minori, in quanto la *ratio* dell'art. 2 cost. considera la tutela della personalità umana e questa non va limitata proprio nel periodo della vita in cui si sviluppa.

1.1. Il complesso di norme, non solo di stampo costituzionale⁹, a tutela dei fanciulli implica l'idea di interesse del minore: tale concetto è di difficile definizione, perché è mutevole nel tempo e nelle diverse situazioni che i giovani incontrano. Dunque, è un concetto il cui contenuto muta al crescere del fanciullo e al cambiare del periodo storico, con la conseguenza che lo si può determinare solo, di volta in volta, in concreto, senza alcuna predeterminazione astratta e valida per ogni stagione¹⁰.

(v. L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronti*, in *Giustizia Civile*, 2018, 1, p. 245). Per approfondire i mutamenti avvenuti cfr. M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, 2, pp. 567-578; G. E. VACCARO, *Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le diverse unioni*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, 2015, 2, pp. 759-776; M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, *ivi*, 2014, 3, pp. 1248-1262.

⁸ V. G. DE MINICO, *Il favor constitutionis e il minore: realtà o fantasia?*, in A. CIANCIO – G. DE MINICO – G. DEMURO – F. DONATI – M. VILLONE (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità. Omologazione o diversità?*, Roma, 2012, p. 162. Sul tema cfr. anche F. MODUGNO, *Breve discorso intorno all'uguaglianza. Studio di una casistica: i minori e i nuovi media*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014.

⁹ Per un approfondimento, in relazione a tutela della reputazione, oblio, libertà di espressione, vita privata e dati personali, si rinvia a F. BARRA CARACCIOLO, *La tutela della personalità in Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 1, pp. 201-212.

¹⁰ Per un approfondimento sul tema, cfr. S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, 4, pp. 1373-1400. In ambito penale, si rinvia a M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Rivista italiana di procedura penale*, 2018, 1, pp. 21-54 e G. LANEVE, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla «cecità» dell'automatismo legislativo allo sguardo sulla relazione genitore-figlio*, in *Rivista italiana di procedura penale*, 2020, 4, pp. 2078-2098.

Quindi, è una nozione «confusa e ambigua, sfuggente e indeterminata, idonea a essere impiegata con modalità molto fortemente condizionate dalle scelte di valore di chi vi ricorre»¹¹. D'altra parte, il tema è in continua evoluzione ed è formato da consapevolezze, cognizioni e necessità che variano nel tempo.

In questo senso, anche a seguito di un'evoluzione del concetto, si arriva a considerare il principio del superiore interesse del minore come un principio generale nell'ordinamento a tutela del fanciullo: dunque, quest'ultimo è destinatario del provvedimento del Giudice non come soggetto generale del diritto, ma come protagonista del caso del quale si discute¹².

In sostanza, «la tutela dell'interesse del minore (...) non si ferma alla dinamica negativa della protezione (...) ma deve necessariamente essere declinata in positivo, finalizzata a garantire all'adolescente il diritto all'accesso e al godimento di beni che favoriscano il suo benessere psicofisico, nonché a garantirgli la possibilità di esprimere le sue opinioni, a ricevere informazioni sulle questioni che più strettamente lo riguardano (...) e a essere coinvolto nelle decisioni che intimamente coinvolgono la sua persona»¹³.

L'evoluzione concettuale ridefinisce anche i rapporti genitori-figli, a cominciare dalla responsabilità parentale che emerge, e diventa presenza stabile e imprescindibile, al posto del vecchio concetto di autorità genitoriale¹⁴ che ora va intesa come «una misura di protezione del minore»¹⁵.

¹¹ V. L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2016, 1, p. 148.

¹² Per approfondire il tema, si rimanda a N. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, in A. RUGGERI – D. RINOLDI – V. PETRALIA, *Vecchie e nuove "famiglie" nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, 2016, Napoli, *passim*.

¹³ V. C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giustizia Civile*, 2019, 3, p. 625. Sul tema, per ulteriori approfondimenti, per esempio, in ambito medico cfr. F. PAPINI, *Minori di età o minori di diritti*, in *Rivista italiana di Medicina Legale (e di Diritto in campo sanitario)*, 2017, 1-2, pp. 543-562; A. FERRARO, *Autodeterminazione dei minorenni. I minori come soggetti capaci in ambito sanitario*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, 2020, 4, pp. 1792-1809.

¹⁴ Per chi voglia approfondire l'evoluzione del diritto di famiglia si rimanda, da un lato, alla Raccomandazione 874/1979 relativa a una *Charte européenne des droits de l'enfant*, adottata il 4 ottobre 1979 e alla Risoluzione A3-0172/1992 relativa alla *Charte européenne des droits de l'enfant* adottata l'8 luglio 1992; dall'altro, in dottrina cfr. J. SOSSON, *La mise en oeuvre concrète des principes relatifs à l'autorité parentale: focus sur quelques questions pratiques*, in *Dr. familles*, 2010, pp. 148 ss.; M. FALLON, *La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparées et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2007, pp. 9 ss.

¹⁵ Cfr. J. RUBELLIN DEVICHI, *Il principio dell'interesse del minore nel diritto e nella giurisprudenza francesi*, in V. POCAR – P. RONEFANI (a cura di), *L'interesse del minore nella legge e nella pratica. Esperienze personali a confronto*, Milano, 1996, p. 71. Per ulteriori spunti, in dottrina

Parte della dottrina italiana, poco dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, ha identificato una duplice componente: sotto il profilo oggettivo l'interesse del minore fa riferimento a ogni beneficio che arriva all'adolescente in un determinato momento e in un determinato contesto, in una prospettiva di breve scadenza. Il profilo soggettivo riguarda ogni vantaggio a lunga scadenza che incrementi le capacità e le attitudini del minore con riferimento alle sue specifiche inclinazioni naturali.

Ma per meglio determinare il perimetro dell'argomento, può aiutare una, seppur breve, disamina lessicale: se in inglese gli interessi del minore sono indicati come *the best*, in italiano e in francese vi è un interesse indicato come superiore (*supérieur* in francese): come spesso accade, le parole rendono concreto il pensiero e ne deriva che le tutele dovrebbero conseguentemente realizzare ciò che viene espresso.

Le differenze sono evidenti: in inglese si parla di più interessi del minore da bilanciare¹⁶, mentre in italiano e in francese, si parla di una singola posizione che prevale rispetto ad altre.

Se consideriamo, tuttavia che «the best interests of child shall be a primary consideration»¹⁷, si deve necessariamente far caso al fatto che il migliore interesse del minore deve godere di una considerazione prioritaria, sebbene non assoluta, rispetto a tutti gli altri interessi in gioco. Ciò posto, è possibile dissipare le nubi sulle difformità semantiche riscontrabili tra le varie lingue: nel considerare l'univoca posizione del minore, inteso come coacervo di interessi e di diritti, occorre conferire prioritaria attenzione, rispetto agli altri fattori e diritti in campo, al suo benessere rapportato a un momento statico, l'epoca in cui si trova e il momento della sua crescita, ma come vedremo, anche a un momento dinamico-prognostico.

più recente, specialmente con riferimento alla Riforma Bianca, cfr. V. CAREDDA, *La responsabilità genitoriale: spunti di riflessione*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, 2015, 4, pp. 1424-1435 e M. PORCELLI, *La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione*, in *Diritto di famiglia e delle Persone (II)*, 2014, 4, pp. 1628-1641, ove si rimanda anche per ulteriori note bibliografiche.

¹⁶ Cfr. J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione Giustizia*, 2019, p. 415. Ivi si rimanda anche per un approfondimento sulla giurisprudenza di Strasburgo sul tema, segnalando, prioritariamente, come la Corte Edu abbia operato grazie al *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa: «there is currently a broad consensus (...) in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount» (v. *Edu, Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ric. n. 41.615/07 [2010]).

¹⁷ Talvolta, la Corte ha anche ritenuto che il migliore tra gli interessi deve essere considerato prima di ogni altra considerazione, come in *Gnahore c. Francia*, Edu, 19 settembre 2000, par. 59.

Difatti, bisogna domandarsi se la necessità di una tutela vada posta in essere nel breve o nel lungo periodo: si privilegia il benessere attuale o quello in prospettiva per il suo futuro?

Pertanto, va chiarito che la principale caratteristica delle questioni che riguardano i minori è che le decisioni «hanno carattere prognostico. Il giudice deve, infatti, scegliere la migliore soluzione per la vita futura di un determinato minore»¹⁸.

2. L'identità digitale, esattamente come l'identità personale, è il primo e il più immediato segno distintivo che differenzia ognuno di noi dagli altri, ed è parte inamovibile della dignità individuale.

La costruzione di una identità personale¹⁹ avviene anche in Rete, dove gli utenti, in special modo gli adolescenti, possono «scoprire la propria identità, sperimentando con essa, imparando chi sono o chi vorrebbero essere, offrendo così un affascinante campo di ricerca per la comprensione della costruzione e della sperimentazione dell'identità»²⁰.

Anzi, «l'identità digitale diventa la chiave di accesso alla comunità digitale. Nell'entrare a far parte di una comunità digitale occorre costituire un account che ci identifichi all'interno del Media Sociale. Si viene così a creare un'identità digitale sulla base dei dati che il gestore della piattaforma ci chiede come condizione minima per far parte del Media Sociale costituito»²¹.

In Rete, ognuno si presenta, rendendosi riconoscibile, grazie al modo in cui ci si propone: è come allestire una vetrina, che poi diviene il tratto distintivo di ognuno dei componenti la Rete sociale. Questa formulazione dell'identità personale²², riferibile al mondo della Rete e definibile come

autorappresentativa²³, pone una serie di riflessioni, in particolar modo sul tipo di protezione che ogni individuo merita in relazione alla propria esposizione al pubblico.

Essere presente sui *social* permette a ognuno di noi di mostrare se stesso in ambiti differenti, decidendo quale aspetto di sé far prevalere²⁴ con la conseguenza che le possibilità di interazione e di condivisione si allargano a dismisura, consentendo a ogni utente di decidere cosa condividere (o a quali siti rimandare) e a quale platea riferirsi (stabilendo chi può visualizzare i propri contenuti e chi può rispondere).

Pare evidente che creare una identità digitale, e coltivarla, genera situazioni meritevoli di tutela: in modo ugualmente chiaro, è possibile constatare che il minore non può affrontare da solo questo percorso, ma va accompagnato dagli adulti.

Ciò è ancor più palese con riferimento al concetto di cittadinanza digitale da intendersi, nel significato che si sta affermando in ambito comunitario, come «un insieme di valori, competenze, atteggiamenti, conoscenze e comprensione critica di cui i cittadini hanno bisogno nell'era digitale. Un cittadino digitale sa come utilizzare le tecnologie ed è in grado di interagire con esse in modo competente e positivo»²⁵.

Tutto ciò rende chiaro come l'evoluzione tecnologica e digitale implichi molteplici conoscenze necessarie a garantire la propria permanenza sicura in Rete.

3. Esattamente come avviene per gli altri diritti sociali, anche il diritto all'istruzione può realizzarsi con la collaborazione di un altro soggetto o ente²⁶.

PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003).

²³ Cfr. M. MARTONI, *Identità personale anagrafica (autorizzata) vs. identità personale autorappresentativa (manifestata)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 2020, 1, pp. 179-193.

²⁴ Difatti «sarebbe ingenuo pensare che ciascun individuo abbia una sola identità, fissa e ben definita» (v. G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ, M. TALLACHINI, *Trattato di bio diritto*, I, Milano, 2010, p. 299). Si può parlare anche di «portafogli di socialità» (cfr. M. CASTELLS, *Galassia Internet*, cit., p. 130).

²⁵ V. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Conclusioni del Consiglio sull'istruzione digitale nelle società della conoscenza europee*, in GUUE, C 415/22, 1 dicembre 2020, nota 7 del punto 9.

²⁶ Cfr. A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Diritto e Società*, 2013, pp. 31-49. Va anche ricordata autorevole dottrina secondo la quale «l'educazione se la si considera in tutta la sua estensione non si limita alla istruzione positiva, all'insegnamento delle verità di fatto e del calcolo, ma abbraccia tutte le opinioni politiche, morali o religiose. La libertà di queste opinioni

¹⁸ V. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 88.

¹⁹ Per un approfondimento sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale del concetto di identità personale si rimanda a G. PINO, *Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006, pp. 257-321.

²⁰ V. M. CASTELLS, *Galassia Internet*, Milano, 2006, traduzione italiana di Stefano Viviani, p. 119.

²¹ V. S. LANDINI, *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Rivista di diritto industriale*, LXVI, 2017, 4-5, p. 182.

²² Per approfondire la tematica della identità personale nella sua evoluzione si rimanda alla prima definizione, cioè l'interesse ad essere rappresentati senza deformazioni (cfr. Cass. civ., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769), e poi alla folta dottrina che ne ha evidenziato le successive evoluzioni (cfr. S. GAMBERINI, *Facebook come acceleratore di identità*, in R. BORGATO – F. CAPELLI – M. FERRARESI (a cura di), *Facebook come. Le nuove relazioni virtuali*, 2009, Milano, pp. 37-40 e G.

Ebbene, per garantire il diritto all'istruzione si è utilizzata la Didattica a Distanza²⁷ che, quindi, ha avviato una *digital transformation* molto pervasiva²⁸ a causa del *lockdown* dovuto alla pandemia del Covid-19. Come ha fatto recentemente osservare parte della dottrina «la scuola (...) ha dovuto raccogliere una sfida enorme: rimanere in vita pur nella chiusura degli edifici scolastici. Lo ha potuto fare solo grazie alla tecnologia che, al netto delle tante difficoltà e pagando un costo anche in termini di pieno rendimento, ha comunque mostrato anche in questo settore un risvolto quasi salvifico»²⁹.

In relazione alla principale obiezione mossa alla Didattica a Distanza, è il caso di rilevare che gli studenti appartenenti a famiglie con poche (o senza) risorse hanno molte più probabilità di essere esclusi dall'apprendimento, comprimendo ingiustamente quanto previsto *ex art.* 34 Cost., che dà a chiunque la possibilità di accedere al sistema scolastico a prescindere dalla propria situazione economica³⁰.

Invero, in questo caso si intrecciano a doppio filo sia il diritto all'istruzione che di accesso a Internet: peraltro, quest'ultimo svolge una «missione equilibratrice (...) funzionale all'uguaglianza sostanziale»³¹.

Si rende necessario determinare anche il principio dell'uguaglianza informatica «quale aspetto dell'uguaglianza sostanziale determina la sua

non sarebbe che illusoria, se la società si impadronisse delle nascenti generazioni per imporre loro ciò in cui devono credere» (v. J. A. CONDORCET, *Prima memoria in Elogio dell'istruzione pubblica*, trad. it. a cura di M. Bascetta, Roma, 2002, p. 180). In effetti, il diritto all'istruzione, e con esso la libertà educativa, «è parte integrante dello stato di diritto» (v. M. E. RUGGIANO, *Una visione critica sulla istruzione parentale o homeschooling in Italia e Gran Bretagna*, in *Diritto di famiglia e delle Persone (II)*, 4, p. 1752.) e non può essere visto come una benevolente concessione dei poteri pubblici.

²⁷ Cfr. V. SAPUPPO, *DaD e smart working, due facce della stessa medaglia?*, 19 settembre 2020, disponibile al link <https://elearningsspecialist.eu/didattica-a-distanza-smart-working/>.

²⁸ Cfr. A. MARINELLI, *Educare alla cittadinanza digitale nell'era della platform society*, in *Scuola democratica*, 2021, pp. 121-133.

²⁹ V. G. LANEVE (a cura di), *Prefazione*, in *La scuola nella pandemia*, Macerata, EUM, 2020, p. 9.

³⁰ Cfr. D. SARSINI, *Alcune riflessioni sulla didattica a distanza*, in *Studi sulla Formazione*, 1, 2020, p. 9 e M. PIRAS, *La scuola italiana nell'emergenza. Le incertezze della didattica a distanza*, in *Il Mulino*, 2020, 2, pp. 250-257.

³¹ Cfr. G. DE MINICO, *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*, in *federalismi.it*, 2018, 4, p. 118. L'Autrice già in passato aveva teorizzato ciò che oggi è pacificamente accettato (cfr. G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in Id. (a cura di), *Dalla tecnica ai diritti. Il caso della banda larga*, Napoli, 2010; Id., *Nuovi diritti e disuguaglianze digitali*, in *Astrid Rassegna*, 11 ottobre 2010 e Id., *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012, pp. 128-193). Si rimanda anche a T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Collana ITTIG-CNR, Serie "Studi e documenti", n. 9, Napoli, 2011, p. 32 e, infine, a P. OTRANTO, *La garanzia di accesso alla rete e la "città connessa"*, in *Rivista Giuridica dell'edilizia*, 2021, 3, pp. 77-95.

connotazione quale presupposto per l'individuazione di una serie di situazioni giuridiche soggettive, riconducibili alla categoria dei diritti sociali»³².

Indubbiamente, la debolezza socio-economica nell'infanzia e nell'adolescenza ha delle ripercussioni negative sulle prospettive di vita futura: ciò accade non solo per quanto riguarda l'apprendimento delle nozioni basilari, ma anche, per esempio, per l'accesso ad attività extracurricolari che ricomprendono, tra le altre cose, momenti di aggregazione culturale e sociale³³. D'altro canto, l'attività formativa ha «bisogno di un ambiente, anzi di una comunità, in grado di promuovere lo sviluppo della personalità dell'alunno»³⁴.

In questo contesto, si può tranquillamente affermare che «il coronavirus è un agente patogeno che non ha creato disuguaglianze, ma le ha illuminate, che ha cioè funzionato da cartina di tornasole di molti aspetti malati del nostro sistema di convivenza»³⁵. Scarsità di tecnologie e di competenze digitali, sia degli studenti sia delle famiglie, problema già presente in precedenza, ma che nel contesto emergenziale ha contribuito a rendere meno efficiente la fruizione di un diritto. A seconda del livello di istruzione e della ricchezza, vi è un forte impatto per quanto riguarda la presenza di un pc o di un tablet³⁶.

Ancora non è chiaro quale impatto a lungo termine possa esserci con un ricorso così ampio alla Didattica a Distanza, specialmente con un marcato *digital divide* e con scarse competenze di una rilevante parte dei fruitori. Ciò che potrebbe accadere è che il benessere degli alunni e anche la dispersione scolastica possano essere influenzati soprattutto nelle zone maggiormente depresse economicamente: più precisamente, le famiglie più povere potrebbero sacrificare gli studi dei figli e tutte le attività extra scolastiche necessarie per il loro corretto sviluppo psicofisico, per concentrarsi sul sostentamento materiale di breve periodo.

³² V. A. PIROZZOLI, *Il libero accesso alla Rete: un diritto in espansione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 2, p. 214.

³³ Cfr. SAVE THE CHILDREN, *L'impatto del Coronavirus sulla povertà educativa*, in <https://www.savethechildren.it/cosa-facciamo/pubblicazioni/impatto-del-coronavirus-sulla-poverta-educativa>.

³⁴ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Un nuovo rapporto tra amministrazione e scuola*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1975, pp. 251-252.

³⁵ V. S. PRISCO, *La didattica universitaria a distanza: "filosofia", opportunità, limiti e rischi*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 2, p. 1091.

³⁶ Cfr. R. GHIGI – M. PIRAS, *Se la pandemia fa scuola. Disuguaglianze, partecipazione e inclusione dal banco allo schermo*, in *Il Mulino*, 2021, 1, pp. 78-87: precisamente, p. 83, sono riportate utili indicazioni rilevate dall'Istat in merito alla distribuzione dei dispositivi a seconda della zona in cui si risiede, del reddito e dell'istruzione.

4. Le considerazioni fin qui svolte fanno affiorare una serie di aspetti che possiamo provare a ricapitolare.

In primo luogo, emerge univocamente che l'interesse del minore è degno di tutela, in quanto il disposto costituzionale prevede un disegno che preserva e incentiva lo sviluppo armonico, non solo della personalità degli adulti, ma anche dei minori. Il fine da raggiungere per questi ultimi è il loro completo inserimento nella comunità sociale: difatti, quanto disposto *ex art. 2 cost.* permette di concludere per la stretta interconnessione tra il primato della persona («la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo...») e il pluralismo sociale, meritevole di tutela in quanto necessario per lo sviluppo della personalità («(...) sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua [dell'uomo] personalità (...)»).

È difficile definire in modo standard l'interesse del minore per tutti gli adolescenti in ogni tempo e in ogni luogo, ma qui possiamo comunque identificarlo, con buona approssimazione, come un coacervo di esigenze e di interessi che, di volta in volta, vanno tutelati in modo prioritario rispetto ad altri diritti ed esigenze eventualmente concorrenti per favorire il corretto sviluppo dei futuri adulti.

Quindi, possiamo dire che «il diritto del minore diventa credito a che la Repubblica crei le condizioni favorevoli alla sua autodeterminazione con misure idonee a sollecitare i diversi stadi della crescita psicofisica. Credito che decresce con l'evolversi fisico e mentale della persona e pertanto destinato a scomparire quando il minore, ormai maturo, sarà in grado di agire da solo perché adeguatamente attrezzato a muoversi in autonomia nel contesto politico-sociale»³⁷.

Pertanto, dove questo credito assume particolare rilievo è in ambito tecnologico: per richiamare autorevole dottrina, «man mano che lo sviluppo scientifico e tecnologico si porterà sempre più in avanti, pervadendo e segnando praticamente ogni ambito della vita sociale e delle istituzioni, ciascun individuo dovrà dotarsi di un patrimonio sia pure minimo di conoscenze di ordine tecnico senza le quali rimarrà totalmente isolato ed escluso da una parte consistente delle dinamiche sociali, mentre, per altro verso, il diverso grado di conoscenze tecnologiche posseduto dai componenti il corpo sociale si porrà, già solo per ciò, quale fattore di discriminazioni di varia natura ed intensità (...) chi non è tecnologicamente attrezzato si smarrisce e non partecipa alle dinamiche sociali, in alcune delle loro più salienti espressioni (...), non è più un *civis*, come lo si

intendeva già nell'antichità, quale soggetto titolare di diritti e gravato di doveri nei confronti degli altri suoi simili e dell'intera collettività di appartenenza»³⁸.

Per questo, risulta evidente come la conoscenza del mezzo tecnologico, per adulti e minori, concorra al soddisfacimento dei bisogni umani, che, nel caso degli adolescenti, è quello di formare la loro personalità, la quale si sviluppa, ormai, anche in Rete.

È un delicato compito quello delle famiglie, come quello della scuola intesa come istituzione, poiché sono le prime comunità con cui i minori si confrontano: in particolar modo, se i genitori sono i primi interpreti del miglior interesse per il minore, la scuola «è il primo luogo in cui si sperimenta (e si costruisce) il rapporto con l'altro da sé, con la diversità»³⁹ al di fuori della propria famiglia. Invero, la scuola non dovrebbe avere la funzione di mera trasmissione del sapere, ma anche una specifica funzione educativa⁴⁰ nell'interesse collettivo.

Ebbene, con riferimento al diritto all'istruzione e alla Didattica a Distanza, ciò che ha creato maggiori problemi è la riproposizione di modalità tradizionali in un contesto totalmente nuovo: «le comuni operazioni di copiatura dalla lavagna, la semplice dettatura, diventavano operazioni ben più complesse da gestire e spesso quasi impossibili con i bambini della scuola primaria. Viceversa, attività che a scuola risultavano più complesse (...) svolte in autonomia da casa riuscivano ad essere vissute come compiti "autentici" e motivanti. È emersa con chiarezza la necessità di riprogettare la didattica, non limitandosi a processi di adattamento, ma cercando di pensare a come ottenere i risultati di apprendimento previsti nelle mutate condizioni del contesto»⁴¹.

Non c'è solo il *digital divide* tecnologico, cioè un differente accesso alla Rete e alla tecnologia, ma anche un divario culturale: una diversa alfabetizzazione tecnologica da parte delle famiglie degli studenti crea delle ingiuste disparità, con più disponibilità di tempo e più facile accesso alla fruizione dei contenuti digitali, e con un maggiore formazione.

D'altronde, sia per quanto riguarda il diritto all'istruzione che il diritto all'accesso a Internet, in questo momento storico fortemente connessi tra loro, è

³⁸ V. A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e stato di diritto: un ossimoro costituzionale?*, in *Consulta online*, 2020, 2, pp. 285-286.

³⁹ Cfr. G. LANEVE, *I tanti significati del luogo scuola: uno sguardo costituzionale*, in G. LANEVE (a cura di), *La scuola nella pandemia*, cit.

⁴⁰ Più approfonditamente in G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola: qualche riflessione sulla formazione degli insegnanti*, in *federalismi*, 2014, 13, specificamente a pp. 9-12.

⁴¹ Cfr. L. GIANNANDREA, *La scuola e l'emergenza Covid-19*, in G. LANEVE (a cura di), *La scuola nella pandemia*, cit., p. 67.

³⁷ V. G. DE MINICO, *Il favor constitutionis e il minore*, cit., p. 165.

incontestabile il riferimento alla macrocategoria dei diritti sociali. Ne consegue che lo Stato (cioè in qualche modo tutti quanti noi a seconda del proprio ruolo) deve proporre quel *quid* che soddisfi le rivendicazioni dell'individuo (alunni, insegnanti e genitori)⁴².

Dunque, si rende necessario implementare la *digital citizenship education* come ulteriore elemento della classica educazione civica⁴³ per fornire alle nuove generazioni gli strumenti per non incorrere nei più comuni pericoli della Rete (e in particolare dei *social*), per tutelare al meglio la propria privacy, rendendosi cioè conto che alcuni contenuti è bene che rimangano privati e per un uso più consapevole della tecnologia.

Anche i genitori meritano di essere educati in tal senso, in quanto sono i primi a dover comprendere, interpretare e soddisfare in modo completo e coerente il miglior interesse per il minore, a dimostrazione del fatto che i soggetti coinvolti sono diversi e nessuno di noi può tirarsi indietro.

Siamo dinanzi a un cambiamento globale della società e «il diritto che nasce dalla crisi può dunque essere un poderoso strumento di ripensamento della organizzazione sociale: dentro una crisi sta in realtà sempre una sfida, la chiusura di un vecchio ordine e l'apertura alla creazione del nuovo»⁴⁴.

MISCELLANEA

⁴² Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964, p. 808.

⁴³ Giova ricordare che la legge 92 del 20 agosto 2019, rubricata «Introduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica» (pubbl. in G.U. n. 195 del 21.8.2019), include nell'educazione alla cittadinanza digitale (*ex art. 5*) la capacità di strutturare la propria identità digitale, comprendendo le dinamiche dei mezzi e delle forme di comunicazione digitali, oltre che di scegliere le forme maggiormente appropriate per ogni contesto, al fine di essere rispettosi degli altri e di tutelare sé stessi dai rischi e soprattutto di «essere consapevoli di come le tecnologie digitali possono influire sul benessere psicofisico e sull'inclusione sociale, con particolare attenzione ai comportamenti riconducibili al bullismo e al cyberbullismo» (art. 5 lett. g).

⁴⁴ V. il contributo di Fulvia Abbondante in S. PRISCO – F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del Coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 1, del 13 marzo 2020, p. 11, disponibile all'indirizzo https://www.federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=112&focus=covid

Le modalità del sindacato sul *quantum* della sanzione penale e gli “inconvenienti” in sede di giurisprudenza costituzionale: brevi spunti di riflessione

di ANDREA BONOMI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sindacato sul *quantum* della sanzione penale *sub specie* di irragionevolezza della previsione di un medesimo trattamento sanzionatorio per condotte diverse. – 3. Il sindacato sul *quantum* della sanzione penale *sub specie* di irragionevolezza della previsione di un diverso trattamento sanzionatorio per condotte identiche, ovvero di ragionevolezza di tipo estrinseco. – 4. Il sindacato sul *quantum* della sanzione penale *sub specie* di ragionevolezza di tipo intrinseco. – 5. Conclusioni.

1. Una corrente di pensiero, che ha radici lontane nel tempo¹ ma che ha trovato anche recentemente tenaci sostenitori², ritiene che le scelte operate nella materia penale costituiscano un “ambito materiale” in cui la discrezionalità del legislatore, se non totale, è comunque molto ampia: più in particolare, l’opzione non solo sul *se* ma anche e soprattutto sul *quanto* punire presenterebbe una natura squisitamente politica al punto tale che «chiamata a misurarne la legittimità, il giudice costituzionale appare impotente: gira in tondo, a vuoto, come un pesce rosso nella sua boccia di vetro»³.

Il corollario di questa tesi è il seguente.

Il Giudice delle leggi, posto di fronte alla questione di costituzionalità relativa al *quantum* di una sanzione penale ritenuto affetto da un vizio di natura

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Cfr., ad es., l’Autore citato nella successiva nota 12.

² Cfr. in modo particolare gli Autori citati nelle successive note 8, 9 e 11.

³ L’espressione è tratta da A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 789, secondo il quale “la natura squisitamente politica delle scelte penali... è lo spigolo acuto contro il quale – inevitabilmente – finisce per urtare il giudice costituzionale. Tutto ciò vale, *a fortiori*, per il delta punitivo che accompagna la fattispecie di reato” (p. 787).

sostanziale⁴, dovrebbe astenersi dal giudizio e dichiarare l'inaammissibilità della questione ai sensi dell'art. 28 l. n. 87/1953, disposizione considerata lo «spartiacque»⁵ che separa le questioni di legittimità da quelle di merito⁶; oppure lo stesso Giudice delle leggi dovrebbe, al massimo, entrare, sì, nel merito della questione, ma pronunciare una decisione di infondatezza in quanto tale equivalente all'«inaammissibilità... assoluta»⁷.

Si sostiene così come stabilire una misura di sanzione costituisca un'operazione di tipo discrezionale riservata alle scelte politiche del legislatore criticabile e sindacabile con sanzioni di tipo politico e in modo particolare attraverso il vaglio degli elettori alla successiva consultazione elettorale: se ne trae la conclusione che la Corte costituzionale, se volesse accingersi a questo compito, assumerebbe di fatto una funzione legislativa analoga a quella del Parlamento⁸.

Più specificamente, si osserva come si possa difficilmente negare che, se si acconsentisse all'ingresso anche nell'area del diritto penale di un sindacato sulla ragionevolezza, si produrrebbe quale effetto derivato un affidamento di scelte di politica criminale ai giudici costituzionali piuttosto che al legislatore⁹.

⁴ È ovvio che di fronte ad un vizio di carattere meramente formale – attinente, per esempio, ad un «difetto procedurale» di formazione della legge penale – la Corte non potrebbe mai opporre l'argomento secondo cui la scelta relativa al *quantum* della sanzione penale sottoposta al suo vaglio sfugge al sindacato dei giudici costituzionali in quanto trae origine da una valutazione di carattere prettamente politico.

⁵ Così A. PIZZORUSSO, *sub art. 134*, in *Comm. della Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 102.

⁶ In questo senso l'art. 28 l. n. 87/1953 viene giudicato non «una ripetizione inutile e tecnicamente oscura dell'art. 134 Cost.» (così, invece, L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1045, alla cui valutazione avrebbe poi aderito F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 906), bensì uno strumento non scorretto di cui la Corte costituzionale può avvalersi per constatare che una determinata scelta del legislatore costituisce esercizio di poteri discrezionali che essa non può sindacare (in tal senso cfr. A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 817) se non addirittura un mezzo che vale ad introdurre un limite più che opportuno di *political question* nella giurisprudenza costituzionale (in tal senso cfr. E. CATELANI, *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*, Milano, 1993, 232-233).

⁷ In questi termini A. CERRI, *Inammissibilità «assoluta» ed infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1983, 1223, secondo il quale «non c'è dubbio che i concetti di inammissibilità ed infondatezza, al vertice, si ricongiungono. Quando cioè l'inammissibilità non è più legata alle particolari circostanze di una certa procedura ma è, per così dire, assoluta, essa equivale all'infondatezza».

⁸ In questi termini si esprime A. PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o «sproporzione» irrazionale?*, in *Giur. cost.*, 1997, 774, secondo il quale «ciò... certo, non corrisponde al rapporto tra i poteri dello Stato configurato nella nostra Costituzione».

⁹ In tal senso cfr. F. CURI, *L'attività «paralegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1995, 1096.

Tale affidamento sarebbe da evitare per scongiurare il rischio, paventato da una parte della dottrina, che la Corte diventasse, «più che un Giudice delle leggi, una sorta di «terza camera»»¹⁰ o, per dirla in altro modo, che ci si avviasse verso «un vero e proprio Stato giurisdizionale della Consulta (concettualmente antagonista allo stato di diritto) nell'ambito del quale verrebbe enfatizzato il ruolo di quest'ultima fino a giungere ad una sorta di ordinamento penale neppure semplicemente costituzionale ma addirittura della Corte Costituzionale e, dunque, dei suoi stessi componenti»¹¹.

Questa tesi, secondo la quale in fondo l'art. 3 Cost. *sub specie* di controllo della ragionevolezza «non ha niente da dire quanto alla misura delle pene»¹², è stata in sede di giurisprudenza costituzionale in un primo momento in buona sostanza accolta: questo è avvenuto con un'eccezione che però risultava del tutto marginale¹³.

Ancora nella sentenza n. 109 del 1968 si trova infatti scritto che «la valutazione della congruenza fra reato e pena appartiene alla politica legislativa, e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, all'infuori dell'eventualità... che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione»: l'espressione linguistica «sperequazione... non... sorretta da ogni, benché minima, giustificazione» dimostra come l'eccezione a cui si alludeva poco sopra fosse appunto del tutto marginale.

In un secondo momento, invece, la Corte costituzionale ha fatto propria una diversa tesi sostenuta da autorevole dottrina¹⁴.

¹⁰ L'espressione è tratta da R. BARTOLI, *Dalle «rime obbligate» alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2575.

¹¹ In questi termini si esprime A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *L'Ind. pen.*, 2003, 898, secondo il quale si tratterebbe di «un «diritto penale dei giudici costituzionali»... di incerta collocazione nell'ambito della ripartizione e della funzione dei poteri istituzionali, in quanto, di per sé, fisiologicamente orientato a svuotare e ad esautorare il Parlamento del suo stesso primato legislativo in materia penale».

¹² In questo senso l'autorevole voce di C. ESPOSITO, *Le pene fisse ed i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 662.

¹³ Si tratta dell'ipotesi – che appena poco oltre nel testo si significherà – in cui in sede di opzione sulla sanzione penale si verifichi una sperequazione tale da assumere dimensioni non sorrette da una benché minima giustificazione: l'ipotesi, come detto sopra nel testo, è del tutto marginale tant'è vero che qualche autore ha osservato che essa in pratica comporta la possibilità per la Corte di intervenire quasi soltanto in riferimento a quelle sanzioni penali connesse a fattispecie relative alle condotte poste in essere da alcuni cittadini individuati sulla base del sesso, della razza, della lingua, della religione, delle opinioni politiche o delle condizioni personali o sociali: in tal senso cfr. A.R. LATAGLIATA, *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte «diverse» sotto un unico titolo di responsabilità*, in *Giur. mer.*, 1971, Parte seconda, 96.

¹⁴ Per questa tesi cfr. soprattutto A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 207.

Questa teoria ritiene che in linea di diritto non esistano ostacoli al compimento del controllo della ragionevolezza nei confronti delle norme che fissano la misura delle pene secondo gli stessi criteri che sono adottati nel controllo della ragionevolezza operato rispetto alle norme di tutti gli altri settori dell'ordinamento giuridico: d'altro canto ci sarebbe veramente da meravigliarsi se dopo aver ampliato l'«ambito» della riserva di legge in materia penale mediante l'ammissione, ad esempio, delle norme penali in bianco e delle norme a fattispecie ampia la Corte «volesse poi rifarsi alla esclusività della competenza del legislatore nella materia penale per dedurre una speciale limitazione del proprio potere di controllare la ragionevolezza delle norme da esso fissate»¹⁵.

Questo non significa disconoscere il contenuto e la portata dell'art. 25, comma 2 Cost. dalla cui lettura si inferisce che le scelte sulla misura della pena sono affidate alla discrezionalità politica del legislatore.

Anzi, è proprio da tale disposizione costituzionale che si evince come il legislatore, posto che la scelta in ordine al *quantum* della sanzione penale è compito attribuito alla sua discrezionalità, non possa delegare tale compito al giudice.

Ciò avverrebbe in due diverse ipotesi: o qualora fossero previsti reati a pena massima indeterminata perché in assenza di qualsiasi limite legislativo la determinazione dell'ammontare della pena per le ipotesi più gravi riconducibili a quei tipi di reati verrebbe lasciata all'arbitrio del giudice¹⁶; oppure qualora fossero previsti reati connotati da una forbice edittale eccessivamente ampia, ovvero caratterizzati da una distanza macroscopica fra minimo edittale e massimo edittale, perché in tal caso al giudice verrebbe conferito un «potere sovrano»¹⁷.

Tuttavia non v'è dubbio che il compito di fissare la misura della sanzione penale è, sì, attribuito alla discrezionalità del legislatore dall'art. 25, comma 2 Cost., ma detta discrezionalità non può essere ritenuta assoluta poiché deve misurarsi

con il principio di proporzionalità della pena che non può che essere tratto *in primis* — anche se non solo¹⁸ — dall'art. 3 Cost. ed in modo particolare sotto il profilo del rispetto del criterio della ragionevolezza.

È opportuno precisare che è stato delineato in modo chiaro nei termini di proporzione fra disvalore del fatto e quantità di sanzione da parte dei pensatori illuministi, a partire innanzitutto da Cesare Beccaria,¹⁹ il problema dell'individuazione di criteri di adeguatezza nella determinazione della sanzione penale rispetto alla gravità del reato: tale problema può essere impostato sotto il profilo dell'ottemperanza del criterio della ragionevolezza sostanzialmente in tre modi.

Come si tenterà di dimostrare, ognuna di queste tre modalità di impostazione del controllo della Corte sembra però presentare diversi «inconvenienti» che fanno agevolmente comprendere quanto sia sì possibile ed anzi necessario, ma al contempo molto difficile il sindacato operato dalla Corte costituzionale sul *quantum* della pena: questo al contrario di quanto sostenuto dalla corrente di pensiero su cui ci si è in precedenza soffermati.

2. Sotto un primo profilo il principio di eguaglianza può essere chiamato in gioco *sub specie* di irragionevolezza della previsione di un medesimo trattamento sanzionatorio per condotte diverse.

In altri termini, la sanzione penale prevista nel caso in cui sia posta in essere una condotta connotata da un certo disvalore è sproporzionata perché è

¹⁸ Un'altra disposizione a cui agganciare il principio di proporzionalità della sanzione penale è senz'altro quella di cui all'art. 27, comma 3 Cost. nella parte in cui prevede il principio della funzione rieducativa della pena: tale principio obbliga infatti il legislatore a formulare la disposizione penale nel rispetto della proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra perché, qualora la proporzione fra sanzione e offesa difettesse manifestamente essendo la sanzione di entità spropositata se rapportata alla carica di offensività della condotta incriminata, ne discenderebbe una compromissione *ab origine* del processo rieducativo; insomma, il reo percepirebbe di subire una condanna profondamente ingiusta in quanto del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espresso. In tema cfr. S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 156, secondo il quale, "se il principio della funzione rieducativa della pena non avesse alcun «tipo di incidenza» sul *quantum* della pena, allora lo stesso sarebbe ridotto solo ad un criterio di politica criminale".

¹⁹ Secondo il Beccaria «vi deve essere una proporzione tra i delitti e le pene»: così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, nell'ediz. a cura di F. Venturi, Torino, 1973, 19; in riferimento alla relazione fra il pensiero illuminista e il rapporto di proporzionalità fra l'entità della pena e la gravità del reato cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 9 ss. e più di recente A. MERLO, *Osservazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1429 nota 10, il quale sottolinea come l'opinione di Gaetano Filangieri fosse del tutto opposta a quella del Beccaria in tema di proporzione.

¹⁵ Così A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, cit., 203, secondo il quale «sarebbe veramente il colmo» se ciò avvenisse.

¹⁶ Per maggiori ragguagli su questi reati caratterizzati da pene determinate nel minimo, ma indeterminate nel massimo e sui motivi per i quali essi sono riscontrabili raramente nella pratica cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2019, 86; E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 1, 14; volendo, A. BONOMI, *Il rispetto del principio di proporzionalità della pena: il ruolo del legislatore, la funzione del giudice comune e il margine di intervento della Corte costituzionale (Osservazioni problematiche prendendo spunto dalle sentenze n. 284 del 2019 e n. 136 del 2020)*, in *Osservatorio AIC*, 6 aprile 2021, 202.

¹⁷ Si pensi soltanto all'art. 122 cod. pen. mil. pace che sanzionava la violata consegna da parte di militare preposto di guardia a cosa determinata con la reclusione militare da due a ventiquattro anni e che proprio a causa dell'eccessiva divaricazione della cornice edittale è stato non a caso dichiarato costituzionalmente illegittimo nella sentenza n. 299 del 1992: in tema cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 230-231 (ai quali si deve la citazione di cui sopra nel testo).

contemplata la stessa sanzione penale per un'altra condotta connotata da un disvalore molto più elevato: si consideri, ad esempio, una disposizione incriminatrice che equiparasse *quoad poenam* l'omicidio volontario, il tentato omicidio, l'omicidio preterintenzionale e le lesioni gravissime o gravi.

Quando il principio di eguaglianza è chiamato in causa sotto questo primo profilo sembra nascere un "inconveniente" di enorme portata.

L'ipotesi è quella in cui una sanzione è relativa ad una condotta che presenta un certo disvalore in quanto un'altra condotta, che è connotata, rispetto alla prima, da un disvalore ben più grave, è punita con la medesima sanzione: in questa ipotesi la Corte potrebbe soltanto in modo del tutto "creativo" sostituire la sanzione censurata con un'altra sanzione.

In altre parole, nell'ipotesi dell'uguale trattamento sanzionatorio di fattispecie criminose diverse può essere certamente riscontrata una chiara irragionevolezza/incoerenza dell'ordinamento; tuttavia la Corte è impossibilitata ad intervenire perché essa non potrebbe che mitigare il trattamento sanzionatorio previsto per la fattispecie meno grave.

Così facendo, però, il Giudice delle leggi non sarebbe in alcun modo guidato da un punto di riferimento normativo nella ridefinizione del compasso editale di tale fattispecie: di conseguenza, il suo intervento diventerebbe assolutamente discrezionale e "creativo".

Ed infatti nella quasi totalità dei casi di questo genere la Corte costituzionale ha dichiarato la questione sottoposta al suo vaglio inammissibile sulla base dell'argomentazione secondo cui ad essa non è consentito "in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge... senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore"²⁰.

Inoltre il Giudice delle leggi nella sentenza n. 81 del 2014 ha chiarito molto bene l'impraticabilità della soluzione, pure molto spesso invocata nelle ordinanze di rimessione, che consiste nell'individuare nelle norme generali sull'entità minima dei diversi tipi di pena, ovvero negli artt. 23 e 24 cod. pen., il parametro cui agganciare l'intervento di riequilibrio.

Questo per la semplice ragione che l'allineamento ai minimi previsti dalle appena ricordate disposizioni codicistiche è esso stesso una scelta non "a rime obbligate" e dunque "creativa": l'assunzione, infatti, come parametro di riferimento di quei minimi condurrebbe alla conclusione assolutamente inaccettabile della possibile previsione di una pena minima irrisoria anche per una fattispecie di non

lieve gravità, e questo soltanto sulla base dell'irragionevolezza di un trattamento eguale rispetto ad un'altra fattispecie più grave²¹.

L'unico modo di uscire da questo *impasse* sarebbe quello di annullare *sic et simpliciter* la sanzione censurata senza provvedere a sostituirla con altra sanzione.

In quest'ultima ipotesi possono prefigurarsi diversi scenari.

Può innanzitutto verificarsi che l'ablazione della sanzione censurata senza che essa sia sostituita dalla Corte con altra sanzione determini *ex se* la riespansione di altra fattispecie di reato e dunque di altra sanzione.

È emblematico sotto questo profilo il caso della sentenza n. 26 del 1979.

In tale occasione l'ablazione della disposizione incriminatrice, ovvero del suo segmento che equiparava dal punto di vista sanzionatorio condotte meno gravi ad altre più gravi e rimaste indenni dall'intervento ablatorio, ha fatto riespandere fattispecie comuni di risulta in attesa di un possibile intervento di riordino legislativo: è stato infatti eliminato dalla disposizione incriminatrice del codice penale militare di pace censurata il riferimento all'omicidio tentato, all'omicidio preterintenzionale e alle lesioni in danno del superiore. L'effetto risultante è stato quello di far rimanere in vita la pena dell'ergastolo ivi prevista per il solo delitto di omicidio volontario e quello di una correlativa riespansione dell'applicabilità delle norme del codice penale comune per le fattispecie espunte dalla disposizione.

È stata dunque dichiarata l'incostituzionalità di alcune ipotesi di violenza contro il superiore previste dal codice penale militare di pace il cui ambito applicativo, però, è stato semplicemente occupato dalle corrispondenti norme del codice penale comune in materia di tentato omicidio, di omicidio preterintenzionale e di lesioni personali: di conseguenza, il venir meno della disposizione ha determinato la mera automatica riespansione di altra disposizione coesistente dotata comunque di idoneo apparato sanzionatorio: ne consegue ancora che la pronuncia di incostituzionalità non ha provocato alcun significativo vuoto di tutela²².

²¹ In dottrina sostiene la posizione della Consulta N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, (Riv. trim.), 2015, n. 2, 66-67.

²² Un altro caso abbastanza simile ancorché non identico è quello consistente nell'eliminazione *tout court* del minimo editale sperimentata nella sent. n. 341 del 1994 in materia di reato di oltraggio per effetto della quale è risultata applicabile la *lex generalis* di cui all'art. 23 cod. pen. che fissa la durata minima della reclusione in mancanza di diversa statuizione in 15 giorni: come osserva F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 287-288, si tratta di *automatico adattamento* della disciplina in conseguenza del venir meno della parte di disposizione dichiarata illegittima benché — osserva l'A. — si tratti di operazione attuata senza traumi nel caso di una norma incriminatrice a bassa offensività come l'oltraggio, ma di certo non praticabile in maniera generalizzata anche perché nell'ordinamento italiano la pur necessaria discrezionalità del giudice nella determinazione della pena nel caso concreto deve anch'essa essere contenuta entro una cornice legislativa non esageratamente ampia pena la violazione del principio di legalità della pena.

²⁰ Così la sent. n. 81 del 2014.

Qualora si verifici questo scenario, i problemi possono dirsi superati²³: infatti non si crea un vuoto di tutela a seguito dell'annullamento della sanzione.

Può però verificarsi anche uno scenario completamente diverso, ovvero che l'ablazione della sanzione censurata senza che la Corte provveda a sostituirla con altra sanzione faccia rimanere in vita un precetto sfornito di sanzione e dunque una *lex imperfecta*.

Si ricordi a questo proposito la sentenza n. 218 del 1974 in cui la Corte, nel dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione penale in ragione della sua cornice edittale, ha operato, in effetti, la rimozione pura e semplice della disposizione sottoposta a scrutinio e ha lasciato al legislatore il compito di rimodulare la sanzione in accordo con i principi costituzionali: in quell'occasione infatti è stata censurata l'omologazione, nel medesimo trattamento sanzionatorio, di violazioni di gravità palesemente diversa in tema di obbligo di assicurazione per l'esercizio dell'attività venatoria.

In quest'ultima ipotesi la decisione di accoglimento "secco" implica la conseguenza di creare, rispetto alla situazione preesistente, una vera e propria lacuna²⁴.

Non v'è dubbio che la lontana sentenza n. 218 del 1974 fosse relativa ad incriminazioni in materia venatoria di importanza pratica del tutto marginale²⁵ e la cui

²³ In realtà, in relazione alla sent. n. 26 del 1979 i problemi non furono del tutto superati. Infatti, se la Corte, dopo aver annullato l'art. 186, comma 1 cod. pen. mil. pace nella parte riguardante il tentato omicidio del superiore, non poté – se non in modo palesemente "creativo" – trarre dal sistema la sanzione penale da sostituire a quella censurata ed allora uscì dal "vicolo cieco" attraverso l'argomentazione, esplicitata in motivazione, secondo la quale fino all'intervento del legislatore trova applicazione, in sostituzione di quella annullata, la sanzione prevista dalla legge penale comune, ovvero dal codice penale, questa argomentazione espressa nella parte motivazione della sentenza è stata ritenuta dai giudici comuni nulla di più se non che un suggerimento nient'affatto vincolante: secondo un certo orientamento assunto in modo particolare dalla Corte di Cassazione, tale decisione avrebbe fatto rimanere "in vita" un precetto mancante di sanzione con il pratico effetto di determinare l'illegittimità totale della disposizione incriminatrice; secondo un altro indirizzo adottato nella giurisprudenza soprattutto di merito, invece, il precetto, pur se privo dell'indicazione della pena, sarebbe dovuto però essere ritenuto ugualmente punibile sulla base di altro titolo delittuoso tratto dal codice penale (su questo caos giurisprudenziale foriero di grande confusione cfr. M. D'AMICO, *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 262-263 e *ivi* note 19, 20, 21 e 22).

²⁴ Una «lacuna del diritto» la definisce R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, 14. Sulla differenza fra anomalie, intese quali mancate regolamentazioni *ab origine* di interi settori normativi, e lacune, intese quali assenze di disciplina di singoli istituti sopravvenute per un qualsiasi motivo (dall'abrogazione della norma regolatrice alla sua dichiarazione di illegittimità costituzionale etc.), e sulla ulteriore suddivisione fra lacune originarie, lacune sopravvenute e anomalie sopravvenute cfr. R. G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 16 gennaio 2019, partic. 142 ss.

²⁵ In tal senso cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 77.

scomparsa dall'ordinamento dunque «non provocava evidentemente alcuna inquietudine alla Corte»²⁶, la quale, insomma, non ha avvertito come problematico il travolgimento dell'intera disposizione incriminatrice per effetto dell'irragionevolezza della sanzione comminata.

Ma potrebbe la Corte applicare questa "tecnica" anche in riferimento ad altre fattispecie di reato e soprattutto a quelle di importanza pratica nient'affatto marginale in considerazione del fatto che l'effetto di tale "tecnica" consiste nella creazione di un vuoto di tutela?

A giudicare dalla giurisprudenza costituzionale sembrerebbe di dover rispondere negativamente a questa domanda.

Il Giudice delle leggi infatti non ha fatto pressoché più ricorso alla "tecnica" adottata nella sentenza n. 218 del 1974 in successive sentenze: se è vero infatti che in tempi recentissimi la "tecnica" in questione è stata nuovamente utilizzata, è anche vero che ciò è avvenuto solo in riferimento ad una sanzione non penale bensì amministrativa e oltretutto a condizioni del tutto particolari²⁷.

3. Sotto un secondo profilo il principio di eguaglianza può essere chiamato in gioco *sub specie* di irragionevolezza della previsione di un diverso trattamento sanzionatorio per condotte del tutto identiche, ovvero nel sindacato sulla ragionevolezza in forma cosiddetta estrinseca: la sanzione penale prevista nel caso in cui sia posta in essere una condotta connotata da un certo disvalore è sproporzionata perché è contemplata una sanzione penale meno grave per un'altra condotta connotata dal medesimo disvalore.

È stata questa per lungo tempo la modalità con cui è stato impostato il sindacato sul *quantum* della sanzione penale.

Lo schema utilizzato dalla Corte è quello classico di tipo ternario o triadico.

Esso consiste nel confronto fra la disciplina prevista dalla legge sottoposta al giudizio di costituzionalità e quella, differente, prevista da un'altra disposizione legislativa che funge da *tertium comparationis* sulla base della ritenuta "equivalenza" fra le due disposizioni²⁸: a questo proposito la Corte ha sempre richiesto

²⁶ Così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 280.

²⁷ Il riferimento è alla sent. n. 185 del 2021 per maggiori ragguagli sulla quale cfr., volendo, A. BONOMI, *Sanzioni amministrative "di seconda generazione", principio di proporzionalità, diritti fondamentali*, in *www.federalismi.it*, 9 febbraio 2022, 1-31, partic. 20 ss.

²⁸ Per osservazioni specifiche su questo profilo nel campo penalistico cfr., *inter alios*, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 219 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, partic. 139 ss. e 356 ss.; V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES

“necessariamente l’omogeneità delle ipotesi poste in comparazione”²⁹ in ragione di considerazioni che attraversano molti elementi fra cui l’interesse protetto, la condotta tipica, l’elemento soggettivo, l’oggetto materiale, il grado dell’offesa.

Nell’ottica di questa impostazione del sindacato sul *quantum* della pena un ruolo centrale assume il *tertium comparationis* perché è evidente che il giudizio di proporzione diventa un giudizio non assoluto, bensì relativo: si reputa così indispensabile assodare se quel dato rapporto reato/pena sia proporzionato non in sé e per sé, ma alla stregua di un altro rapporto reato/pena.

Non solo, ma v’è di più: questa stessa impostazione racchiude in sé il conseguente corollario.

La questione di costituzionalità sollevata dal giudice *a quo* in riferimento alla presunta irragionevolezza della misura della pena non deve essere aperta a possibilità di intervento normativo molteplici o plurivoco, bensì deve presentare quale esito dell’eliminazione del profilo di irragionevolezza una soluzione – secondo la notissima definizione dovuta a Vezio Crisafulli³⁰ – a rime costituzionalmente obbligate.

La Corte ha rispettato queste condizioni, ha addotto come motivazione che si trattava comunque di modificazioni favorevoli al reo e ha emesso così decisioni manipolative di tipo sostitutivo indicando nei dispositivi il trattamento sanzionatorio che subentrava a quello della fattispecie incriminatrice sottoposta al suo vaglio e che essa ha tratto dal trattamento sanzionatorio del *tertium*³¹.

Questa impostazione apparentemente sembrerebbe presentare il merito di ridurre di molto quell’elevata componente di discrezionalità tipica del controllo di ragionevolezza privo del riferimento al *tertium comparationis*: come si dirà meglio in seguito, qualora infatti fosse assente una fattispecie omogenea al cospetto della quale comparare quella impugnata sotto il profilo della irragionevolezza della misura della sanzione penale, la discrezionalità della Consulta sembrerebbe assurgere a livelli assai elevati.

In realtà, a meglio vedere, l’impostazione basata sulla ragionevolezza di tipo estrinseco potrebbe presentare vari “inconvenienti”.

In primo luogo, fra le due fattispecie di reato messe a confronto difficilmente potrà essere ravvisata un’omogeneità perfetta: infatti in molte decisioni la Corte

ha affermato o ha negato in modo sostanzialmente apodittico quelle analogie strutturali invocate dai giudici *a quibus* al fine di lamentare un’ingiustificata diseguaglianza di trattamento sanzionatorio³².

In secondo luogo questa impostazione conferisce un peso preponderante alla scelta della norma di comparazione: in altri termini, l’ammissibilità, prima ancora dell’esito, del giudizio viene a dipendere dalla scelta più o meno felice del *tertium comparationis* e dunque in definitiva dall’abilità del giudice *a quo* nel saper individuare il termine di paragone più adatto a far risaltare i “difetti” della norma impugnata³³.

In terzo luogo poi la stessa individuazione del *tertium* presuppone sempre un’operazione valutativa della fattispecie di reato impugnata dal momento che solo alla stregua di un determinato parametro valutativo gli elementi differenziali propri di quella fattispecie possono apparire tali da imporre ad esempio un diverso trattamento rispetto al *tertium comparationis*³⁴.

Infine impostare il sindacato in ordine al *quantum* della pena sulla previa individuazione di un *tertium* omogeneo significa conferire carattere “endo-normativo” se non addirittura “endo-ordinamentale” al giudizio e sancire così l’impossibilità di fuoriuscire dalla logica sanzionatoria che è alla base della “dosimetria” legislativa di un determinato ordinamento: ciò «può diventare particolarmente indesiderabile quando si tratta di sistemi sanzionatori molto risalenti nel tempo o ispirati a ideologie di repressivismo autoritario o addirittura di terrorismo sanzionatorio»³⁵.

In conclusione, la comparazione fra il *tertium* e la disposizione impugnata in sé significa poco o nulla nel senso che il ruolo decisivo è assunto, in realtà, dal criterio che sta alla base della comparazione, ovvero dal bene giuridico o dallo scopo di tutela sotteso alle fattispecie, che consente di cogliere le somiglianze e le differenze nella comparazione.

Il limite di un sindacato sulla misura della pena impostato nell’accezione minimale del principio di eguaglianza inteso quale divieto di discriminazioni

³² In tema cfr. le osservazioni di N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale*, cit., 63-64.

³³ In tal senso cfr. anche F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 378.

³⁴ Osserva F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., che il *tertium* riveste un ruolo “soprattutto di semplificazione del giudizio di ragionevolezza” (p. 378) non configurandosi affatto «come un requisito logico intrinseco del giudizio di ragionevolezza né in fondo come un elemento di maggiore garanzia» (p. 378), ragion per cui i timori di una maggiore indeterminazione insita in un sindacato privo del riferimento al *tertium* sono senz’altro «più apparenti che reali» (p. 376).

³⁵ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375.

- V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, spec. 361.

²⁹ Così la sent. n. 35 del 2018.

³⁰ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *La Corte costituzionale*, Padova, 1984, 497.

³¹ Cfr. S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 12 ottobre 2017, 3-4.

irragionevoli è presto detto: esso non si propone di vagliare la compatibilità delle scelte del legislatore alla luce di principi che trascendano il sistema, ma si esplica tutto all'interno dei principi desumibili dal sistema stesso al fine di garantirne una coerente declinazione; si tratta, insomma, di un sindacato in quanto tale incapace di fornire alcun criterio per valutare le scelte sanzionatorie complessive di un dato sistema e dunque i suoi generali livelli sanzionatori.

Non basta, ma v'è di più.

Dopotutto, a un esame attento, «è soltanto apparente»³⁶ la stessa neutralità di «valori» che costituisce la ragione del successo della proporzionalità basata sul principio di eguaglianza nella sua accezione minimale quale criterio per il *judicial review* delle scelte legislative in materia penale: in effetti, nella determinazione della gravità relativa dei reati che vengono messi a confronto, la Corte costituzionale deve necessariamente formulare giudizi sul disvalore delle fattispecie incriminate che di norma sono già stati posti alla base delle scelte sanzionatorie del legislatore, giudizi in genere tutt'altro che autoevidenti.

A questo proposito potrebbe risultare più che mai attuale l'ammonimento di quell'autorevole commentatore che metteva in guardia dal pericolo rappresentato dal fatto che, per quanto le rime possano essere «obbligatorie» e benché dunque «quanto al contenuto e al *quomodo* le rime debb[a]no baciarsi per predestinazione», senza dubbio «resta l'*an*». È qui che si concentra il maggior potenziale di scelta, specialmente quando la Corte si confronta con opzioni politiche attuali³⁷: in altri termini, la teoria delle rime obbligate «dice semplicemente che la norma creata dalla Corte deve essere in linea con l'ordinamento; ma il modo d'essere in linea è vario e, tra questa varietà, c'è possibilità di scelta»³⁸.

4. Esiste infine una terza modalità di controllo sul *quantum* della sanzione penale *sub specie* di ragionevolezza: si allude al sindacato di ragionevolezza cosiddetto di tipo intrinseco che si è imposto nei tempi recenti in sede di giurisprudenza costituzionale.

Si tratta di un sindacato che guarda non già al rapporto fra le diverse sanzioni previste per diversi reati, ma che si basa su una valutazione del tutto sganciata

dall'*tertium comparationis* in chiave comparativa: si tratta, insomma, di un sindacato che si incentra sul rapporto diretto fra il singolo reato e la pena per esso prevista soppesando le «sofferenze» provocate dalla pena al condannato e l'entità del danno o del pericolo provocato dal reato stesso agli interessi tutelati dall'incriminazione.

A dir la verità, il *tertium* non scompare completamente nel controllo di ragionevolezza di tipo intrinseco, ma viene recuperato in un secondo momento sia pure non nel ruolo ricoperto nel sindacato in forma estrinseca, bensì assumendo la funzione di «*terminus ad quem*»³⁹: il *tertium comparationis* risulta necessario «non... per appurare il vizio di incostituzionalità, ma per porvi rimedio»⁴⁰ e dunque il recupero del *tertium* avviene all'esclusivo fine di individuare il trattamento sanzionatorio sostitutivo.

Se questo sindacato comincia ad affiorare *in nuce* già in alcune sentenze degli anni novanta del secolo scorso⁴¹, esso, come si è già anticipato poco addietro, rappresenta la strada su cui la Corte si è incamminata soprattutto negli ultimi anni⁴²: emblematiche sono a questo riguardo le sentenze n. 68 del 2012, n. 236 del 2016, n. 222 del 2018 e n. 40 del 2019.

Si tratta di sentenze manipolative di tipo sostitutivo che dichiarano l'incostituzionalità della disposizione impugnata nella parte in cui prevede una determinata pena, principale o accessoria, anziché un'altra; attraverso queste sentenze la Corte supera la teoria delle rime obbligate per adottare invece la teoria delle rime possibili, che rappresentano soluzioni costituzionalmente adeguate benché non

³⁹ L'espressione è tratta da V. MANES, *Proporzioni senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2110.

⁴⁰ Così A. NISCO, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, (Riv. trim.), 22 dicembre 2017, 169.

⁴¹ Il riferimento è alla sent. n. 343 del 1993 sulla cosiddetta spirale di condanne, conseguente al rifiuto per motivi di coscienza di prestare il servizio civile alternativo al servizio militare obbligatorio, in cui è censurata la palese sproporzione – a prescindere dal confronto con la pena prevista per altri reati – della prospettiva di una sequela potenzialmente infinita di condanne a pene detentive, nonché alla sent. n. 341 del 1994 che dichiara illegittima la pena minima di sei mesi di reclusione allora prevista per l'oltraggio a pubblico ufficiale anche se in quella pronuncia ancora un ruolo importante giocava il confronto con la contigua fattispecie di ingiuria, punibile con un minimo di quindici giorni di reclusione e quindi di dodici volte inferiore. In tema cfr., volendo, A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi*, in *Consulta on line (Numeri Speciali – Liber Amicorum per Pasquale Costanzo)*, 1° aprile 2020, 28 ss.

⁴² Questo perlomeno in parte nel senso che alcune delle decisioni che poco oltre sopra nel testo si ricorderanno risultano ispirate ad «una logica per così dire “mista”» (così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 269 nota 129, il quale riferisce specificamente questa osservazione alla sent. n. 40 del 2019 anche se poi lo stesso A. – a p. 268 – sembra estendere queste considerazioni pure alla sent. n. 222 del 2018 e alla sent. n. 68 del 2012), ovvero a cavallo fra ragionevolezza estrinseca e ragionevolezza intrinseca.

³⁶ Così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 264.

³⁷ Tutte e tre le ultime citazioni sono tratte da L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 323.

³⁸ In questi termini si esprimono G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 236.

obbligate: la Corte così individua il sostituto sanzionatorio senza trarlo da una soluzione necessaria in base alla Costituzione⁴³.

Questa modalità di sindacato determina senz'altro un'espansione delle competenze della Corte costituzionale.

In primo luogo nello svolgimento del sindacato sulla misura delle sanzioni penali la Corte si appropria di ben più ampi spazi, che rendono possibili manipolazioni anche piuttosto ardite impensabili in una logica di deferenza – limitata solo dalla irragionevolezza perlopiù manifesta – nei confronti delle scelte in questo “ambito” effettuate dal legislatore⁴⁴.

In secondo luogo l'orientamento in esame si pone il condivisibile obiettivo di allargare il più possibile lo spazio del sindacato della Corte in modo tale da non lasciare zone franche soprattutto in relazione alla protezione dei diritti fondamentali: la Corte non risponde più con la formula *durissima lex, sed lex*, formula più volte implicitamente adottata in assenza di una calzante fattispecie comparativa e pur a fronte di macroscopiche esagerazioni punitive⁴⁵.

Anche questo sindacato pare presentare però alcuni “inconvenienti”.

Innanzitutto si potrebbe osservare che qualsiasi sindacato sulla proporzionalità non può che avere carattere relativo e non già assoluto in quanto comporta giocoforza un confronto con le pene previste per altri reati: in altri termini, nonostante gli “inconvenienti” – poco sopra rilevati – in cui incappa il sindacato in forma estrinseca, tale sindacato, basato, in quanto tale, sul *tertium comparationis*, rimarrebbe una modalità imprescindibile di controllo del *quantum* della pena in sede di giurisprudenza costituzionale.

A questo proposito in dottrina è stato rilevato che la Corte può individuare tutti i fattori che hanno concorso all'opzione legislativa sulla misura della pena e può anche ridisegnare il loro intreccio e la ponderazione della loro diversa e reciproca incidenza senza però poter mai razionalizzare in termini rigidi la loro “traduzione normativa”, l'espressione numerica da essi assunta nel *quantum* di pena comminato⁴⁶.

⁴³ Su questo specifico profilo cfr., *inter alios*, A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 794-795, il quale osserva che la Corte “si emancipa dallo schema trilaterale del giudizio di ragionevolezza” e che «il giudice *a quo* non deve più prefigurare il verso della rima obbligata che consenta alla Corte di manipolare la misura editale della norma censurata»; A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 26 novembre 2019, 165, il quale parla di “rivoluzionario superamento delle «rime obbligate»”.

⁴⁴ Osserva D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”*, in *Giur. cost.*, 2019, 705, che «la discrezionalità del giudice costituzionale sembra... aumentare».

⁴⁵ Così V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2106-2107.

⁴⁶ Osserva T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 446 che «da un punto

La tesi sostenuta è dunque la seguente.

Anche quando il giudizio sulla misura della pena viene circoscritto al pur centrale parametro della proporzione tra disvalore del bene e del fatto, da un lato, ed entità della risposta sanzionatoria, dall'altro, l'eterogeneità delle grandezze a confronto rende pressoché indispensabile cercare di razionalizzare il giudizio attraverso l'uso del *tertium comparationis*: questo perché «sostanzialmente impossibile è instaurare una corrispondenza biunivocamente necessaria (“giusta”, “esatta”, “costituzionalmente obbligata”) tra un certo fatto criminoso ed una determinata misura di pena...»⁴⁷.

In altri termini, si sostiene quanto segue: se sia una pena manifestamente sproporzionata – per riprendere il caso sotteso alla sentenza n. 236 del 2016 – cinque anni di reclusione per il delitto di alterazione di stato oppure ancora – per rifarsi alla questione oggetto della sentenza n. 40 del 2019 – otto anni di reclusione per un fatto di traffico di stupefacenti appena più grave di quello qualificabile come di “lieve entità” è questione valutabile solo se si assume come riferimento un confronto fra queste specifiche risposte sanzionatorie e le altre pene previste per altri reati nell'ordinamento⁴⁸.

A giudizio di alcuni commentatori questo “inconveniente” è meno robusto di quanto sembri in apparenza dal momento che «il carattere eccessivo della pena può essere apprezzato a prescindere da qualsiasi confronto, allorché si imponga all'osservatore come qualcosa di *evidente*»⁴⁹.

Gli assertori di questa tesi sostengono che è ben possibile cogliere l'*intrinseca* ed *evidente* ingiustizia, ad esempio, di una pena di cinque anni di reclusione – e delle sofferenze connesse a una simile pena – a carico di un uomo che abbia

di vista assoluto, nessuno può stabilire quale sia, o possa essere, la pena “proporzionata” del furto, e della rapina, e della violenza carnale, e così via dicendo».

⁴⁷ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 374, secondo il quale “per poter fare a meno del *tertium comparationis* si deve ipotizzare il ricorso a parametri costituzionali diversi dalla ragionevolezza e dalla proporzione ma parimenti capaci di incidere sulla legittimità della previsione editale. Vengono alla mente quello ovviamente della legalità, peraltro sotto il circoscritto profilo di una eventuale indeterminazione conseguente ad una forbice editale eccessivamente divaricata; e quello della funzione rieducativa della pena, ma ovviamente nella remota ipotesi in cui esso venga assunto in un suo contenuto *immediatamente* incidente sulla misura della pena, senza cioè passare per il tramite della proporzione, che è invece la via ad oggi solitamente percorsa” (p. 375).

⁴⁸ In tal senso cfr. le osservazioni di G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. 355 ss., di M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1174 ss. e di R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza sul sindacato di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, partic. 1556.

⁴⁹ Così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 272-273.

dichiarato falsamente all'ufficiale di stato civile di essere il padre di un bimbo della cui sorte intendeva farsi carico per amore della donna che lo aveva partorito: ciò è riscontrabile anche indipendentemente dal confronto con le pene previste per altri specifici reati nonché a prescindere dalla severità complessiva del sistema sanzionatorio. Infatti in qualsiasi ordinamento la privazione della libertà per un tempo così lungo in conseguenza di un reato certo non di somma gravità come quello esemplificato non potrebbe essere ragionevolmente difesa come una risposta "giusta" – o almeno "non ingiusta" – a quel reato e apparirebbe piuttosto come un *abuso* dello stesso *ius puniendi*⁵⁰.

Un altro "inconveniente" nel quale sembra incorrere il giudizio sganciato dal *tertium comparationis* e quindi di tipo assoluto sulla sanzione penale si incentra sull'osservazione per cui pare difficile negare il tasso di discrezionalità e dunque di "politicità" fatalmente implicato in ogni valutazione di ragionevolezza intrinseca della pena⁵¹.

In alcuni casi – come nella sentenza n. 236 del 2016 – si verifica la "presa a prestito" da una diversa norma incriminatrice di un diverso quadro edittale inteso quale "grandezza predata" o "soluzione già esistente nel sistema" idonea ad essere provvisoriamente sostituita a quella dichiarata incostituzionale; in altri casi – come nelle sentenze n. 222 del 2018 e n. 40 del 2019 – si verifica addirittura la sostituzione di un quadro edittale autonomamente stabilito dalla Corte e più liberamente "ispirato" ad una soluzione sanzionatoria già esistente ma adattato alla norma incriminatrice colpita dalla dichiarazione di incostituzionalità: tanto premesso, è evidente che si è in presenza di operazioni compiute nel segno della manipolatività, che modificano di fatto le scelte sanzionatorie effettuate dal legislatore.

È vero, d'altra parte, che al di fuori dell'ambito del diritto penale la Corte costituzionale italiana non si è mai limitata ad incarnare il ruolo di legislatore negativo di kelseniano sapore ma, anzi, fin dall'inizio della sua attività, e oggi più che mai, ha elaborato modelli decisionali ispirati spesso e volentieri ad un tasso non irrilevante di manipolatività delle scelte effettuate dal legislatore.

È anche ed altrettanto vero però che nel diritto penale sono più forti che non negli altri rami dell'ordinamento giuridico le ragioni di tutela della stretta legalità imposte dal *nullum crimen, nulla poena sine lege* di cui all'art. 25, comma 2 Cost.:

⁵⁰ In tal senso cfr. F. VIGANÒ, *op. loc. ult. cit.*

⁵¹ Cfr. le osservazioni di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, partic. 264, 265 e 268, nonché di R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul "quantum" di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 982.

principio, quest'ultimo, che riserva al solo legislatore democraticamente eletto le scelte fondamentali in materia di reati e di pene e che pertanto non tollera fonti alternative del diritto rispetto alla legge e tutt'al più agli atti aventi forza di legge, fra le quali fonti devono essere ricomprese le sentenze della Corte costituzionale⁵².

Anche questo secondo "inconveniente" viene ridimensionato da alcuni studiosi i quali avallano, sì, come manipolativo, ma comunque quale ammissibile il controllo di ragionevolezza di tipo intrinseco.

Si sostiene così che tale controllo si concreti in un'operazione fatta in via di *analogia iuris*.

Più in particolare, si osserva come l'uso del procedimento analogico da parte della Corte costituzionale in materia di diritto penale non debba scandalizzare: si tratta qui infatti di avallare non un uso – evidentemente inammissibile⁵³ – del procedimento analogico da parte del giudice comune a danno dell'imputato, bensì di descrivere la struttura logica del procedimento utilizzato dalla Corte costituzionale per ricavare dal sistema una regola più favorevole per l'imputato. Questa regola è utilizzabile per colmare una lacuna creata dalla propria stessa pronuncia che ha eliminato una regola incostituzionale e più sfavorevole e questo in attesa che il legislatore possa e voglia intervenire dettando una regola in ipotesi più congrua, ma finalmente conforme alla Costituzione⁵⁴.

In un terzo ed ultimo "inconveniente" sembra incorrere il controllo di ragionevolezza di tipo intrinseco.

Questo "inconveniente" si fonda sulla premessa secondo la quale uno degli aspetti più rilevanti del sindacato di ragionevolezza di tipo intrinseco è quello relativo al mutato rapporto fra la Corte costituzionale e i giudici comuni.

⁵² In tal senso si esprime autorevole dottrina penalistica: cfr. G. LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, 48; M. GAMBARDILLA, *Rapina impropria e proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Giur. cost.*, 2020, 2064; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*. Parte Generale, Milano, 2021, 66.

⁵³ ... come emerge dalla recente sent. n. 98 del 2021 Corte cost. su cui cfr., volendo, A. BONOMI, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum*, in *Consulta on line*, 10 novembre 2021, 881-917.

⁵⁴ Così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 292-293, nota 204, secondo il quale il che "pare ben lungi dal poter essere considerato eversivo dei principi personalistici, posto che il divieto di analogia non vieta l'analogia a favore del reo, quanto meno secondo la dottrina assolutamente maggioritaria... L'alternativa sarebbe, d'altronde, quella che la Corte ha ritenuto di non poter più ulteriormente tollerare: e cioè quella di lasciare le cose come stanno, permettendo ai giudici comuni – nell'adempimento del loro dovere di applicare la legge – di continuare ad applicare pene incostituzionali".

A questo proposito è stato sostenuto che la decisione con cui la Corte individua il sostituto sanzionatorio quale soluzione adeguata nega «al giudice di merito la libertà di interpretazione e applicazione del diritto derivante dall'accoglimento manipolativo, imponendogli come dovrebbe esercitare la funzione giurisdizionale»⁵⁵.

Questa osservazione critica non erra in effetti nella sua impostazione di fondo.

Che per tutti i giudici – ivi compreso il giudice *a quo* – la scelta sanzionatoria della Corte sia da intendersi come vincolante pare infatti fuori discussione⁵⁶: a dimostrazione dell'assunto è sufficiente leggere la sentenza n. 222 del 2018 nella parte in cui riconosce, sì, nel giudice remittente l'«unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l'incidente di costituzionalità», ma subito dopo chiarisce che questo deve avvenire alla luce del quadro normativo «come risultante dalla presente pronuncia».

D'altra parte le conseguenze derivanti dal riconoscere efficacia non vincolante al sostituto sanzionatorio sarebbero negative per i giudici della cognizione perché, come è stato ben osservato, «una babele giurisprudenziale... sarebbe certamente insopportabile in un ambito, la misura della pena, che più di tutti non ammette alcuna anarchia quanto alla sua cornice edittale»⁵⁷.

Anzi, da questo punto di vista non potrebbe arrivare in soccorso nemmeno l'eventuale formazione di un diritto vivente giurisprudenziale su di un determinato delta punitivo perché tale diritto vivente si porrebbe in contrasto con il principio di determinatezza delle fattispecie criminose il quale impone che tanto il precetto quanto anche l'opzione sanzionatoria siano chiari e precisi fin già a partire dalla promulgazione della legge incriminatrice⁵⁸.

E tuttavia a quanto da ultimo osservato si potrebbe formulare la seguente seria obiezione che pare in grado di ridimensionare perlomeno in parte il terzo «inconveniente» a cui in precedenza si è fatto riferimento: nel caso del recente orientamento della giurisprudenza costituzionale le decisioni sostitutive sono emesse sulla base di rime non costituzionalmente obbligate, bensì soltanto adeguate benché interne al sistema.

Questa obiezione coglie un aspetto centrale della problematica in oggetto: se infatti esiste il vincolo che discende nei confronti dei giudici dalla parte ricostruttiva di una decisione sostitutiva adottata a rime costituzionalmente obbligate, ben diverso è il vincolo che discende nei confronti degli stessi giudici dalla parte ricostruttiva di una decisione sostitutiva emessa a rime costituzionalmente solo adeguate.

È noto ai più che la Corte costituzionale ha pressoché sempre opposto lo scudo della formula processuale dell'inammissibilità nelle ipotesi in cui il giudice *a quo* ha chiesto alla Corte stessa di «rivedere la sua posizione» rivalutando nel complesso e facendo così venire meno il «risultato sostanziale» raggiunto in merito ad una precedente decisione manipolativa sul *quantum* della pena: la scelta di rispondere con la decisione di inammissibilità è stata giustificata dalla Consulta tramite l'argomentazione dell'attivazione arbitraria, da parte dell'autorità remittente, del meccanismo del giudizio incidentale al solo fine di sindacare nel merito il contenuto di una decisione costituzionale di accoglimento.

Nel caso però del sindacato in forma intrinseca la questione si presenta assai diversamente.

Di fronte ad una decisione manipolativa/sostitutiva adottata senza l'ancoraggio alle rime obbligate è evidente che i giudici comuni potranno «contestare» il suo profilo ricostruttivo relativo al *quantum* della pena chiedendo alla Corte di «tornare sui propri passi»: questo senza che le ordinanze di rimessione rivolte a questo scopo possano essere considerate «suicide» o «kamikaze»⁵⁹: in questo caso la stessa Corte non potrebbe replicare che il fine di quella «contestazione» è quello di una sostanziale elusione della forza cogente della precedente pronuncia di incostituzionalità e della violazione del principio della non impugnabilità delle decisioni della Consulta.

Più in particolare, non potrebbero essere opposti gli artt. 136 e 137 della Costituzione nei confronti di tale «contestazione».

Da un lato il sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte è una soluzione adeguata e non costituzionalmente imposta: vediamo per quale motivo questa precisazione sia fondamentale.

Sappiamo che è contestata da una schiera nutrita di commentatori già la stessa tesi secondo cui, qualora la componente additiva o sostitutiva sia effettivamente

⁵⁵ Così A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 264.

⁵⁶ Ed infatti in dottrina l'assunto è condiviso pressoché da tutti coloro che hanno analizzato questo recente orientamento della Consulta: cfr., *inter alios*, A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 796; A. SPADARO, *I limiti «strutturali» del sindacato di costituzionalità*, cit., 165.

⁵⁷ Così A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 807.

⁵⁸ Su questo specifico profilo cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più «inesistente»*, in *Rivista AIC*, 15 ottobre 2020, 140 ss.

⁵⁹ Entrambe le espressioni di cui sopra nel testo sono dovute a P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'impugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi «tamquam non essent» anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2017, n. 2, 5 e 9.

vincolata costituendo essa l'unica soluzione costituzionalmente legittima percorribile, il *decisum* deve essere ritenuto interamente coperto dal giudicato costituzionale⁶⁰: allora *a fortiori* sarà ancora molto più difficile sostenere quella stessa tesi nell'ipotesi in cui la parte ricostruttiva della manipolativa sia non la soluzione costituzionalmente obbligata, ma solo quella adeguata⁶¹.

Dall'altro lato non pare che possa neanche essere opposto il principio di impugnabilità delle sentenze della Corte.

Sembra infatti preferibile convenire con la tesi che ritiene che il principio sopra indicato implichi l'impossibilità delle decisioni sostitutive di essere assoggettate ad un'impugnazione proponibile dinanzi ad un'autorità diversa rispetto alla Corte senza precludere categoricamente alla stessa Corte di poter riesaminare le proprie precedenti decisioni di accoglimento manipolative⁶².

In conclusione non è possibile ritenere il sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte nelle decisioni recenti sul *quantum* della pena in esame in questa sede come una sorta di norma costituzionalmente blindata e dunque "irreversibile" quasi che fosse una specie di "supernorma" insuscettibile di modifica da parte della stessa Corte: questo fa sì che si possa a ragion veduta parlare, in riferimento al sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte, di «instabile stabilità»⁶³.

⁶⁰ La tesi in esame, benché sostenuta comunemente in dottrina (cfr., *inter alios*, G. CONSO, *La giustizia costituzionale nel 1990*, in *Giur. cost.*, 1991, 926; L.A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 82-83; F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002, 192), ha ricevuto notevoli obiezioni: cfr. G. BASCHERINI, *La diversa valenza della «manifesta infondatezza» e della «manifesta inammissibilità» di una questione che investe gli esiti normativi di una precedente sentenza additiva di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1997, 680; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto – Art. 1-9*, Bologna-Roma, 2011, partic. 547 e 549, il quale osserva che il giudicato «comprende soltanto la dichiarazione d'incostituzionalità della disposizione o norma (compresa eventualmente la «creazione» di quest'ultima in via interpretativa) ma non anche la «creazione» della norma destinata a subentrarle»; C. CUPELLI, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Osservatorio AIC*, 9 gennaio 2018, 9-10.

⁶¹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 809, secondo il quale, essendo il sostituto sanzionatorio una soluzione solo adeguata e non costituzionalmente imposta, «arduo è invocare a sua difesa lo scudo dell'art. 136 Cost.».

⁶² Osserva L. P. COMOGLIO, *Inoppugnabilità e limiti di correzione delle pronunce costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1991, 1530, che ad opinare diversamente si dovrebbe allora rinnegare – con un'operazione che secondo l'A. "parrebbe *contra rationem*" – il potere della Corte, in veste di giudice *a quo*, di sottoporre a riesame interpretativo talune delle sue pronunzie al fine di ricostruirne o di chiarirne la *ratio* decisoria nell'ambito di un esame rettificativo dinanzi a sé; cfr. in tema altresì M. D'AMICO, *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, cit., 272, la quale osserva che il principio posto dall'art. 137 Cost. sarebbe eluso solo qualora i giudici tentassero "con i propri strumenti interpretativi di disapplicare o di applicare diversamente le «statuizioni» della Corte" perché tale disposizione «non vieta affatto alla Corte di modificare le proprie decisioni, bensì, più semplicemente, impedisce che altre autorità possano sindacarle o disapplicarle».

⁶³ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 809.

Se a quanto appena osservato si aggiunge poi che il dispositivo delle decisioni della Corte costituzionale per comune riconoscimento deve essere letto ed interpretato, in base al noto canone della totalità, alla luce della motivazione, si trae facilmente la seguente conclusione.

La parte ricostruttiva che indica il sostituto sanzionatorio può prestarsi ad un'interpretazione più libera e più creativa di quella che le "normali" leggi generalmente consentono: in altri termini, ancorché si dichiari soggetto alla parte integrativa della manipolativa così come se si trattasse di una legge, il giudice in procinto di applicare questa parte integrativa e in particolare il sostituto sanzionatorio disporrà, al contrario di quanto avverrebbe nel caso in cui dovesse fare applicazione di una disposizione legislativa, della possibilità di servirsi anche della motivazione della sentenza costituzionale «per raggiungere nel caso concreto il risultato interpretativo che egli ritiene migliore, e cioè meglio rispondente alle esigenze di giustizia sostanziale»⁶⁴.

5. Al termine di tutto questo argomentare una conclusione sembra imporsi all'attenzione.

Qualunque modalità con cui si espliciti il sindacato sul *quantum* della sanzione penale sembra esporsi a diversi – più o meno robusti ed insuperabili – "inconvenienti" che dimostrano in modo inequivocabile come tale sindacato sia molto difficile da svolgere ad opera del Giudice delle leggi.

Non è privo di utilità chiedersi quale possa essere la causa di questi "inconvenienti" e quindi di questa intrinseca difficoltà.

Essa è forse intimamente connessa alla natura davvero "eccezionale" – e quindi all'irriducibile diversità – del diritto penale rispetto ad ogni altra branca dell'ordinamento giuridico: tale "eccezionalità" è da ricollegarsi all'impatto particolarmente grave delle sanzioni penali sui diritti fondamentali della persona ed implica che il potere punitivo statale sia assoggettato ad uno statuto costituzionale speciale.

⁶⁴ Così E. LAMARQUE, *La translatio iudicii e gli effetti delle sentenze manipolative della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2007, 973-974, la quale osserva che addirittura in alcuni casi il canone della totalità porta i giudici comuni a sostenere letture riduttive o ampliative dello stesso dispositivo manipolativo cui pure il giudice afferma di sentirsi integralmente vincolato: "si tratta però" – precisa l'Autrice – "di operazioni interpretative sicuramente scorrette. Infatti, ridurre la portata della lettera del dispositivo della sentenza costituzionale tramite il ricorso alla sua motivazione assomiglia molto ad una forma di velata resistenza o ribellione, vietata al giudice comune, dall'efficacia generale delle sentenze costituzionali di accoglimento sancita dall'art. 136 Cost." (p. 974).

Più in particolare, i limiti costituzionali allo *ius puniendi* includono, anzitutto, un principio di legalità più stringente di quello che vige in altri rami dell'ordinamento.

Non è un caso dopotutto se la dottrina di tutto il mondo tende, più o meno esplicitamente, ad assumere questo carattere “eccezionale” e a sottolineare, come avviene all'inizio di ogni manuale e corso universitario, il carattere di *ius terribile* della disciplina penalistica, carattere che giustificerebbe la sottoposizione della stessa a principi propri e diversi da quelli vigenti nel resto dell'ordinamento, principi di natura sia politica sia costituzionale⁶⁵.

D'altro canto la materia penale non solo è “potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni, le cui scelte potranno risulterne talvolta... semplicemente inibite”⁶⁶, bensì è anche caratterizzata da “profili di durezza che sono sconosciuti ad altri campi” al punto tale che nelle fattispecie che la interessano “si pongono i problemi più delicati in termini di protezione dei diritti e di concreto funzionamento delle garanzie”⁶⁷.

Se questa può essere la causa delle difficoltà incontrate dalle tre modalità di controllo del *quantum* della sanzione penale in sede di giurisprudenza costituzionale, ad avviso di chi scrive la soluzione che meno si espone ad “inconvenienti” è la seguente.

Una volta che avesse assodato l'incostituzionalità del *quantum* sottoposto al suo vaglio, la Corte dovrebbe evitare di “trapiantare” sanzioni da un reato ad un altro perché questa operazione darebbe il via all'impiego di ragionamenti sostanzialmente analogici.

In ogni caso, anche a voler negare il carattere analogico dell'operazione compiuta dalla Consulta, si rischierebbe di creare a valle nuove disarmonie nel sistema.

La Corte dovrebbe invece limitarsi all'ablazione pura e semplice del *quantum* valutato come incostituzionale e – qualora non si verificasse, secondo quanto già

detto in precedenza, la riespansione di altra fattispecie di reato e dunque di altra sanzione – lasciare così al legislatore la decisione inerente il *se*, il *quando* e il *come* ripristinare il *quantum* di sanzione penale venuto meno.

In altre parole, il Giudice delle leggi dovrebbe annullare senz'altro le sanzioni penali che proteggono beni giuridici rilevanti in modo costituzionalmente illegittimo: ne potrebbe derivare senz'altro una lacuna nel sistema di tutela penale, la quale però non dovrebbe considerarsi troppo grave in considerazione del fatto che questo sistema è, come noto, strutturalmente frammentario e che dunque gli interventi nel diritto penale non sono mai, *ex definitione*, costituzionalmente necessari, ma sono solo possibili negli stretti limiti in cui il legislatore li adotti⁶⁸.

⁶⁵ Cfr., da ultima, in tal senso A. RISTOPH, *An Intellectual History of Mass Incarceration*, in *Boston College Law Review*, (Vol. 60) 2019, 1949 ss., partic. 1953 ss.; in senso critico su questa tesi cfr., però, F. VIGANÒ, *Sul carattere “eccezionale” del diritto penale*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Vol. 1, Roma, 2021, 443 ss., partic. 449 ss.

⁶⁶ Così la sent. n. 185 del 2004 della Corte costituzionale secondo la quale “la ‘materia penale’, intesa come l'insieme dei beni e valori ai quali viene accordata la tutela più intensa, non è di regola determinabile a priori; essa nasce nel momento in cui il legislatore nazionale pone norme incriminatrici e ciò può avvenire in qualsiasi settore...”.

⁶⁷ Entrambe le citazioni sono tratte da M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 25 ottobre 2018, 10.

⁶⁸ Sembra esprimersi diversamente, invece, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di «ri-accentramento» della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 140, secondo la quale “è chiaro il costo che questo approccio comporta: il legislatore potrebbe non intervenire tempestivamente; comunque, si getterebbe un alone di incertezza su tutte le condotte aggressive tenute medio *tempore*, e anche su quelle anteriori, in termini che non è possibile qui approfondire appieno. Insomma, gli effetti dell'annullamento puro e semplice possono essere penetranti e non interamente controllabili, malgrado il rilievo dei beni giuridici in gioco”.

L'esercizio delle prerogative parlamentari nella prima fase della maternità: l'allattamento in un parere della Giunta per il Regolamento della Camera*

di YLENIA MARIA CITINO

SOMMARIO: 1. Il sostegno all'allattamento nel diritto. – 2. Cura del neonato e attività parlamentare: nuovi spazi per l'autodeterminazione della donna. – 3. Il parere della Giunta per il Regolamento del 15 ottobre 2020. – 4. Riflessioni impressioniste sugli indirizzi della giurisprudenza costituzionale. – 5. L'allattamento: un diritto oltre gli stereotipi.

1. *Il sostegno all'allattamento nel diritto*

Il tema delle donne nella Costituente, offre lo spunto per affrontare un problema di grande attualità che investe l'interrogativo su come conciliare la vita familiare con l'attività politica e, nello specifico, con l'attività da parlamentare. In particolare, in questo contributo ci si soffermerà sul tema dell'esercizio delle prerogative da parlamentare nella delicatissima fase del primo anno di vita del neonato. In tale materia, infatti, è stato emesso non molto tempo fa un parere della giunta per il regolamento della Camera che regola, finalmente, una situazione che fino a ieri costituiva un vuoto di tutela per la parlamentare che intendesse allattare il proprio figlio in maniera continuativa. Prima di esaminare i pregi e i difetti di questo parere, si tenterà di ricomporre brevemente il contesto giuridico esistente, accompagnando la rassegna con la rievocazione di alcuni precedenti di donne che hanno "sfidato" le burocrazie parlamentari portando in aula e allattando pubblicamente i propri neonati. A complemento del parere, poi, si farà qualche dovuto cenno alla giurisprudenza costituzionale per tentare di riflettere sull'eventuale radicabilità di un diritto della donna ad accudire il proprio figlio mediante l'allattamento a livello costituzionale.

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

* Questo scritto riprende e rielabora i contenuti della relazione presentata in occasione del convegno del Centro Studi Femininum Ingenium "*Le madri della patria. Le donne della Costituente (1946-2021)*", svoltosi online il 1° ottobre 2021 ed è destinato al volume "*Le madri della Patria: il contributo delle donne all'Assemblea Costituente. Convegno di Studi in occasione del 75° anniversario dell'Assemblea Costituente*", in corso di pubblicazione.

In ambito internazionale, esistono vari principi applicabili alla materia del nutrimento materno della prole in maniera naturale. Se si guarda all'allattamento, ad esempio, come un diritto umano legato all'alimentazione, si può trovare un fondamento nell'art. 25.1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, che statuisce che «ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione». Di esso, rileva ai presenti fini anche il secondo comma che, in maniera indiretta, riconosce che «la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza». Queste affermazioni di principio sono state ulteriormente ribadite nell'art. 11 della Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, entrata in vigore nel 1976¹.

Inoltre, sempre sul versante del diritto internazionale è possibile rintracciare dei riferimenti espressi all'allattamento. È il caso, ad esempio, della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 (CRC), la quale riconosce all'art. 24 il «diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile»². Tale diritto postula che si debba (lett. e) «fare in modo che tutti i gruppi della società, in particolare i genitori e i minori, ricevano informazioni [...] sui vantaggi dell'allattamento al seno, [...] e beneficino di un aiuto che consenta loro di mettere in pratica tali informazioni». Con questa espressione si dà corpo e riconoscimento giuridico in un patto a valenza globale ad un aspetto essenziale della condizione femminile, che è la maternità nelle sue fasi della gestazione e del puerperio.

Anche a livello europeo è possibile individuare meccanismi di protezione: non solo nella generica formulazione dei principi di parità di genere e di eguale trattamento nelle condizioni di lavoro, iscritti negli artt. 3, par. 3, co. 2 del Trattato sull'Unione europea (TUE) e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche in disposizioni di rango primario più puntuali e in raccomandazioni di alto valore politico formulate in seno al Consiglio d'Europa³. L'allattamento sembra, dunque, possedere tutte le caratteristiche per

¹ Tale articolo reca che «Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia, che includa un'alimentazione, un vestiario, ed un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita. Gli Stati parti prenderanno misure idonee ad assicurare l'attuazione di questo diritto, e riconoscono a tal fine l'importanza essenziale della cooperazione internazionale, basata sul libero consenso».

² Convenzione approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991 n. 176.

³ Cfr. la Direttiva del Consiglio 92/85/CEE, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici

essere incluso, a pieno titolo, nel novero dei diritti umani della donna e del neonato⁴.

Sul versante del diritto interno, inoltre, la libertà di allattare discende da e coinvolge valori e principi costituzionali fondamentali, quali il diritto alla vita e alla salute, il principio di eguaglianza e di parità di genere, il diritto al lavoro, i valori legati alla protezione della sfera familiare ma anche, e soprattutto, il dovere dello Stato di tutela del minore. Tale libertà, se riconnessa alla sfera delle funzioni di parlamentare, è inoltre intimamente funzionale agli stessi principi di indipendenza delle Camere e di democraticità.

Tutto sommato, il diritto alla vita e alla salute sembra, a chi scrive, una cornice costituzionale basilare e indiscutibile entro cui collocare l'allattamento, posta la funzione – si potrebbe dire – arcaica di tale compito materno come mezzo di sopravvivenza della specie. Ma riferimenti ancora più precisi possono essere individuati negli artt. 31 e 37, co. 1, della Costituzione. Il primo, infatti, si rivolge programmaticamente alla tutela della famiglia e, nel secondo comma, protegge la maternità – così come l'infanzia e la gioventù –, “favorendo gli istituti necessari a tale scopo”. Il secondo, come è noto, prende in considerazione la particolare situazione della donna lavoratrice le cui condizioni di lavoro “devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”.

Tali disposizioni, che leggono la dimensione femminile a tutto tondo, nella sua “specialità” e secondo un criterio di “adeguatezza”, si muovono dalla prospettiva della vita privata per giungere a quella della vita lavorativa. Esse vanno, poi, coordinate con l'art. 30 Cost., che assicura una copertura giuridica anche ai figli nati fuori dal matrimonio⁵.

gestanti, puerpere o in periodo di allattamento in GU L 348 del 28.11.1992, da ultimo modificata dal Regolamento (UE) 2019/1243 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, che adatta agli articoli 290 e 291 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea una serie di atti giuridici che prevedono il ricorso alla procedura di regolamentazione con controllo; nonché si guardi alla Direttiva 2006/54/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. A livello di Consiglio d'Europa, rilevano gli artt. 8, 20 e 27 della Carta sociale europea, riguardanti la tutela della maternità e le pari opportunità di genere, nonché la Raccomandazione n. R(85)2 del Comitato dei Ministri sulla protezione giuridica contro la discriminazione fra sessi, adottata il 5 febbraio 1985.

⁴ Cfr. O. BALL, *Breastmilk is a human right*, in *Breastfeed Review*, 3/2010, 9-19; G. KENT, *Child feeding and human rights*, in *International Breastfeeding Journal*, 2006, 1-12.

⁵ Sull'idea, però, che tali articoli ricalchino una visione della famiglia ancorata ai modelli sociali prevalenti in Europa durante le ondate di costituzionalizzazione del secondo dopoguerra, e incentrati sulla presunzione della prevalenza di nuclei familiari monoreddito e patriarcali, con

Il tutto, pertanto, implica un approccio olistico da parte dello Stato, che deve impegnarsi a predisporre azioni positive e “necessarie”, atte a garantire una piena fruizione dei diritti e a proteggere la situazione così delineata da abusi e violazioni, rendendola effettivamente oggetto di difesa. Ancora oggi, infatti, una donna che desideri allattare si trova di fronte a pressioni di vario tipo: da parte del personale medico-sanitario che, in casi sempre più frequenti, consiglia l'affiancamento del latte artificiale a quello naturale, mettendo a rischio la prosecuzione dell'allattamento materno esclusivo; della società, che stigmatizza l'allattamento in pubblico; della famiglia, che spesso si può opporre per varie ragioni; da parte dell'ambiente lavorativo, che rende arduo, se non impossibile, continuare ad allattare in maniera esclusiva; per non parlare, infine, del settore delle imprese che commercializzano latte artificiale, pubblicizzando il ricorso ai surrogati del latte materno come un'alternativa equiparabile, spesso più comoda⁶.

2. Cura del neonato e attività parlamentare: nuovi spazi per l'autodeterminazione della donna

In un simile frangente, vi è dunque il caso specifico delle donne in politica e nelle istituzioni pubbliche che, a fronte di un'incrementale (ma ancora non paritaria) partecipazione, abbisognano di nuovi spazi per la propria autodeterminazione al fine di permettere la valorizzazione non solo della natura procreativa ma anche del ruolo privilegiato di accudimento che esse hanno nelle prime fasi di vita del neonato. Un ruolo, indissolubilmente legato al “corpo della donna”⁷.

L'ingresso in Parlamento di eletti sempre più giovani rende maggiormente evidente la necessità di conciliare la vita familiare con l'esercizio del manda-

conseguente subordinazione della figura femminile, cfr. R. RUBIO-MARÍN, *I ruoli di genere all'interno della famiglia come questione costituzionale: il superamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in G.A. BENACCIO, M. GRAZIEDEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 162. Dunque, è vero che «malgrado la promessa egualitaria del costituzionalismo il cammino verso il riconoscimento di una piena cittadinanza femminile rimase vincolato a questo peculiare sistema incentrato sul diritto di famiglia nel quale, sia implicitamente assunta o esplicitamente articolata, l'idea della famiglia tradizionale (avvalorata anche dalla legislazione in materia di matrimonio e famiglia) condizionava la concezione dello status giuridico e della cittadinanza delle donne».

⁶ D'altronde, «l'idea stessa della bontà del latte materno, che pare oggi talmente ovvia, ha subito nel tempo le influenze di mode culturali, valori, convinzioni mediche divergenti». L. MOLINARI - G. SPELTINI, *L'allattamento del neonato: natura, relazioni, sentimenti*, in *Psicologia Clinica dello Sviluppo*, 1/1997, 95.

⁷ Per riprendere l'espressione di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto* (2006), Milano, Feltrinelli, 2018.

to rappresentativo. A tal fine, ad esempio, la Camera dei Comuni Britannica, nell'ottica della modernizzazione, aveva istituito nel 2008 una speciale commissione interna, la *Speaker's Conference (on Parliamentary Representation)*, presieduta - per l'appunto - dallo *Speaker*, il Presidente d'Assemblea britannico, e incaricata di fornire raccomandazioni su come annullare le disparità nei confronti delle donne, delle minoranze etniche, delle persone affette da disabilità nel Parlamento⁸. Come risulta dal rapporto, è essenziale tenere in considerazione la dualità dei compiti dei parlamentari che sono legislatori, ma anche «representative in their constituency (acting as an adviser and advocate)», compiti che richiedono «both unpredictable workloads and significant unsocial hours»⁹. Le parlamentari, inoltre, scontano il fatto di trovarsi in un ambiente caratterizzato da orari inflessibili o non convenzionali, regolati da prassi e usi di epoca risalente, e dunque pensati in una temperie storica in cui le esigenze femminili non erano prese sufficientemente in considerazione. Come risulta anche dal rapporto di Westminster, nella fase del puerperio esse incontrano difficoltà aggiuntive dovute sostanzialmente a tre fattori: 1) la rigidità delle prassi parlamentari e delle sessioni, la cui configurazione e durata impedisce di poter accudire la prole; 2) l'assenza di previsioni relative al congedo di maternità; 3) la impossibilità di un voto a distanza¹⁰.

Quanto al punto uno, da esso discende la risonanza delle poche esemplari vicende in cui una donna, membro del parlamento, ha scelto di allattare pubblicamente nel corso dell'attività politica (ad esempio, per non assentarsi in occasione di importanti votazioni nell'emiciclo)¹¹. Casi enfatizzati dalla stampa che, con toni scandalistici, li ha raffigurati sovente come un «atto di militanza» o come una «rivendicazione» dal sapore femminista¹². Al di là del tono di «sf-

⁸ House of Commons, Speaker's Conference (on Parliamentary Representation), *Final report*, London, 2010, 1-114.

⁹ *Ibidem*, 84 ss.

¹⁰ Come rilevano S. CURRERI - C. MARCHESE, *Il «voto telematico no presencial» nell'esperienza delle assemblee rappresentative spagnole: le Cortes Generales e i Parlamenti delle Comunità Autonome*, in *Federalismi.it*, 12/2020, 101, prendere in considerazione il solo problema del voto telematico «rischia di ridurre la professione del parlamentare al solo momento del voto», estraniando il parlamentare dal dibattito, cosa che non gli consentirebbe di partecipare alla discussione e di formare il proprio convincimento in base all'interazione con gli altri parlamentari. Inoltre, una presenza soltanto online può nuocere al buon svolgimento del dibattito parlamentare e alla sua spontaneità, soprattutto in momenti cruciali della vita istituzionale.

¹¹ V. *Leuodeputata danese in Parlamento con il bébé*, in *Corriere della Sera*, 27 marzo 2009.

¹² Ad esempio, v. la dichiarazione rilasciata dalla parlamentare Larissa Waters in *Australian Politician becomes first to breastfeed in Parliament*, in *bbc.com*, 10 maggio 2017: «It's frankly ridiculous, really, that feeding one's baby is international news. Women have been breastfeeding for as long as time immemorial. I had hoped to not only be able to feed my baby but to send a message to young women that they belong in the parliament». V. anche *Spain breastfeeding MP Bescansa causes stir in Parliament*, in *bbc.com*, 13 gennaio 2016.

da» che alcune attiviste hanno potuto assumere, va certo rammentato come la platealità dei gesti è favorita dalla mancanza, spesso, di spazi silenziosi, salubri e confortevoli in cui la neomamma si può dedicare all'allattamento e all'accudimento del lattante. E questo, va da sé, a prescindere dalla sua scelta di nutrirlo in maniera naturale o artificiale, visto che si sono registrati precedenti simili anche per mano di parlamentari di sesso maschile determinati nell'allattare i neonati in pubblico¹³.

Inoltre, va sottolineato come anche gli stessi movimenti femministi hanno spesso lasciato «isolate» quelle donne che assumevano con coraggio la scelta di allattare in maniera esclusiva per lungo tempo, proiettando la loro azione verso un ideale di donna «produttiva» da un punto di vista lavorativo, ma non anche «riproduttiva» da un punto di vista biologico¹⁴. Questa mancanza di supporto ha lasciato scoperto un versante fondamentale dell'essere donna, che è stato sfruttato soltanto per motivi legati alla medicalizzazione o alla commercializzazione di alternative meno «naturali».

Quanto al punto secondo, l'assenza di previsioni relative al congedo di maternità trova il suo fondamento nella considerazione che la figura del parlamentare può essere ritenuta assimilabile al più a quella di un lavoratore autonomo, piuttosto che dipendente¹⁵. Tuttavia, esistono posizioni alternative che sosten-

¹³ Cfr. *Nuova Zelanda, il Presidente del Parlamento allatta in Aula*, in *AdnKronos.com*, 23 agosto 2019.

¹⁴ Come evidenziato dallo studio di P. HALL SMITH, «Is it just so my right?» *Women repossessing breastfeeding*, in *International Breastfeeding Journal*, 3/2008, 1-6.

¹⁵ Difficile, dunque, sostenere l'applicabilità delle norme che discendono dalla legge n. 1204 del 1971, che ha innovato l'ordinamento al fine di proteggere la donna nelle fasi della gravidanza, del parto e del puerperio, su cui si rinvia a E. STENICO, *La tutela della maternità nel lavoro «atipico»*, in *Lavoro e diritto*, 3/2010, 439-453. Sulla configurabilità del parlamentare come lavoratore atipico, si fronteggiano idealmente due tesi: quella positiva, che ritiene che il Parlamento sia uno speciale datore di lavoro e che l'attività di rappresentanza politica sia qualificabile come una prestazione lavorativa. A voler accettare questa *fiction*, dovrebbe ritenersi che le parlamentari avrebbero diritto al congedo obbligatorio per maternità, con l'obbligo di sospendere la propria attività parlamentare. Un simile obbligo, però, contrasterebbe con il principio della libertà del mandato parlamentare e comporterebbe non già la sospensione di una prestazione lavorativa effettuata nei confronti di un datore di lavoro, bensì l'interruzione dell'attività di un organo rappresentativo della Nazione, con possibili conseguenze sul rapporto fra maggioranza e minoranza. Secondo la tesi opposta, invece, il deputato possiede «attribuzioni individuali di un potere costituzionale» (Corte cost., ordinanze n. 181 e n. 163 del 2018 e n. 177 del 1998; sent. n. 225 del 2001) e fra i suoi compiti si annovera quello della compartecipazione del potere legislativo, un ruolo, dunque, che va interpretato come un dovere, escludendo ogni tipo di rivendicazione assimilabile a quelle contenute nella disciplina del lavoro. I diritti-doveri nell'ambito familiare non possono né ostacolare né escludere l'esercizio del mandato parlamentare ma andrebbero, piuttosto, con questo conciliati. Cfr. J. DE MIGUEL BARCENA, *La personalidad e indelegabilidad del voto y las reformas de los reglamentos de los parlamentos autonómicos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*,

gono l'equiparabilità del parlamentare a un lavoratore atipico, il cui datore di lavoro sarebbe il Parlamento o, ancora meno verosimilmente, il partito di appartenenza¹⁶. Tali tesi non hanno, tuttavia, trovato riscontro nella realtà, poiché, volendo riprendere il citato caso britannico, le richieste di parlamentari volte ad ottenere un congedo dall'istituto competente – nella specie, la *Independent Parliamentary Standards Authority* – non hanno avuto successo¹⁷.

Sul punto terzo, pur senza aprire un capitolo a parte sul tema del voto a distanza, andrebbe quanto meno citato l'importante precedente spagnolo che, con due riforme dei regolamenti di Camera e Senato rispettivamente del 2011 e 2013, ha introdotto il *voto elettronico no presencial* in caso di gravidanza, maternità, paternità o grave malattia, un voto che, per essere autorizzato, richiede l'approvazione dell'Ufficio di Presidenza e che è consentito solo su alcune categorie di votazioni e per un periodo temporale limitato¹⁸. Di fronte alle alternative

90/2010, 157, che specifica che «no se trata de negar la posibilidad de que cualquier parlamentaria pueda disfrutar de un tiempo razonable de descanso por causa de maternidad. [...] Otra cosa son las dudas jurídicas que suscita la consideración de un descanso por maternidad en el ámbito parlamentario, como una baja laboral que pueda acarrear la suspensión de la actividad en la cámara legislativa correspondiente [...] en nuestra opinión, un cargo electo no puede considerarse como una relación laboral de los representantes con el órgano representativo de pertenencia». La tesi del parlamentare come membro individuale di un organo costituzionale, peraltro, si pone in linea con i recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana, nel senso di riconoscere la legittimazione del singolo parlamentare a sollevare un conflitto di attribuzione dinanzi alla stessa Corte. Sui tanti commenti, almeno M.C. GRISOLIA, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni. Una nuova "voce" nel sistema delle garanzie costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019, 3. Va detto, tuttavia, che alcuni parlamenti prevedono il congedo di maternità: ad esempio, l'art. 42 del regolamento del *Folketing* danese riconosce il «leave of absence» fino a un anno quando il parlamentare informa lo *Speaker* che non potrà assistere alle sedute parlamentari a causa della gravidanza, maternità o adozione. Nonostante l'assenza, il parlamentare che abbia ottenuto il *leave*, mantiene il diritto a ricevere l'indennità. Analoga previsione è riscontrabile, pure, nell'art. 5 del Parlamento portoghese.

¹⁶ Da tale ultima tesi, in discussione nel rapporto britannico già menzionato (p. 83), discenderebbe che l'eventuale previsione di un congedo di maternità potrebbe andare a carico dei partiti di appartenenza: «Each Parliamentary party should draw up a formal statement of policy on maternity, paternity and caring leave. This should set out clearly the minimum level of support which an individual requesting leave may expect from his or her party, and the steps which the individual should take to arrange a period of leave. Such statements should be agreed by party leaders, and published on party websites and in the party whip, by the end of 2010». Una spiegazione potrebbe rintracciarsi nel fatto che, data la personalità del voto, i *whips*, che agiscono in qualità di «party business managers» manterrebbero il diritto di insistere nel richiedere la presenza della parlamentare madre in congedo in occasione di certe votazioni particolarmente sensibili.

¹⁷ R. GUERRINA, *Refusal to give MP maternity cover is a missed opportunity for more equitable parliament*, in *The Conversation*, 9 luglio 2021.

¹⁸ Cfr. S. CURRERI – C. MARCHESE, *Il "voto telematico no presencial"*, cit., 76 ss. L'art. 82.2 del Regolamento della Camera dei Deputati spagnola prevede che «En los casos de embarazo,

che si erano presentate al cospetto degli estensori della riforma – la sostituzione temporanea del parlamentare avente un impedimento, la delega di voto o il voto a distanza – si sceglie la terza opzione, più compatibile con il principio costituzionale della personalità del voto¹⁹. Opzione, tra l'altro, che ha permesso il mantenimento della funzionalità dell'organo parlamentare durante il periodo di acme della crisi da Covid-19²⁰.

In Italia la questione viene affrontata durante la seduta della Camera dei Deputati n. 220 dell'agosto 2019, quando l'ordine del giorno Carinelli, constatata l'esistenza di una prassi che vieterebbe l'allattamento al seno dei neonati durante i lavori parlamentari, divieto oramai revocato dall'Aula del Parlamento europeo e da svariati Parlamenti nazionali, invita l'Ufficio di Presidenza e il Collegio dei Questori «a prevedere all'interno dell'Aula apposite postazioni per consentire alle deputate che ne dovessero fare richiesta di poter allattare in Aula durante lo svolgimento delle votazioni».

L'odg viene, tuttavia, modificato in corso di seduta, preferendosi rivolgere un più sfumato invito a valutare «l'opportunità di proseguire nell'attuazione di misure volte a facilitare l'accudimento dei neonati da parte dei deputati genitori durante l'esercizio delle funzioni connesse al mandato parlamentare, in particolare operando per l'individuazione di spazi idonei all'allattamento nelle immediate prossimità dell'Aula, eventualmente investendo la Giunta per il Regolamento, ove si manifestasse la necessità di interventi rientranti nelle competenze di quest'ultima, per l'individuazione di soluzioni ulteriori»²¹. Una modifica che

maternidad, paternidad o enfermedad grave en que, por impedir el desempeño de la función parlamentaria y atendidas las especiales circunstancias se considere suficientemente justificado, la Mesa de la Cámara podrá autorizar en escrito motivado que los Diputados emitan su voto por procedimiento telemático con comprobación personal, en las sesiones plenarias en aquellas votaciones que, por no ser susceptibles de fragmentación o modificación, sea previsible el modo y el momento en que se llevarán a cabo».

¹⁹ Fra i paesi che riconoscono a livello costituzionale l'opposto principio della supplenza temporanea del parlamentare, si possono citare il Portogallo (art. 153) e la Svezia (art. 10, capitolo 12). Per una comparazione, v. P. GARCÍA-ESCUDIERO MÁRQUEZ, *Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios*, in *Corts. anuario de derecho parlamentario*, 24/2010, 82 ss. Al contrario, in Francia si ammette eccezionalmente la delega di voto: l'art. 27 della Costituzione riserva a una legge organica l'enumerazione dei casi in cui è tassativamente ammissibile. Tuttavia, essendo la previsione funzionalizzata al contrasto dell'assenteismo, non si contempla fra i casi l'ipotesi del voto per delega *sub specie* di maternità. Cfr. A. RUSSO, *Il voto per delega nel parlamento francese*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 2/1987, 381-416.

²⁰ R. IBRIDO, *Alla ricerca della "giusta distanza": il formato tecnologico dei lavori parlamentari in Italia e in Spagna durante la crisi pandemica*, in *Il Filangieri*, 2020, 77-102.

²¹ XVIII Legislatura, Atti della Camera dei Deputati, Ordine del Giorno 9/Doc. VIII, n. 4/010 presentato dall'on. Carinelli nella seduta di giovedì 1° agosto 2019, n. 220.

ha, comunque, il pregio di essere rivolta a entrambi i genitori, per tenere conto altresì del ruolo paterno nelle prime fasi di vita del neonato.

Quanto agli spazi idonei, si fa presente che esiste una “stanza bimbi” in un palazzo diverso da Montecitorio e due ulteriori ambienti appositamente equipaggiati per l'allattamento in zone non adiacenti all'Aula²². Tuttavia, non è consentito ai neogenitori di votare attraverso una procedura telematica, per cui assentarsi dalla seduta per accudire il lattante può significare il mancato esercizio del diritto di voto, ponendo le (e i) parlamentari in questione in una situazione lesiva del loro libero mandato.

Un secondo ordine del giorno, presentato dall'on. Pettarin, invita a riflettere sulla possibilità di «estendere l'istituto della missione alle deputate in maternità nei momenti di allattamento coincidenti con le votazioni in Aula ed in Commissione»²³. Infine, un terzo ordine del giorno, formulato dall'on. Dadone e modificato nel corso della seduta, prevede l'opportunità di «introdurre apposite cause di giustificazione per le deputate che abbiano la necessità di allontanarsi dalle Aule parlamentari nei momenti di allattamento, assicurando apposita evidenza a tale fattispecie nei documenti riepilogativi delle assenze giustificate, eventualmente investendo la Giunta per il Regolamento ove si manifestasse la necessità di interventi rientranti nella competenza di quest'ultima»²⁴.

Il tema dell'allattamento, trattato in maniera inedita nella menzionata seduta della Camera, dà il via ad una discussione molto accesa, in cui si fronteggiano argomentazioni volte a tutelare la posizione della donna parlamentare da discriminazioni fondate sulla condizione di maternità a opposte considerazioni di non idoneità delle Aule parlamentari a ospitare un neonato nel momento dell'allattamento, così come in quello della cura e dell'igiene, operazioni che richiedono una necessaria quiete, igiene e salubrità.

Si sceglie, infine, di far prevalere l'opzione compromissoria, giustificando le madri ad uscire dall'Aula per nutrire il lattante in spazi da predisporre in prossimità dell'emiciclo.

3. Il parere della Giunta per il Regolamento del 15 ottobre 2020

In questo contesto, un significativo passo in avanti è compiuto dal parere della Giunta per il Regolamento del 15 ottobre 2020²⁵: l'atto statuisce, infatti, che le deputate le quali, nel primo anno di maternità, debbano assentarsi dai lavori della Commissione per allattare il proprio figlio possono essere sostituite da un altro collega deputato, senza per ciò stesso perdere il diritto a partecipare nuovamente alla seduta.

Si tratta di un'innovazione importante che interviene a completamento di un percorso già avviato nel 2011 con un precedente parere²⁶. In caso di assenze della donna durante il puerperio, infatti, si era sin da allora ritenuto applicabile l'istituto della missione parlamentare, che giustifica l'assenza del deputato, in quanto impegnato nell'esplicazione di compiti istituzionali. Ai sensi dell'art. 46, comma 2 del Regolamento della Camera, infatti, i deputati impegnati per incarico fuori dalle aule sono computati come “presenti” ai fini del calcolo del numero legale²⁷. Per effetto del parere del 2011, dunque, ad essi sono equiparati altresì le parlamentari in maternità. Va detto, tra l'altro, che sin dal 1996, ma solo in via di prassi, comprovate esigenze di maternità giustificavano l'assenza per il periodo corrispondente all'astensione obbligatoria da maternità, evitando il rischio di ritenute sulla diaria. Ma nessuna facilitazione era prevista per l'effettivo godimento di una piena autonomia di mandato per le parlamentari madri.

L'importanza del nuovo parere si inserisce in un contesto di profonde riflessioni di rango costituzionale, date le particolari esigenze emerse nel corso della gestione e del contenimento della pandemia da Covid-19, tutte poste sul crinale

²⁵ Giunta per il Regolamento, *Parere sulla questione della sostituzione delle deputate in Commissione, in relazione alle esigenze di allattamento del figlio nel primo anno di vita*, 15 ottobre 2020, disponibile online: <https://www.camera.it/leg18/593?conoscerecamera=384>.

²⁶ Giunta per il Regolamento, *Parere sulla disciplina regolamentare delle assenze delle deputate per maternità*, 4 ottobre 2011, disponibile online: <https://www.camera.it/leg18/593?conoscerecamera=256>, in cui si chiarisce che «Le deputate che non partecipino ai lavori parlamentari nei periodi corrispondenti a quelli per i quali la legislazione vigente prevede l'astensione obbligatoria per maternità sono equiparate, ai fini del computo nel numero legale, ai deputati in missione ai sensi del comma 2 dell'art. 46 del Regolamento. Per quanto riguarda ulteriori ipotesi di assenze collegate alla maternità, le relative deliberazioni restano affidate ai competenti organi della Camera (Ufficio di Presidenza e Collegio dei questori) ai fini della giustificazione delle assenze e senza effetti sul numero legale».

²⁷ Una prassi che, invece, come è noto, non è vigente presso l'altro ramo del Parlamento. Ai sensi dell'art. 108 del Regolamento del Senato, infatti, i parlamentari in missione o in congedo «non sono computati per fissare il numero legale». Cfr. G. CORDINI, “Numero legale” e “quorum di maggioranza” nella Costituzione e nei regolamenti parlamentari, in *Il foro padano*, 2/1978, 59-72. Resta, difatti, nella disponibilità di ciascuna Camera l'interpretazione delle modalità di deliberazione, discendenti dall'art. 64, co. 3, Cost., come riconosciuto da Corte cost., sent. n. 78 del 1984.

²² Riporta infatti, il Questore, on. D'Inca, che «oltre allo “spazio bimbi” presso Palazzo Theodoli, sono disponibili a Palazzo Montecitorio due locali per l'allattamento: il primo, collocato al secondo piano, con accesso dal livello delle tribune dell'Aula, è stato già individuato in attuazione di un ordine del giorno presentato nella XV legislatura (2006-2008); il secondo, invece, è collocato al piano basamentale, nei pressi dell'ingresso 8». Cfr. XVIII Legislatura, Camera dei Deputati, *Resoconto seduta di giovedì 1° agosto 2019*, n. 220, 9.

²³ XVIII Legislatura, Atti della Camera dei Deputati, Ordine del Giorno 9/Doc. VIII, n. 4/34 presentato dall'on. Pettarin nella seduta di giovedì 1° agosto 2019, n. 220.

²⁴ XVIII Legislatura, Atti della Camera dei Deputati, Ordine del Giorno 9/Doc. VIII, n. 4/35 presentato dall'on. Dadone nella seduta di giovedì 1° agosto 2019, n. 220.

fra il diritto alla salute dell'individuo e della collettività e il principio della salvaguardia del corretto esercizio del mandato parlamentare. Così, in particolare, si cercano di analizzare i rischi derivanti dall'inasprirsi della crisi sanitaria a carico della funzionalità degli organi parlamentari: le crescenti restrizioni alla libertà di circolazione²⁸ e le quarantene obbligatorie, risolvendosi in impedimenti all'attività parlamentare, avrebbero potuto costituire un fenomeno di proporzioni numericamente significative, bloccando l'assemblea parlamentare per via del mancato raggiungimento del numero legale o della validità delle deliberazioni. Rischio che dà il via, come è noto, a un fecondo dibattito sulla percorribilità di forme di partecipazione del parlamentare ai lavori dell'aula a distanza, ivi compresa la possibilità di votare attraverso apparecchiature tecnologiche²⁹.

Senza addentrarsi nella materia³⁰, è significativo evidenziare come la maternità della donna parlamentare sia vista, almeno in questa prima fase, come una possibile causa di impedimento, rispetto alla quale introdurre un regime specifico. Se, per varie considerazioni relative alla libertà del mandato parlamentare, il regime del voto a distanza viene scartato anche per la prima maternità, la Giunta sceglie tuttavia di approfondire la questione sul versante della possibile dilatazione del regime della missione parlamentare³¹.

Qualche mese dopo, la riflessione giunge a maturazione e la Giunta viene chiamata ad affrontare un particolare aspetto della maternità, ovvero il momento dell'allattamento, che giustifica talvolta delle assenze soltanto temporanee. Si fa presente, allora, come l'art. 19, co. 4 del Regolamento della Camera contenga un *vulnus*: esso prevede che un deputato che non può intervenire ad una seduta della propria Commissione può essere sostituito, per l'intero corso di essa, da un collega del suo stesso Gruppo. Il senso di questa norma è chiarito da una lettera del Presidente della Camera del 3 marzo 1980, che evidenzia come il principio della sostituzione integrale è volto ad assicurare il rispetto della previsione costi-

tuzionale che richiede che nelle Commissioni i gruppi operino in proporzione numerica alla loro forza complessiva.

L'integrità della sostituzione in aula, che impedisce un avvicendamento fra deputati nell'intero corso della seduta, è prefigurata, invece, con l'intento di salvaguardare il buon andamento dei lavori, che devono svolgersi in maniera seria e razionale e non essere inficiati da continue interruzioni. Una più risalente lettera del Presidente della Camera del 9 aprile 1973 precisa, infatti, che è inammissibile non solo la sostituzione del titolare nel corso della seduta, ma men che meno la sostituzione del sostituto.

Tale interpretazione restrittiva viene riconfermata da una successiva lettera del 3 maggio 1978, cui segue una lettera del 25 febbraio 1997³², intesa a puntualizzare ulteriormente i criteri per distinguere le sedute autonome da quelle che costituiscono il prolungamento di sedute già convocate. Solo le prime, si spiega, possono essere considerate aperte a nuove sostituzioni.

Tale disciplina, che, come si vede, appare estremamente consolidata in via di prassi, subisce un'importante deroga, si potrebbe dire un *revirement*, per mano del parere della giunta, che deve tener conto delle «specifiche esigenze – così dice il testo – delle deputate relative all'allattamento dei figli nel primo anno di vita».

Per la prima volta e per effetto di un atto interno interpretativo del diritto parlamentare vigente, sorge l'obbligo per gli organismi interni della Camera di riconoscere al parlamentare che, personalmente, attesti la propria condizione, il diritto, nel corso delle proprie funzioni, a sospendere la partecipazione ai lavori in Commissione per espletare l'allattamento.

I profili di novità inerenti a tale decisione, rispetto alla condizione della donna nelle istituzioni politiche, sono evidenti.

In passato, una deputata costretta ad assentarsi per esigenze di allattamento ed accudimento del proprio figlio si vedeva discriminata nell'esercizio delle proprie prerogative parlamentari e posta, implicitamente, dinanzi al bivio se proseguire l'allattamento, accettando che fosse da impedimento al mandato, ovvero assicurare una partecipazione piena ai lavori della Camera di appartenenza, pregiudicando l'esclusività dell'alimentazione di fonte materna³³.

³² Tali documenti sono integralmente disponibili nel sito: Camera.it.

³³ Non esiste, infatti, una norma che permetta l'estensione anche ai parlamentari dell'applicazione del Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151, c.d. Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53. Una proposta in tal senso era stata avanzata nella XVII Legislatura dall'on. Lombardi (M5S), assieme ad altri firmatari, con il progetto di legge C3552, relativo a "Disposizioni concernenti il trattamento pensionistico, il congedo di maternità, il congedo di paternità e il congedo parentale dei parlamentari", successivamente ritirato.

²⁸ Come disposte a partire dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19", in G.U. S.G. n. 45 del 23-02-2020.

²⁹ V. ex multis R. IBRIDO, *Sul problema della praticabilità del voto da remoto in occasione delle elezioni del Presidente della Repubblica: alcune ipotesi interpretative*, in *Diritticomparati.it*, 17 gennaio 2022; A. GRATTERI, *I lavori parlamentari in presenza e a distanza*, in *Lo Stato*, 16/2021, 75-96; R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 8/2020, 1-16.

³⁰ Sia sufficiente N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/2020, 23-32.

³¹ Cfr. Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Giunta per il Regolamento, Resoconto del 4 marzo 2020, 16.

Cosicché, coloro che davano preminenza all'interesse della prole incorrevano in ripetute assenze, che andavano a detrimento non solo della conduzione di un ruolo politicamente efficace nelle rimanenti sedute, ma anche della funzionalità del Gruppo parlamentare di appartenenza, ridotto numericamente ai fini delle votazioni e ridotto di una parte della propria rappresentatività politica, principio anch'esso di rango costituzionale³⁴.

Occorre, infine, attirare l'attenzione sul fatto che, se questo parere certamente colma un divario fra le donne lavoratrici, protette dalla legislazione a tutela della maternità, e le donne elette nelle istituzioni parlamentari, la bontà degli intenti non è però assecondata da una forte collocazione formale. Il fatto che il parere appartenga alla categoria degli *interna corporis* e che abbia un tenore esplicitamente provvisorio, emesso nelle more di future eventuali decisioni da parte dell'Ufficio di Presidenza, costituisce un debole rafforzamento della dichiarazione, frutto di volontà politica, contenuta nei precedenti ordini del giorno³⁵. È, infatti, tale ufficio, in qualità di organo di direzione politico-amministrativa e di garanzia, a doversi occupare dello *status* giuridico ed economico dei parlamentari, nel rispetto dell'autodichia.

Certamente un valore maggiore – nell'ottica di un parlamento sempre più attento alle esigenze promananti dal “corpo femminile” – avrebbe avuto, ad esempio, la predisposizione di norme con una vocazione di tutela della prima maternità e una loro collocazione a livello regolamentare, fonte più sicura rispetto al diritto delle Giunte³⁶, che in qualche modo coronerebbe la “conquista” già

avvenuta a livello amministrativo interno. Recenti misure, come si è visto, hanno consentito la messa a disposizione per i deputati genitori, senza distinzione di genere, di un'area per l'allattamento nelle immediate prossimità dell'Aula, grazie al citato ordine del giorno Carinelli.

Infine, una grande criticità del discusso parere riguarda certamente la mancata considerazione del ruolo paterno nell'accudimento del figlio appena nato. Anche un parlamentare appena diventato genitore avrebbe, infatti, diritto a conciliare l'esercizio del proprio mandato parlamentare con la condizione di paternità in piena parità rispetto alla parlamentare madre. Il parere, invece, nell'usare soltanto il genere femminile sembrerebbe escludere una tale eventualità, dovendosi desumere, al contrario, che, essendo privo di una simile copertura, il padre parlamentare intenzionato ad occuparsi della prole debba sottostare al normale regime di preclusioni all'attività in commissione o in aula, applicandosi l'istituto della sostituzione.

4. Riflessioni impressioniste sugli indirizzi della giurisprudenza costituzionale

Questa novità, in ogni caso, sembra assecondare un orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte costituzionale – di cui in questa sede non si può dar conto se non con tratti “impressionisti” – volto ad accettare modulazioni della tutela della maternità in funzione delle varie fattispecie da considerare e, al contempo, a rigettare qualsiasi disciplina normativa che si dovesse risolvere in un vuoto ingiustificato di tutela³⁷. Come sottolineato da Luciani, esiste una costante giurisprudenza della Corte che ricollega la protezione costituzionale della donna al «dato oggettivo dell'evento-maternità»³⁸.

Ad esempio, nella sentenza n. 104 del 2003, il giudice delle leggi ha messo ben in evidenza le trasformazioni nei valori alla base degli strumenti a protezione della maternità biologica. Guardando all'evoluzione storica dell'istituto dei riposi giornalieri, rileva come l'allattamento sia passato dall'essere un'«esigenza puramente fisiologica» ad un momento inerente «all'aspetto affettivo e relazionale del rapporto madre-figlio» (punto 5, diritto).

³⁷ Esiste una vasta giurisprudenza in tema di tutela della maternità e tutela delle lavoratrici madri, tra cui ad esempio, v. le sentenze n. 361 del 2000, n. 310 del 1999, n. 423 del 1995, n. 132 del 1991, in cui la Corte costituzionale pone in rilievo l'interconnessione esistente fra la finalità del sostegno economico alle lavoratrici e la tutela della salute della donna e del nascituro.

³⁸ M. LUCIANI, *La protezione della maternità davanti alla Corte. Brevi note sulla sent. n. 405 del 2001*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2001, 3921 ss.

³⁴ Cfr. M. D'AMICO, *La rappresentanza di genere nelle istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, in *Giudicedonna.it*, 2017, 1-25.

³⁵ Non sembra, tuttavia, configurabile come un atto di diritto parlamentare “sperimentale” poiché, a differenza di questo, non intende attivare alcun tipo di “sperimentazione” volta a una futura auspicabile innovazione dei regolamenti parlamentari. Il parere in questione, infatti, sembra avere un ambito (e un'ambizione) di applicazione più limitata. Sia consentito un rinvio a Y.M. CITINO, *Il diritto parlamentare “sperimentale”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2018, spec. 9. Inoltre, va rilevato come la nuova edizione del Regolamento del Senato, per effetto dell'organica riforma del 2017, abbia depennato gli asterischi che, abbinati a determinati articoli, informavano dell'esistenza di pareri integrativi della Giunta per il Regolamento. Si è provocata, dunque, una radicale *tabula rasa* che, per favorire la chiarezza delle norme regolamentari, eliminando risalenti o fuorvianti precedenti, priva però il testo di un importante livello di comprensione.

³⁶ Si pensi, ad esempio, alla disposizione introdotta dall'art. 5 della revisione del 20 dicembre 2017, a norma del quale «a decorrere dall'entrata in vigore delle presenti modificazioni al Regolamento, cessa ogni effetto prodotto dai pareri interpretativi della Giunta per il Regolamento e dalle circolari riferiti agli articoli oggetto della presente riforma», su cui N. LUPO, *Il diritto parlamentare tra regolamenti e precedenti: qualche spunto alla luce della disposizione finale della riforma “organica” del regolamento del Senato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2018, spec. 9. Inoltre, va rilevato come la nuova edizione del Regolamento del Senato, per effetto dell'organica riforma del 2017, abbia depennato gli asterischi che, abbinati a determinati articoli, informavano dell'esistenza di pareri integrativi della Giunta per il Regolamento. Si è provocata, dunque, una radicale *tabula rasa* che, per favorire la chiarezza delle norme regolamentari, eliminando risalenti o fuorvianti precedenti, priva però il testo di un importante livello di comprensione.

Un'altra sentenza, la n. 179 del 1993, contiene un secondo enunciato di rilievo, secondo cui l'allattamento del neonato implica qualsiasi altra forma di assistenza al bambino, tale per cui tutti i benefici lavorativi di cui la donna può godere devono essere riconosciuti ed estesi anche nei confronti del padre lavoratore, in virtù del diritto-dovere di accudire il figlio sin dalla sua tenera età. La Corte certifica, dunque, il «superamento della concezione di una rigida distinzione dei ruoli». E questo viene affermato tenendo conto che «un equilibrato sviluppo della personalità del bambino esige spesso la assistenza da parte di entrambe le figure genitoriali»³⁹.

Infine, degna di menzione è altresì la sentenza n. 270 del 1999, in cui osserva la Corte che l'istituto dell'astensione obbligatoria dal lavoro *post partum* è funzionale non solo a tutelare la salute della donna, ma altresì «con riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono decisive sia per un corretto sviluppo del bambino, sia per lo svolgimento del ruolo della madre» (punto 3, diritto). E tale ruolo non può essere a motivo di discriminazioni, né durante, né dopo la gestazione, ma nemmeno prima, come ha avuto cura di statuire la Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Mayrc/Flöckner*⁴⁰.

Resta, dunque, sempre valida l'interpretazione data da Luciani, secondo cui «la logica dell'art. 31 [Cost.] finisce per penetrare all'interno dell'ambito pre-cettivo dell'art. 37, inducendo una protezione della donna lavoratrice che (con felice paradosso) prescinde largamente da questa condizione soggettiva»⁴¹. Di conseguenza, lo sganciamento della protezione della maternità dal nesso con il rapporto di lavoro sembra offrire solide sponde alla decisione della Giunta, che interviene su una categoria, come quella della donna parlamentare, che, per le sue caratteristiche peculiari, non può essere pienamente assimilabile ad un rapporto di lavoro di tipo autonomo o subordinato.

In una più recente pronuncia⁴², d'altra parte, si enfatizza il legame costituzionalmente inscindibile fra madre e bambino, ai quali entrambi l'art. 37 si prefigge di assicurare una «speciale e adeguata protezione». Tale formulazione letterale, secondo la Corte, enfatizzerebbe i profili di compenetrazione fra i due soggetti e pertanto la tutela della maternità deve essere «incisiva» e rivolta a un «orizzonte comune» che «non può che rispecchiare e rispettare l'unicità della relazione esistenziale» che li congiunge⁴³.

Questa sommaria rassegna giurisprudenziale pone ulteriormente l'accento sui profili di novità appena discussi con riferimento alle prerogative della parlamentare madre. Un tema che indubbiamente si ricollega al più ampio dibattito attorno alla partecipazione delle donne in politica e alle misure da adottare per aumentare la loro rappresentazione all'interno delle istituzioni parlamentari⁴⁴.

Ancora oggi, infatti, secondo quanto risulta da un rapporto delle Nazioni Unite⁴⁵, solo il 25,6 % dei parlamentari nel mondo sono di sesso femminile: un dato statistico che non migliora di tanto facendo riferimento alla sola area europea, che vede rappresentate le donne al 30,5%⁴⁶. Molto è stato fatto, ad esempio, sul fronte dei diritti costituzionali, che hanno ampiamente riconosciuto in tutta Europa la parità dei diritti politici, contro ogni discriminazione di genere⁴⁷. Tuttavia, raggiungere l'eguaglianza fra i sessi anche garantendo alla donna la piena esplicabilità del diritto ad allattare la prole, senza interferire con la possibilità di esercitare le prerogative parlamentari, è un obiettivo che richiede un impegno positivo, diretto e concreto da parte delle istituzioni affinché i Parlamenti diventino realmente inclusivi e affinché possa essere garantito il principio di effettivo accesso dei cittadini alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo quanto riconosciuto dall'art. 51 Cost.

³⁹ Superando, quindi, la scure gettata dalla sent. n. 144 del 1967, di cui fu relatore Costantino Mortati, fondata su un risalente diritto di famiglia, ove si certificava che «la diversità della distribuzione degli oneri fra i due coniugi trova fondamento nella diversa posizione che il vigente Codice di diritto privato, ritenendola necessaria ad assicurare l'unità della famiglia, conferisce loro e che si concreta nell'attribuire al marito (oltre che l'esclusività dell'esercizio della "patria potestà" sui figli) la titolarità di una "potestà maritale", alla quale connette una ampia serie di particolari poteri, tali da porlo in posizione di preminenza sulla moglie».

⁴⁰ Corte di Giustizia UE, causa C-506/06 *Mayrc/Flöckner* del 26 febbraio 2008. La Corte ha evidenziato la sussistenza di una discriminazione fondata sul sesso, e pertanto ingiusta, nel caso di una lavoratrice licenziata a motivo della sua assenza per poter beneficiare di un trattamento di fecondazione in vitro. Invece, sulla copiosa giurisprudenza della Corte EDU in tema di azioni positive a tutela della maternità, per considerazioni di

⁴¹ M. LUCIANI, *La protezione*, cit., 3922.

⁴² Corte cost., sentenza n. 205 del 2015.

⁴³ Punto 4 in diritto.

⁴⁴ Fra i tanti, almeno L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi*, 7/2021, 39-79; A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 18 ss.

⁴⁵ INTER-PARLIAMENTARY UNION (IPU), *Women in politics: 2021*, disponibile online: unwomen.org/en/digital-library/publications.

⁴⁶ Questa percentuale include anche gli stati nordici, che hanno il tasso di rappresentatività femminile più elevato al mondo, segnatamente del 44,5%, e che contribuiscono, così, a innalzare il dato europeo di più di un punto percentuale. A non voler calcolare gli Stati nordici, infatti, la media europea crolla al 29,1%.

⁴⁷ Si veda, ad esempio, l'impegno profuso dal Consiglio d'Europa attraverso molteplici iniziative e dichiarazioni di alto livello, tra cui CoE, Risoluzione 2111 del 2016, *Assessing the impact of measures to improve women's political representation*, adottata dall'Assemblea il 21 aprile 2016.

5. *L'allattamento: un diritto oltre gli stereotipi*

Se, dunque, per riprendere le parole di D'Amico⁴⁸, è nel mondo antico che si origina «quella stretta correlazione fra inferiorità sociale della donna e ruolo riproduttivo», nondimeno la stessa epoca contemporanea, certo plasmata dalle rivendicazioni femministe che hanno fatto compiere ragguardevoli passi in avanti, mostra le sue rigidità nel momento in cui non giunge al punto di estendere al ramo paterno quegli aspetti della genitorialità che una parità “non ambigua” meriterebbe gli fossero attribuiti.

In altre parole, se siamo riusciti a “svezzare” la nostra società dall'idea di una donna dedita in maniera prevalente alla cura del nido familiare, fatica ad affermarsi l'idea di una piena parità con l'uomo nel condividere anche la gestione del puerperio, al di là delle insuperabili barriere “biologiche” che possono frapporsi alla suddivisione dei compiti in tale ruolo⁴⁹.

Il rischio è, allora, che la conquista femminile di nuovi spazi di autodeterminazione attraverso l'affermazione della compatibilità dell'allattamento con le sessioni parlamentari si traduca nella relegazione delle donne madri ad un “gineceo” nelle istituzioni politiche dal quale il genere maschile avrebbero gioco facile nel sentirsi pretermesso⁵⁰. Il parere in commento, come si è visto, appare carente sotto il profilo del riconoscimento del padre-parlamentare come potenziale beneficiario di tutele analoghe a quelle materne.

Meglio, forse, sarebbe stato affermare un principio di più ampia portata a sottendere una visione prismatica della genitorialità che, soprattutto nei primi mesi di vita, richiede la compresenza di *entrambi* i genitori, configurandosi, così, un diritto-facoltà da leggere non come un impedimento all'attività parlamentare e istituzionale del genitore interessato, bensì come un complemento della stessa,

invocandosi regole che consentano, durante il delicato periodo dell'espletamento dei compiti di primo accudimento, la possibilità di alimentare la prole senza che ciò vada a detrimento delle prerogative parlamentari.

Certo, nulla osta a che il parere stesso venga interpretato in maniera estensiva, consentendo di superare l'incongruenza regolativa attraverso un'applicazione più morbida dell'esenzione anche nei confronti dei padri. Eppure, forse, non è da escludere che la limitazione al solo genere femminile sottenda una certa visione socio-politica.

In conclusione, seguendo modelli già consolidati a livello europeo e in altri paesi, anche il Parlamento italiano, con l'innovazione appena introdotta, sceglie di intraprendere la via di una maggiore inclusività femminile, investendo in politiche di sostegno all'allattamento. Molto ancora resta da fare, però, sul versante della parità nella genitorialità e della distribuzione di responsabilità nell'alveo familiare. Un obiettivo che richiede parecchi sforzi non solo dal punto di vista della policy regolativa ma, soprattutto, sul piano pratico e sociale nonché sul fronte della sensibilizzazione della ristretta (ma rappresentativa) popolazione parlamentare.

Il Parlamento, infatti, vista la centralità dei suoi componenti nel dibattito pubblico, dovrebbe farsi promotore di logiche di uguaglianza di genere, adottando una visione pedagogica nei confronti della società, rispetto alla quale costituirebbe un valido e autorevole esempio.

⁴⁸ M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2020, 30.

⁴⁹ Sui *vulnus* creati dagli stereotipi di genere, cfr. P. PAROLARI, *Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come disempowerment. Riflessioni sul ruolo del diritto*, in *Rivista internazionale di Studi di genere*, 8/2019, 90-117; M. MÖSCHEL, *La tutela giuridica contro gli stereotipi di genere*, in *Rivista critica del diritto privato*, 3/2015, 443-466.

⁵⁰ L'esclusione della paternità non è, del resto un precedente inedito. Cfr. ad esempio, S. REGASTO, *Tutela della gravidanza e principi costituzionali. Il caso del legittimo impedimento dell'avvocato*, in *Variazioni su Temi di diritto del lavoro*, 2021, 1521, che segnala l'esistenza di una falla normativa nella legge n. 205 del 25 dicembre 2017, avendo il legislatore ommesso di regolare la fattispecie del padre-avvocato, consentendo il rinvio di udienza solo alla madre-avvocato per esigenze legate alla maternità. La risposta del 2017, dunque, è «ingiustificatamente incompleta sotto svariati profili, alle esigenze reclamate dalle madri-avvocato le quali sono oggi legittimate a pretendere l'applicazione di una norma in luogo di passate richieste “di cortesia” che, ahimè, sono rimaste e rimangono tutt'oggi inaudite se invocate dai padri-avvocato».

La guerra, la pace, il compito del giurista. Voci dalla grande letteratura russa dell'Ottocento*

di SALVATORE PRISCO

SOMMARIO: 1. Guerra e pace in alcune pagine della grande letteratura russa dell'Ottocento e nella scienza delle relazioni internazionali, tra realismo e utopia. – 2. I conflitti bellici fra tramonto dello *jus publicum europaeum* e aspirazione alla pace perpetua: Schmitt, Kelsen e il dibattito gius-internazionalistico tra le due guerre mondiali. – 3. Ripudio della guerra di aggressione, rifiuto dell'uso della forza e legittima difesa collettiva nella Costituzione italiana, nello Statuto dell'ONU e nel Trattato nordatlantico: un breve sguardo panoramico. – 4. Il conflitto russo-ucraino nel dibattito della dottrina giuridica italiana e le prime risoluzioni parlamentari in proposito. – 5. Conclusioni: un pacifismo realista e non imbelite per una pace come obiettivo da costruire pazientemente in una "Patria" di valori ideali comuni.

Alla cara memoria di Sergio Fois, che, parlandomene a cena in margine ad un convegno, mi regalò un'emozionante e profonda parafrasi critica de "La leggenda del Grande Inquisitore", aprendomi gli occhi sulla sua bellezza

La guerra che verrà non è la prima
Prima ci sono state altre guerre
Alla fine dell'ultima c'erano vincitori e vinti
Fra i vinti la povera gente faceva la fame
Fra i vincitori faceva la fame la povera gente egualmente

BERTOLT BRECHT, *Breviario tedesco*

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

* Il testo trascrive, aggiornandolo, ampliandolo e correndolo di note, l'intervento tenuto il 27 Aprile 2022 in dialogo con Giuseppe Guizzi, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II, per il ciclo di seminari "Guerra e speranza nel diritto e nella letteratura" del corso di Diritto e Letteratura, qui tenuto da Fulvia Abbondante. Esso, inoltre, ha costituito oggetto di relazione al IX Convegno annuale della Società italiana di Diritto e Letteratura sul tema "Le ispirazioni del giurista. Storie, miti, favole, archetipi e altre dimensioni della narratività", svoltosi presso l'Università degli Studi del Molise, a Campobasso, dal 30 giugno al 1° luglio 2022. L'originaria destinazione a una platea di studenti universitari in formazione ne spiega il tono innanzitutto didascalico, che nel passaggio dall'esposizione orale alla scrittura si è intenzionalmente mantenuto. Le citazioni in esergo sono tratte rispettivamente da *Breviario tedesco*, in *Poesie di Svendborg*, (ed. or. *Svendborger Gedichte*, London – in realtà Copenaghen – 1939), trad. it. di F. Fortini, Torino, 1976

Se si può concepire l'interesse come la cellula dell'economia, la guerra costituisce precisamente il suo *sviluppo anormale*; fa pensare al cancro; se è vero che questa malattia è l'evoluzione anormale dello sviluppo di una cellula a spese di altre, così la guerra rappresenta una malattia della società, la più orribile delle malattie di una società, la quale merita che si intraprenda contro di essa una crociata

FRANCESCO CARNELUTTI, *La guerra e la pace*

1. Nel serrato dialogo dostoevskiano de *I fratelli Karamazov* tra il Grande Inquisitore e Cristo, tornato sulla terra a Siviglia nel XVI secolo, si esemplificano – come già nel riconoscibile archetipo, vale a dire l'altrettanto duro confronto soffocato dell'*Antigone* tra l'eroina del titolo e Creonte – due modi reciprocamente irriducibili di concepire il rapporto tra potere e libertà: l'antropologia radicalmente pessimistica dell'inquisitore sulla necessità che gli uomini obbediscano a un'autorità che li guidi e l'appello all'amore universale dell'interlocutore, del quale non si sente la voce, ma che tuttavia "parla" col proprio stesso silenzio e il cui bacio finale all'altro non trova quest'ultimo indifferente, benché sorpreso, ma non lo sposta dalla sua convinzione, sicché il gesto guadagnerà la libertà al prigioniero, ma lascerà l'umanità in una servitù non sgradita, anzi addirittura ricercata¹.

e da *La Guerre et la paix*, scritto in francese nel 1944 e pubblicato a Roma l'anno dopo, con dedica al Presidente della Confederazione Elvetica, essendo stata la Svizzera terra d'esilio per l'autore; ripubblicato in lingua originale a Firenze, nel 2001, con prefazione di R. Gherardi, la traduzione italiana – di S. Minnella, con revisione di E. Sottilaro e I. Paparo – ne è uscita in Torino, 2014, con prefazione di A. Carnelutti e cura di G. Tracuzzi, nella collana del Centro di Ricerca per l'Estetica del diritto, diretta da Raffaele Cananzi presso l'Università Magna Graecia di Reggio Calabria.

Ringrazio Fulvia Abbondante, Lorenzo Chieffi, Pietro Gargiulo, Francesca Reduzzi, Antonino Scalone, Michela Tuoze per avere dialogato con me sul tema via *e-mail*, con riferimento a una versione non definitiva del testo; ne ho accolto le osservazioni che mi hanno convinto e resto ovviamente l'unico responsabile di quanto qui sostenuto.

¹ Le interpretazioni della *Leggenda* sono troppe per essere discusse in questa sede. Ci si limita perciò a rinviare ad alcuni testi recenti, utili ad un approfondimento qui impossibile, anche attraverso il recupero della bibliografia in essi richiamata, essendo comunque largamente diffuso il giudizio che il racconto rappresenti uno dei vertici della letteratura mondiale, come documenta ad esempio – riportando molte opinioni in proposito – L. SALMON, *Il significato del «nome non-detto» del «prigioniero» nella narrazione del Grande Inquisitore dostoevskiano*, in *Il nome non detto. Riv. int. di onomastica letteraria*, XVII, 2015, 369 ss. Si vedano dunque almeno *Il Grande Inquisitore. Attualità e ricezione di una metafora assoluta*, a cura di R. Badii ed E. Fabbri, Milano - Udine, 2013; *Il Grande Inquisitore. Interpretazioni nel pensiero russo*, a cura di D. Steila, Torino, 2015; G. ZAGREBELSKY, *Liberi servi. Il Grande Inquisitore e l'enigma del potere*, Torino, 2015; V. ROZANOV, *La leggenda del Grande Inquisitore*, trad. e cura di N. Caprioglio dall'originale russo del 1894, introd. di V. Strada, Bologna, 2018.

Il tema del pacifismo assoluto che caratterizza in modo emblematico il secondo personaggio segna profondamente, com'è noto, le opere letterarie, la riflessione filosofica che vi è sottesa e l'attività *pamphlettistica* a sostegno di molte nobili cause minoritarie del Tolstoj maturo, che approda a tale convincimento sull'inutilità, la crudeltà, l'insensatezza di *ogni* guerra attraverso un sofferto percorso evolutivo ricostruibile dalle sue opere e dal *Diario* che costantemente tenne per tutta la vita².

Il primo romanzo racconta, come si sa, la storia intrecciata di due grandi famiglie della nobiltà zarista e le vicende dei personaggi che ne fanno parte, ambientando la trama al tempo dell'invasione napoleonica del Paese.

Detto di passaggio, si può ragionevolmente ipotizzare che sia stato proprio il ricordo di questo evento – come anche quello della disastrosa campagna di Russia intrapresa dal regime nazista con l'“Operazione Barbarossa”, cui il governo italiano aderì sconsideratamente con l'ARMIR tra l'estate del 1942 e l'inverno successivo³ – ad avere impresso nell'immaginario collettivo di quel popolo e dei suoi governanti il fermo proposito di non subirne più alcun'altra, di modo che, prima di vedere la propria terra nuovamente aggredita, si debba piuttosto anticipare l'attacco mosso da altri Paesi, percepiti come pericolosi verso l'assetto consolidato

² Appare perciò parziale e strumentale il ricordo del trisavolo affidato da Pjotr Olegovich Tolstoj, vicepresidente della Duma moscovita, a un'intervista a R. Castelletti, *L'esercito russo si fermerà solo al confine con la Polonia*, in *Repubblica*, 4 Maggio 2022, allorché – alla contestazione dell'intervistatrice, che gli riporta l'opinione di un deputato belga secondo la quale egli disonorebbe il proprio cognome e l'idea di una parente italiana che lo scrittore sarebbe inorridito di fronte all'attuale guerra in Ucraina – risponde testualmente: «Lev Nikolaevich Tolstoj fu un ufficiale dell'esercito russo. Ammazzava inglesi e francesi in Crimea, nella Crimea russa. Quando è in gioco il destino del Paese, la nostra unica preoccupazione è stare con il nostro Paese. Non vedo alcuna contraddizione con il retaggio di Lev Tolstoj». Per la conoscenza della vita ben altrimenti complessa dello scrittore si trae grande profitto dalla biografia, ricostruita in forma di romanzo, di P. CITATI, *Tolstoj*, Milano, 1996, nonché da ID., *Dostoevskij – Senza misura. Saggi russi*, Torino, 2021, che contiene in realtà scritti critici su molti scrittori russi, compreso quelli ai quali ci si riferisce ora. Sul suo pacifismo, *ex multis*, «Fa' quel che devi, accada quel che può». Arte, pensiero, influenza di Lev Tolstoj, a cura di I. Adinolfi e B. Bianchi, Napoli, 2011. Sulla costruzione progressiva del pensiero dell'autore, documentata a partire dai tre *Racconti di Sebastopoli a Guerra e Pace*, che ancora ritiene giustificabile una guerra difensiva, a un noto passo dell'*Anna Karenina*, che sull'insensatezza di *ogni* guerra contiene un'illuminante conversazione fra più personaggi, che è l'approdo definitivo della sua visione, fino alle risonanze pienamente religiose (sia pure frutto di una ricerca personale, rispetto alla Chiesa ortodossa della sua appartenenza familiare originaria, che lo scomunicò per l'accesso anticlericalismo) di *Resurrezione*, l'ultimo romanzo, ispirato anche da una vicenda autobiografica, sviluppa finissime riflessioni G. GUIZZI, *Esiste forse una guerra giusta? Riflessioni su guerra e diritto in Lev Tolstoj*, in *Giustizia Insieme*, 11 giugno 2022, che trascrive appunto l'intervento di cui alla nota asteriscata.

³ Quest'eroica epopea è stata rievocata da chi vi ha preso parte in racconti giustamente celebri, diffusi e premiati, come quelli di M. RIGONI STERN, *Il sergente nella neve. Ricordi della ritirata di Russia*, Torino, 1953 e di G. BEDESCHI, *Centomila gavette di ghiaccio*, Milano, 1963.

degli interessi (pluri)nazionali interni: una conferma dell'osservazione comune che sono dunque le circostanze storiche di volta in volta diverse a stabilire – e talora a ribaltare nel tempo – i ruoli rispettivi tra chi aggredisce e chi è aggredito⁴.

Se ne legga un significativo brano, tratto dal lungo e invero disomogeneo epilogo⁵:

«Se si ammette, come fanno gli storici, che i grandi uomini guidino l'umanità verso il raggiungimento di determinate mete si tratti della grandezza della Russia o della Francia, si tratti dell'equilibrio europeo o dell'espansione delle idee rivoluzionarie, si tratti del progresso in genere o di qualsiasi altra cosa - non è possibile spiegare i fenomeni della storia senza l'intervento del caso o del genio. Se le guerre europee ebbero come meta, al principio del secolo attuale, la grandezza della Russia, tale meta poteva essere raggiunta anche senza le guerre e senza l'invasione. Se la meta fu la grandezza della Francia, poteva anch'essa essere raggiunta senza la rivoluzione e senza l'impero. Se la meta fu la divulgazione delle idee, la stampa poteva raggiungerla assai meglio dei soldati. Se la meta fu il progresso della civiltà, è molto facile pensare che, oltre alla distruzione degli uomini e delle loro ricchezze, esistono altri mezzi più idonei per diffonderla»⁶.

L'idea portante è dunque, come si vede, che al conflitto sia sempre preferibile il negoziato.

Se allora il racconto da cui si sono prese le mosse affida all'inquisitore l'esposizione del convincimento che gli esseri umani abbiano paura della libertà di scelta etica e debbano essere costretti a obbedire con l'inganno e con la forza ai detentori

⁴ Nel breve, ma solenne discorso del 9 maggio 2022, tenuto pubblicamente a Mosca del Presidente della Federazione Russa Vladimir Putin, a commemorazione della vittoria sul nazifascismo nella Grande Guerra Patriottica (come lì è chiamata la seconda guerra mondiale) del 1945, questo è – secondo quanto si desume dalle cronache riportate dai quotidiani italiani – il motivo dominante, che risulta peraltro del tutto assente dal comunicato del medesimo mandato in onda dalla televisione nella notte tra il 23 e il 24 febbraio, contemporaneamente all'inizio dell'“operazione militare speciale”, in cui si fa riferimento all'accoglimento di una richiesta di aiuto delle popolazioni russofone e filorusse delle autoproclamate (e subito riconosciute dal Cremlino) repubbliche popolari del Donbass e alla copertura giuridica dell'intervento fornita, nella prospettiva russa, dall'art. 51 della Carta dell'ONU. Per un commento analitico di questo testo, si legga R. ARTALA e F. M. PALOMBINO, *Nel fragore delle armi la legge non è silente*, in *Limes*, 2/ 2022, 193 ss.

⁵ Il doppio epilogo del romanzo (il primo rivolto, come dalla consueta tradizione ottocentesca, a dare conto della sorte dei personaggi dopo la sua conclusione, il secondo di filosofia della Storia, ossia di infruttuosa ricerca del suo senso da parte dell'autore), ha fatto discutere i critici. Da ultimo, A. PIPERNO, *Tolstoj, il sentimento della Storia*, in *La Lettura – Corriere della Sera*, n. 553 del 3 luglio 2022, conclude per il fallimento dello scrittore su questo piano, ma per la sua vittoria su un altro: «Il solo modo di conferire agli eventi della storia un valore, sebbene per natura ingannevole, è l'arte».

⁶ L. N. TOLSTOJ, *Guerra e Pace*, trad. it. di G. De Dominicis Jorio, Cinisello Balsamo, 1992, 759.

del Potere, per la loro stessa felicità, Tolstoj – che nella prima parte della vita fu un gaudente e un uomo d’armi, ma si convertì attorno ai cinquant’anni a una personale versione della fede cristiana, contrassegnata da nonviolenza integrale, ambientalismo e vegetarianesimo, ossia da tematiche e sensibilità oggi attualissime e che ne favoriscono la rilettura – ben avrebbe riconosciuto nel Cristo come lì raccontato un modello di comportamento che rappresenta la concezione opposta⁷.

Una volta trasferite sul piano della vita collettiva e analizzate attraverso i paradigmi (distinti, ma convergenti) filosofico-politico, della scienza delle relazioni internazionali e giuridico, la posizione pessimista e quella ottimista sulla natura umana si traducono rispettivamente, in ultima analisi, in una ricostruzione sovranista-nazionalista dei rapporti tra gli Stati e in un’altra di segno internazionalista, persuasa che l’incremento delle conoscenze reciproche tra gli esseri umani e lo stabilirsi tra loro – al di là di confini e interessi divisivi – di legami di affetti e di affari commerciali e industriali faranno alla lunga prevalere in modo del tutto naturale le ragioni della coesistenza pacifica su quelle dello scontro.

Esse ispirano visioni contrapposte degli sviluppi della modernità, rispettivamente riconducibili nella filosofia politica a Bodin, Machiavelli, Hobbes, Hegel, da un lato e a More, Locke, Wolff e Kant⁸, dall’altro; sul terreno dello studio

geopolitico e politologico delle relazioni internazionali al contrasto di impostazioni fra “realisti” e “idealisti”⁹; infine – nel diritto pubblico del secolo scorso – al confronto teorico che si emblemizza nelle posizioni di Schmitt e Kelsen e che di seguito si ripercorre in sintesi.

2. Concentrandosi dunque sulla traiettoria da ultimo indicata (pur nella consapevolezza dell’intreccio inestricabile delle tre ottiche disciplinari appena menzionate, diversificate per metodi e obiettivi e che vanno perciò tenute a fini analitici distinte, in un primo momento, salvo confluire – come si diceva – in una sintesi in cui ciascuna modalità di valutazione degli eventi tenga conto dei risultati delle altre), può dirsi che in prospettiva le tesi del primo siano riuscite *apparentemente* sconfitte e che vincenti siano risultate quelle del suo collega/ avversario, il Maestro della Scuola di Vienna.

mediane comunicanti e tuttavia dovendosi anche «evitare di trasformare la questione realismo/utopia in una sorta di magma indistinto, in contrasto col fatto che realismo e utopia rappresentano pur sempre due “idealtipi” antitetici», S. BELARDINELLI, *Realismo versus utopia. Quali prospettive?*, in *Governare l’Utopia*, 2016: *Itinerari dell’utopia, a 500 anni da Thomas More*, a cura di R. Gherardi e M. L. Lanzillo, 303 ss., ma l’intero fascicolo della rivista si legge con molto interesse. Appunto nel senso relativizzante delle opposte polarità, implicato da questa notazione, si vedano spec. i saggi di V. I. COMPARATO, *Realismo e utopia: una variabile disarmonia*, 287 ss.; di G. GIORGINI, *Utopia versus realismo? Alcune considerazioni controcorrente*, 315 ss.; di G. BORRELLI, *L’esperienza realistica del limite e la pericolosa ambiguità dell’utopia*, 331 ss., che introduce il caveat di essere attenti al fatto che un’utopia troppo irrealistica non si trasformi nell’oscurità tragica della distopia e nell’eterotopia.

⁹ Classica, in punto di metodologia di questi studi, l’opera di E. H. CARR, *Utopia e realtà. Un’introduzione allo studio della politica internazionale*, a cura di A. Campi, tr. it., Soveria Mannelli, 2009; un’accurata sintesi critica della letteratura “realista” in materia è in *Le grandi opere delle relazioni internazionali*, a cura di F. Andreatta, Bologna, 2011; si legga altresì, più recentemente, A. CARATI, *Realismo e teoria delle relazioni internazionali: dalle origini prescrittive al metodo scientifico*, relazione al Convegno annuale della Società Italiana di Scienza Politica, Università di Firenze, 12-14 Settembre 2013, *paper*, disponibile *online ad nomen auctoris*. Interessante – in punto di “realismo politico” – confrontare le opinioni sul come uscire dall’attuale conflitto espresse da personalità diverse, accomunate dalla condanna dell’invasione russa e dall’auspicio del ritorno alla situazione sul terreno anteriore al 22 Febbraio 2022, con avvio, dopo un “cessate il fuoco”, di negoziati tra le parti, dai quali potrebbe alla fine anche uscire qualche sacrificio territoriale per Kiev, in riferimento all’area sud-orientale filorussa e russofona e con la successiva neutralizzazione del Paese: R. MANNHEIMER - P. PASQUINO, *Solo con le armi all’Ucraina si può negoziare e far capire a Putin che non vincerà mai*, in *Il Riformista*, 22 maggio 2022; C. DI NIRO, *La ‘ricetta’ di Kissinger per terminare la guerra in Ucraina: “Kiev rinunci a qualche territorio, Occidente non cerchi sconfitta russa”*, *Il Riformista*, 24 maggio 2022 (posizione assunta secondo le cronache giornalistiche al *World Economic Forum di Davos - Annual Meeting*, 22 - 26 maggio; si vedano tuttavia le precisazioni testuali dell’interessato rese in una successiva intervista, a margine di una riunione del *Berggruen Institute* a Venezia, tenuta il 12 giugno: *Ecco testualmente la posizione di Henry Kissinger sul conflitto in Ucraina*, in *ItaliaOggi*, 22 giugno 2022); N. CHOMSKY, *Perché l’Ucraina*, Milano, 2022.

⁷ È noto che Dostoevskij e Tolstoj, pur non essendosi incontrati mai di persona, si lessero reciprocamente e si stimarono come scrittori (anche se si allontanarono per le loro opposte concezioni, quando l’uno iniziò a coltivare una visione slavofila e l’altro per l’appunto un pacifismo sempre più integrale), tant’è che il secondo risponde infastidito all’autore della biografia encomiastica del primo premessa a un’edizione delle sue *Opere Complete*, che in lettere private a lui indirizzate provava ad abbassarne con confidenze malevole la statura umana. Traggo l’informazione da P. NORI, *Sanguina ancora. L’incredibile vita di Fëdor Mikhajlovic Dostoevskij*, Milano, 2021, 141 ss., anch’esso (come quello di Citati su Tolstoj sopra richiamato; per gli intrecci biografici tra i due e giudizi letterari sulle rispettive opere, si legga altresì G. STEINER, *Dostoevskij o Tolstoj*, tr. it., Milano, 1995) un romanzo costruito fondamentalmente sulla vita del personaggio narrato, ma pieno anche di molte intelligenti divagazioni rispetto al tema di base. L’autore è quel professore che, avendo programmato presso l’università Bicocca di Milano un ciclo seminariale sullo scrittore, se lo è visto annullare d’autorità perché non venisse fomentato il conflitto bellico appena scoppiato e quindi riproporre, ma con la direttiva di integrarne l’oggetto con la considerazione anche delle opere di scrittori ucraini. Data questa motivazione, egli ha pertanto giustamente declinato l’invito che aveva ricevuto e accettato in precedenza. L’aneddoto mi ricorda che, secondo un’impiegata dell’ufficio ragioneria dell’università presso la quale insegnavo, per ottenere una volta un piccolo finanziamento a sostegno delle visite di colleghi che avrebbero integrato con loro interventi un mio ordinario corso di lezioni di Diritto e Letteratura, avrei dovuto formulare e pubblicare un apposito bando. Naturalmente invitai invece chi volevo e assunsi a mio carico personale la relativa ospitalità. Riferisco tuttavia la circostanza affinché chi dovesse leggere questo mio scritto mediti su quale splendore sia diventata l’università italiana gestita da burocrati, secondo il modello che una “provvida” ottica aziendalistica ha da tempo imposto a chi ci lavora.

⁸ Richiama peraltro opportunamente l’attenzione sulle influenze reciproche tra le due sensibilità e metodologie, non potendo pertanto dirsi che gli opposti orientamenti non conoscano posizioni

L'avverbio in corsivo non intende negare il primato novecentesco della rappresentanza politica pluralistica e dunque del Parlamento, la recezione generalizzata o comunque assai larga in Occidente della nozione di Stato di diritto (pur coi dubbi sulle varianti polacca e ungherese, divergenti dal figurino abitualmente accolto¹⁰) e più in particolare “dei diritti,” la diffusione pressoché universale dei modelli di giustizia costituzionale – insomma la sostanza del lascito kelseniano – ma sottolineare la circostanza che questa vittoria non è definitiva e irrevocabile e che tale eredità è sempre da interpretare e circostanziare, al pari di qualunque materiale direttamente normativo o che comunque condizioni o sintetizzi (come le formule assiologicamente molto pregnanti appena ricordate) l'applicazione del diritto, esprimendo l'opinione comune – o almeno prevalente – intorno alla dimensione giuridica in una determinata epoca, in breve (per noi che viviamo in questa parte del mondo) l'adesione al costituzionalismo e la naturale proiezione del modello oltre i confini dei singoli Stati.

Di fronte ai momenti di crisi della rappresentanza politica, infatti, si riaffaccia periodicamente (e dunque anche ai nostri giorni) la suggestione dell'appello al popolo come entità omogenea da contrapporre, secondo siffatta sensibilità, al corrotto e inceppato parlamentarismo e al “deprecabile” pluralismo politico che frammenta l'unità organica di questo popolo, a dirla in forma rapida, per definizione “buono”.

La parcellizzazione e dunque l'indebolimento del “politico”, costretto in quest'ottica a continue transazioni tra interessi frammentati, fa ritenere preferibile a molti (beninteso non a Schmitt all'epoca) che sia il “giudiziario” – che non resta allora un mero corpo tecnico-professionale costruito come un ordine, ma si fa esso stesso occasione di esercizio attivo del potere – a risolvere i problemi della convivenza collettiva.

Si presentano cioè talora sulla scena e si saldano tra loro tanto il populismo, come distorsione demagogica del primato democratico del popolo, quanto

un altro *ismo*, che nasce appunto dalla trasposizione altrettanto demagogica del conflitto politico-sociale nella sede giudiziaria, ossia il giustizialismo. Il tutto si complica se in siffatto contesto tendenziale capita in sovrappiù che l'ordinamento giuridico debba perseguire i propri compiti ordinari in condizioni di emergenza, come ad esempio durante una pandemia o una guerra d'invasione che scuotono il corso normale della vita collettiva.

Ebbene, in frangenti del genere, l'ombra dell'altro – il cattivo Maestro dalla lezione ineludibile, come lo scrivente l'ha una volta definito¹¹ – torna a riaffacciarsi sulla scena e a reclamare attenzione, magari non per assumerne le soluzioni, ma certo non potendosi evitare il confronto con la sostanza delle sue idee e con l'innegabile matrice di realismo politico che vi si manifesta, per “imbarazzanti” e scomode che siano.

Le posizioni schmittiane sono inizialmente esposte in saggi pubblicati tra il 1926 e la vigilia della seconda guerra mondiale, ma saranno riprese in tutta la produzione successiva alla privazione a vita della cattedra che egli subì proprio dagli Statunitensi, per la sua – sia pure breve, ma certo innegabile – attiva militanza nazionalsocialista, mentre quelle del suo avversario teorico si ritrovano in scritti usciti subito dopo la conclusione della Grande Guerra e durante il secondo conflitto, nella prima metà degli anni Quaranta.

Entrambi ragionano in presenza della Società delle Nazioni (1919 - 1946) e del Patto di Parigi Briand - Kellogg del 1928, col fallimento, rispetto all'intento comune ad entrambe le iniziative, di bandire il ricorso alla guerra come strumento di soluzione dei conflitti interstatali, favorendo allo scopo la via diplomatica e la vita e l'organizzazione pacifica della comunità internazionale.

Schmitt sostiene che «la ‘svolta’ impressa al diritto internazionale da Woodrow Wilson è la chiave di lettura per comprendere la dissoluzione dello *jus publicum europaeum*, in buona sostanza dell'ordine stabilito nel 1648 col trattato di Westfalia. Il 2 aprile 1917 – data dell'entrata in guerra degli Stati Uniti – rappresenta» “una data di eccezionale valore simbolico” (...) perché essa inaugura nel diritto internazionale un nuovo orientamento di matrice universalistica. Questa nuova fase – dominata in realtà dal “progetto egemonico statunitense” – consacra “la fine della centralità politica e giuridica dell'Europa”»¹².

¹¹ Sia infatti concesso il rinvio al mio *Attualità di Carl Schmitt: un cattivo maestro e la sua ineludibile lezione*, in *PasSaggi Costituzionali*, 1/ 2021, 238 ss.

¹² Si richiama qui su uno scritto particolarmente emblematico per intendere la riflessione del giurista tedesco in questa fase storica, disponibile in italiano: C. SCHMITT, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, Berlin 1938, trad. it. *Il concetto discriminatorio di guerra*, a cura di S.

¹⁰ Rinvio sul tema, per riepiloghi critici della problematica – attinenti soprattutto alla torsione autoritaria della forma di governo e alla mancata indipendenza del potere giudiziario e degli organi di giustizia costituzionale in taluni ordinamenti centro-europei, pur già all'avanguardia nel processo di autoliberazione dal sistema del “socialismo reale”, con il risultato per cui non possono dirsi compiutamente nell'esito modelli di democrazia liberale, ma nemmeno del tutto autoritari, identificando piuttosto il *tertium genus* delle cosiddette “democrature”, o democrazie illiberali (l'aggettivo ricorre nell'articolo di F. ZAKARIA, *The rise of illiberal democracy*, in *Foreign Affairs*, Nov.- Dec. 1997, 22 ss. e l'espressione ha suscitato un ampio dibattito) – alle belle monografie di J. SAWICHI, *L'erosione «democratica» del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, 2020 e di E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021.

Egli precisa che si tende “alla costruzione di un ordinamento giuridico universale del mondo, garantito da istituzioni in cui la Società delle Nazioni, la comunità internazionale universale, l’ordine mondiale e l’umanità si sovrappongono, si completano e si sviluppano reciprocamente”, per cui si perviene a “un diritto internazionale completamente nuovo, che manda in frantumi il concetto di Stato”, nel quale l’individuo diventa l’unico soggetto giuridico del diritto internazionale e l’“unico destinatario di ogni norma”.

Si tratta insomma (come nota il commento alla sua tesi dal quale ci si sta facendo aiutare a riassumerla) di «un modello individualistico e insieme universalistico, il cui progetto di edificazione di una *civitas maxima* (il termine allude all’Impero romano e il richiamo è proprio a Kelsen, che già nella tesi di laurea su *Dante e l’Impero*¹³ incominciava a riflettere su idee sistematiche e teorizzate molto più tardi, *n. d. r.*) conduce alla “detronizzazione” dello Stato e alla “denazionalizzazione” della guerra che, “in nome del dogma universalistico”, viene dunque bandita perché considerata “crimine internazionale supremo”»¹⁴.

Pietropaoli, prefazione di D. ZOLO, Roma -Bari 2008, sul quale si veda la perspicua recensione di C. TERRANOVA, in *Jura Gentium, on line, Recensioni*, 2009, dalla quale si citerà, con l’avvertenza che le frasi o le singole parole del testo poste fra virgolette in alto, interne, sono del prefatore, mentre quelle poste tra virgolette in basso, esterne, appartengono all’autrice della recensione. Si veda inoltre l’approfondito esame del medesimo saggio condotta da A. SCALONE, *La teoria schmittiana del grande spazio: una prospettiva post-statuale?* in *Scienza & Politica*, (XXIV), 56/2017, 179 ss., la cui analisi si sofferma analogamente sulla forte critica dell’autore indagato alla Società delle Nazioni (182 ss.) e a taluni internazionalisti a lui contemporanei (188 ss.), di cui si dice oltre in nota, ma si rileva altresì che, in seguito, il Politico viene da Schmitt concepito come operante anche oltre lo Stato, fino agli svolgimenti in tal senso del *Nomos della Terra nel diritto internazionale del Jus Publicum Europeum* (tr. it., 1991, a cura di E. Castrucci; ed. or. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, 1950). Sull’ascesa, la crisi e il lascito per oggi e per il futuro dell’idea, alla base della Società delle Nazioni, di una disciplina consensuale della comunità internazionale, si legga altresì l’appena pubblicato saggio storico di J. PERAZZOLI, «Per la pace del diritto». Woodrow Wilson e la sua eredità, dalla Grande Guerra allo shock della globalizzazione, Roma, 2022.

¹³ H. Kelsen, *La teoria dello Stato in Dante*, trad. it. di W. Sangiorgi, prefazione di V. FROSINI, Kelsen e Dante, Bologna, 1974, oggi ripubblicata col titolo *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l’Impero*, con la medesima prefazione, presentazione di P. G. MONATERI, *Kelsen e Dante, oltre Schmitt?* e postfazione di T. E. FROSINI, Milano-Udine, 2017. Sull’inquadramento di quest’opera alla luce della teoria monista internazionalista matura del suo autore, che dunque è già *in nuce* preannunciata nella dissertazione di laurea, è illuminante la lettura di M. PATRONO, *Latenza di idee. Un’analisi ‘a posteriori’ della prima opera pubblicata di Hans Kelsen: Die Staatslehre des Dante Alighieri* (1905), in *Federalismi.it*, 4/ 2022, 756 ss.. Di grande finezza interpretativa, al riguardo, anche M. GALDI, *Kelsen, Dante e il sogno universale*, in corso di pubblicazione nel n. 3/2022 della rivista *PasSaggi Costituzionali*.

¹⁴ Il concetto discriminatorio di guerra, cit., 21 ss.: qui invece – ferma l’attribuzione all’autrice della recensione delle fasi tra pedici – le parole tra gli apici sono tratte dal testo recensito. Discriminatorio, per l’Autore, è insomma eticizzare la guerra, ossia creare una narrativa per cui quella che si

La guerra non del tutto rifiutata, ma condotta paradossalmente in difesa dei principi pacifisti, è insomma eticizzata, secondo lui, da chi la assume concettualmente e la dichiara orientata al perseguimento di valori universali, risultando perciò all’opposto squalificata a priori la posizione degli avversari.

La concezione che si fa dominante si (auto)qualifica pertanto come *bellum justum*, espressione che risale al diritto romano, ma si carica poi di altro significato.

Nell’universo concettuale originario, il conflitto guerresco era fortemente ritualizzato e governato nei presupposti dai *Fetiales*, ancorandosi a buone ragioni, ossia al fatto che chi lo muoveva non fosse in torto rispetto a una pretesa violata, contando per la propria parte sul favore degli Dei. Come completamento della procedura, in particolare (come si vede, cioè, l’idea è quella dell’alternativa a una lite giudiziaria o della sua prosecuzione e a questo schermo si conforma) la guerra la si dichiarava e così intendeva il concetto Cicerone: dunque *bellum iustum* perché *secundum ius*.

Dal Medioevo cristiano con Agostino d’Ippona e Tommaso d’Aquino, quindi nei moderni, ad esempio con Francisco de Vitoria, Alberico Gentili, Ugo Grozio, fino ai contemporanei, ossia appunto fino a Kelsen e oltre, l’attenzione e la giustificazione della guerra si spostano progressivamente e con decisione a valutazioni etiche – dopo la lunga stagione strettamente positivista che il problema nemmeno se lo pone: *silent inter arma leges* – tanto sui modi e le forme di condurre le operazioni di guerra (ossia si aggiunge allo *jus ad bellum* quello *in bello*), quanto a quelle di principio che la legittimerebbero: *bellum justum* è insomma anche quello che si combatte per i propri valori, come ad esempio “per l’esportazione della democrazia” occidentale in contesti che non la conoscono, da parte di chi dei valori che essa incorpora e della loro superiorità su quelli altrui si ritiene depositario¹⁵.

compie per l’affermazione dei principi democratici, come sentiti dalla tradizione di una delle parti in conflitto è, perciò stesso, moralmente “superiore”. Il seguente passo dall’introduzione dell’opera (4 s.), è chiarissimo in proposito: «La Società delle Nazioni di Ginevra è, se proprio dev’essere qualcosa degno di nota, fondamentalmente un sistema di legalizzazione. Essa non può che monopolizzare il giudizio sulla guerra giusta e mettere nelle mani di certe potenze la decisione sulla giustizia o ingiustizia della guerra, una decisione che è gravida di conseguenze e che è correlata alla svolta verso il concetto discriminatorio di guerra. La Società delle Nazioni è dunque, finché conserva questa forma, solo un mezzo per la preparazione di una guerra “totale” in sommo grado, e cioè una guerra “giusta” condotta con pretese sovrastatali e sovranazionali».

¹⁵ Il tema attraversa una innumerevole letteratura, dall’antico, al moderno, al contemporaneo. Nella letteratura recente, *ex plurimis*, L. LORETO, *Il bellum iustum e i suoi equivoci. Cicerone e una componente della rappresentazione romana del völkerrecht antico*, Napoli, 2001; A. CALORE, *Forme giuridiche del ‘bellum iustum’ (Corso di diritto romano 2003 - 2004)*, Milano, 2003; “Guerra giusta”?

L'operazione di Kelsen¹⁶, che si inserisce bene nella tendenza criticata da Schmitt e sopra esposta in sintesi, è insomma e per l'appunto quella di concorrere

Le metamorfosi di un concetto antico, a cura dello stesso, Milano, 2003; Id., *Bellum iustum tra etica e diritto*, in *Fides Humanitas Ius. Scritti in onore di L. Labruna*, a cura di C. M. Doria e C. Cascione, Napoli, 2007, 607 ss.; F. ZUCCOTTI, «*Bellum iustum*» o del buon uso del diritto romano, in *Riv. Dir. Rom.*, IV/ 2004, 1 ss.; ancora più recentemente, – in riproposte della tematica trasparentemente moltiplicate e rinvirgite dalle operazioni belliche statunitensi – M. F. CURSI, «*Bellum iustum*» tra rito e «*iustae causae belli*», in *Index*, 42 (2014), 569 ss.; F. REDUZZI MEROLA, *Il bellum iustum e i trattati tra Roma e Cartagine*, relazione (inedita, ma rinvenibile sul web ad nomen auctoris e che leggo per cortese segnalazione dell'autrice, n. d. r.), al convegno “Geloi”. Tra le due rive del Mediterraneo: Diplomazia e diritto in Sicilia in età ellenistico-romana”, Gela, 6 giugno 2014; I. CUOCOLO, *Appunti sulla dottrina del bellum iustum dal diritto romano alla riflessione giuridico-teologica di Tommaso d'Aquino*, in *Istituzioni Diritto Economia*, 3/ 2019, 168 ss. Con riferimento a uno spettro temporale più ampio, *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra Medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. A. Cassi, Soveria Mannelli, 2009; sul versante filosofico, M. WÄLZER, *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, tr. it., Roma-Bari, 2009; sul piano specificamente costituzional-comparatistico, A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre. La guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, 1 ss. Su quello gius-internazionalistico riepiloga lo sviluppo storico della nozione nei teorici dal Medioevo in poi, fino all'attuale sistema della sicurezza internazionale, B. CONFORTI, *Guerra giusta e diritto internazionale contemporaneo*, in *Rass. Parl.*, 1/ 2003, 11 ss. Per una ricostruzione analogamente storico-critica, P. GARGIULO, *Uso della forza (Diritto internazionale)*, in *Enc. Dir. - Annali*, V, Milano, 2012, 1367 ss. (sul punto spec. 1373 ss.). Tra i costituzionalisti, ex plurimis, G. MOTZO, *Costituzione e guerra giusta alla periferia dell'Impero*, in *Quaderni Costituzionali*, 1999, 376 ss. per la posizione kelseniana al riguardo, si veda T. MAZZARESE, *Kelsen teorico della guerra giusta?*, in “Guerra giusta”? *Le metamorfosi di un concetto antico*, cit., 159 ss.; Id., *Tutela della pace o (ri)legittimazione della guerra giusta? Kelsen e il diritto internazionale preso sul serio*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 4/2010, 519 ss.

¹⁶ A illuminare particolarmente la posizione del Maestro praghese in tema, essenziali sono *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, a cura di A. Carrino, tr. it., Milano, 1989 (in originale *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beiträge zur einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920) e, nella fase della vita e del lavoro statunitensi, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, a cura di C. Nitsch, tr. it., Milano, 2009 (in originale *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940 - 1941*, Cambridge, Mass., 1942) e *La pace attraverso il diritto*, a cura di L. Ciaurro, tr. it., Torino, 2006 (in originale *Peace through Law*, Chapel Hill, 1944). In ordine alle posizioni in esse argomentate si legga, di recente, l'analisi di A. CASTELLI, *Sul pacifismo giuridico di Hans Kelsen*, in *Politics. Rivista di Studi Politici*, (14), 2/2020, 1 ss. In particolare, qui Kelsen riprende l'intuizione giovanile della necessità della «*civitas maxima* come organizzazione del mondo: questo è il nocciolo politico dell'ipotesi giuridica del primato del diritto internazionale, che è però al tempo stesso l'idea fondamentale di quel pacifismo che nell'ambito della politica internazionale costituisce l'immagine rovesciata dell'imperialismo» (467 s., corsivo nostro). Si muovono nel medesima ispirazione il suo allievo Alfred Verdross e, anche per i profili applicativi, l'altro esponente della sua scuola Hersch Lauterpacht (ebreo nato nell'attuale Ucraina, nella zona di Lemberg, poi L'viv, dove si iscrisse all'università, ma in seguito di studi appunto viennesi perché continuarli lì era stato impedito agli ebrei galiziani e di successiva carriera inglese, assistente del procuratore generale britannico Harteley Shawcross al processo di Norimberga, quindi professore di diritto internazionale a Cambridge, dove un centro studi in materia gli è dedicato e infine giudice della Corte Internazionale di Giustizia), nonché il francese Georges Scelle (tra i cui molti ruoli autorevoli vi furono quelli di rappresentante del suo Governo tanto nella Società delle Nazioni, quanto nell'Onu che la sostituì).

a “costituzionalizzare il diritto internazionale”¹⁷, tanto più perché un conflitto bellico incontrollato sarebbe, nell'epoca delle armi nucleari, esiziale per l'umanità intera, ossia nemmeno fra i vincitori lascerebbe alcuno in vita. Le premesse del futuro che tale tendenza coglie e valorizza erano peraltro già, tra le due guerre mondiali, nel carteggio fra Einstein e Freud su “*Perché la guerra?*”, del 1932 e nel *Manifesto di Ventotene*, del 1941¹⁸.

Gli ultimi due sono appunto bersagli polemici espliciti del sopra richiamato saggio schmittiano, per le rispettive opere *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933 e *Précis de droit des gens*, Paris, 1932 e 1934. Di rilievo, inoltre, in questo rinnovamento teorico del diritto internazionale dopo la seconda guerra mondiale, le posizioni di Raphael Lemkin, anch'egli ebreo, nato nell'attuale Bielorussia, ma iscritto all'università di L'viv e considerato polacco, perché all'epoca della sua nascita la città era nel territorio di quel Paese. Se Lauterpacht è noto per avere fra i primi teorizzato la nozione di “crimini di guerra” di singoli individui e Scelle – portatore di una visione ispirata alla teoria generale intrisa di pacifismo solidarista del connazionale Léon Duguit, trasposta nello specifico anche ai rapporti di diritto internazionale, che vide fondati sugli individui, anziché solo negli Stati per avere decisamente spostato l'attenzione dalla soggettività degli Stati a quella degli individui nel processo di rinnovamento del diritto internazionale – il terzo (che guardava piuttosto alle sofferenze di intere comunità) provò a introdurre indirettamente nell'impianto dell'accusa del processo di Norimberga – in cui non lavorò, essendo invece all'epoca un avvocato naturalizzato statunitense, dopo l'occupazione nazionalsocialista di Varsavia – la nozione di “genocidio”, come intenzionale annientamento, tramite lo strumento bellico, di complessivi mondi vitali, di etnie con le loro specifiche culture, lingue, religioni (*Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, New York, 1944). Inizialmente avversato proprio da Lauterpacht (benché studiassero nella medesima università nello stesso periodo, non v'è prova che si siano all'epoca conosciuti di persona) e da altri, che ne denunciavano le radici “biologistiche”, il concetto ispirò peraltro la Convenzione ONU del 9 dicembre 1948 per la sua prevenzione e repressione, approvata il giorno prima della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo. Anche su questa vicenda, che ricostruisce la preparazione del processo di Norimberga e la controversia teorica che si è appena ricordata si dispone di un libro di straordinario interesse, che intreccia, come i due citati, su Dostoevskij e Tolstoj, autobiografia personale e ricordi familiari dell'autore – un accademico e avvocato internazionalista inglese – con la ricostruzione della preparazione del processo di Norimberga e della controversia teorica che si è appena ricordata: si legga PHILIPPE SANDS, *La strada verso est* (in originale appunto *East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*), trad. it., Milano, 2017, cui è opportuno affiancare anche le sue belle recensioni di T. GROPPI, “*Il diritto è per l'uomo: quello che i nostri padri e i nostri nonni hanno da dirci (considerazioni su un recente libro di Philippe Sands)*”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 Novembre 2017 e di G. ALÙ, col semplice titolo del libro, in *NonsoloProust, blog*, 12 Novembre 2018.

¹⁷ Per una visione d'insieme di tale tendenza, nell'ambito del consolidamento successivo delle discussioni in proposito, si leggano ex multis, in traduzione o direttamente in lingua italiana, M. KUMM, *Costituzionalismo democratico e diritto internazionale: termini del rapporto*, in *Ars Interpretandi*, 1/ 2008, 69 ss.; C. FOCARELLI, *Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della global governance: alla ricerca del diritto globale*, in *Pol. Dir.*, 2/ 2011, 207 ss., e spec. 210 ss., dove da un lato si risale, all'indietro, fino alle dottrine stoiche e dall'altro si richiama il contributo dato all'inizio di questo percorso dai nostri Santi Romano e Rolando Quadri; R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista dell'AiC*, 4/ 2014.

¹⁸ Rischio, com'è noto, segnalato fin dal *Manifesto Einstein - Russell per scongiurare la guerra nucleare*, il cui testo italiano, preceduto da una ricostruzione storico-critica dei contatti intercorsi tra

Entrambe le posizioni ricordate hanno in realtà, a ben guardare, punti di forza e fallacie: l'iperpoliticismo del giurista tedesco risolve le relazioni tra Stati – i veri sovrani nell'ordine sistematico westfaliano, che lui vede irrimediabilmente al tramonto – in equilibri strutturalmente instabili, perché ogni potere statale che ne incontri uno simile, ma avverso e più forte, è destinato a soccombere, essendo dunque la guerra la condizione perpetua della vita collettiva e la pace solo un intervallo di illusoria tranquillità tra inesauribili, continui conflitti.

Anche il confidare in una possibile “pace perpetua” di Stati che devono essere “repubbliche”, nell'ambito di una loro Federazione mondiale (così Kant nel 1795, criticato peraltro da Hegel, che gli contesta appunto – nei *Lineamenti di filosofia del diritto* – la dura realtà del fatto che sono gli Stati i sovrani della terra) del collega praghese, poi ripreso appunto dalla dottrina successiva della Scuola di Vienna, nonché da altri, con lui idealmente convergenti nella sua epoca e in seguito, fino ai giorni nostri¹⁹, contiene tuttavia una notevole dose di astrattezza

i firmatari fin dal Febbraio 1955, su iniziativa del matematico e filosofo inglese, può leggersi con relativo commento di P. GRECO ne *Il Bolive*, 15 Luglio 2020, sotto al titolo di cui sopra. Il secondo ne fu l'estensore materiale. Si tratta dell'ultimo documento pubblico, sottoscritto il giorno 11 Aprile dallo scienziato (che non fece in tempo a vederlo reso noto a tutti il 9 Luglio a Londra, essendo scomparso una settimana dopo avervi apposto la firma), nonché da altri nove suoi egualmente eminenti colleghi che egli era riuscito a coinvolgere, mentre aveva ricevuto un rifiuto da Niels Bohr. Si vedano altresì A. EINSTEIN - S. FREUD, *Sulla guerra e sulla pace*, introd. di A. Gargano, Napoli, 2006 e *Per un'Europa libera e unita. Il Manifesto di Ventotene*, introd. di P. Grasso, Senato della Repubblica, Roma, 2017 (in tema, fondamentale anche L. EINAUDI, *La guerra e l'unità europea*, Milano, 1948). Per un rapido esame delle ideologie che sul punto si affermano *entre deux guerres*, A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre...*, cit., 59 ss., testo peraltro fondamentale per l'intera materia del presente lavoro. Il rischio nucleare come la più forte ragione che rende la guerra un tabù è il motivo ispiratore fondamentale che muove, come noto, anche il fortunato e più volte ristampato libro di oggi di N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1979 e si veda anche Id., *Il Terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, Milano, 1989.

¹⁹ Si pensi alle successive riprese di molte riflessioni di taglio ad oggi utopistico, che peraltro non si pensano come tali, ma anzi quali realistiche e tacciano semmai di miopia e ristrettezza di orizzonti quelle contrapposte. Del resto, K. MANNHEIM, *Ideologia e Utopia* (ed. or. Berlin, 1929), trad. it., Bologna, 1957, 200 per la citazione che segue, sosteneva – richiamando Lamartine – che «Le utopie non sono sovente che delle verità premature», ossia che essa è – per così dire – l'impossibile di oggi, ma ha la funzione di fare camminare le idee verso il rinnovamento dell'ordine esistente. Del pari, si veda E. BLOCH, *Il principio speranza*, ed. or. Berlin Est, 1954, 1955, 1959, tr. it. Milano, 1994, I, 262 s.: «L'utopia concreta sta all'orizzonte di ogni realtà; la possibilità reale circonda fino alla fine le tendenze-latenze dialettiche aperte, l'utopia non è fuga nell'irreale, è scavo per la messa in luce delle possibilità oggettive insite nel reale e lotta per la loro realizzazione». Tanto ricordato, è bene attestata una linea di riflessione che va da G. A. BORGES *et al.*, *Disegno preliminare di Costituzione mondiale*, tr. it., Milano, 1949 al recentissimo L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, in *Teoria politica*, 2020, 39 ss. e quindi *amplius* Milano, 2021. Non erano peraltro nella nostra letteratura, nel frattempo, mancate elaborazioni monografiche di ascrizione giuspositivista critica (del resto anche Ferrajoli si ritiene tale), intese a esplorare la costruzione di tali nuovi orizzonti: si veda Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.

non risolutiva: il successo di tale assetto si fonda infatti sul postulato di premesse condivise, fino all'idea che si pervenga all'individuazione di una *common law* internazionale, che preveda un giudice supremo cui sia affidato senza riserve dai consociati il compito di porre fine ai loro contrasti, distribuendo ragioni, torti e sanzioni senza venirne contestato (Lauterpacht) o a “uno Stato di diritto mondiale”, al “potere legislativo della comunità internazionale” (Scelle). Basta dunque che uno degli attori rilevanti si sottragga a tale schema, rompendolo, per mostrarne la corda e la confidente artificiosità.

3. L'approdo postbellico della linea evolutiva argomentata tra le due guerre mondiali e con crescente intensità subito dopo dai giuristi “costituzional-internazionalisti” è accolto, come noto, dalla Carta fondativa dell'Onu del 1945 e – per quanto ci riguarda da vicino – nella Costituzione italiana del 1948.

Ecco infatti le linee del sistema istituito dal primo testo: gli Stati aderenti all'organizzazione hanno l'obbligo di «risolvere le loro controversie internazionali con mezzi pacifici, in maniera che la pace e la sicurezza internazionale, e la giustizia, non siano messe in pericolo» (art. 2, c. 3) e nel corso di esse «astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite» (ivi, c. 4), con l'unica eccezione del possibile ricorso al “diritto naturale” alla legittima difesa individuale e collettiva (art. 51), che deve peraltro essere necessaria, proporzionata, temporanea, ossia esercitarsi al più quale reazione del momento, solo «fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale», per cui quelle assunte dallo Stato membro che, aggredito, si difende vanno «immediatamente portate a conoscenza» di esso.

Ove si diano minacce alla pace, violazioni della stessa o atti di aggressione, è infatti il Consiglio di Sicurezza a determinare quando ricorra una delle ipotesi appena elencate (art. 39) e compete ad esso adottare misure per ristabilire e mantenere la pace e la sicurezza internazionale, tanto di carattere provvisorio (art. 40), quanto non caratterizzate (art. 41), o invece caratterizzate (art. 42) dall'uso della forza.

Al fine di rendere effettive queste ultime, gli Stati membri devono concludere accordi con esso, impegnandosi a mettergli a disposizione contingenti delle proprie forze armate, nonché misure di assistenza alle popolazioni coinvolte (art. 43): una disposizione rimasta sulla carta, sicché imprese militari pur deliberate dal Consiglio si sono svolte in fatto con modalità differenti da quelle che essa prevede.

La nostra Carta Costituzionale risente dichiaratamente, dal suo canto, del clima culturale che portò alla creazione dell'ONU (alla quale l'Italia poté aderire peraltro solo nel 1955, in un "pacchetto" che comprese anche Stati di obbedienza sovietica, così superando le resistenze dell'URSS nei nostri confronti), con piccole, ma pur significative, differenze lessicali rispetto alle disposizioni appena ricordate: in linea di principio, la guerra è enfaticamente «ripudiata», in quanto costituisca «strumento di offesa alla libertà degli altri popoli» e «mezzo di risoluzione delle controversie internazionali», la giurisdizione sulle quali è devoluta a «organizzazioni internazionali», che sono «promosse e favorite», addirittura acconsentendo in tale caso a «limitazioni di sovranità, in condizioni di parità con gli altri Stati», onde raggiungere «un ordinamento (internazionale, *n. d. r.*) che assicuri la pace e alla giustizia fra le Nazioni» (art. 11)²⁰.

²⁰ Fondamentali, *ex multis*, L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace. Tra decisioni dell'apparato e partecipazione popolare*, Napoli, 1990, ripreso e aggiornato nella voce sull'Art. 11, condivisa con M. CARTABIA (che si occupa da parte sua del versante internazionalistico della disposizione, mentre l'autore di quello interno), del *Commento alla Costituzione* diretto da R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2007, 263 ss.; C. DE FIORES, «L'Italia ripudia la guerra?». *La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Roma, 2002; M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, Roma - Bari, 2009; M. BENVENUTI, *Il principio costituzionale del ripudio della guerra*, Napoli, 2010. Quest'ultimo autore ha in parte riproposto e in altra aggiornato la riflessione monografica in una relazione del Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, tenuto *on line* con opportuna tempestività il 16 marzo 2022 e il cui video può essere fruito dal sito della compagine. Non si può in questa sede riferire analiticamente i molti spunti di interesse dell'intervento, oltre a rimarcare l'eleganza del testo scritto, poi pubblicato col titolo *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/ 2022, 20 ss., ma – per la fecondità dell'osservazione – si intende almeno sottolineare una frase: «[t]ra il nero delle guerre costituzionalmente ripudiate e il bianco delle guerre costituzionalmente necessarie vi sono tante sfumature di grigio; fuor di metafora, tra gli opposti del "costituzionalmente vietato" e del "costituzionalmente dovuto" vi sono i tanti spazi che la Carta repubblicana del 1947 lascia alla politica, ossia al "costituzionalmente possibile"» (29). Si tratta di un invito (o almeno così lo legge chi ora scrive) al pacifismo appunto realistico – l'espressione non è un ossimoro – cioè da costruire, dunque alla responsabilità della politica, perché tutto nella nostra Costituzione esclude e per l'appunto «ripudia» un atteggiamento guerrafondaio, ma egualmente nulla autorizza una retorica che i principi li affermi, ma non si applichi a costruirne con pazienza – ossia senza farsi prendere dal suo contrario, l'(im)pazienza – l'attuazione e pertanto anche con qualche inevitabile compromesso sui tempi e i modi di perseguire l'obiettivo finale, nelle condizioni date dalla contingenza. Sul punto si ritornerà nel paragrafo conclusivo. L'Associazione Italiana dei Costituzionalisti aveva peraltro dedicato al tema il suo convegno «Guerra e Costituzione», Roma, 12 aprile 2002, le cui relazioni (P. CARNEVALE, *Il ruolo del Parlamento e l'assetto dei rapporti fra Camere e Governo nella gestione dei conflitti armati*; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e attuazione della Costituzione*; A. GIARDINA, *Diritto internazionale e uso della forza*; M. DOGLIANI, *Il valore costituzionale della pace e il divieto della guerra*) si leggono nella precedente versione del sito dell'Associazione, *ad nomina auctorum*. Infine, molto interessanti per le considerazioni ispirate dall'attualità le risposte alle videointerviste – che ormai sarebbe da parrucconi che guardano indietro, sul piano delle forme ordinariamente veloci assunte anche dalla comunicazione scientifica, ignorare – chieste sul tema *Guerra e Diritto* a Gaetano Azzariti, Claudio De Fiores, Alessandra Gianelli, Cesare Pinelli, Mario Ricciardi, che possono essere ascoltate via *web* nel *blog Orizzonti del Diritto Pubblico*.

La guerra autodifensiva (com'era inevitabile stabilire da parte di un Paese ri-nato in un'alleanza liberatrice dalla dittatura con altri democratici occidentali, arricchita per di più da un moto del popolo in armi²¹) è pertanto per noi lecita, come comprovano la presenza di disposizioni che prevedono chi debba dichiararla e come condurla (artt. 87 e 78, 52 e 54 Cost.)²², nonché l'adesione al trattato istitutivo della NATO, di cui l'Italia è membro fin dall'istituzione (1949), posto che

²¹ Qui rinvio al bel libro di G. FILIPPETTA, *L'estate che imparammo a sparare. Storia partigiana della Costituzione*, Milano, 2018: un lavoro costruito su una documentazione d'archivio spesso in precedenza non disponibile, che, ripercorrendo esistenze individuali e storie delle bande e delle Repubbliche partigiane, unisce con singolare nettezza già dal titolo la resistenza armata e la proiezione alla rifondazione di un ordine costituzionale democratico, per la cui edificazione le esperienze di ritrovato autogoverno che si vennero facendo in quella stagione furono dunque imprescindibili, a conferma di quanto si dice nel testo. Si veda anche ID., *L'eredità della Resistenza in Per una storia costituzionale italiana attraverso la letteratura*, a cura di G. Bascherini e G. Repetto, Milano, 2022, 67 ss., saggio che – nella stimolante prospettiva propria del bel volume collettaneo in cui è contenuto – analizza il modo in cui la letteratura italiana viene rispecchiando il progressivo spegnersi delle speranze di rinnovamento della vita civile e delle istituzioni che il moto partigiano aveva acceso.

²² In molteplici scritti successivi all'11 settembre 2001, di cui uno monografico – *Guerra e Costituzione (Nuovi conflitti e sfide alla democrazia)*, Bologna, 2004 – G. DE VERGOTTINI ha riproposto e via via aggiornato e approfondito una tesi costante: l'obsolescenza della formula costituzionale dell'art. 78, se intesa letteralmente e tuttavia anche la permanente validità del principio che se ne trae, ossia quello per cui l'operato del Governo ha in ogni caso bisogno di un'autorizzazione parlamentare, con direttive e limiti, di fronte tanto alle trasformazioni della guerra nel modo di essere condotta, quanto delle varianti oggi assunte dalla nozione e dal tipo di nemici da affrontare (ad esempio, terroristi animati da radicalismo religioso). L'ultimo contributo dell'autore in ordine di tempo è *La Costituzione e il ritorno della guerra*, relazione conclusiva al ricordato Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/ 2022, 71 ss. Sia qui consentito richiamare l'attenzione su un punto, sollevato da chi scrive ad altro titolo, ma proprio rispetto all'art. 78 (S. PRISCO - F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid*, 24 marzo 2020, 5 s. Se è vero che la disposizione in questione non ha trovato applicazione per la guerra in senso proprio, sarebbe invece da esplorare la possibilità di introdurvi un ulteriore comma, che contenga una riserva di legge costituzionale che a sua volta individui organi, forme, modi e limiti per la gestione ordinata delle emergenze ambientali e sanitarie. Non possiamo infatti illuderci che la pandemia da Covid 19 sia l'ultima e che non saremo inoltre mai interessati da catastrofi ambientali (mentre si scrive, ad esempio, la siccità che affligge l'intero Paese). Provvedervi, come si è fatto, sulla base del Codice della protezione civile, di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e della decretazione d'urgenza ha mostrato limiti operativi e conflitti di poteri, specialmente tra Governo e Regioni, sciolti dall'intervento regolatorio *ex post* della giurisprudenza amministrativa e costituzionale. Si intenda bene: chi scrive non ha mai sostenuto che il contrasto all'epidemia da virus fosse (o sia ancora, se la si ritenga non del tutto superata) una «guerra», altro che per banale e solo impressionistica metafora e quindi non sarebbe stato possibile ricorrere al modello della disposizione in discorso *de jure condito*, giacché la portata di disposizioni aventi natura eccezionale non si può estendere per analogia. Il discorso attiene perciò al *jus condendum* e mira ad introdurre per il futuro nella nostra Costituzione, che ne manca, specifiche clausole emergenziali proprie di altre Carte democratiche contemporanee, in special modo quelle più immediatamente comparabili di Paesi a forma di governo parlamentare, come Germania e Spagna.

il rispetto dei trattati (*Pacta sunt servanda*) è prescritto dal diritto consuetudinario generale, cui ci conformiamo, in base all'art. 10 Cost. e ha rango di principio supremo vincolante (art. 117, I comma)²³.

²³ P. ROSSI, *La compatibilità con la Costituzione italiana e il diritto internazionale dell'invio di armi all'Ucraina*, in *SIDBlog*, 8 Marzo 2022, cui replicano con considerazioni critiche E. CATERINA, M. GIANNELLI, D. SICILIANO, *Il ripudio della guerra preso sul serio. Quattro tesi sull'incostituzionalità dell'invio di armi all'Ucraina*, ivi, 26 Aprile 2022. Anche nel sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti si confrontano sul tema nella rubrica mensile *La Lettera* dell'aprile 2022, più posizioni con sfumature diverse. Innanzitutto, infatti, A. ALGOSTINO, *Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra sulla democrazia*, nel senso di una sua inevitabile "militarizzazione" e della censura del dissenso interno. L'autrice ribadisce anch'ella il valore assorbente del solenne "ripudio della guerra" della nostra Carta fondamentale, traendone rigorosamente una conseguenza negativa circa la legittimità costituzionale della fornitura delle armi all'Ucraina invasa, alla quale non nega il diritto all'autodifesa collettiva, come pure l'opportunità che i resistenti ricevano da Paesi terzi aiuti non in armi e accoglienza dei profughi, ma sottolineando che ogni aiuto militare va comunque condizionato a quanto deciderà in merito il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, *dominus* di ogni possibile azione e peraltro oggi paralizzato – si permette di replicarle lo scrivente – dalla circostanza che uno dei membri permanenti, con potere di veto, è appunto il Paese aggressore. In particolare, l'assunto dell'autrice che dunque l'antica massima *Si vis pacem, para bellum*, vada rovesciata in quella contraria *Si vis pacem, para pacem*, indica il condivisibile obiettivo, che tuttavia deve (secondo quanto chi scrive ritiene) essere necessariamente approssimato attraverso posizioni intermedie. Per quanto il brocardo classico appaia dunque paradossale – come osserva L. BUSCEMA, *Si vis pacem para bellum. La guerra e i suoi paradossi*, in *Il diritto pubblico e i suoi paradossi*, volume collettaneo a cura di A. Morelli, Napoli, 2022, 11 ss. – la condizione di debolezza dell'Onu e i fallimenti delle mediazioni diplomatiche finora tentate da singoli Paesi terzi implicano che una mancata fornitura di armi difensive all'Ucraina esporrebbe la sua popolazione non filorussa all'ulteriore squilibrio nei rapporti di forza e a rischi ancora più grandi per la vita di quelli già subiti, a meno che la pace non debba intendersi puramente e semplicemente come resa. Si aggiungono al primo gli interventi di G. PISTORIO, *La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine, tra interpretazioni costituzionalmente e internazionalmente conformi e (ir)regolarità costituzionali*, che esamina la posizione pacifista integrale riferita, ma anche quella favorevole ad aiuti in armi di carattere difensivo e semmai pone l'accento sulla debolezza del ruolo delle Camere nell'orientare il Governo e quello di G. L. CONTI, *Aristotele, l'atimia e la guerra in Ucraina*, che, ricordando un editto di Solone, condanna non la nettezza delle posizioni di fronte a una guerra, ma all'opposto il fatto che non se ne assuma alcuna, cui contrappone dunque la necessità dello schierarsi, il che – ai sensi della Costituzione – ritiene non potere implicare altro che il sostegno, anche con l'invio di armamenti, al Governo di Kiev. Beninteso, ad avviso di chi qui scrive, la partecipazione emotiva e operativa alla difesa dell'agredito è cosa diversa dall'analisi critica delle cause anche remote delle tensioni che alla guerra hanno condotto; al riguardo, lo sforzo dello studioso che tenga alla deontologia professionale non potrebbe che essere diretto, per quanto questo sdoppiamento finisca per riuscirgli complicato, all'approfondimento non "militante" delle radici storiche delle posizioni dei belligeranti, senza cioè sconti per alcuno dei due. Si legga infine anche l'esame sintetico, ma complessivo, della questione condotto nell'editoriale di S. CASSESE, *Ucraina, Costituzione e diritto di difesa*, in *Corriere della Sera*, 6 Giugno 2022, anch'egli persuaso che l'invio di armi ai resistenti ucraini non contrasti con la Costituzione. In conclusione, sul punto, se è vero che «La guerra è un assassinio di massa, la più grande disgrazia della nostra cultura» e dunque «garantire la pace mondiale dev'essere il nostro principale obiettivo politico, un obiettivo molto più importante della scelta tra democrazia e dittatura, o tra capitalismo e socialismo. Non esiste, infatti, la possibilità di un sostanziale progresso sociale finché non sia istituita una organizzazione internazionale tale da impedire effettivamente la guerra tra le nazioni della terra» (così H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, cit.,

Va qui inoltre ricordata la legge n. 185 / 1990, concernente esportazione, importazione e transito di materiali di armamento, che inibisce di negoziare tali oggetti «in contrasto con la Costituzione, con gli impegni internazionali dell'Italia e con i fondamentali interessi della sicurezza dello Stato, della lotta contro il terrorismo e del mantenimento di buone relazioni con altri Paesi, nonché quando manchino adeguate garanzie sulla definitiva destinazione dei materiali» (art. 1, comma 5), mentre il successivo comma inibisce siffatte operazioni anche «verso i Paesi in stato di conflitto armato, in contrasto con i principi dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite, fatto salvo il rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia o le diverse deliberazioni del Consiglio dei ministri, da adottare previo parere delle Camere». Si può dunque *a contrario* compierle in favore di Paesi che siano armati per esercitare la legittima difesa collettiva, *ex art.* 51 della Carta dell'Onu²⁴.

introd.), è altresì purtroppo evidente che anche gli eventi tuttora in corso al confine orientale dell'Europa dimostrano le carenze di questa garanzia di effettività. Kelsen stesso individua quanto sopra assunto come un principio di politica del diritto (i corsivi nella sua frase sono appunto nostri). È dunque auspicabile, ma purtroppo di fatto non ancora vero, che la pace sia un principio (G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, 206 ss., un dovere (così A. RUGGERI, *La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla ad ogni costo*, in *Consulta online*, editoriale, 27 febbraio 2022) che riesca in fatto ad imporsi senza riserve e contrasti, al di là di una generica e solo declamata aspirazione generale. Lo ammette lo stesso sostenitore dell'assunto (T. GRECO, *Il sogno di Einstein o della pace come principio. Una rilettura del pacifismo giuridico*, di prossima pubblicazione ne *Il Mulino*, 2022, che leggo in anticipo per la cortesia dell'Autore e dal quale riprendo i rinvii bibliografici), che non ritiene dunque che «la forza possa essere eliminata dalle vicende umane», ma esprime comunque la «convizione che la forza possa essere regolata, se non ingabbiata definitivamente», potendosi a suo avviso sostenere «che l'unico modo per legittimare e giustificare il momento coattivo è far sì che esso non si fondi per così dire su se stesso — come forza che deve negare un'altra forza — ma trovi le sue ragioni in tutti gli altri elementi che la tradizione del pacifismo giuridico ha insistentemente e in ogni occasione messo in campo» (9 dell'estr. anticipato). Il che, a nostro sommo avviso, è sommamente auspicabile, ma presuppone una diversa natura umana. Dunque, anche l'autore appena citato deve rilevare che «*Per il momento* (il corsivo è nostro), l'ipotesi di un possibile circolo virtuoso (che identifichi sempre più la realtà effettuale con la pratica democratica, *n. d. r.*) deve cedere il passo alla realtà dei fatti, nella quale si realizza il circolo vizioso che Bobbio (del quale l'a. richiama qui *Democrazia e sistema internazionale*, nel suo *Il futuro della democrazia*, Torino, 1991, 218) formula nel modo seguente: «gli stati potranno diventare tutti democratici soltanto in una società internazionale compiutamente democratizzata. Ma una società internazionale compiutamente democratizzata presuppone che tutti gli stati che la compongono siano democratici», che è esattamente il paradosso del *Comma 22*, titolo del romanzo di J. HELLER, trad. it. Milano, 1963 (ed. or. *Catch 22*, New York, 1961), a norma del quale — si tratta, com'è noto, di una clausola nella realtà inesistente, riferita dal romanziere alla normativa che disciplinava i voli dei piloti di bombardieri statunitensi durante la seconda guerra mondiale — «Chi è pazzo può chiedere di essere esentato dalle missioni di volo, ma chi chiede di essere esentato dalle missioni di volo non è pazzo».

²⁴ Un'elaborazione della materia condotta in termini di voce enciclopedica chiara e incisiva, ma in realtà di respiro monografico, verso la quale resto debitore, è quella di P. GARGIULO, *Sicurezza*

Quanto al Trattato istitutivo nordatlantico, centrale in esso è l'art. 5, a tenore del quale ogni attacco armato contro una delle nazioni partecipanti verrà considerato rivolto contro tutti i Paesi membri, i quali assisteranno la parte o le parti attaccate prendendo immediatamente, individualmente o in concerto con le altre, tutte le azioni che ritengono necessarie, incluso l'uso della forza armata. Rilevante, per quanto qui discusso, anche l'art. 4, a tenore del quale «Le parti si consulteranno ogni volta che, nell'opinione di una di esse, l'integrità territoriale, l'indipendenza politica o la sicurezza di una delle parti fosse minacciata»: va notato che le operazioni belliche in corso premono infatti ai confini di Paesi della Nato, Polonia e Romania, verso i quali si snoda il flusso dei profughi dall'Ucraina²⁵.

L'organizzazione è sopravvissuta alla fine della “guerra fredda” e allo scioglimento del Patto di Varsavia, cui si opponeva, espandendosi, ossia inglobando Paesi dell'ex area di influenza sovietica che ne hanno fatto richiesta dopo il 1989 e assumendo nuove finalità.

4. Assunto il quadro normativo – stratificato e di non semplice ricostruzione – appena sintetizzato, problemi interpretativi concernono innanzitutto l'uso dei termini “guerra” e “attacco armato”, che la dichiarazione resa dal Presidente Putin nella notte tra il 22 e 23 febbraio 2022, in concomitanza con l'intervento e in precedenza ricordata in nota, non usa, parlando piuttosto di “operazione militare speciale”, attivata su richiesta delle Repubbliche filorusse del Donbass²⁶ e soprattutto l'estensione della nozione di legittima difesa. Taluni intendono infatti

collettiva (*Diritto internazionale*), in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, IX, Milano, 2016, 880 ss. Si può aggiungere ad essa, su un tema di centrale e stingente attualità, il volume di M. SOSSAI, *Sanzioni delle Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Roma, 2020 (spec. 36 ss., per il possibile ruolo in proposito dell'Unione Europea).

²⁵ In termini (e sulla questione dei volontari, se non organizzati dai comandi militari del Paese di cui sono cittadini, i quali – se si tratta di Italiani – per l'art. 270 del nostro codice penale sono passibili di reato), G. M. FLICK, “Un reato arruolarsi da volontari in Ucraina. Legittime le armi a Kiev”, intervista di E. Occorsio, in *Repubblica*, 4 marzo 2022.

²⁶ In un'intervista del 25 giugno 2022 a M. Imarisio del *Corriere della Sera*, A. Klimov, senatore del partito putiniano “Russia Unita” e vicepresidente della Commissione esteri della Camera alta della Duma, a domanda risponde che «Molti di noi, me compreso, hanno parenti in Ucraina. Questa è la ragione per cui conduciamo l'Operazione militare speciale con una serie di limitazioni. A differenza di una guerra vera, non si tratta di distruggere un Paese o un popolo». Di fronte alle notizie di bombardamenti anche di obiettivi non militari, di stragi di civili, di deportazione forzate degli stessi e di russificazione dei territori occupati, di cui ragiona sul medesimo quotidiano il giorno successivo E. GALLI DELLA LOGGIA, *I silenzi sui crimini di Mosca*, v'è da chiedersi che cos'altro potrebbe accadere se tali limitazioni non vi fossero.

evolutive ammissibile anche quella preventiva, come si evince dalle note vicende che hanno riguardato ad esempio l'intervento armato con bombardamenti in Serbia del 1999, a difesa della popolazione albanese nel Kosovo, l'applicazione da parte statunitense della normativa antiterrorismo dopo l'11 settembre 2001, nonché la seconda guerra del Golfo del 2003, giustificata con la necessità di prevenire l'uso da parte irachena di armi nucleari, di cui si è in seguito dimostrata l'insussistenza in capo ad essa.

Ci si è altresì chiesti se sia costituzionalmente legittimo l'invio di armi e strumenti difensivi a Paesi terzi rispetto alla Nato, senza perciò divenire cobelligeranti.

Il dibattito tecnico-politico in proposito è stato ricco. Al netto di un impegno diretto delle nostre forze armate in missioni di interposizione tra i contendenti e poi di ricostruzione dei Paesi invasi – che non costituisce materia di discussione poiché dichiaratamente non coinvolge in linea teorica operazioni militari belliche, bensì di militari, ma *per la pace*²⁷ – le ragioni a favore di un invio e di un'assistenza circoscritti (lasciando cioè, per intendersi, l'eventuale soccorso individuale al Paese aggredito all'autodeterminazione diretta e personale di nostri singoli connazionali che si arruolino allo scopo in corpi militari stranieri già formati, senza che l'Italia fornisca insomma a tale comportamento una copertura istituzionale ed evitando altresì di partecipare a una eventuale *no-fly zone* stabilita da altri Paesi rispetto allo spazio aereo di quello invaso) sembrano prevalenti e costituzionalmente fondabili, alla luce dell'interpretazione sistematica che si trae dal compendio normativo sopra sintetizzato, come declinazione attiva del principio pacifista, collegato al suo profilo internazionalista, come meglio si dirà nel paragrafo conclusivo.

Il nostro Governo ha infine adottato i dd. ll. 14 e 16/2022 sull'invio di armi (il cui elenco e la cui natura restano secretati) all'Ucraina, diversi anche in quanto nel primo sono escluse le “armi letali” e nel secondo tale limitazione è stata eliminata e se ne è vincolato l'invio a un atto di indirizzo delle Camere, intervenuto infatti il 1° marzo, mediante due risoluzioni parlamentari dall'identico testo, che impegnano il Governo «ad assicurare (...) – tenendo costantemente informato il Parlamento e in modo coordinato con gli altri Paesi europei e alleati – la cessione

²⁷ In proposito, G. DE VERGOTTINI, *Costituzione e missioni militari all'estero*, in *Federalismi.it*, 1/2019, 18 ss.; si muove sul piano politologico, ma nella medesima direzione, A. CARATI, *L'intervento militare democratico. Le nuove pratiche dell'ingerenza e la crisi della sua natura temporanea*, Milano, 2010, entrambi constatando che talora le missioni sono state coinvolte in vere e propri interventi bellici, sia pure motivati col richiamo legittimante a prestare la loro opera in luoghi e in ragione di emergenze di carattere umanitario, ossia di aiuto a popolazioni attaccate. *Adde* altresì G. LIANI - G. L. CECCHINI, *L'inconfessabile virtù. Machiavelli, Shakespeare, Mazzarino e la violenza nella lotta politica*, Padova, 2016, 103 ss.

di apparati e strumenti militari che consentano all'Ucraina di esercitare il diritto alla legittima difesa e di proteggere la sua popolazione».

5. Il conflitto bellico che lambisce oggi l'Europa provoca, per riepilogare e in conclusione, il giurista che voglia tenere fede all'*ethos* proprio della sua funzione – quello di essere sì un tecnico, ma non ponendosi in modo neutrale rispetto ai valori, cui spetta dunque spendersi per il superamento dei conflitti in vista della loro equa composizione e per la riaffermazione della convivenza pacifica tra gli uomini e tra i popoli – a dispiegare di fronte ai problemi elencati le risorse del proprio sapere alla luce e alla prova dei principî che i documenti sopra ricordati hanno fissato e nei termini che si sono indicati, ma nondimeno restando attento a mantenere realismo di analisi e di proposta, evitando cioè che idealità pur nobili lo facciano deviare dal rigore argomentativo²⁸.

Si tratta cioè di prendere atto tanto di una sostanziale vocazione del nostro Paese alla pace, quanto del fatto che il pacifismo della Costituzione italiana non è però radicale nella forma e negli intenti, come si è chiarito sopra.

Da un lato, dunque, esso non è confondibile col regime di disarmo perpetuo imposto *ab externo* nelle rispettive Costituzioni postbelliche a Germania e Giappone (per le modalità diverse dei tre Paesi già alleati nell'essere usciti dalla seconda guerra mondiale), dall'altro nemmeno vincolante alla neutralità, come *de jure* accade a Svizzera, Austria e Malta e *de facto* a Irlanda, Finlandia, Svezia, in un assetto che peraltro – in molti Stati appena elencati – appare oggi in movimento²⁹.

²⁸ Si è perspicuamente osservato che perfino in ordine alla pretesa in teoria più esigente, quella di disciplinare a priori (se non l'esercizio del potere costituente, per definizione libero giuridicamente, se non sul piano dei vincoli storico-politici) la profondità e i limiti della revisione dell'assetto fondamentale dell'ordinamento giuridico, «la rigidità della costituzione, sia sul piano della riflessione logico-teoretica, sia nell'esperienza storica, può ritenersi essere anzitutto un tentativo di disciplina della metamorfosi dell'ordinamento-struttura, e, solo indirettamente, un fattore di resistenza o, più genericamente, di (relativo) condizionamento dinanzi al continuo evolversi dei processi di differenziazione del sottosistema giuridico»: così F. RIMOLI, *Identità e metamorfosi: qualche considerazione sui luoghi del mutamento costituzionale*, ora in *Democrazia, pluralismo, laicità. Di alcune sfide del nuovo secolo*, Napoli, 2013, 3 ss. (31 per la citazione; il corsivo è nostro). Il che vale quanto dire che il giurista democratico non deve certo arrendersi al fatto compiuto, però è necessario che sia consapevole di quello che presi da soli i suoi strumenti possono fare, in termini di (in)certezza che la realtà futura evolva assecondando i binari del mutamento prefigurati dalla sua scienza, se non vuole peccare di *hybris* e ridursi nell'effettività all'astratto e sterile moralismo predicatorio e all'insignificanza di ruolo.

²⁹ Per l'esame sul punto delle diverse Costituzioni dei Paesi ricordati, si rinvia ancora ad A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre*, cit., 129 ss. L'Autrice ha aggiornato all'attualità le sue riflessioni in *Guerra e Costituzioni: spunti dalla comparazione*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/ 2022, 48, ss., altra relazione al sopra ricordato Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

Ai sensi della Costituzione e del suo seguito legislativo *in parte qua*, insomma, si è piuttosto di fronte a un pacifismo che può anche armarsi – all'occorrenza – ma beninteso è legittimamente attivabile in forma bellica nei limiti solo difensivi, nostri o dei Paesi soccorsi, sopra riepilogati e secondo le indicate finalità, ossia essendo costituzionalmente legittime solo le azioni proiettate comunque a preparare, attraverso interventi diplomatici, le condizioni per trattative e accordi che non perdano di vista l'obiettivo della cessazione dei conflitti armati e della ricerca di giusti equilibri internazionali, cui siamo vincolati dalla seconda parte dell'art. 11 della Costituzione.

Si è in proposito parlato di relativizzazione nel tempo della clausola del ripudio della guerra, segnalando in particolare la tendenza al cambiamento di natura e alla stabilizzazione di interventi di *peace keeping*, nati per essere temporanei, della quale si è detto prima³⁰.

Coerentemente, la «difesa della Patria» cui sono tenuti i connazionali (sia pure non con iniziative volontarie, ma sempre attraverso le forze armate e sotto la guida del Governo) si colora in tale interpretazione evolutiva, che prende compiutamente atto dell'assetto post-wesfaliano della comunità internazionale, di significato e toni non nazionalistici: la Patria diventa insomma, per l'apertura internazionalista del neocostituzionalismo che è simmetrica all'internazionalismo costituzionalizzato – con movimento dunque convergente dal basso e dall'alto³¹ – una nozione di appartenenza «ideale», intesa a identificare non unicamente il

Si tratta di un documentato studio sull'attuale renitenza delle classi politiche a utilizzare la qualificazione formale di guerra per i conflitti di tale genere, quando intrapresi dai rispettivi Paesi, sulle nome di taluni testi costituzionali europei che proceduralizzano lo svolgimento dette operazioni, il diverso approccio invece statunitense e le conclusioni relative al coinvolgimento, in ogni caso, delle rispettive assemblee politiche, ma in termini che condividono il giudizio di desuetudine applicativa di de Vergottini che parimenti si è rammentato, mentre, nell'intervento effettuato con molto *pathos* nel medesimo Seminario, ne rivendica la necessaria rivitalizzazione esigente e legittimante ogni successivo impegno in proposito del Governo B. PEZZINI, *Per un ordine della sovranità disarmata*, ivi, 66 ss. Sulle Costituzioni pacifiste successive alla seconda Guerra mondiale, lo studio capitale resta quello ponderoso di M. LOSANO, *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Frankfurt-am-Main, Max Planck Institute for Global History, 2020.

³⁰ In termini già M. DOGLIANI, *Il divieto costituzionale della guerra*, in *www.Costituzionalismo.it*, 1/2003.

³¹ Questo duplice movimento è appunto la chiave di lettura entro la quale M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/2022, 6 ss., inquadra la propria relazione al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti in precedenza richiamato. In termini, si veda ora anche O. CARAMASCHI, *Il costituzionalismo globale: teorie e prospettive*, Torino, 2022, il quale passa con analogo spirito sotto la lente del confronto critico le visioni che lo costruiscono come *globalizzazione del diritto costituzionale*, 65 ss. e quelle per le quali è il fenomeno è una «costituzionalizzazione» del diritto internazionale, 119 ss.

suolo nazionale, il cui spazio va difeso, ma il complesso dei valori democratici della nostra Costituzione, dovunque essi siano messi in causa e si presentino in pericolo, sicché siffatta rilettura pone l'accento non solo sul diritto del Paese al non intervento, ma anche sulla responsabilità che consegue al suo ruolo nella comunità internazionale, per effetto degli impegni derivanti dai vincoli contratti e in precedenza ricordati³².

Si fa avanti, in definitiva, una lettura della Carta Costituzionale più “fluida” *in parte qua*, che asseconda (se si intende valutare la situazione attuale con il realismo che ci si è permessi di invocare come l'atteggiamento metodologicamente più corretto) il mutamento storico del contesto internazionale e la reazione del nostro Paese alle circostanze contingenti e – in esso – il suo accresciuto protagonismo che sembra oggi intravedersi sulla scena politica dell'Unione Europea, pur continuando essa a mancare di un effettivo indirizzo unitario della politica estera, in conseguenza della ricerca di una maggiore coesione fra i governi nazionali che emerge come effetto di carattere assieme immediatamente difensivo, ma anche proiettivo verso il futuro, da quasi un triennio di emergenza pandemica e ora delle operazioni belliche che si manifestano ai suoi confini³³.

³² In termini, si legga V. ONIDA, *Guerra, diritto, costituzione*, ne *Il Mulino*, 5/1999, 958 ss., a commento dell'intervento della Nato nei Balcani: «L'apertura sovranazionale e sovrastatale della nostra Costituzione e delle dottrine costituzionalistiche democratiche è tutta e solo nel senso della costruzione di un “ordine” internazionale: un ipotetico regresso dell'ordinamento internazionale verso forme di pura e semplice legittimazione della forza (la concezione e la prassi tradizionale della guerra) condurrebbe ad una insanabile contraddizione con l'“anima” della Costituzione e con i principi del costituzionalismo: che è, sì, prodotto storico, ma carico di una sua “ideologia” inconfondibile e irrinunciabile, fin da quando esso nasce con le carte della fine del Settecento. Si tratta, allora, non di abbandonare il principio del ripudio della guerra, ma di sviluppare le premesse e le condizioni di quell'ordinamento internazionale pacifico e giusto cui l'articolo 11 finalizza l'apporto del nostro Stato. Con queste premesse e condizioni le esigenze di tutela dei diritti umani universali, e dunque anche le istanze di “ingerenza umanitaria”, non contraddicono affatto: anzi esse ne costituiscono logico sviluppo» (959, corsivo nostro). Si vedano altresì sul punto le interessanti riflessioni di S. BENVENUTO, *Cosa significa “Patria” oggi*, in *Doppiozero.com*, 10 Novembre 2019.

³³ Sia sul punto permesso il rinvio a S. PRISCO - M. TUOZZO, *Dalle crisi nuove opportunità per l'Unione Europea. Programmazione economica, solidarietà sociale, coesione territoriale*, in corso di pubblicazione in *Italian Papers on Federalism*, rivista giuridica *on line* dell'Issirfa – CNR, 2/2022.

RIFLESSIONI DI DIRITTO COMPARATO E STRANIERO

*Il poliglotta conosce molte lingue, ma non sa misurarne le differenze,
né quantificarle, cose che, tutte, il linguista sa fare.
Così il comparatista possiede un insieme di nozioni
e di dati appartenenti a diversi sistemi giuridici,
e sa inoltre porli a confronto, misurandone le diversità o somiglianze.*

RODOLFO SACCO, *Introduzione al diritto comparato*

Radici storiche e problematiche costituzionali del conflitto russo-ucraino*

di CRISTINA CARPINELLI

SOMMARIO: 1. Il periodo sovietico. Le Repubbliche federate. – 2. Il periodo post-sovietico. La nascita delle Repubbliche indipendenti. – 3. Uno sguardo dall'interno. La Repubblica Ucraina. – 3.1. La Repubblica Autonoma di Crimea. – 3.2. La grande svolta. La rivoluzione arancione. – 3.3. L'involuzione politica. Il ritorno agli anni Novanta. – 3.4. Il cambio di paradigma. “*Live in a new way!*”. – 3.5. Il trionfo del “servo del popolo”. – 4. Conclusioni.

1. *Il periodo sovietico. Le Repubbliche federate*

Negli anni della perestrojka di M. Gorbačëv, nessuno in Ucraina o in Russia poteva immaginare che le “gemelle siamesi dell'Europa Orientale” (così venivano chiamate a Mosca) fossero prossime ad un'imminente separazione. La discussione in quegli anni era concentrata sul fatto se subito dopo la rivoluzione russa fosse stato davvero creato un nuovo soggetto federato ucraino, con proprie peculiarità¹, oppure se la Repubblica Socialista Sovietica Ucraina (RSSU) fosse da considerarsi, più appropriatamente, il frutto di un compromesso tra il nazionalismo ucraino e il centralismo russo, la manifestazione dell'effettivo equilibrio di spinte antagoniste, nessuna delle quali era, tuttavia, abbastanza forte per potersi affermare completamente². Su quali basi era stata creata la RSSU? Dopo la rivoluzione russa, l'Ucraina veniva divisa in due parti, tenuto conto delle due entità politiche emerse dopo il crollo dell'impero russo e di quello au-

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

* Il sistema di traslitterazione usato in questo saggio, per nomi e parole ucraine, è quello ufficiale (approvato dal Gabinetto dei Ministri dell'Ucraina il 27 gennaio 2010 con Delibera n. 55); mentre quello usato per nomi e parole russe è la traslitterazione scientifica (*International Scholarly System*).

¹ G.G. YEFIMENKO, *Bilshovytskyi tsentr i Radianska Ukraina: ekonomichni aspekty natsionalnoi polityky Kremlia u 1917-1925 rr.* (Il Centro bolscevico e l'Ucraina sovietica: aspetti economici della politica nazionale del Cremlino nel 1917-1925), in *Ukrainskyi istorychnyi zhurnal*, n. 2, 2009, pp. 96-97.

² I. LYSIAK-RUDNYTSKYI, *Pryroda ukrainskoi nadianskoi derzhavnosti* (La natura della statualità ucraina sovietica), in *Istorychni Ese*, U 2 t. T. 2, Kyiv, 1994, p. 458.

stro-ungarico: la Repubblica Nazionale dell'Ucraina Occidentale, con capitale Leopoli, e la Repubblica Popolare Ucraina, con capitale Kharkiv. Nel 1919 le due Repubbliche annunciavano la loro unificazione, firmando l'*Akt Zluky* (Atto di Unione)³, e nel 1922 la Repubblica Popolare Ucraina unificata entrava a far parte dell'URSS, acquisendo il nome di RSSU, la cui capitale era inizialmente Kharkiv, per diventare poi, nel 1934, Kyiv. La prima Costituzione dell'Unione Sovietica, ratificata nel gennaio 1924, stabiliva che le Repubbliche costituenti⁴ potevano conservare il diritto formale di secessione (Capitolo II - art. 4). La loro giurisdizione si limitava agli affari interni, mentre l'autorità per le relazioni estere, la difesa, il commercio e i trasporti era attribuita agli organi supremi del potere dell'URSS (Capitolo I e II).

Nel corso degli anni, la geografia politica della RSSU aveva subito trasformazioni significative⁵. La modifica intermittente dei confini non aveva certo agevolato la costruzione di un'identità nazionale, resa più complicata dalla presenza di minoranze linguistiche sul territorio (russe⁶, bielorusse, tedesche, moldave, ungheresi, romene, ceche, ebraiche, greche, bulgare, tatari, ecc.), testimoni di secolari sedimentazioni multiethniche in quella "terra sul confine"⁷. Ancora oggi nel Paese è in corso un travagliato processo di *state building*. Lo testimoniano due tardive riforme, una di carattere religioso e l'altra di carattere politico: 1) la nascita, ufficialmente sancita dal Concilio di Unificazione, tenutosi a Kyiv presso la Cattedrale di Santa Sofia nel 2018, della Chiesa ortodossa dell'Ucraina

(con l'unione delle due Chiese ortodosse ucraine – quella autocefala e quella sotto l'autorità del patriarcato di Kyiv), di cui il patriarca ecumenico di Costantinopoli aveva riconosciuto l'autocefalia con *tomos* del 5 gennaio 2019. La Chiesa ortodossa ucraina legata al patriarcato di Mosca aveva espresso la sua forte contrarietà nei confronti di tale unificazione, "temendo un'emorragia di fedeli verso la Chiesa del patriarcato di Kyiv, secondo lo slogan caro agli autocefalisti 'una nazione, una lingua, una chiesa'"⁸. La frattura religiosa in seno al mondo ortodosso si era successivamente sovrapposta alla guerra russo-ucraina del 2022, provocando un'altra crepa nell'ortodossia: Onufrij, metropolita di Kyiv e di tutta l'Ucraina, a capo della Chiesa ortodossa ucraina fedele al patriarcato di Mosca aveva espressamente definito l'invasione russa dell'Ucraina un "disastro":

*Defending the sovereignty and integrity of Ukraine, we appeal to the President of Russia and ask him to immediately stop the fratricidal war. (...) The Ukrainian and Russian peoples came out of the Dnieper Baptismal font, and the war between these peoples is a repetition of the sin of Cain, who killed his own brother out of envy. Such a war has no justification either from God or from people*⁹.

2) l'entrata in vigore nel luglio 2019 della nuova legge linguistica "Sulla garanzia del funzionamento della lingua ucraina come lingua di Stato"¹⁰.

La complessità storica aveva contribuito a creare, nella terra sul confine, "due Ukraine", con il fiume Dnipro (che attraversa il territorio da nord a sud), che fungeva da linea di demarcazione immaginaria: una parte occidentale e centrale del Paese, dominata per lunghi tratti dalla Confederazione lituano-polacca, legata alla Chiesa Uniate (nata dopo l'Unione di Brest – 1596, che sanciva la sottomissione della Chiesa ortodossa polacco-lituana alla giurisdizione del papato di Roma, pur mantenendo il rito bizantino e dotandosi di una propria organizzazione ecclesiastica), più duramente colpita dalla carestia che si abbatté sul territorio dell'Ucraina dal 1932 al 1933, causando milioni di morti (*Holo-*

³ La Repubblica Nazionale dell'Ucraina Occidentale entrava a far parte della Repubblica Popolare Ucraina, pur conservando un'ampia autonomia, e veniva ribattezzata "Regione occidentale della Repubblica popolare ucraina". L'Atto di Unificazione (*Akt Zluky*) fu un accordo firmato il 22 gennaio 1919 dalla Repubblica Popolare Ucraina e dalla Repubblica Nazionale dell'Ucraina Occidentale nella piazza di Santa Sofia a Kyiv. Dal 1999, il 22 gennaio è un giorno di festa nazionale, il "Giorno dell'Unità dell'Ucraina".

⁴ RSSF Russa, RSS Bielorussa, RSS Ucraina e RSSF Transcaucasica (la Georgia, l'Armenia e l'Azerbaïjan, inizialmente appartenenti alla RSSF Transcaucasica, dal 1936 divennero Repubbliche socialiste sovietiche indipendenti).

⁵ Nel 1939 fu annessa alla RSSU parte del territorio polacco, inclusa l'importante città di Leopoli; nel 1945 fu incorporata la Rutenia cecoslovacca (Transcarpazia), e nel 1948 le isole romene, tra cui l'Isola dei Serpenti. Infine, il 19 febbraio 1954 Mykyta Khrushchov cedette la Crimea.

⁶ È la minoranza nazionale più cospicua: 17,28% della popolazione totale (censimento della popolazione per gruppi etnici 2001) concentrata soprattutto nella parte orientale e sud-orientale del Paese.

⁷ «...il toponimo Ucraina deriva (...) dall'antico slavo orientale *u okraina*, formato da *u* "vicino, presso" e *okraina* "periferia", la radice slava *krāj* "limite", "bordo". Ved. A. DE NARDIS, *Preistoria in Ucraina*, in *Autrici di civiltà*, 27.02.2022. Attualmente, la parola "ukraina" è tradotta nel significato di terra "al margine", o "sul confine".

⁸ Intervista a Giovanni Codevilla, già docente associato di Diritto ecclesiastico comparato e Diritto dei Paesi socialisti presso l'Università di Trieste, autore dell'opera monumentale *Storia della Russia e dei Paesi limitrofi. Chiesa e Impero*, Milano, 2016. Ved. A. TORNIELLI, Codevilla: "Prendere di punta la Russia è la scelta peggiore", in *La Stampa*, 18.10.2016.

⁹ C. GIANGRAVÉ, J. JENKINS, *Moscow and Ukrainian Orthodox leaders call for peace – but define it differently*, in *RNS (Religion News Service)*, February 24, 2022.

¹⁰ C. CARPINELLI, *Ucraina: la questione della lingua e le sue fasi di evoluzione politica e legislativa*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società (NAD)*, vol. 1, n. 2, 2019, p. 79 (DOI: <https://doi.org/10.13130/2612-6672/12548>).

domor), e culla dell'etno-nazionalismo ucraino¹¹; una parte orientale (e sud-orientale) del Paese, territorio della Rus' di Kyiv, sede di Principati in lotta tra di loro – passata sotto il controllo della Russia a seguito della guerra russo-polacca (1654-1667)¹², delle spartizioni della Polonia e delle cessioni da parte dell'impero ottomano (inclusa la Crimea) durante il regno della zarina Caterina II la Grande¹³ – storicamente legata a Mosca e alla Chiesa ortodossa russa, subendo la russificazione culturale nel periodo imperiale zarista¹⁴. La politica coloniale della Russia degli zar, iniziata nella seconda metà del Seicento, era culminata nel Settecento con la distruzione dell'Etmanato cosacco (1649-1764)¹⁵, che fu il primo nucleo statale amministrato dai cosacchi nei territori dell'odierna Ucraina. Proprio sotto l'atamano, Pylyp Orlyk, fu promulgata dal Consiglio dei cosacchi la prima Costituzione ucraina (*Pacta et Constitutiones legum libertatumque Exercitus Zaporoviensis*, detta la Costituzione di Pylyp Orlyk – 5 aprile 1710). Pilastro principale della *Pacta* era la dichiarazione d'indipendenza dell'Ucraina sia dalla Polonia sia dalla Russia¹⁶. Tuttavia, la Costituzione non entrò mai in vigore, poiché Pylyp Orlyk non riuscì nel suo intento di unire

l'Ucraina in un grande Stato indipendente¹⁷. Oggi, gli ucraini riconoscono la *Pacta* a tutti gli effetti come la loro prima Costituzione¹⁸. La russificazione culturale nella parte orientale del Paese proseguì anche nel periodo sovietico, accompagnata dall'industrializzazione promossa dal Partito Comunista dell'Unione Sovietica (PCUS). Un'altra storia di divisione (su scala più piccola) era quella che vedeva coinvolta la Repubblica Autonoma di Crimea¹⁹. I tatar, musulmani turcofoni della Crimea, che prima della loro deportazione (*Sürgün*) verso la RSS Uzbeke, organizzata per ordine di Stalin nel 1944²⁰, costituivano la comunità più numerosa della penisola, al loro rientro in patria, dopo circa mezzo secolo (con il riconoscimento dell'indipendenza dell'Ucraina nel 1991), scoprirono che il territorio peninsulare era stato completamente ripopolato dai russi. Memori del genocidio perpetrato nei loro confronti con la deportazione del 1944, i tatar di Crimea serbavano rancore e ostilità verso la Russia (sentimenti che avevano invero radici più antiche²¹), e per tale motivo si erano pronunciati nel marzo 2014 contro l'annessione della penisola alla Federazione Russa (FR), boicottando il “Referendum sull'autodeterminazione della Crimea”. Una scelta che aveva avuto come conseguenza la sospensione dell'attività

¹¹ Al politico ucraino, leader dell'Organizzazione dei Nazionalisti Ucraini (OUN) e fondatore dell'Esercito Insurrezionale Ucraino (UPA), Stepan Bandera, sostenitore di una riproduzione selettiva volta alla creazione di una razza ucraina pura, è stato conferito, postumo, nel 2010, dall'allora Presidente, Viktor Yushchenko, il titolo di “eroe dell'Ucraina” (ora rimosso), e ancora oggi, nella capitale Kyiv e nell'Ucraina occidentale, S. Bandera è considerato un “eroe nazionale”. Cfr. A. FAIOLA, *A ghost of World War II history haunts Ukraine's standoff with Russia*, in *The Washington Post*, March 25, 2014.

¹² Il Trattato di Perejaslav del 1654 segnò la separazione dell'Ucraina dalla Polonia e rafforzò la potenza russa. Sottrasse i cosacchi ucraini dall'influenza polacca e li spinse nell'orbita russa. Con il trattato di Andrusovo (1667), la Confederazione lituano-polacca cedette alla Russia i territori della riva orientale del Dnipro (inclusa Kyiv), la regione del Siever e la fortezza di Smolensk.

¹³ Durante il suo regno, la zarina Caterina II estese i confini dell'impero russo per 520.000 km², assorbendo le regioni della Nuova Russia, della Crimea, del Caucaso settentrionale, della Riva destra ucraina, della Bielorussia, della Lituania, della Curlandia e Semgallia. Alla zarina Caterina II si deve la sconfitta definitiva del Khanato di Crimea (Stato tataro esistito dal 1441 al 1783), quando nel 1783 annetté all'impero zarista l'intera penisola.

¹⁴ Circolare di Valuev (1863) e decreto di Ems (1876), che proibivano la distribuzione o il possesso di qualsiasi libro in lingua ucraina. Cfr. A. MILLER, *The Russian Empire and Nationalism in the Nineteenth Century*, Budapest, 2003, pp. 117-127 e pp. 179-199.

¹⁵ Fu la zarina Caterina II di Russia ad abolire ufficialmente l'Etmanato (e la carica di atamano nel 1764), incorporandone i territori nei governatorati di Kyiv e della Piccola Russia. Si veda *Hetmanate historical state, Ukraine* (<https://www.britannica.com/topic/Hetmanate>).

¹⁶ La versione moderna in lingua ucraina della Costituzione si trova nel sito ufficiale della *Verkhovna Rada of Ukraine* (Parlamento dell'Ucraina), (<https://www.rada.gov.ua/>). Questa Costituzione è il primo documento nella storia europea che prevede la separazione dei poteri dello Stato (potere legislativo, esecutivo e giudiziario).

¹⁷ L'atamano Pylyp Orlyk formò una coalizione contro la Moscovia, con Svezia, Khanato di Crimea e Turchia e con alcune forze polacche. Nel 1711 l'esercito dei cosacchi di Orlyk rientrò in Ucraina. Nonostante il popolo ucraino sulla riva destra del fiume Dnipro si fosse schierato con Pylyp Orlyk, i cosacchi non riuscirono a sconfiggere l'esercito dei cosacchi posto sulla riva sinistra del Dnipro e sotto il dominio della Moscovia; di conseguenza, soprattutto dopo il tradimento dei turchi, Pylyp Orlyk dovette ritirarsi di nuovo a Bendery (Moldavia).

¹⁸ M. TOMENKO, *Organizing Methods of Ukrainian Democratic and Anti-Corruption Authority One may find in Pylyp Orlyk Constitution 1710*, in *Verkhovna Rada of Ukraine*, 6.04.2010 (<https://www.rada.gov.ua/en/news/News/News%202/30204.html>). Nel 2018, in occasione della “Festa della Costituzione”, il Presidente Petro Poroshenko aveva sostenuto che la Costituzione del 1710 di Pylyp Orlyk rappresentasse la fonte originaria, da cui erano scaturiti i principi dell'attuale Costituzione dell'Ucraina. Cfr. *Ukraine's leaders congratulate Ukrainians on Constitution Day*, in *interfax-ukraine*, 28.06.2018.

¹⁹ Denominata “Repubblica di Crimea”, da quando è entrata *de facto* nella Federazione Russa, e corrispondente grosso modo alla penisola omonima, fatta eccezione per la città federata di Sevastopol, che nel 2014, insieme al resto della penisola, ha dichiarato unilateralmente la propria indipendenza ed è stata annessa alla Russia.

²⁰ La deportazione fu ritenuta una punizione collettiva per il collaborazionismo dei tatar di Crimea con il regime nazista della *Reichskommissariat Ukraine* tra il 1942 e il 1943.

²¹ L'ostilità dei tatar di Crimea verso la Russia trae la sua origine nella guerra russo-turca (1768-1774), con cui fu sancita l'indipendenza del Khanato di Crimea dall'impero ottomano. Il Khanato di Crimea passò sotto il dominio zarista. Gran parte della popolazione locale (musulmana-turcofona) emigrò verso l'Anatolia, mentre coloro che rimasero nella penisola subirono una forzosa russificazione. Cfr. R.P. GERACI, *Window on the East: National and Imperial Identities in Late Tsarist Russia*, Ithaca, N.Y., 2001, pp. 3-4.

del *Mejlis*, il locale Parlamento dei tatar di Crimea²², all'indomani dell'integrazione della penisola nella FR.

La storia dell'Ucraina, divisa tra Occidente e Oriente, era stata da sempre foriera di “conflitti di faglia”: lingua, memoria storica, tradizioni, religione, cultura. Molte erano le faglie che avevano tracciato nel tempo due approcci di civilizzazione: uno filorusso e l'altro filo-occidentale.

*Since long before the Russian occupation of Crimea and the armed conflict between the Ukrainian state and the separatists in the Donbass region since 2014, the divide between the eastern and southern parts of Ukraine, on the one side, and the central and western parts of the country, on the other, has been the principal political cleavage. Ukraine's regional division presents a formidable obstacle to stability and democratic consolidation... (...) Regional preferences for political parties and presidential candidates, especially since the Orange Revolution, reveal the impact of this historical fracture. Western Ukraine supports pro-European and pro-Orange forces, and eastern and southern Ukraine support pro-Russian ones*²³.

In effetti, le “due anime” dell'Ucraina si erano sempre riflesse nel voto elettorale che dalla rivoluzione arancione del 2004 aveva nettamente evidenziato due campi contrapposti: filo-europeo e filorusso.

Durante il periodo sovietico, il georgiano Stalin, che conosceva bene la forza del nazionalismo separatista, riconobbe una forma di “autonomia” (culturale, non statale) delle Repubbliche federate, restando, comunque, quest'ultime, sottoposte a una forte guida russo-centrica, e le due Costituzioni sovietiche successive a quella del 1924 (1936 e 1977) conservarono il diritto di libera secessione dall'URSS di ogni Repubblica federata. Si può, certamente, discutere sull'efficacia dell'esercizio di questo diritto, considerando le politiche di Stalin

tese a rendere le Repubbliche interdipendenti con l'introduzione della monocoltura del cotone, a cui la leadership centralistica sovietica aveva indirizzato, ad esempio, le Repubbliche centroasiatiche²⁴, la concentrazione di grandi impianti industriali in alcune Repubbliche (es: Paesi Baltici) e, infine, le migrazioni forzate interne all'Unione con l'intento di spezzare l'omogeneità etnica presente in varie Repubbliche sovietiche. Tuttavia, l'art. 72 della Costituzione sovietica del 1977 («Ciascuna Repubblica federata conserva il diritto di separarsi liberamente dall'URSS») tornò utile a due delle tre Repubbliche slave dell'Unione, che dichiararono la loro indipendenza dallo Stato federale (Ucraina – 24 agosto 1991, Bielorussia – 25 agosto 1991) ancora prima della firma dell'Accordo di Belaveža (noto come Accordo di Minsk). Sottoscritto l'8 dicembre 1991 a Viskuli da Ucraina, Russia e Bielorussia (tre dei quattro Paesi fondatori dell'URSS nel 1922; il quarto soggetto – la Repubblica Transcaucasica, era stato dissolto nel 1936), quell'Accordo sancì la fine dell'URSS e la nascita della CSI (la Comunità di Stati Indipendenti), e legalizzò una situazione che si era già determinata nei fatti. Altri fattori di natura diversa avevano accelerato il processo di secessione. La politica sovietica di trattamento privilegiato nei confronti dell'etnia dominante in ogni Repubblica federata – allo scopo di tenere sotto controllo il “potenziale distruttivo” dei nazionalismi – aveva permesso la formazione di una classe media colta e di un'élite politica autoctona che con le riforme gorbacëviane ridussero ancora di più la loro dipendenza dal governo centrale di Mosca. Inoltre, un “Comunicato informativo sul Plenum del Comitato Centrale del PCUS” del settembre 1989 aveva annunciato «...nel complesso dei problemi connessi alla trasformazione dello Stato federale, l'ulteriore ampliamento dei diritti e il rafforzamento della sovranità delle Repubbliche unite»²⁵. Queste scelte ebbero un effetto boomerang sulla tenuta dell'Unione che, con il maturare delle condizioni, implode velocemente e senza troppi spargimenti di sangue²⁶. La secessione fu, inoltre, accelerata dalla proposta, avanzata dal Presidente dell'URSS, M. Gorbacëv, alla XIX Conferenza del PCUS (28 giu. 1988 - 1° lug. 1988), di “trasferire l'attività legislativa dal Partito allo Stato”, con il dimezzamento dei dipartimenti del Comitato Centrale del PCUS (pilastri del sistema, insieme al piano), e da una legge

²² Il *Mejlis* era l'organo rappresentativo dei tatar di Crimea, il cui scopo era quello di fungere da punto di raccordo tra la comunità tatara e le autorità nazionali ucraine e locali, indirizzando richieste o segnalando problemi al Parlamento di Kyiv.

²³ Ved. S. CHOUDHRY, T. SEDELIUS, J. KYRYCHENK, *Semi-presidentialism and Inclusive Governance in Ukraine. Reflections for Constitutional Reform*, in *International IDEA*, 2018, p. 24. La contrapposizione tra le due anime del Paese si era manifestata con particolare intensità nel 2006, quando il Ministro degli Affari Esteri della presidenza di Yushchenko, Borys Tarasyuk, sostenne politiche a favore dell'integrazione euro-atlantica dell'Ucraina e di opposizione alla presenza della flotta russa nel Mar Nero, ponendosi in netto contrasto con l'orientamento favorevole a Mosca del Primo Ministro Yanukovich. Cfr. S. CHOUDHRY, T. SEDELIUS, J. KYRYCHENK, *Semi-presidentialism and Inclusive Governance in Ukraine. Reflections for Constitutional Reform*, cit., p. 22.

²⁴ Consiglio la lettura del libro di E. MAILLART, *Vagabonda nel Turkestan*, Torino, 1995.

²⁵ Ved. Materialy Plenuma Central'nogo Komiteta KPSS (19-20 sentjabrja 1989 goda), *Informacionnoe soobščenie o Plenum Central'nogo Komiteta Kommunističeskoj Partii Sovetskogo Sojuza*, str. 28 [Materiali del Plenum del Comitato Centrale del PCUS (19-20 settembre 1989), *Comunicato informativo sul Plenum del Comitato Centrale del Partito Comunista dell'Unione Sovietica*, p. 28].

²⁶ V. ZASLAVSKY, *Dopo l'Unione Sovietica*, Bologna, 1991, p. 29.

di revisione costituzionale, approvata il 1° dicembre 1988²⁷, che istituì il Congresso dei deputati del popolo dell'URSS. Alle prime elezioni del Congresso, il partito, indebolito dal suo ridimensionamento, subì un clamoroso insuccesso. La fine del monopolio del partito comunista fu decretata con la liberalizzazione del sistema politico, formalizzata con la modifica dell'art. 6 della Costituzione sovietica del 1977 (marzo 1990), con la successiva messa fuori legge per decreto del PCUS nel territorio della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa (RSFSR), da parte del Presidente B. El'cin, ed infine con la sospensione definitiva dell'attività del partito comunista in tutta l'Unione sancita il 29 agosto 1991²⁸ dal Soviet Supremo dell'URSS. In questo modo, veniva eliminata l'unica vera struttura di potere in grado di tenere a bada le Repubbliche "ribelli". E poiché i destini del PCUS e dell'URSS erano intrecciati, «il crollo dell'uno è diventato inevitabilmente il crollo dell'altro»²⁹.

2. Il periodo post-sovietico. La nascita delle Repubbliche indipendenti

La nascita della Repubblica indipendente d'Ucraina era stata più complicata rispetto ad altri Paesi (es: i Baltici) che, pur essendo anch'essi parte dell'URSS, riuscirono ad affrancarsi dall'Unione (e poi dalla Russia) con meno intralci. Nella primavera del 1991, il 70,2% degli ucraini avevano espresso il loro voto positivo al "Referendum di tutta l'Unione sulla conservazione dell'URSS"³⁰ (come una rinnovata Federazione di Repubbliche uguali e sovrane, in cui sarebbero stati pienamente garantiti i diritti e le libertà dell'individuo di ogni nazionalità), mentre il 28% avevano votato contro. Nella RSSU era stato aggiunto, oltre al quesito referendario generale, un altro quesito³¹ a supporto della "Dichiarazione

sulla sovranità statale" approvata il 16 luglio 1990 da parte del Soviet Supremo ucraino eletto nel marzo di quello stesso anno³². L'elezione del Soviet Supremo, successiva alle riforme politico-istituzionali introdotte da Gorbačëv, vide, per la prima volta nella storia del Paese, l'ingresso nelle stanze del potere di un blocco democratico³³, insieme al tradizionale partito comunista dell'Ucraina (KPU). La forte rivalità tra vecchie e nuove élite politiche assunse da subito una colorazione nazionale, favorendo il processo *in fieri* di indipendenza del Paese³⁴.

Non tutte le Regioni della RSSU avevano espresso il loro voto favorevole al quesito posto dal "Referendum di tutta l'Unione sulla conservazione dell'URSS". In tre Regioni occidentali della RSSU, la maggioranza schiacciante (88,3%) aveva, infatti, risposto negativamente all'entrata del Paese nella rinnovata Unione³⁵. Conoscendo la storia dell'Ucraina, non era difficile comprendere il diverso orientamento di voto che si esprime nella parte occidentale del Paese. Fresco era, infatti, il ricordo di come le Regioni di Volyn, Rivne, Lviv, Ternopil e Ivano-Frankivsk fossero state annesse forzatamente all'URSS, con la spartizione della Polonia tra Germania e Russia (Patto Molotov-Ribbentrop, 1939). Il risultato del referendum ucraino, con il quale la RSSU si era espressa a favore del suo ingresso nella nuova Unione, fu in qualche modo inaspettato. Lo stesso Presidente Gorbačëv ne rimase sorpreso³⁶. Nonostante fosse stata approvata una "Dichiarazione sulla sovranità statale" (peraltro molto simile a quella adottata un mese prima dalla RSFSR³⁷), la RSSU scelse una via diversa rispetto ad altre Repubbliche dell'URSS (Estonia, Lettonia, Lituania, Moldavia, Georgia e Armenia), che avevano rifiutato

³² *Deklaratsiia pro derzhavnyi suverenitet Ukrainy vid 16 lipnia 1990 r.* (Dichiarazione sulla sovranità statale dell'Ucraina del 16 luglio 1990), in *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR*, n. 31/1990. La dichiarazione stabiliva i principi di autodeterminazione della Repubblica Ucraina: il ruolo del popolo, il potere statale, il riconoscimento agli ucraini della cittadinanza repubblicana sul passaporto accanto a quella sovietica, la supremazia territoriale, l'indipendenza economica, la sicurezza ambientale, lo sviluppo culturale, la sicurezza interna ed esterna, le relazioni internazionali.

³³ Comprende il Movimento del popolo dell'Ucraina (Ruch), il Comitato per gli accordi di Helsinki, gruppi ecologisti ed altre organizzazioni.

³⁴ V. MIRONENKO, *O nekotorykh istoričeskikh kornjach rossijsko-ukrainskogo konfliktu* (Su alcune radici storiche del conflitto russo-ucraino), in *Naučno-analitičeskij vestnik*, IE RAN, n. 3, 2018, pp. 153-154.

³⁵ *Ivi*.

³⁶ S. RACHMANIN, *Vvedenie v referendum: kratkij kurs* (Introduzione al referendum: breve corso), in *Zerkalo nedeli*, 28 gennaio - 3 febbraio 2006.

³⁷ *Deklaracija o gosudarstvennom suverenitete Rossijskoj Sovetskoj Federativnoj Socialističeskoj Respubliki ot 12 ijunja 1990 g.* (Dichiarazione sulla sovranità statale della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa del 12 giugno 1990), in *Vedomosti S'ezda narodnyh deputatov RSFSR*, n. 2, 1990.

²⁷ *Zakon SSSR ot 1 dekabrja 1988 g. N. 9853-XI "Ob izmenenijach i dopolnenijach Konstitucij (Oznovnogo Zakona) SSSR"* [Legge dell'URSS del 1° dicembre 1988 N. 9853-XI "Sugli emendamenti e integrazioni della Costituzione (della Legge principale) dell'URSS"].

²⁸ Qualche giorno dopo il fallito colpo di Stato da parte dell'opposizione conservatrice contraria alle riforme di M. Gorbačëv.

²⁹ A. ZINOV'EV, *La caduta dell'"impero del male": saggio sulla tragedia della Russia*, Torino, 1994, pp. 66 s.

³⁰ Nonostante l'esito della consultazione referendaria avesse confermato la volontà di conservare l'Unione (77,85% favorevoli; contrari 22,15%), quest'ultima pochi mesi dopo crollò. Cfr. *Soobščenie Central'noj komissii referendumu Sojuza SSR ob itogach referendumu SSSR, sostojavševosja 17 marta 1991 g.* (Comunicato della commissione Centrale del referendum dell'Unione delle RSS sui risultati del referendum dell'URSS, tenutosi il 17 marzo 1991), in *Pravda*, 27 marzo 1991.

³¹ "Sei d'accordo sul fatto che l'Ucraina debba far parte dell'Unione degli Stati sovrani sovietici sulla base della Dichiarazione sulla sovranità statale dell'Ucraina?". Favorevoli: 80,2% dei votanti. Cfr. A. PALUNIN, *Referendum kracha: Dvacat' let spustja* (Il Referendum del crollo: vent'anni dopo), in *Svobodnaja Pressa*, 17.03.2011.

di indire nei loro territori il referendum per sottolineare la loro volontà di staccarsi completamente dall'Unione. Anche in questo caso, vi erano delle ragioni. Una di carattere politico, che faceva riferimento all'Accordo sottoscritto il 19 novembre 1990 a Kyiv tra la RSFSR e la RSSU, con cui le due Repubbliche si riconobbero nei "confini allora esistenti all'interno dell'URSS"³⁸. Un Accordo che non fu, tuttavia, ben accolto dalla gran parte dell'opinione pubblica russa, che lo definì "vergognoso", poiché decretava la rinuncia definitiva da parte della Russia sovietica della penisola di Crimea, e lasciava irrisolta la questione della tutela della rilevante minoranza russa presente in Ucraina. Anche la RSSU, pur avendo sottoscritto l'Accordo, sollevò delle riserve, poiché nel documento non vi era alcun riferimento alla richiesta di espulsione definitiva delle basi militari russe dal territorio ucraino³⁹. Inoltre, non erano state fissate le regole di vicinato e partenariato nel contesto del trattato bilaterale tra le due Repubbliche. Quell'Accordo non fu mai *de facto* riconosciuto da entrambe le parti. L'altra ragione aveva, invece, radici storico-culturali. Al contrario dei Paesi Baltici (annessi all'URSS tardivamente, nel 1940), che rivendicavano la loro identità etno-linguistica (le minoranze russe presenti nei loro territori erano il risultato di un flusso migratorio iniziato immediatamente dopo la chiusura della seconda Guerra Mondiale come parte del processo di russificazione)⁴⁰ o di altre Repubbliche come la Georgia o l'Armenia, dove vivevano popolazioni più omogenee dal punto di vista etnico e culturale, l'Ucraina doveva fare i conti con la sua storia caratterizzata dalla divisione tra russofili e ucrainofili. Il percorso verso la totale indipendenza risultava più intricato, tenuto conto delle caratteristiche di quel Paese e dei suoi antichi legami con la Russia, che da sempre aveva considerato gli ucraini come i "piccoli fratelli"⁴¹.

³⁸ *Vysokie otnošeniya. Kak Rossiya i Ukraina družit' dogovarivalis'* (Alte relazioni. Come Russia e Ucraina negoziarono da amiche), in *Lenta.ru*, 27 dicembre 2013.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ UNITED STATES, *Conditions in the Baltic States and in Other Countries of Eastern Europe*, Washington, May 17 and 18, 1965, p. 29. Un gran numero di russi fu incoraggiato a trasferirsi nei Paesi Baltici, soprattutto per necessità di manodopera industriale. La conseguente russofobia diffusa in Lettonia ed Estonia, culminata con l'affermazione di un autentico regime di *apartheid* nei confronti delle rilevanti minoranze russe (grazie alle pressioni dell'UE, i russi sono poi usciti dalla condizione di apolidia, in cui si erano trovati negli anni Novanta e Duemila), dava conto di un pesante passato (quello sovietico) che non riusciva a passare, nonostante la decretata fine dell'URSS nel dicembre 1991. Cfr. C. CARPINELLI, *The Citizenship Policies of the Baltic States within the EU Framework on Minority Rights*, in *Polish Political Science Yearbook*, vol. 48, n. 2, 2019, pp. 193-221 (DOI: <https://doi.org/10.15804/ppsy2019201>).

⁴¹ I territori ucraini appartenenti all'impero russo furono chiamati "Piccola Russia" (collocata geograficamente sopra la Russia meridionale – Novorossija, configurandosi entrambe come province separate dell'impero russo), per sottolineare il rapporto di forza tra il centro colonizzatore e la periferia colonizzata. Da qui la denominazione russa degli ucraini come "piccoli fratelli".

slavi orientali, che condividevano con i russi (i "grandi fratelli" slavi orientali) un "medesimo spazio storico e spirituale", sin dai tempi della Rus' di Kyiv. Il Presidente russo, V. Putin, nel suo articolo *On the Historical Unity of Russians and Ukrainians* (12 luglio 2021), scrive «*First of all, I would like to emphasize that the wall that has emerged in recent years between Russia and Ukraine, between the parts of what is essentially the same historical and spiritual space, to my mind is our great common misfortune and tragedy*»⁴².

Eppure, i mesi che precedettero l'implosione dell'URSS mostrarono sempre più l'impossibilità di tenere insieme un impero (seppure rinnovato), che era ormai irrimediabile. A distanza di qualche mese dall'indizione del "Referendum di tutta l'Unione sulla conservazione dell'URSS", il Parlamento ucraino approvò il 12 settembre 1991 la legge sulla successione legale dell'Ucraina⁴³, che ebbe un ruolo importante nella fase della transizione post-sovietica, cui seguì immediatamente dopo una consultazione popolare (1° dicembre 1991), a conferma dell'Atto di dichiarazione d'indipendenza del Paese ratificato dal Parlamento il 24 agosto 1991⁴⁴. Gli ucraini votarono compatti per l'indipendenza dall'URSS (90,32%). Nello stesso giorno, si tennero le elezioni presidenziali, con cui fu eletto il primo Presidente dell'Ucraina indipendente, Leonid Kravchuk. La storiografia ufficiale ucraina contemporanea interpreta il plebiscito di dicembre come un evento che segnò l'inizio della creazione di uno Stato moderno ucraino indipendente: i risultati del referendum gettavano le basi per il riconoscimento dell'Ucraina come Stato sovrano da parte di altri Paesi, dopo che gli elementi imprescindibili della statualità (es: confini, proprio Ministero degli Affari Esteri, appartenenza all'ONU e ad altre organizzazioni internazionali) fossero stati pienamente riconosciuti anche nella sostanza. Il 19 giugno 1992 il nuovo Presidente firmava una legge sulla completa esclusione dei riferimenti all'URSS dalla Costituzione dell'Ucraina del 1978⁴⁵.

Gli eventi che si susseguirono negli anni 1990 e 1991 furono decisivi per la definitiva scomparsa dell'URSS: in particolare, il "colpo di Stato" dell'agosto 1991 (organizzato da parte di alcuni membri del Governo sovietico per deporre

⁴² Ved. V. PUTIN, *On the Historical Unity of Russians and Ukrainians*, July 12, 2021 (<http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181>).

⁴³ *Zakon Ukrainy "Pro pravonastupnytstvo Ukrainy"*, n. 1543-XII vid 12.09.91 (Legge dell'Ucraina "Sulla successione dell'Ucraina", n. 1543-XII del 12.09.91),

⁴⁴ *Verkhovna Rada of Ukraine Resolution "On Declaration of Independence of Ukraine"*, in *Vidomosti Verkhovnoyi Rady (VVR)* 1991, #38, p. 502.

⁴⁵ *Zakon Ukrainy vid 19.06.1992*, n. 2480-XII (Legge dell'Ucraina del 19.06.1992, n. 2480-XII).

il Presidente Gorbačëv e assumere il controllo del Paese), la dissoluzione del PCUS, il riconoscimento dell'indipendenza dei Paesi Baltici, della Moldavia, Armenia e Georgia, e il referendum del 1° dicembre 1991, con cui gli ucraini espressero la volontà di separarsi dall'URSS. B. El'cin (eletto Presidente della Federazione Russa il 12 giugno 1991), che considerava impossibile la sopravvivenza dell'URSS senza l'Ucraina, e che temeva un'Unione troppo appesantita dalla "zavorra" delle Repubbliche centroasiatiche, propose un Accordo, che fu sottoscritto dai Capi di Stato di Bielorussia, Russia e Ucraina (le tre Repubbliche slave) l'8 dicembre 1991⁴⁶, e che diede origine alla CSI, una Comunità sovranazionale che riuniva 11 delle 15 Repubbliche sovietiche. La sottoscrizione di quell'Accordo da parte dell'Ucraina, che seguiva di pochi giorni il voto del referendum del 1° dicembre, era un'evidente prova che quel Paese se da un lato aspirava alla propria indipendenza (non essendo minimamente preoccupato dal crollo dell'URSS), dall'altro diffidava dell'emergere di una nuova potenza vicina: la Russia. Ancora nel novembre 1991, la leadership russa riteneva che l'*affaire* Ucraina non costituisse un problema da tenere in dovuta considerazione: «Il leader russo (B. El'cin – n.d.a.) era convinto che l'Ucraina fosse così saldamente legata alla Federazione Russa che, una volta raggiunto l'obiettivo principale – strappare il potere al centro sovietico – non ci si dovesse preoccupare del resto»⁴⁷. In una riunione del Consiglio di Stato dell'URSS, a Novo-Ogarevo (14 novembre 1991), B. El'cin aveva, tra le altre cose, affermato: «Abbiamo calcolato che, in termini di prezzi mondiali, gli obblighi bilaterali tra Ucraina e Russia volgono a nostro favore, con una differenza di circa 80 miliardi di dollari. Se l'Ucraina rimarrà nell'Unione possiamo dimenticare questo debito, altrimenti, lasciamo che paghi»⁴⁸. La dirigenza politica russa di allora (e la stessa opinione pubblica) non aveva dimenticato che l'Ucraina era stata artificialmente creata da Lenin subito dopo la rivoluzione, togliendo alla Russia ampi territori che le appartenevano. Il Presidente ucraino, Mykyta Khrushchov, aveva poi fatto il resto nel 1954, cedendo la Crimea all'Ucraina, per festeggiare i 300 anni dal Trattato di Perejaslav siglato dall'Etmanato cosacco con il Regno russo, con cui il primo si trasformò in un vassallaggio russo, legando la storia di Russia e Ucraina. Le continue "lamentele" della Russia sulla distruzione dell'URSS, dipinta in anni più recenti dal Presidente Putin come una "tragedia" e come "il crollo della

Russia storica"⁴⁹, e la volontà russa di reintegrare a sé terre considerate proprie non potevano che incutere preoccupazioni da parte dell'Ucraina, sin dalla sua formazione come Stato sovrano⁵⁰. Nell'immaginario russo, la Russia era una e trina. Il popolo russo era l'insieme di abitanti della Russia storica: grandi russi (russi), piccoli russi (ucraini) e bielorusi (russi bianchi)⁵¹. Quest'idea aveva trovato terreno fertile nella Federazione Russa con il rilancio negli anni Novanta del secolo scorso della corrente di pensiero panslavofila⁵². Cionondimeno, con il crollo dell'URSS e la formazione degli Stati indipendenti della Federazione Russa, dell'Ucraina e della Bielorussia, la rappresentazione della "Russia una e trina" aveva perso tutto il suo fascino ideologico. In Ucraina e Bielorussia erano state sviluppate teorie che negavano questa "unicità"⁵³, e che erano più coerenti con gli obiettivi dichiarati di "costruzione dello Stato" e "legittimazione delle élite nazionali". Un chiaro segno che per intraprendere un percorso di *state building* era necessario confutare la narrazione, sostenuta da secoli dai "grandi fratelli" russi, di un popolo unico segnato da un destino comune⁵⁴.

3. Uno sguardo dall'interno. La Repubblica Ucraina

Il primo Presidente dell'Ucraina indipendente, Leonid Kravchuk, la cui carica istituzionale segnò i primi anni della transizione dal piano al libero mercato, applicò e sviluppò una politica d'equilibrio, che consisteva nell'evitare conflitti e

⁴⁹ Ved. film documentario *Rossija. Novejšaja istorija* (La Russia. Storia recente) andato in onda sul canale televisivo nazionale "Rossija1", 21.12.2021 (<https://smotrim.ru/video/2366137>).

⁵⁰ V. MIRONENKO, *O nekotorych istoričeskich kornjach rossijsko-ukrainskogo konfliktu*, cit., p. 3.

⁵¹ «Nel 1833 Mosca aveva istituito la cosiddetta triade della "nazionalità ufficiale", (...) l'insieme delle popolazioni slave orientali avrebbe formato storicamente un unico gruppo nazionale, la cui origine era nella Rus' di Kyiv. Il gruppo maggiore era quello "grande-russo", a cui si aggiungevano quello "piccolo-russo" (ucraino) e quello "russo-bianco" (bielorusso). La componente ucraina era considerata come un sottoinsieme dell'*obščerusskaja narodnost'* (nazionalità russo-comune) e non una nazionalità a sé stante». Ved. L. VEZZONI, *Ucraina e Russia: Storia di un amore mai NATO*, in *Osservatorio Russia*, dossier n. 2, 2022, p. 6.

⁵² Dagli anni Novanta del secolo scorso, vi era stato in Russia un risveglio del panslavismo, che «non riuscì a liberarsi da un'impronta imperialista: non si concepiva l'unione degli slavi orientali senza un popolo-guida». Ved. *Panslavismo*, Enciclopedia (Sapere.it).

⁵³ A. MARČUKOV, *Malorusskij projekt: o rešenii ukrainsko-russkogo nacional'nogo voprosa* (Il piccolo progetto russo: sulla soluzione della questione nazionale ucraino-russa), in *regnum*, 23.11.2011 (<https://regnum.ru/news/1470788.html>).

⁵⁴ G.P. POLTORAK, *Proischoždenie ukraincev, russkich, belorusov i ich jazykov* (Mifi i pravda o trech brat'jach slavjanskich s "obščej kolybeli") [L'origine di ucraini, russi, bielorusi e le loro lingue (Miti e verità sui tre fratelli slavi dalla "culla comune")], in *Crivo-elektronna biblioteka*, 2001 (<https://chtyvo.org.ua/>).

⁴⁶ Entrato in vigore il 12 dicembre 1991.

⁴⁷ *V politbjuro CK KPSS... Po zapisjam Anatolija Černjaeva, Vadima Medvedeva, Georgija Šachnazarova: (1985-1991)*. [Nel Politburo del Comitato Centrale del PCUS ... Note di Anatolij Černjaev, Vadim Medvedev, Georgij Šachnazarov: (1985-1991)], Moskva, 2006, p. 714.

⁴⁸ *Ibidem*.

tensioni interne. In materia linguistica, non contrastò il predominio della lingua russa nei media, ma favorì nel contempo un'ampia espansione dell'ucraino nella pubblica amministrazione e nell'istruzione⁵⁵. Inoltre, evitò da subito posizioni inflessibili nei confronti dei cambiamenti democratici, e si pose come una figura di compromesso sia per i conservatori sia per i riformisti. A lui si deve la firma del Protocollo di Lisbona (1992), con cui l'Ucraina cedette, dopo una trattativa durata due anni⁵⁶, il suo arsenale nucleare alla Federazione Russa, in cambio di un risarcimento per la rinuncia all'armamentario bellico, ma soprattutto di garanzie sulla sua sicurezza ed integrità territoriale, che furono poi accordate con il Memorandum di Budapest siglato il 5 dicembre 1994 da Russia, Stati Uniti e Regno Unito (successivamente anche da Cina e Francia). L'Ucraina consegnò le sue armi nucleari alla Russia alla fine del 1996, azzerando il suo potenziale offensivo nucleare.

Alla presidenza di Kravchuk seguì quella di Leonid Kuchma, che durò un decennio (1994-2005). Kuchma ottenne una netta vittoria alle elezioni presidenziali con un programma che prevedeva riforme più rapide a favore del libero mercato, il ripristino delle relazioni economiche con la Russia e la concessione dello *status* di lingua ufficiale al russo. Kuchma si distinse, tuttavia, per essere un maestro della "politica dello swing" (*swing politics*), poiché cercò sempre di adattare la sua agenda politica alla convenienza del momento. Se nel suo primo mandato favorì i legami del Paese con la Russia, nel secondo mandato, dovendo affrontare il comunista russofilo Petro Simonenko, cambiò strategia, procla-

mando che l'Ucraina dovesse avere una sola lingua ufficiale: l'ucraino⁵⁷. È sotto la sua presidenza che la Repubblica Ucraina si dotò della sua prima Costituzione post-sovietica (1996)⁵⁸, dopo una drammatica seduta parlamentare conosciuta come "notte costituzionale del 1996". Il pomo della discordia, che vide un braccio di ferro tra il Presidente e il Parlamento, consisteva nella distribuzione dei poteri tra organi costituzionali (in particolare, tra il Presidente e il Governo) e si concentrava su questioni che rimandavano ancora una volta al confronto/scontro tra ucrainofili e russofilo. La crisi costituzionale, dettata da una situazione politica instabile, raggiunse il culmine nel giugno 1995, quando la *Verkhovna Rada* (il Parlamento) e il Presidente decisero di firmare un Patto costituzionale⁵⁹, in cui si riconosceva "la necessità di creare le condizioni per accelerare e completare con successo il processo costituzionale in Ucraina, al fine di adottare una nuova Costituzione entro un periodo non superiore a un anno dalla data della firma del Patto"⁶⁰. Nonostante l'aspro confronto, i lavori sul progetto di Costituzione proseguirono. Nel marzo 1996, la Commissione costituzionale propose un progetto di Costituzione da sottoporre all'esame della *Verkhovna Rada*. Ai primi di giugno dello stesso anno, solo un quarto degli articoli era stato redatto (la parte relativa ai diritti umani e al sistema elettorale). Rimanevano in sospeso materie come la distribuzione dei poteri tra organi costituzionali, i simboli di Stato, la proprietà privata, lo *status* della Repubblica Autonoma di Crimea e la questione della lingua, su cui si trovò un'intesa soltanto durante la memorabile notte costituzionale⁶¹. Con una decisione della Corte Costituzionale, la nuova Costituzione dell'Ucraina entrò in vigore al momento della sua approvazione da parte del Parlamento (28 giugno 1996). Per i cittadini ucraini, la nascita della

⁵⁵ Cfr. C. CARPINELLI, *Ucraina: la questione della lingua e le sue fasi di evoluzione politica e legislativa*, cit., p. 87. «L'Ucraina, in quanto ex Repubblica socialista sovietica, aveva adottato nel 1989 la legge 'Sulle lingue nella Repubblica Socialista Sovietica Ucraina', dove era già possibile individuare i primi timidi segni di de-sovietizzazione e di passi verso l'indipendenza del Paese. La legge definiva l'ucraino come lingua di Stato della Repubblica Socialista Sovietica Ucraina, pur garantendo uno *status* speciale al russo in quanto lingua di comunicazione interetnica. Dopo l'indipendenza, l'Ucraina cercò di creare le condizioni legali favorevoli alla protezione dei diritti delle minoranze, tramite l'adozione della 'Dichiarazione dei diritti delle nazionalità di Ucraina' (1991) e della legge 'Sulle minoranze nazionali in Ucraina' (1992)». *Ibidem*, p. 90.

⁵⁶ Il Protocollo entrò in vigore il 1° dicembre 1994. Dopo lo scioglimento dell'Unione Sovietica, sul territorio dell'Ucraina si trovava il 17% dell'arsenale nucleare sovietico. Nell'ambito del Trattato di riduzione delle armi strategiche siglato nel 1991 tra Stati Uniti e Unione Sovietica (Start -I), l'Ucraina fu riconosciuta come un Paese successore dell'URSS. E in base all'articolo V del Protocollo di Lisbona, l'Ucraina s'impegnò ad aderire al Trattato di non proliferazione delle armi nucleari come Paese partecipante che non possiede armi nucleari. Dopo aver firmato il Protocollo di Lisbona, il 1° ottobre 1992 il Presidente, Leonid Kravchuk, dichiarò alla 46a Assemblea generale delle Nazioni Unite l'intenzione dell'Ucraina di acquisire lo *status* di "Stato non nucleare". Cfr. V. VASILENKO, *Beziadernyi status Ukrainy: mynule, suchasne, maybutnie* (Status non-nucleare dell'Ucraina: passato, presente, futuro), in *Ukrainskyi Tyzhden*, n. 21(549)25, May 31, 2018.

⁵⁷ C. CARPINELLI, *Ucraina: la questione della lingua e le sue fasi di evoluzione politica e legislativa*, cit., p. 90.

⁵⁸ La Repubblica Ucraina è stata l'ultima fra gli Stati nati dalla dissoluzione dell'URSS ad adottare una nuova Carta costituzionale (28 giugno 1996). La Costituzione fu approvata con 315 voti favorevoli su 450 (il minimo richiesto era di 300 voti). Nel 1994 si erano già svolte le prime elezioni nell'Ucraina indipendente per la *Verkhovna Rada*.

⁵⁹ Il Patto fu siglato dalle parti l'8 giugno 1995. *Konstitucionnye preobrazovanija v Ukraine: istorija, teorija i praktika* (Riforme costituzionali in Ucraina: storia, teoria e pratica), pod redakciej M.F. Orzycha, Kiev, 2013, pp.119-120.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 121.

⁶¹ Riguardo alla proprietà privata fu concordato che «Nessuno può essere illegittimamente privato del diritto di proprietà. Il diritto di proprietà privata è inviolabile» (art. 41 – comma 4). Sui simboli di Stato: «I simboli di Stato dell'Ucraina sono la bandiera di Stato dell'Ucraina, lo stemma statale dell'Ucraina e l'inno di Stato dell'Ucraina (art. 20 – comma 1)». Ved. *Constitution of Ukraine. Adopted at the Fifth Session of the Verkhovna Rada of Ukraine on 28 June 1996* (<https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>).

loro prima Carta costituzionale post-sovietica rappresentò «un evento luminoso, espressivo, rivolto al futuro – senza il consueto timido sguardo al “fratello maggiore”, a distanza di pochi giorni dalle decisive elezioni presidenziali in Russia»⁶².

Tre furono, soprattutto, i temi, su cui si sviluppò il dibattito in Parlamento, e che contraddistinsero la neo Costituzione: 1) la distribuzione dei poteri tra organi costituzionali. La Costituzione dell'Ucraina del 1996 consolidò un regime semi-presidenziale (sistema presidenziale-parlamentare)⁶³, assegnando al Presidente dell'Ucraina un significativo arsenale di poteri costituenti, principalmente in relazione al ramo esecutivo (il Presidente poteva nominare il Primo Ministro, con il consenso del Parlamento e, allo stesso tempo, destituirlo, adottando una decisione sulle sue dimissioni – art. 106.9; poteva nominare, su indicazione del Primo Ministro, i membri del Consiglio dei Ministri e revocarli – art. 106.10). Sotto la presidenza di Kuchma si erano alternati più di sette Primi Ministri⁶⁴. Era anche facoltà del Parlamento quella di destituire il Consiglio dei Ministri con un voto di sfiducia (art. 87 – comma 1). Indubbiamente, l'indirizzo dato da Kuchma per la stesura della Costituzione aveva dato i suoi frutti. Il Parlamento alla fine sancì una presidenza forte, anche se non nella misura sperata dal Presidente (a quest'ultimo fu negata una leva del potere importante come quella del diritto di sciogliere il Parlamento)⁶⁵. «*The main goal the Constitution served was to include Ukraine in the dominant, authoritative forms of constitutional recognition and to lift the paradigm of 'stateness' to a new, dialectically higher level. At the same time, the imperative of state building took priority over efforts to embrace constitutionalism*»⁶⁶; 2) la questione della lingua. La Costituzione stabilì che «la lingua di Stato dell'Ucraina è la lingua ucraina» (art. 10 – comma 1), e che «lo Stato garantisce lo sviluppo completo e il funzionamento della lingua ucraina in tutte le sfere della vita sociale su tutto il territorio dell'Ucraina» (art. 10 – comma 2). Nella stessa Carta costituzionale veniva, tuttavia, asserito al comma 3 dell'art. 10, che «in Ucraina è garantito il libero sviluppo, l'uso e la protezione del russo e di altre lingue delle

minoranze nazionali ucraine». Nonostante la menzione esplicita della lingua russa, quest'ultima veniva parificata ad altre lingue considerate di minoranza; 3) la forma giuridica da attribuire alla Crimea. La Repubblica Autonoma di Crimea fu riconosciuta come «una parte costitutiva inseparabile dell'Ucraina», che «... decide sulle questioni attribuite alla sua competenza entro i limiti di autorità stabiliti dalla Costituzione dell'Ucraina» (art. 134). Disponeva, inoltre, di una propria Costituzione adottata dal suo Parlamento (art. 135 – comma 1). I poteri attribuiti alla Repubblica Autonoma erano circoscritti (artt. 137 e 138), e il Parlamento della Repubblica Ucraina si riservava il diritto di sciogliere gli organi legislativi (incluso il *Mejlis* dei tatars di Crimea) della Repubblica Autonoma di Crimea, nel caso in cui la Corte costituzionale avesse ravvisato una violazione della Costituzione e delle leggi ucraine (art. 85.28). Si poneva, dunque, termine a una vicenda storica controversa e travagliata.

Nel 1994, l'Ucraina aderì al programma di partenariato per la pace coordinato dalla NATO. L'anno dopo entrò nel Consiglio d'Europa e nel 1997 avviò una partnership di cooperazione con l'Alleanza Atlantica su diverse materie. Nel maggio 1997 fu siglato dai presidenti Leonid Kuchma e Boris El'cin un importante «Trattato di amicizia, cooperazione e partenariato tra l'Ucraina e la Federazione Russa» (noto come «Grande Trattato»)⁶⁷, secondo cui «(...) Conformemente alle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite e agli obblighi dell'Atto finale sulla sicurezza e la cooperazione in Europa, le Alte Parti contraenti rispetteranno la reciproca integrità territoriale e riaffermeranno l'inviolabilità dei confini esistenti tra di loro» (art. 11 del Trattato). Venivano, inoltre, abbandonati «i tentativi di assimilazione forzata delle minoranze nazionali» (art. 12 – comma 2) e promossa «la creazione di pari opportunità e condizioni per lo studio della lingua russa in Ucraina e della lingua ucraina nella Federazione Russa» (art. 12 – comma

⁶² S. ŠVECOVA, *Konstitucionnaja noč', kotoraja ne zakončilaš', ili Kak v Ukraine prinimali Konstituciju* (L'interminabile notte costituzionale, o Come è stata adottata la Costituzione in Ucraina), in *Ukrinform*, Kyiv, 28.06.2020. Nel 1996 si svolsero le elezioni presidenziali in Russia. Candidati sfidanti: il leader del partito comunista – Gennadij Zjuganov, il Presidente uscente Boris Nikolaevič El'cin. Le elezioni furono vinte da quest'ultimo.

⁶³ K. WOLCZUK, *The Moulding of Ukraine*, Budapest, 2001, p. 239.

⁶⁴ S. CHOUDHRY, T. SEDELIUS, J. KYRYCHENK, *Semi-presidentialism and Inclusive Governance in Ukraine. Reflections for Constitutional Reform*, cit., p. 20.

⁶⁵ K. WOLCZUK, *The Moulding of Ukraine*, cit., p. 236.

⁶⁶ Ved. K. WOLCZUK, *The Moulding of Ukraine*, cit., p. 247.

⁶⁷ In Ucraina, il Trattato fu ratificato il 14 gennaio 1998 con legge dell'Ucraina n. 13/98-VR. *Zakon Ukrainy pro ratyfikatsiju Dohovoru pro druzhbu, spivrobotnytstvo i partnerstvo mizh Ukrainoiu i Rosijskoiu Federatsieju, 1998 (Verkhovna Rada Ukrainy)* [Legge dell'Ucraina sulla ratifica del Trattato di amicizia, cooperazione e partenariato tra Ucraina e Federazione Russa, 1998 (*Verkhovna Rada* dell'Ucraina)]. In Russia, il 25 dicembre 1998, la Duma di Stato dell'Assemblea Federale della FR adottò la risoluzione sull'adozione della legge federale *O ratifikacii Dogovora o družbe, sotrudničestve, i partnerstve meždu Rossijskoj Federaciej i Ukrainoj - Postanovlenie Gosudarstvennoj Dumy Federal'nogo Sobranija Rossijskoj Federacij ot 25.12.1998 № 3459-II IČ* (Sulla ratifica del Trattato di amicizia, cooperazione e partenariato tra la Federazione Russa e l'Ucraina – Risoluzione della Duma di Stato dell'Assemblea Federale della Federazione Russa del 25.12. 1998 n. 3459-II GD).

⁶⁸ Per l'approfondimento del Trattato, consiglio la lettura di D.B. STEWART, *The Russian-Ukrainian Friendship Treaty and the search for regional stability in Eastern Europe*, Thesis, Naval Postgraduate School, Monterey, California, December 1997 (<https://calhoun.nps.edu/handle/10945/8939>).

4)⁶⁸. Il Trattato regolarizzò le relazioni bilaterali tra i due Stati⁶⁹. Tuttavia, come nel caso dell'Accordo del novembre 1990, restavano irrisolte alcune questioni: un ostacolo era, in particolare, rappresentato dalla posizione ucraina, che non voleva che il Trattato fosse collegato al pacchetto di accordi sulla flotta del Mar Nero, poiché Kyiv stava all'epoca gradualmente raggiungendo un nuovo livello di cooperazione con la NATO. Per la Russia, la presenza della propria marina militare nel Mar Nero non consentiva l'adesione a pieno titolo dell'Ucraina all'Alleanza Atlantica. Il Ministero degli Esteri russo aveva sostenuto che la politica ostile delle autorità ucraine – in particolare le loro continue richieste di ritiro della flotta russa dal porto di Sevastopil sul Mar Nero – ponevano a rischio il “Grande Trattato”. Dalle stesse forze politiche russe d'opposizione ci furono delle resistenze a riconoscere la validità di quel Trattato⁷⁰. Fu poi raggiunta un'intesa finale, con cui la flotta venne scissa in due distinte marine militari, l'una indipendente dall'altra, una sotto l'egida russa, l'altra sotto l'egida ucraina⁷¹, e che consentì alla Russia di rinnovare il contratto di locazione del porto di Sevastopil per altri vent'anni (sino al 2017), con un canone annuo di 98 milioni di dollari⁷², da saldare come cancellazione del debito ucraino sul gas russo. All'inizio di ottobre 2008, Ucraina e Russia avevano prorogato il Trattato per altri dieci anni, senza apportare modifiche o integrazioni⁷³. Un altro Trattato, siglato il 24.12.2003 tra la Federazione Russa e l'Ucraina sulla cooperazione nell'uso del Mar d'Azov e dello Stretto di Kerch, aveva ulteriormente fissato delle regole condivise di navigazione⁷⁴. Nonostante i reciproci buoni propositi, con il deterioramento delle relazioni bilaterali tra Russia e Ucraina, a seguito dell'annes-

sione della Crimea alla Russia nel 2014 e del supporto russo alle milizie separatiste filorusse del Donbass, il Presidente ucraino, Petro Poroshenko, firmava nel 2018 un decreto d'interruzione del Trattato di amicizia con la Russia siglato nel 1997⁷⁵. Il “Grande Trattato” sarebbe dovuto scadere ufficialmente il 26 marzo 2019. Questo provvedimento andava inteso come “una rottura definitiva con il passato coloniale e un riorientamento del Paese verso l'Europa”⁷⁶.

Nei primi anni Duemila, Kyiv intensificò il “dialogo” con la NATO. Nel 2002 fu sottoscritto il Piano di azione NATO-Ucraina presentato a Praga nel novembre 2002, che mirava ad approfondire la cooperazione e a incoraggiare le riforme politiche, istituzionali ed economiche in Ucraina per avvicinarla all'area euro-atlantica⁷⁷, pur non rinunciando il Paese ai suoi rapporti con Mosca, soprattutto sul piano commerciale, finanziario ed energetico. Nel febbraio 2002 Kuchma presentò un programma, in cui erano definiti gli obiettivi da realizzare, affinché il Paese potesse soddisfare i criteri di adesione all'UE entro il 2011. Due anni dopo, il 6 aprile 2004, la *Verkhovna Rada* varava una legge sul libero accesso delle forze militari NATO in territorio ucraino, e nel giugno dello stesso anno, nella riedizione della Dottrina Militare dell'Ucraina, approvata con decreto presidenziale⁷⁸, veniva definita una nuova politica d'integrazione euro-atlantica, il cui scopo finale era l'adesione dell'Ucraina alla NATO. Inaspettatamente, il 15 luglio 2004, dopo una riunione della Commissione NATO-Ucraina, il Presidente Kuchma sospendeva, con un altro decreto, l'impegno di adesione dell'Ucraina alla NATO, regolato nel Piano d'azione 2002, non ritenendolo più un obiettivo del Paese⁷⁹. L'ex Primo Ministro degli Esteri ucraino, Borys Tarasyuk, aveva ipotizzato che il cambio repentino di posizione fosse stato provocato dalle parole del Segretario Generale della NATO, Jaap de Hoop Scheffer, percepite come offensive dal Presidente ucraino, con cui quest'ultimo veniva biasimato per la sua scarsa attenzione ai valori della democrazia e alla promozione di elezioni libere e regolari⁸⁰. Più attendibile era la tesi secondo cui l'abban-

⁶⁹ *Vysokie otnoshenija. Kak Rossija i Ukraina družit' dogovarivalis'*, cit.

⁷⁰ Il Segretario del Partito Liberal Democratico, V. Žirinovskij, fu il più critico nei confronti del Trattato, accusando direttamente la leadership politica dell'Ucraina di possedere indebitamente “terre primordialmente russe” - Crimea, Donbass, Kharkiv. Cfr. *Vysokie otnoshenija. Kak Rossija i Ukraina družit' dogovarivalis'*, cit.

⁷¹ O. SUBTELNY, *Ukraine: A History*, Toronto, 2000, p. 600 (ISBN 0-8020-8390-0).

⁷² P. CONDE, V. MARTINS, *Russia's Black Sea fleet in Sevastopol beyond 2017* (nota 2), in *La revue géopolitique*, May 23, 2010.

⁷³ Cfr. *Vysokie otnoshenija. Kak Rossija i Ukraina družit' dogovarivalis'*, cit.

⁷⁴ Il Trattato era entrato in vigore il 23 aprile 2004. *Dogovor meždu Rossijskoj Federaciej i Ukrainoj o sotrudničestve v ispol'zovanii Azovskogo morja i Kerčenskogo proliua* (Trattato tra la Federazione Russa e l'Ucraina sulla cooperazione nell'uso del Mar d'Azov e dello stretto di Kerč), in *mid.ru* (Ministerstvo inostrannyh Rossijskoj Federacii – Ministero degli affari esteri della Federazione Russa). *Dohovir mizh Ukrainoiu ta Rosiiskoiu Federatsieiu pro spivrobotnytstvo u vykorystanni Azovskoho morja i Kerčenskoi protokoly* (Trattato tra l'Ucraina e la Federazione Russa sulla cooperazione nell'uso del Mar d'Azov e dello stretto di Kerch), in *Verkhovna Rada of Ukraine* (zakon.rada.gov.ua).

⁷⁵ *Ukraine Terminates Friendship Treaty With Russia*, in *The Moscow Times*, Sept. 17, 2018.

⁷⁶ *Poroshenko podpisal zakon o prekraščenii dejstvija Dogovora o družbe s Rossiej*, in *Lenta.ru*, 10.12.2018.

⁷⁷ *NATO-Ukraine Action Plan*, in NATO, 22 Nov. 2002 (NATO - Official text: NATO-Ukraine Action Plan, 22 Nov. 2002).

⁷⁸ Decree of the President of Ukraine, *On military Doctrine*, n. 648, June 15, 2004.

⁷⁹ J. HEDENSKOG, *Ukraine and NATO: Deadlock or Re-start?*, in FOI (Swedish Defence Research Agency), December 2006, p. 14.

⁸⁰ A. MELNICHUK, *Ukrainian Official: NATO, EU Give no Timetable for Ukraine's Accession, Prompting Changes in Defense Doctrine*, New York, 2004. Cit. in P. D'ANIERI, *Ukraine and Russia: From Civilized Divorce to Uncivil War*, Cambridge, 2019, p. 109.

dono della “politica estera multivettoriale” di Kuchma, con un approccio più amico nei confronti della Russia, fosse dettato dai legami del Presidente con le oligarchie filorusse, che avrebbero potuto assicurargli una posizione di vantaggio alle successive elezioni presidenziali (sotto forma di prestiti, investimenti taciti in società amiche, cioè controllate da oligarchi, e fondi elettorali)⁸¹. Restava, comunque, un punto fermo «il significativo approfondimento delle relazioni con la NATO e l'Unione Europea come garanti di sicurezza e stabilità in Europa»⁸².

3.1. La Repubblica Autonoma di Crimea

La Repubblica Socialista Sovietica Autonoma di Crimea era stata un soggetto federato dell'URSS dalla fine della guerra civile russa al 1945. In seguito, fu trasformata in una regione (*oblast'*) della RSFSR, venendo privata del suo *status* di Repubblica Autonoma. Nel periodo 1939-1959, la Crimea subì un forte processo di russificazione, in particolare dopo la deportazione nel 1944 dei tatars di Crimea verso la RSS Uzbeke, che furono sostituiti dall'arrivo sulla penisola di centinaia di migliaia di russi (tutti i nomi geografici storici tatars furono sostituiti con quelli russi). Sulla base dei dati del censimento del 1959, gli abitanti russi di Crimea erano il 71,43% della popolazione della penisola (gli ucraini – il 22,28%; i bielorussi – l'1,81%; i tatars di Crimea – lo 0,03%)⁸³. Vent'anni prima, i russi rappresentavano il 49,58% della popolazione totale, gli ucraini – il 13,68%, i tatars di Crimea – il 19,43%, infine, i bielorussi – lo 0,60% (censimento del 1939)⁸⁴. L'ultimo censimento condotto nel 2014 rilevava i seguenti dati: russi (65,31%), ucraini (15,08%), tatars di Crimea (10,17%), bielorussi (0,95%)⁸⁵.

Nel 1954, la Regione di Crimea fu trasferita alla RSSU. Poco prima dello scioglimento dell'URSS, il 12 febbraio 1991, la penisola riacquistò con un decreto del Soviet Supremo della RSSU lo *status* di Repubblica Autonoma⁸⁶.

⁸¹ O. HARAN E R. PAVLENKO, *The Paradoxes of Kuchma's Russian Policy*, in *PONARS Policy Memo 291*, September 2003, pp. 1-2.

⁸² Ved. A. MISELJUK, *Ukraina peredumala idti v NATO i Evrosojuz*, cit.

⁸³ *Naselenie Kryma. Dinamika nacional'nogo sostava naselenija Kryma (vključaja Sevastopol')*, [Popolazione della Crimea. Dinamica della composizione nazionale della popolazione di Crimea (inclusa Sevastopol')], in *Wikipediā* (dati del censimento del 1959).

⁸⁴ *Naselenie Kryma. Dinamika nacional'nogo sostava naselenija Kryma (vključaja Sevastopol')*, cit. Dati del Censimento del 1939.

⁸⁵ *Naselenie Kryma. Dinamika nacional'nogo sostava naselenija Kryma (vključaja Sevastopol')*, cit. Dati del Censimento del 2014.

⁸⁶ In seguito ad un referendum che si era svolto il mese prima. Cfr. *Chronology for Crimean Russians in Ukraine*, in *refworld*, UHCR, 2004.

Al referendum sull'indipendenza dell'Ucraina (1° dicembre 1991), solo il 54% degli abitanti della penisola votarono a favore. Fu il risultato più basso di tutto il Paese⁸⁷. Il legame della penisola con la Russia era solido, poiché gran parte della popolazione della Crimea era di origine russa e la popolazione maschile era per lo più occupata nella flotta del Mar Nero. L'Accordo di Belaveža, sottoscritto l'8 dicembre 1991 tra Russia, Ucraina e Bielorussia, prendendo atto, nel Preambolo, della cessazione dell'URSS come soggetto di diritto internazionale, riconobbe di fatto la penisola come parte integrante dello Stato ucraino⁸⁸. Il 26 febbraio 1992, il Consiglio Supremo di Crimea (Parlamento) cambiò il nome della penisola da Repubblica Autonoma della RSSU a Repubblica di Crimea, e qualche mese dopo (maggio) adottò una risoluzione sull'organizzazione di un referendum per secedere dall'Ucraina⁸⁹. Nello stesso mese (21 maggio 1992), il Parlamento russo dichiarò illegale il trasferimento nel 1954 della Crimea all'Ucraina, rimandando la trattazione della materia con l'avvio di “colloqui tra Russia e Ucraina, includendo la partecipazione degli organi eletti della Crimea”⁹⁰. Immediata fu la risposta del Parlamento ucraino che giudicò incostituzionale il referendum voluto dalla Crimea, e concesse al Presidente Kravchuk il potere di utilizzare tutti i mezzi necessari per impedirlo. In seguito, Ucraina e Crimea arrivarono ad un compromesso, in base al quale quest'ultima riacquistò la condizione giuridica di Repubblica Autonoma, ottenendo con legge ucraina del 1995 una maggiore autonomia ed uno *status* economico speciale⁹¹.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ V. RANALDI, *L'epopea di Sebastopoli: la legittimità del referendum di secessione nel diritto internazionale alla luce della recente vicenda della Crimea*, in *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, n. 5, 2014, p. 76. «L'accordo del 1991 prevedeva anche che la flotta da guerra della marina russa di stanza in Crimea potesse rimanere ancorata a Sebastopoli», *Ivi*.

⁸⁹ *Postanovlenie Verchovnogo Soveta Kryma “O provedenii obščekrymskogo referendumu” No. 2333-XII N° 13.05.92* (Risoluzione del Consiglio Supremo di Crimea “Sul tenere un referendum in tutta la Crimea”, No. 2333-XII del 13 maggio 1992).

⁹⁰ J. IAMS, *Russian Parliament Calls Crimea Transfer Illegal, But Urges Negotiation*, in *AP News*, May 21, 1992.

⁹¹ «La legge ucraina *Sulla Repubblica Autonoma di Crimea* del 17 marzo 1995 affermava che essa è «un'autonomia amministrativa e territoriale nell'ambito dell'Ucraina» (art. 1), la quale ne approva la Costituzione (art. 3). La Repubblica di Crimea intrattiene relazioni con altri Stati e con organizzazioni internazionali «solo nella sfera dell'economia, dell'ecologia e della cultura» (art. 9) e partecipa alla «formazione e alla realizzazione della politica estera e del commercio estero dell'Ucraina nelle questioni che toccano gli interessi della Repubblica autonoma di Crimea» (art. 9). Ved. *I problemi del federalismo nell'ex Unione Sovietica*, in *Il Federalista (rivista di politica)*, Anno XL, 1998, N. 1, p. 54.

3.2. *La grande svolta. La rivoluzione arancione*

Nel 2004 si svolsero in Ucraina le elezioni presidenziali. Viktor Yushchenko fu eletto Presidente e il suo avversario politico, il filorusso Viktor Yanukovich, venne sconfitto, dopo che grandi proteste di piazza fecero annullare il voto precedente, a causa della frode elettorale commessa a favore di Yanukovich. Quelle proteste pubbliche sfociarono nella rivoluzione arancione, che modificò profondamente l'assetto politico del Paese, portando al Governo esponenti politici filo-occidentali e antirussi, sotto la guida presidenziale di Viktor Yushchenko (2005-2010) e del Primo Ministro Yuliia Tymoshenko (dal gennaio al settembre 2005 e dal dicembre 2007 al marzo 2010). La "questione nazionale" emerse prepotentemente, legata innanzitutto alla questione linguistica, determinante alla formazione dell'unità e identità nazionale:

Durante la campagna presidenziale, Yushchenko aveva affermato: «Noi ucrainofili ammettiamo che la lingua russa per la nostra società è più che una lingua di una minoranza nazionale o una lingua di un paese vicino. Tuttavia, i russofili devono accettare che la lingua ucraina – dopo persecuzioni durate per secoli – ha il diritto a discriminazioni positive». E da Presidente, ribadirà: «L'Ucraina ha ereditato una situazione linguistica deformata, e la politica linguistica statale, indipendentemente dal fatto se esista un consenso sociale sulla questione, la correggerà». L'obiettivo di Yushchenko era di costruire uno Stato nazionale omogeneo con una sola lingua ufficiale, l'ucraino: «La sopravvivenza dello Stato ucraino dipende dall'introduzione pratica della lingua ucraina in ogni sfera dello stato e della vita sociale. Nelle circostanze attuali la lingua è il depositario della sicurezza nazionale, dell'unità territoriale, dell'identità nazionale delle persone e della memoria collettiva». L'ambizione ucraina di arrivare al monolinguismo ucraino, superando il bilinguismo asimmetrico, storicamente forzato e di lunga durata, fu considerata una priorità⁹².

Nel periodo della presidenza di Yushchenko (2004-2010), definito della *hard-ucrainizzazione*⁹³, la Carta costituzionale del 1996 fu emendata⁹⁴, contestualmente ad altri provvedimenti legislativi volti a risolvere la crisi delle elezioni

presidenziali del 2004. Le modifiche alla Costituzione indebolirono il potere del Presidente dell'Ucraina, che perdeva la facoltà di nominare e destituire il Primo Ministro ed altri membri del Consiglio dei Ministri, compito che fu affidato esclusivamente alla *Verkhovna Rada* – art. 85.12 (il Governo non sarebbe più dipeso dal Presidente ma dalla *Verkhovna Rada* in carica non più quattro anni come costituzionalmente stabilito nel 1996, bensì cinque; art. 76 – comma 5). Il Presidente conservava il diritto di avviare una procedura di sfiducia nei confronti del Governo (art. 87 – comma 1) e quello di iniziativa legislativa (art. 93 – comma 1). Gli emendamenti introdotti in Costituzione apportarono un sostanziale riequilibrio dei poteri tra Presidente e Governo, forgiando un sistema "parlamentare-presidenziale", che rimase in forza dal 2006 al 2010.

*Another turning point for modern Ukrainian constitutionalism, on its transitory path from a somewhat (proto-)authoritarian form to a more democratic one, was also undeniably revolutionary in its nature. This was the constitutional transition attempted (...) in the wake of the 'Orange Revolution' of 2004. It was then that the previously established presidential-parliamentary form of government was replaced by parliamentary-presidential rule (Law no. 2222-IV). This transition to a weaker semi-presidential rule promised to prevent the abuse of power by government institutions, to put an end to the authoritarian path of Ukraine, and thus to achieve a better system of checks and balances in order to help to stabilise the social and political order of the country*⁹⁵.

Nel 2005 il dialogo NATO-Ucraina fu ulteriormente rafforzato, con lo scopo di preparare Kyiv all'acquisizione della piena adesione all'Alleanza Atlantica. Tenuto conto della più che decennale collaborazione con la NATO, il Ministro degli Esteri ucraino aveva chiesto nel gennaio 2008 l'attivazione del Map (*Membership action plan*)⁹⁶. Al vertice NATO di Bucarest (aprile 2008), nonostante l'apertura americana verso una prospettiva di adesione dell'Ucraina (e della Georgia) all'Alleanza Atlantica, la "Vecchia Europa" si oppose, temendo di peggiorare le relazioni con una Russia fermamente contraria ad ulteriori espansioni della NATO nell'Est europeo. Il Presidente Putin, presente al vertice,

⁹² C. CARPINELLI, *Ucraina: la questione della lingua e le sue fasi di evoluzione politica e legislativa*, cit., p. 88.

⁹³ M. SLOBODA, P. LAIHONEN, A. ZABRODSKAJA, *Sociolinguistic Transition in Former Eastern Bloc Countries: Two Decades after the Regime Change*, Frankfurt am Main, 2016, pp. 349-377.

⁹⁴ Le modifiche alla Costituzione entrarono in vigore senza condizioni il 1° gennaio 2006.

⁹⁵ Ved. A. TYUSHKA, *A liberationist constitution? Maidan's revolutionary agenda and challenges for constitutional reform in Ukraine*, in *European View* (2014) 13:21-28, pp. 22-23 (DOI 10.1007/s12290-014-0291-9).

⁹⁶ A. MARRONE, *La Nato verso il vertice di Bucarest*, in *dossier*, n. 88, 2008, Senato della Repubblica, XV legislatura (servizio studi; servizio affari internazionali), p. 11.

nel suo intervento parlò della responsabilità della Russia nei confronti dei russi etnici residenti in Ucraina ed esortò i partner della NATO ad agire consapevolmente. In forma privata, confidò al suo omologo statunitense la possibilità della perdita dell'integrità territoriale dell'Ucraina, nel caso in cui questa avesse fatto richiesta ufficiale di adesione alla NATO⁹⁷. Il Presidente russo «sfidò implicitamente l'integrità territoriale dell'Ucraina, suggerendo che l'Ucraina non fosse altro che una creazione artificiale di territori di Polonia, Repubblica Ceca, Romania e soprattutto Russia cuciti insieme all'indomani del secondo Conflitto Mondiale»⁹⁸. Già l'anno prima, nel 2007, alla Conferenza di Monaco sulla Politica di Sicurezza, Putin aveva posto la questione della ridefinizione dell'assetto securitario europeo, «allarmato» dall'espansionismo NATO (con il suo corredo bellico) nell'Europa centro-orientale⁹⁹.

Sembrava, dunque, ormai un lontano ricordo quanto scritto nella «Dichiarazione sulla sovranità statale dell'Ucraina» (luglio 1990), la quale, all'art. IX (Sicurezza estera ed interna), ultimo comma, proclamava che il Paese aveva intenzione «di diventare in futuro uno stato permanentemente neutrale, fuori dai blocchi militari...»¹⁰⁰. Anche se – qualcuno faceva notare – la Costituzione ucraina, nel Preambolo, riconosceva di essere «guidata dall'Atto di dichiarazione di Indipendenza dell'Ucraina del 24 agosto 1991, approvato con votazione nazionale del 1° dicembre 1991», che si sarebbe potuto realizzare implementando la Dichiarazione sulla sovranità statale dell'Ucraina: «Procedendo dal diritto di una nazione all'autodeterminazione conformemente a quanto disposto dalla Carta delle Nazioni Unite e da altri documenti legali internazionali, e attuando la Dichiarazione sulla sovranità statale dell'Ucraina, la *Verkhovna Rada* della

Repubblica Socialista Sovietica Ucraina dichiara solennemente l'Indipendenza dell'Ucraina e la creazione dello stato ucraino indipendente - UCRAINA»¹⁰¹. Ad ogni modo, la questione dei principi di non allineamento e di neutralità del Paese rimase sin da allora oggetto di controversia, soprattutto in merito alla loro decorrenza e alla loro effettiva attuazione¹⁰². Nel 2009 nasceva il Partenariato orientale. Un progetto d'integrazione regionale europeo richiesto dall'Unione Europea (UE), in particolare dai Paesi dell'Est Europa (i nuovi membri dell'UE) e da sei Paesi partner dell'Europa orientale e del Caucaso meridionale (Armenia, Azerbaijan, Bielorussia, Georgia, Repubblica di Moldova e Ucraina), che non considerava, tuttavia, l'adesione di questi ultimi sei Paesi all'UE e alla NATO, per evitare ulteriori contrasti con la Russia¹⁰³. Nello stesso anno, la Federazione Russa e gli USA rilasciavano una dichiarazione congiunta, in base alla quale le garanzie di sicurezza del Memorandum di Budapest sarebbero state rispettate anche dopo la scadenza del Trattato START¹⁰⁴.

3.3. L'involuzione politica. Il ritorno agli anni Novanta

Le elezioni presidenziali del 7 febbraio 2010 segnarono la fine della fase storica della rivoluzione arancione. Nel 2010 il filorusso, V. Yanukovych, vinse le elezioni presidenziali contro la sfidante Yu. Tymoshenko, e rimase in carica dal 2010 al 2014 sino all'avvento della rivolta di Euromaidan (nota anche come «rivoluzione della dignità»). Gli ucraini ricorderanno la rivoluzione arancione per le speranze che aveva generato, ma anche per le mancate promesse e per il lungo periodo di paralisi politica e istituzionale che seguì.

Il Presidente Yanukovych, appena eletto, siglò con il Presidente russo, D. Medvedev, gli Accordi (o Patto) di Kharkiv (aprile 2010), con cui fu garantita la permanenza della flotta russa nel porto di Sevastopil (Crimea) fino al 2042, appianando le tensioni tra i due Paesi¹⁰⁵. Delineò anche, sin da subito, la sua

⁹⁷ *Putin ne zayavljal o tom, čto Ukraina ne javljaetsja gosudarstvom. STENOGRAMMA* (Putin non ha sostenuto che l'Ucraina non sia uno stato. TRASCRIZIONE), in *Segodnja - Ukraina*, 18.04.2008.

⁹⁸ *Ukraine, map, and the georgia-russia conflict*, in *Public Library of US diplomacy*, 14.08.2008.

⁹⁹ Ancora prima, nel 1995, l'allora Presidente russo, B. El'cin, aveva lanciato l'idea di rifondare l'assetto di sicurezza europea con un'intesa privilegiata tra Russia e USA. Questa proposta fu sancita nel 1997 nel corso del vertice di Helsinki tra Bill Clinton e Boris El'cin, in cui fu espressa, per la prima volta nella storia, la reciproca volontà di creare un'Europa democratica, pacifica e senza divisioni. Cfr. *The President's News Conference With President Boris Yeltsin of Russia in Helsinki*, in *The American Presidency Project*, March 21, 1997. Tuttavia, alcuni Paesi alleati della NATO criticarono quel vertice (i Paesi dell'Europa centro-orientale). In realtà, nemmeno gli USA erano disposti a trattare con la Russia, considerata ai tempi come una potenza regionale.

¹⁰⁰ S'impegnava, altresì, a «non accettare, produrre o acquisire armi nucleari». Ved. *Declaration of state sovereignty of Ukraine*, in *The Official Bulletin of the Verkhovna Rada of USSR (BVR)*, 1990, No. 31, Art. 429. Disponibile nel sito ufficiale della *Verkhovna Rada of Ukraine* (<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/55-12#Text>).

¹⁰¹ *Verkhovna Rada of Ukraine Resolution "On Declaration of Independence of Ukraine"*, in *Vidomosti Verkhovnoyi Rady (VVR)* 1991, #38, p. 502. Disponibile nel sito ufficiale della *Verkhovna Rada of Ukraine*.

¹⁰² K.R. SPILLMANN, A. WENGER, AND D. MÜLLER, *The Premises of Ukrainian Foreign and Security Policy*, in *Between Russia and the West: Foreign and Security Policy of Independent Ukraine*, vol. 2, Bern, 1999, p. 36.

¹⁰³ Dal 28 giugno 2021 la Bielorussia ha sospeso la sua partecipazione al partenariato orientale.

¹⁰⁴ *Ukraine, Nuclear Weapons, and Security Assurances at a Glance*, in *Arms, Control Association*, February 2022.

¹⁰⁵ M. DE MARCHI, *L'Unione Economica Eurasiatica. Analisi della politica estera russa nel processo di integrazione economica eurasiatica prima e dopo la crisi ucraina*, Tesi di Laurea (Corso di Laurea magistrale in Relazioni Internazionali Comparete), Anno Accademico 2015/2016, p. 45.

nuova politica incentrata su quattro fondamentali indirizzi: 1) “La politica estera”. Il 15 luglio 2010, Yanukovych firmava la legge (approvata in Parlamento il 1° luglio) “Sui principi di politica interna ed estera”¹⁰⁶, in cui era stabilito: a) lo *status* di non allineamento dell’Ucraina (non aderendo ai “bocchi” e a “qualsiasi alleanza politica militare”); b) la partecipazione del Paese ai sistemi di sicurezza collettiva europei e regionali, il riavvicinamento con l’UE (veniva posto come obiettivo l’ingresso del Paese nell’UE – armonizzando la legge ucraina al diritto comunitario europeo), pur mantenendo buone relazioni e partnership strategiche con la Federazione Russa, i Paesi della CSI ed altri Stati esteri; c) la collaborazione ad attività internazionali di *peacekeeping* sotto gli auspici dell’ONU, OSCE e NATO e di altre organizzazioni per la sicurezza internazionale (artt. 11-14); 2) “Il ritorno ad un sistema istituzionale di tipo presidenziale-parlamentare”. Il 1° ottobre 2010, la Corte costituzionale annullò la revisione costituzionale del 2004 per irregolarità procedurali¹⁰⁷, ripristinando la Costituzione precedentemente in vigore tra il 1996 e il 2006¹⁰⁸; 3) “L’attribuzione di uno *status* speciale alla lingua russa”. Yanukovych aveva vinto le elezioni presidenziali con la promessa di attribuire uno *status* speciale alla lingua russa in vaste zone del Paese. «La politica non poteva ignorare la reale situazione linguistica del paese, dove *de facto* esisteva un bilinguismo territoriale, che doveva essere legalmente riconosciuto con la promozione del russo a seconda lingua ufficiale nelle aree in cui vi fosse stata una forte concentrazione di russi e/o russofoni»¹⁰⁹.

¹⁰⁶ *Zakon Ukraini Pro Zasadi vnutrishnoi i zovnishnoi politiki vid 01.07.2010, No. 2411-VI* (Legge dell’Ucraina Sui Principi di politica interna ed estera del 1° luglio 2010, n. 2411-VI).

¹⁰⁷ La decisione assunta dalla Corte Costituzionale di annullamento della revisione costituzionale del 2004 era stata molto controversa. Il 18 novembre 2010, la Commissione di Venezia aveva pubblicato un Rapporto (*The Opinion of the Constitutional Situation in Ukraine in Review of the Judgement of Ukraine’s Constitutional Court*, Venice Commission, 20 December 2010), in cui sosteneva «...altamente insolito il fatto che emendamenti costituzionali di vasta portata, compreso il cambiamento del sistema politico del Paese – da un sistema parlamentare ad uno presidenziale-parlamentare – fossero dichiarati incostituzionali con decisione della Corte costituzionale dopo un periodo di 6 anni...» (art. 35, p. 6). «Poiché le Corti costituzionali sono vincolate dalla Costituzione e non si pongono al di sopra di essa, tali decisioni sollevano importanti questioni di legittimità democratica e di stato di diritto» (art. 36, p. 6). Su questa complessa vicenda, suggerisco la lettura del saggio di C. FILIPPINI, *Rigidità costituzionale e riforme in Ucraina tra diritto interno e diritto internazionale*, in *Il Mulino-Rivisteweb*, Fasc. 4, ottobre-dicembre 2019 (doi: 10.17394/95734). In particolare, il capitolo 3.3. *La sentenza della Corte costituzionale del 2010: eliminazione degli emendamenti del 2004 e ritorno alla versione della Costituzione dell’Ucraina del 1996*, pp. 941-947.

¹⁰⁸ S. CHOUDHRY, T. SEDELIUS, J. KYRYCHENK, *Semi-presidentialism and Inclusive Governance in Ukraine. Reflections for Constitutional Reform*, cit., p. 17.

¹⁰⁹ C. CARPINELLI, *Ucraina: la questione della lingua e le sue fasi di evoluzione politica e legislativa*, cit., p. 88.

L’Ucraina nella sua articolazione territoriale si presentava come una geografia di regioni a maggioranza etnica ucraina o russa, distinte però sulla base della lingua in esse maggioritaria¹¹⁰. Non era possibile stabilire rigidi e impenetrabili confini linguistici, così come non era possibile marcare nettamente il territorio della minoranza linguistica che parlava il russo, poiché non vi era una perfetta corrispondenza tra gruppi etnici e gruppi linguistici. Nel 2012, il Presidente russofilo promulgava la legge linguistica “Sui principi della politica linguistica statale”¹¹¹ (conosciuta anche come legge linguistica di Kivalov-Kolesnichenko), che sostituiva la precedente legge del 1989. Con questa legislazione, fu attribuito un particolare riconoscimento ai diritti linguistici delle minoranze nazionali, soprattutto di quella russa. «...il riconoscimento dello *status* di lingua regionale al russo segnò, tuttavia, un’ulteriore polarizzazione della società»¹¹²; 4) “La rinuncia all’Accordo di Associazione di libero scambio con l’UE”. Il 21 novembre 2013, il Presidente Yanukovych annunciava, in modo del tutto inaspettato, che non avrebbe siglato l’Accordo di Associazione di libero scambio con l’UE. Firmò, invece, il mese dopo, un accordo economico proposto dalla Russia¹¹³ – ritenuto più vantaggioso –, che rappresentava un passo verso l’adesione dell’Ucraina all’Unione economica eurasiatica¹¹⁴. Non è da escludere che la diversa scelta di campo operata allora dal Presidente fosse stata dettata dalle pressioni esercitate nei suoi confronti dal potente oligarca filorusso (data la sua provenienza dal Donbass), Rinat Achemetov, suo protettore. In ogni caso, Yanukovych aveva sostenuto che l’Ucraina non avrebbe potuto permettersi di sacrificare il commercio con la Russia, che si era opposta all’accordo ucraino con l’UE. Aveva

¹¹⁰ La regione di Odessa è abitata da ucraini etnici che sono in maggioranza russofoni, mentre sia a Kharkiv, sia nella capitale Kyiv si parla pressoché esclusivamente la lingua russa. Secondo il censimento del 2001, il 67,5% della popolazione parla ucraino e il 29,6% parla russo come prima lingua. In: *Language data for Ukraine (Static map highlighting the most common languages spoken in Ukraine. Data is from the 2001 census)*, in *Translators without Borders* (<https://translatorswithoutborders.org/language-data-for-ukraine>).

¹¹¹ *On Principles of the State Language Policy*, Document 5029-VI, first version - Adoption on July 3, 2012, nel sito *Legislation of Ukraine* (<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/5029-17/ed20120703>). «La legge (...) prevedeva l’applicazione della disciplina sulle lingue regionali o minoritarie nei territori ove la popolazione parlante la lingua minoritaria fosse stata pari o superiore al 10% del totale, quota che era stata stabilita in base al Censimento ucraino della popolazione del 2001». Ved. C. CARPINELLI, *Ucraina: la questione della lingua e le sue fasi di evoluzione politica e legislativa*, cit., p. 64.

¹¹² C. CARPINELLI, *Ucraina: la questione della lingua e le sue fasi di evoluzione politica e legislativa*, cit., p. 89.

¹¹³ *L’accordo tra Putin e Yanukovich*, in *il Post*, 17.12.2013.

¹¹⁴ M. DE MARCHI, *L’Unione Economica Eurasiatica. Analisi della politica estera russa nel processo di integrazione economica eurasiatica prima e dopo la crisi ucraina*, cit., p. 45.

anche descritto il prestito europeo al Paese (610 milioni di euro) inadeguato ad allineare l'economia agli "standard europei", prevedendo un budget di almeno 20 miliardi di euro l'anno¹¹⁵.

La mancata firma dell'Accordo innescò una grande ondata di proteste nel Paese contro il regime filorusso, che portarono nel febbraio 2014 alla destituzione del Presidente (con un voto di *impeachment* del Parlamento, pur non avendo raggiunto il quorum previsto dalla Costituzione) e alla presa del potere da parte dell'opposizione filo-europea. Il 21 febbraio 2014, la *Verkhovna Rada* dell'Ucraina approvò in prima e seconda lettura una legge per il ripristino degli emendamenti apportati alla Costituzione nel 2004. Data l'eccezionalità del momento storico, la legge fu immediatamente approvata senza alcun ricorso alla Corte costituzionale e senza rispettare pienamente le norme procedurali previste dalla stessa Costituzione¹¹⁶. Il ripristino degli emendamenti fu adottato in base all'accordo sulla risoluzione della crisi politica in Ucraina (*Agreement on settlement of political crisis in Ukraine*).

La crisi politico-istituzionale del 2014 spinse la Russia a rivendicare il territorio della Crimea e ad annetterselo (16 marzo 2014), sentendosi in questo legittimata dai risultati del "Referendum sull'autodeterminazione della penisola di Crimea"¹¹⁷. L'annessione non fu riconosciuta dalla comunità internazionale e costò alla Russia l'immediata applicazione di un pacchetto di sanzioni e l'esclusione ufficiale dal G8. Gli Stati Uniti, il Regno Unito e l'Ucraina definirono l'annessione «...una palese violazione delle garanzie di sicurezza contenute nel Memorandum di Budapest del 1994»¹¹⁸. Per il Ministero degli Esteri russo, tuttavia, "le garanzie di sicurezza erano state fornite al governo legittimo dell'Ucraina e non alle forze che salirono al potere in seguito al colpo di stato nei confronti del governo legittimo dell'Ucraina e del Presidente Yanukovich"¹¹⁹.

Un mese dopo (aprile 2014), due Regioni del Donbass (Donetsk e Luhansk) che, contrariamente al "popolo" di Euromaidan si erano espresse contro la firma

dell'Accordo di Associazione di libero scambio con l'UE, poiché ciò significava un blocco agli scambi commerciali con la Russia, con un conseguente tracollo dell'economia nella parte orientale del Paese¹²⁰, si autoproclamavano "Repubbliche popolari" (e nel maggio 2014, a seguito di un referendum – non riconosciuto dal governo centrale ucraino – si dichiaravano indipendenti), dando avvio ad uno scontro armato tra le milizie della guardia nazionale ucraina e quelle separatiste filorusse di Donetsk e Luhansk. Si apriva nel Paese una nuova e tragica stagione politica.

3.4. Il cambio di paradigma. "Live in a new way!"¹²¹

Il 7 giugno 2014 fu eletto alla carica di Presidente, Petro Poroshenko, che sin dall'inizio fu impegnato a gestire la prima fase del conflitto russo-ucraino. La questione spinosa della Crimea e delle due Regioni del Donbass costituiva uno snodo centrale nel dibattito parlamentare e giuridico del Paese. A metà giugno 2014 fu avviato il processo di modifica della Costituzione, su iniziativa presidenziale, per rafforzare l'impegno verso la costruzione di una Repubblica parlamentare-presidenziale, dando così corpo all'idea sostenuta nel discorso di Poroshenko alla *Verkhovna Rada* durante la cerimonia di inaugurazione della sua presidenza: «Desidererei sottolineare l'impegno per l'idea di una repubblica parlamentare-presidenziale. Nessuna usurpazione del potere!»¹²². Il progetto di legge sugli emendamenti da apportare alla Costituzione, redatto dal Presidente¹²³, prevedeva – pur rimanendo l'ucraino la lingua ufficiale di Stato¹²⁴ – che le singole unità territoriali amministrative potessero concedere alla lingua russa e a qualsiasi altra lingua di minoranza lo *status* di lingua speciale (art. 143 – comma 2). Erano, inoltre, presi in esame i rapporti tra Stato e autonomie locali¹²⁵,

¹²⁰ «Nel periodo sovietico ebbe grande sviluppo industriale il bacino carbonifero del Donbass e ciò spostò l'equilibrio economico dell'Ucraina a favore delle aree più orientali e russofone». Ved. P. GENTILUCCI, *La crisi ucraina nel contesto internazionale ed europeo*, in *diritto.it*, 4.03.2022.

¹²¹ Slogan con cui Poroshenko avviò la sua campagna per le presidenziali del 2014.

¹²² *Promova prezidenta Ukrainy pid chas ceremonii inauguracii. Povnyy tekst* [Discorso del presidente dell'Ucraina durante la cerimonia di inaugurazione. Testo intero], in *Ukrayinska Pravda*, 7.06.2014.

¹²³ *Proekt Zakona Ukrainy ot 26.06.2014, n. 4178a. O vnesenii izmenenij v Konstituciju Ukrainy (otnositel'no polnomočij organov gosudarstvennoj vlasti i mestnogo samoupravlenija)*, [Progetto di legge dell'Ucraina del 26.06.2014, n. 4178a. Sugli emendamenti alla Costituzione dell'Ucraina (in relazione all'autorità degli organi del potere statale e dell'autogoverno locale)], in *Zakonodatel'stvo Ukrainy*, (http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JG38268B.html).

¹²⁴ *Authorities in Ukrainian regions may be allowed to determine status of national minority languages*, in *interfax-ukraine*, 26.06.2014.

¹²⁵ Art. 141 – comma 1 – del Progetto di legge dell'Ucraina n. 4178a del 26.06.2014, cit. «I villaggi, gli insediamenti, le città, i distretti, i consigli regionali sono rappresentati da deputati

¹¹⁵ *Ukraine protests after Yanukovich EU deal rejection*, in *BBC News*, 30.11.2013.

¹¹⁶ *Zakon Ukrainy Pro vidnovlennia dii okremykh polozhen Konstytutsii Ukrainy, n. 742-VII vid 21.02.2014* (Legge dell'Ucraina Sulla reviviscenza dell'efficacia di alcune disposizioni della Costituzione dell'Ucraina, n. 742-VII del 21.02.2014). Cfr. C. FILIPPINI, *Rigidità costituzionale e riforme in Ucraina tra diritto interno e diritto internazionale*, cit., p. 948-949.

¹¹⁷ La popolazione residente approvava l'ingresso della Repubblica Autonoma di Crimea nella Federazione russa (affluenza: 84,2% - Sì: 96,6%; no: 2,5%). Si veda *Ucraina: dati ufficiali referendum Crimea, 96,6% 'sì'*, in *adnkronos*, 17.03.2014.

¹¹⁸ D.G. KIMBALL, *Ukraine, Nuclear Weapons, and Security Assurances at a Glance*, in *Arms Control Association*, February 2022.

¹¹⁹ *Ibidem*.

considerati elementi chiave del piano di pace del Paese¹²⁶. L'obiettivo era il superamento del modello di governo centralizzato e l'introduzione di un nuovo sistema di organizzazione territoriale del potere in Ucraina. Il sistema proposto di riassetto amministrativo-territoriale era articolato nel seguente modo: regioni, distretti, comunità (art. 133). Fra i territori da considerare come Regioni comparivano la Repubblica Autonoma di Crimea e le due Regioni del Donbass – Donetsk e Luhansk. Il progetto di legge non prendeva in considerazione la possibilità di conferire uno statuto speciale alle due Regioni autoproclamate Repubbliche popolari indipendenti.

Il 1° luglio 2015, il Presidente presentava alla *Verkhovna Rada* un altro progetto di legge, che accanto alla riforma sulla giustizia e sui diritti dell'uomo e del cittadino, prevedeva il decentramento dei poteri dello Stato teso a conferire alle Regioni “una grande quantità di diritti e risorse finanziarie che oggi sono supervisionate dal Presidente e dal Governo”¹²⁷. Il progetto di legge venne approvato in prima lettura dalla *Verkhovna Rada* il 31 agosto 2015. Tuttavia, per motivi di contrasti politici interni (la questione del decentramento dei poteri era legata all'attuazione degli accordi di Minsk, su cui vi erano posizioni discordanti in merito al conferimento di uno statuto speciale alle due Regioni del Donbass), il progetto non fu mai sottoposto ad una seconda approvazione da parte della *Verkhovna Rada*. E non ha avuto sino ad oggi seguito.

Il sistema di organizzazione amministrativo-territoriale dell'Ucraina proposto era quello già abbozzato nel primo progetto di legge: comunità, distretti, regioni (art. 133 – comma 1). La comunità costituiva l'unità territoriale primaria (art. 133 – comma 2). Non era concessa alcuna forma di autonomia alle Regioni

“ribelli” del Donbass, pur avendo assegnato loro – con un atto legislativo – un autogoverno parziale *ad interim* per tre anni¹²⁸. Scartata, in ogni caso, l'ipotesi della costruzione di uno Stato federale¹²⁹, confermando, dunque, quanto sostenuto un anno prima dal Presidente nel suo discorso inaugurale alla *Verkhovna Rada*:

Per me, la democrazia europea è il miglior modo di governo inventato dall'umanità. È l'esperienza europea che ci dice che gran parte del potere deve già essere delegato dal centro alle autorità locali. La riforma del decentramento inizierà quest'anno con gli emendamenti alla Costituzione. Nuovi poteri saranno conferiti ai consigli locali appena eletti. Ma l'Ucraina era, è e sarà uno Stato unitario. Il sogno di una federazione non ha fondamento in Ucraina¹³⁰.

Il processo di riforma costituzionale sul decentramento dei poteri dello Stato rientrava nel pacchetto di misure per l'attuazione del protocollo di Minsk sottoscritto nel febbraio 2015, che tra le altre cose conteneva “la promessa di una nuova Costituzione entro la fine del 2015 tale da garantire maggiori autonomie alle Regioni controllate dai separatisti”¹³¹.

A pochi giorni dalla sua investitura ufficiale, Poroshenko aveva anche sottoscritto alcune parti dell'Accordo di Associazione di libero scambio tra il suo Paese e l'UE (27 giugno 2014)¹³². Il Presidente aveva definito la firma dell'Accordo come “il giorno storico più importante dell'Ucraina dall'indipendenza del 1991”, rappresentandolo come “simbolo di fede e volontà indistruttibile”¹³³, poiché riparava l'errore commesso dal suo predecessore e poneva le basi dell'ingresso dell'Ucraina nell'UE¹³⁴. Qualche mese dopo, il 23 dicembre 2014, il parlamento ucraino votava una legge contro lo *status* di non allineamento dell'Ucraina¹³⁵, de-

eletti dai residenti delle comunità sulla base del suffragio universale, eguale, diretto a scrutinio segreto». Cfr. anche *Poroshenko suggests granting status of regions to Crimea, Kyiv, Sevastopol, creating new political subdivision of 'community'*, in *interfax-ukraine*, 26.06.2014.

¹²⁶ *Amendments to Ukraine's Constitution to be tabled in parliament this week - Poroshenko*, in *interfax-ukraine*, 16.06.2014.

¹²⁷ *Projekt Zakonu pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo detsentralizatsii vlady)*, n. 2217 N° vid 01.07.2015 [Progetto di legge sugli emendamenti alla Costituzione dell'Ucraina (sul decentramento dei poteri), n. 2217a del 1° luglio 2015], nel sito ufficiale della *Verkhovna Rada of Ukraine*. Il 9 luglio il progetto di legge veniva approvato dalla Commissione di Venezia. Si veda: *Venetsianska komisiia skhvalyla redaktsiiu projektu detsentralizatsii* (La Commissione di Venezia ha approvato la formulazione del progetto di decentramento), in *LB.ua*, 9 luglio 2015. Successivamente, esso veniva inviato alla Corte Costituzionale, che rilasciava una conclusione in base alla quale gli emendamenti corrispondevano all'art. 157 della Costituzione dell'Ucraina, non prevedendo l'abolizione o la restrizione dei diritti umani e civili e delle libertà. Si veda: *KSU odobryl yzmeneniya k Konstytutsii po detsentralizatsii* (La CCU ha approvato gli emendamenti alla Costituzione sul decentramento), in *RBK-Ukrayna*, 31.07.2015.

¹²⁸ *Poroshenko Unveils Constitutional Changes*, in *Radio Free-Europe-Radio Liberty*, 1.07. 2015.

¹²⁹ *Ukraine to remain unitary state after constitution is amended - Poroshenko*, in *interfax-ukraine*, 26.06.2015.

¹³⁰ *Promova prezidenta Ukrainy pid chas ceremonii inavguracii. Povnyy tekst*, cit.

¹³¹ *Cosa prevede l'accordo trovato sull'Ucraina*, in *il Post*, 12 febbraio 2015. Cfr. anche: K. GAVRYSH, *Che fine hanno fatto gli accordi di Minsk?*, in *SIDIBlog*, 8.03.2022.

¹³² Titoli III, IV, V e VI, relativi Allegati e Protocolli. L'Accordo entrò in vigore il 1° settembre 2017.

¹³³ *EU signs pacts with Ukraine, Georgia and Moldova*, in *BBC News*, 27.06.2014.

¹³⁴ *Ibidem*. Si veda anche *Promova prezidenta Ukrainy pid chas ceremonii inavguracii. Povnyy tekst*, cit.

¹³⁵ *Rada skasuvava pozablockovyi status Ukrainy* (Il Parlamento ha revocato lo status di non allineamento dell'Ucraina), in *BBC News*, 23.12.2014. Cfr. anche *Ukraine has no alternative to Euro-Atlantic integration – Poroshenko*, in *Interfax-Ukraine*, 23.12.2014.

liberato dal Parlamento sotto la presidenza di Yanukovych. Un atto politico che fu duramente condannato dalla Russia¹³⁶. L'obiettivo della legge era di creare un meccanismo aggiuntivo per garantire la sovranità e l'integrità territoriale dell'Ucraina. L'intensificazione degli scontri nell'Ucraina orientale poneva il Governo di fronte alla necessità di effettuare non solo una controffensiva militare nei confronti dei separatisti del Donbass, ma anche di accelerare il processo di avvicinamento alla NATO, come "polizza di assicurazione" per la difesa nazionale. La nuova legge affermava che il precedente *status* di non allineamento dell'Ucraina si era rivelato inefficace nel garantire la sicurezza dell'Ucraina e nel proteggere il Paese da aggressioni e pressioni esterne, mirando nel mentre ad approfondire la cooperazione ucraina con la NATO, "...al fine di raggiungere i criteri richiesti per l'adesione a questa organizzazione" (art. 8 – comma 5)¹³⁷. A rimarcare questo indirizzo di politica estera e di sicurezza nazionale, la *Verkhovna Rada* approvava l'8 giugno 2017 una legge che definiva l'integrazione del Paese con la NATO – l'"obiettivo prioritario di politica estera"¹³⁸, e il mese successivo, il Presidente Poroshenko annunciava l'apertura dei negoziati del Map con la NATO, sollevando la contrarietà della Russia, secondo cui «...la prospettiva di adesione dell'Ucraina alla NATO non avrebbe promosso la stabilità e la sicurezza in Europa»¹³⁹. Il Presidente proponeva, inoltre, un patrocinio tra Stati europei e alcune città del Donbass, poste sotto il controllo di Kyiv¹⁴⁰. L'atto finale dei

diversi provvedimenti assunti negli anni dalla dirigenza di Poroshenko in materia di politica estera, fu il progetto di legge di emendamento alla Costituzione del Paese, che prevedeva il consolidamento del corso europeo ed euroatlantico dell'Ucraina, presentato nel settembre 2018 dal Presidente alla *Verkhovna Rada*. In una riunione del Parlamento ucraino, Poroshenko aveva sostenuto che «le modifiche alla Costituzione non sono affatto superflue. La mia missione strategica è l'irreversibilità dell'integrazione europea e transatlantica»¹⁴¹. Il 7 febbraio 2019, la *Verkhovna Rada* approvava il progetto di legge, che veniva nello stesso giorno firmato dal Presidente¹⁴², il quale rilasciava subito dopo la seguente dichiarazione: «Questo è il giorno in cui il movimento dell'Ucraina verso l'Unione Europea e l'Alleanza dell'Atlantico del Nord sarà consolidato nella Costituzione come una pietra miliare della politica estera»¹⁴³. Nel Preambolo della Costituzione emendata veniva inserita la frase – dopo le parole «prendersi cura del rafforzamento dell'armonia civile sul suolo ucraino» – «... riaffermare l'identità europea del popolo ucraino e l'irreversibilità del corso europeo ed euro-atlantico dell'Ucraina», mentre nella parte relativa alle "Competenze del Parlamento dell'Ucraina" si richiamava «nel determinare i principi di politica interna ed estera, la realizzazione del corso strategico dello stato per l'acquisizione della piena adesione dell'Ucraina all'Unione Europea e all'Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord» (art. 85.5). Riguardo alle funzioni di garanzia del Presidente della Repubblica, l'art. 102 – comma 3 prevedeva l'ampliamento dei

¹³⁶ *Ukraine Ends 'Nonaligned' Status, Earning Quick Rebuke From Russia*, in *The Wall Street Journal*, 23.12.2014.

¹³⁷ *Proekt Zakonu pro vnesennia zmin do deiakikh zakoniv Ukrainy, n. 1014-3 vid 18.12.2014 (Zakon pryiniato – 23.12.2014)* [Progetto di legge sugli emendamenti alle leggi vigenti dell'Ucraina, n. 1014-3 del 18.12.2014 (Legge adottata - 23.12.2014)], in sito ufficiale della *Verkhovna Rada of Ukraine* (http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52994). Il 29 dicembre 2014 Poroshenko aveva promesso di tenere un referendum sull'adesione alla NATO. Cfr. *New Year, new hope as Ukraine paves way for NATO membership*, in *euronews.com*, 30.12.2014.

¹³⁸ *Zakon Ukrainy Pro vnesennia zmin do deiakikh zakoniv Ukrainy shchodo zovnishnopolitychnoho kursu Ukrainy N° 2091-VIII vid 08.06.2017* (Legge dell'Ucraina Sugli emendamenti ad alcune leggi dell'Ucraina relative al corso di politica estera dell'Ucraina n. 2091-VIII dell'8.06.2017). Cfr. *New Year, new hope as Ukraine paves way for NATO membership*, cit.

¹³⁹ P. POLITYUK, N. ZINETS, *Pledging reforms by 2020, Ukraine seeks route into NATO*, in *Reuters*, July 10, 2017. Il sostegno ucraino all'adesione alla NATO era vertiginosamente aumentato con l'annessione della Crimea alla Russia nel marzo 2014, la destituzione di Yanukovych e lo scoppio della guerra nell'Ucraina orientale. In base ai dati di un sondaggio di *Democratic Initiatives Foundation*, circa il 69% degli ucraini desideravano entrare nell'Alleanza Atlantica, rispetto al 28% di coloro che lo volevano nel 2012 quando era al potere Yanukovych. *Ivi*.

¹⁴⁰ Ucraina e UE avevano firmato un accordo in cui l'UE avrebbe stanziato 50 milioni di euro per aiuti nelle parti della regione del Donbass sotto il controllo di Kyiv. Si veda: A. GENIN, *President Poroshenko Seeks European "Patronage" in Donbass Region*, in *The California Review*, September 2, 2018.

¹⁴¹ *Poroshenko podpisal zakon o zakreplenii v konstitucii kursa Ukrainy v NATO i ES* (Poroshenko ha firmato la legge sul rafforzamento in costituzione del corso dell'Ucraina nella NATO e nell'UE), in *TASS*, 19.02.2019.

¹⁴² *Zakon Ukrainy Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo stratehichnogo kursu derzhavy na nabuttia povnopravnogo chlenstva Ukrainy v Yevropeiskomu Soiuzi ta v Orhanizatsii Pivnichnoatlantynchnoho dohovoru) vid 07.02.2019 r. N° 2680-VIII* [Legge dell'Ucraina sugli emendamenti alla Costituzione dell'Ucraina (sul percorso strategico dello stato per l'acquisizione della piena adesione dell'Ucraina all'Unione Europea e all'Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord) del 7.02.2019, n. 2680-VIII] (<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2680-19#n2>). Preparatorie alla legge del 7 febbraio 2019, erano state l'aggiunta dell'Ucraina nell'elenco degli aspiranti membri della NATO (tra cui anche Bosnia ed Erzegovina e Georgia - 10 marzo 2018), e l'approvazione a fine giugno, da parte del Parlamento ucraino, di un progetto di legge sulla sicurezza nazionale, con cui si definivano i principi della politica statale in materia di sicurezza e difesa nazionale e ci si concentrava sull'integrazione dell'Ucraina nel sistema di sicurezza economico e giuridico europeo e sul miglioramento delle relazioni reciproche con altri Stati ed eventuale adesione all'UE e alla NATO). Cfr. *Zakon Ukrainy. Pro natsionalnu bezpeku Ukrainy vid 21.06.2018 n° 2469-VIII* (Legge dell'Ucraina. Sulla sicurezza nazionale dell'Ucraina del 21.06.2018, n. 2469-VIII), (http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T182469.html).

¹⁴³ *We are going our way and this is the way to Ukraine's membership in the EU and NATO – President*, in *Official website - President of Ukraine*, 7.02.2019.

suoi poteri, diventando il massimo rappresentante dello Stato «il garante dell'attuazione del corso strategico dello stato per l'acquisizione della piena adesione dell'Ucraina all'Unione Europea e all'Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord»¹⁴⁴. Infine, con riferimento alle funzioni dell'Esecutivo, all'art. 116, comma 1 veniva aggiunto il punto 1.1 in cui si dichiarava che il Gabinetto dei Ministri «...garantisce l'implementazione del corso strategico dello stato per l'acquisizione della piena adesione dell'Ucraina all'Unione Europea e all'Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord». Sulla questione della flotta russa nel Mar Nero, l'art. 11 (Principi Generali) stabiliva: «Non sarà consentita la collocazione di basi militari straniere sul territorio ucraino».

All'introduzione di tali nuove disposizioni, forse per non "irritare" troppo il vicino russo, ha tuttavia corrisposto l'eliminazione del p. 14 delle «Disposizioni transitorie» che recitava quanto segue: «L'utilizzo delle basi militari esistenti nel territorio dell'Ucraina per collocarvi provvisoriamente forze militari straniere è possibile a condizione che l'utilizzo sia previsto da trattati internazionali dell'Ucraina, ratificati dalla Verkhovna Rada dell'Ucraina»¹⁴⁵.

Nel corso del suo mandato, il Presidente intese realizzare anche altri punti chiave del suo programma elettorale:

I pilastri ideologici su cui Poroshenko aveva condotto la sua campagna elettorale per le presidenziali del 2019 erano stati tre: esercito (*armiiia*), lingua (*mova*), fede (*vira*). Questa triade politica non era solo uno slogan elettorale, ma la formula della nuova identità ucraina saldamente mostrata negli inserti pubblicitari televisivi e nei cartelloni elettorali: «L'esercito difende la nostra terra, la lingua il nostro cuore, la chiesa la nostra anima»¹⁴⁶.

Il 15 dicembre 2018 era nata la Chiesa ortodossa dell'Ucraina, l'anno dopo fu dato avvio a riforme strutturali nel settore della difesa ed entrò in vigore una nuova legge linguistica «Sulla garanzia del funzionamento della lingua ucraina

come lingua di Stato»¹⁴⁷. L'approvazione di questa legge fu definita una «decisione storica» e una garanzia di sicurezza per il Paese: «Essa definisce la lingua ucraina come l'unica lingua di Stato e lingua ufficiale del paese e toglie alle lingue minoritarie, russo compreso (sebbene mai citato nel testo), lo *status* di lingua regionale, limitandone drasticamente il loro utilizzo nella sfera pubblica»¹⁴⁸. La legge sollevò dubbi e obiezioni. Ritenuta dai suoi sostenitori «legge della totale ucrainizzazione», fu considerata dai detrattori un provvedimento che metteva sotto forte pressione i diritti linguistici delle minoranze nazionali, e che smentiva quanto affermato nel discorso del Presidente Poroshenko rivolto alla *Verkhovna Rada* durante la cerimonia di inaugurazione della sua presidenza: «Mi farò guidare dall'articolo 10 della Costituzione. Questa definisce la lingua ucraina come l'unica lingua di stato, ma garantisce il libero sviluppo del russo e di altre lingue»¹⁴⁹. Le restrizioni nei confronti delle minoranze linguistiche (tese a colpire soprattutto quella russa) erano, in realtà, solo la punta dell'iceberg. A causa del peggioramento dei rapporti tra Russia e Ucraina, resosi più evidente dal 2014 in poi, si accese tra i due Paesi la miccia di una guerra politica e culturale: non fu più autorizzata l'importazione commerciale di libri russi¹⁵⁰, venne proibita la circolazione di opere letterarie e culturali stampate in lingua russa, e diversi artisti russi finirono nella *black list* del governo ucraino, perché ritenuti una «minaccia alla sicurezza nazionale»¹⁵¹. La «guerra dell'informazione» fu considerata parte del piano di aggressione della Russia contro il governo filo-occidentale di Kyiv. Una legge sull'istruzione del 2017 definì l'ucraino l'unica lingua veicolare obbligatoria nella scuola secondaria¹⁵², suscitando l'ira del Ministero degli Esteri russo, che bollò la legge come un atto di pianificazione strategica per «stabilire con forza un regime linguistico monoetnico in uno stato multinazionale»¹⁵³.

¹⁴⁷ *Zakon Ukrainy, No. 2704-VIII, 25.04.2019 – Pro zabezpechennia funktsionuvannia ukrainskoi movy yak derzhavnoi* (Legge dell'Ucraina, No. 2704-VIII, 25.04.2019 – Sulla garanzia del funzionamento della lingua ucraina come lingua di Stato), nel sito *Zakonodavstvo Ukrainy*. La legge entrò in vigore il 16 luglio 2019.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Promova prezidenta Ukrainy pid chas ceremonii inauguracii. Povnyy tekst*, cit.

¹⁵⁰ D. KEAN, *Ukraine publishers speak out against ban on Russian books*, in *The Guardian*, 14.02.2017.

¹⁵¹ *Ukraine bans 38 Russian "hate" books amid culture war*, in *BBC News*, 11.08.2015.

¹⁵² *Zakon Ukrainy No. 2145-VIII, 5.09.2017, Pro osvitu* (Legge dell'Ucraina No. 2145-VIII, 5.09.2017, 'Sull'istruzione'), nel sito *Zakonodavstvo Ukrainy* (<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19/ed20170905>). Cfr. A. PRENTICE, *Criticism of Ukraine's language law justified: rights body*, in *Reuters*, December 8, 2017.

¹⁵³ T. WESOŁOWSKY, *Ukrainian Language Bill Facing Barrage Of Criticism From Minorities*, in *RadioFreeEurope/RadioLiberty*, September 24, 2017.

¹⁴⁴ L'obiettivo di ingresso dell'Ucraina nella NATO era già stato espresso dal Presidente nel 2009 (allora in veste di Ministro degli Esteri). Cfr. *Poroshenko: Ukraine could join NATO in 1-2 years, with political, public will*, in *KyivPost*, Dec 4, 2009.

¹⁴⁵ C. FILIPPINI, *Rigidità costituzionale e riforme in Ucraina tra diritto interno e diritto internazionale*, cit., p. 956.

¹⁴⁶ C. CARPINELLI, *Ucraina: la questione della lingua e le sue fasi di evoluzione politica e legislativa*, cit., p. 79.

Il 18 gennaio 2018 il parlamento ucraino approvava una legge che definiva le aree sequestrate dalle Repubbliche popolari di Donetsk e Luhansk come “temporaneamente occupate dalla Russia”, definendo, altresì, la Russia uno Stato “aggressore”¹⁵⁴. A novembre di quello stesso anno, il sequestro russo di tre navi della marina ucraina, al largo delle coste della Crimea, provocò proteste violente nel Paese. Fu imposta la legge marziale per un periodo di trenta giorni in 10 Regioni al confine ucraino. Il Presidente giustificò l'introduzione della legge marziale, con la presenza di reali segni di pericolo di una “guerra su vasta scala” con la Russia¹⁵⁵. Il mandato presidenziale di Petro Poroshenko si avviava, dunque, al termine, con un'escalation preoccupante della tensione nei rapporti tra Ucraina e Russia.

3.5. Il trionfo del “servo del popolo”

Nella corsa alle presidenziali del 2019, Poroshenko fu sconfitto dal candidato rivale, Volodymyr Zelenskyi, la cui ascesa in politica era stata velocissima e una sorpresa¹⁵⁶. Non era un politico di professione, era un comico, sceneggiatore e produttore. Il filosofo e politico ucraino, Mykhailo Minakov, lo aveva definito “una scatola vuota dentro cui gli ucraini avevano riposto le loro frustrazioni”¹⁵⁷. La campagna elettorale dell'uomo *anti-establishment* era stata di una semplicità disarmante, ma efficace sul piano della comunicazione¹⁵⁸: lotta alla corruzione e al dominio incontrastato degli oligarchi, avvicinamento dell'Ucraina a UE e NATO ma senza strappi, avvio di un franco dialogo con il Presidente russo¹⁵⁹, rispetto della minoranza etno-linguistica russa umiliata dalla «ucrainizzazione selvaggia», riduzione generalizzata delle tasse. Diventato Presidente, Zelenskyi

aveva subito sciolto il Parlamento con l'obiettivo di sfruttare il momento favorevole per rinnovarlo, eleggendo i membri del suo partito e creando una nuova maggioranza parlamentare che sostenesse le sue promesse fatte in campagna elettorale. Il partito del Presidente, “Servo del popolo”¹⁶⁰, entrava per la prima volta in Parlamento, ottenendo la maggioranza dei voti alle elezioni legislative del luglio 2019 (43,16% dei voti, la percentuale più alta di voti ottenuti da un partito da quando l'Ucraina aveva ottenuto l'indipendenza nel 1991). Oltre a combattere la corruzione¹⁶¹, Zelenskyi si era detto pronto a proseguire i negoziati per la risoluzione del conflitto nel Donbass. Il 1° ottobre 2019, l'Ucraina sottoscriveva il Piano Steinmeier (Accordi di Minsk II), che prevedeva lo svolgimento di elezioni a Donetsk e Luhansk e, una volta che l'OSCE si fosse pronunciata sul loro regolare svolgimento, sarebbe stato restituito al Paese il pieno controllo del suo confine orientale, come previsto al punto 9 del Piano Steinmeier¹⁶². Kyiv avrebbe subito dopo concesso uno *status* speciale alle due Regioni secondo quanto previsto dalla legge ucraina “Sull'ordine speciale di autogoverno locale in alcuni distretti delle regioni di Donetsk e Luhansk” (art. 10) del 16 settembre 2014¹⁶³. La sottoscrizione del Piano non era stata, tuttavia, accettata dal fronte nazionalista ucraino, che l'aveva equiparata a “una grande concessione, se non a una capitolazione”¹⁶⁴. Lo stesso ex Presidente Poroshenko aveva definito quel Piano la “formula di Putin”¹⁶⁵. Zelenskyi aveva, tuttavia, chiarito

¹⁶⁰ Il partito politico (creato nel marzo 2018 dai dipendenti della società di produzione televisiva, Kvarstal 95) aveva lo stesso nome del programma televisivo *Servant of the People*. Una serie TV, in cui Zelenskyi interpretava il ruolo di Presidente ucraino. La serie era andata in onda dal 2015 al 2019 ed aveva riscosso uno straordinario successo popolare.

¹⁶¹ La *Verkhovna Rada* aveva approvato, nel settembre 2019, in lettura finale, il progetto di legge che modificava l'art. 80 della Costituzione, con cui veniva abolita l'immunità parlamentare a partire dal 2020. *Zakon Ukrainy Pro vnesennia zmin do stat' 80 Konstytutsii Ukrainy (shchodo nedotorkannosti narodnykh deputativ Ukrainy) vid 3.09.2019 n. 27-IX* [Legge dell'Ucraina sugli emendamenti all'articolo 80 della Costituzione dell'Ucraina (riguardante l'immunità dei deputati popolari dell'Ucraina)] del 3.09.2019 27 n. 27-IX. Cfr. N. ZINETS, M. WILLIAMS, *Quick win for Zelenskiy as Ukraine parliament strips lawmakers' immunity*, in *Reuters*, 3.09.2019.

¹⁶² Accordo di Minsk II – Punto 9: “Ripristino del pieno controllo del confine di Stato da parte del governo ucraino in tutta l'area del conflitto, partendo dal primo giorno successivo alle elezioni locali per concludersi dopo la piena regolamentazione politica (elezioni locali in distretti particolari delle regioni di Donetsk e Luhansk in base alla legge dell'Ucraina, e riforma costituzionale) entro la fine del 2015 (...)”. Cfr. *Minsk agreement on Ukraine crisis: text in full*, in *The Daily Telegraph*, 12.02.2015.

¹⁶³ *Zakon Ukrainy Pro osoblyvyi poriadok mistsevoho samovriaduvannia v okremykh raionakh Donetskoi ta Luhanskoi oblasti vid 16.09.2014, n° 1680-VII*.

¹⁶⁴ *Ukraine conflict: Anger as Zelensky agrees vote deal in east*, in *BBC News*, 2.10.2019.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Zakon Ukrainy Pro osoblyvosti derzhavnoi polityky iz zabezpechennia derzhavnoho suverenitetu Ukrainy na tymchasovo okupovanykh terytoriiakh u Donetskii ta Luhanskii oblastiakh vid 18.01.2018 n. 2268-VIII* (Legge dell'Ucraina Sulle peculiarità della politica statale per garantire la sovranità statale dell'Ucraina sui territori temporaneamente occupati nelle regioni di Donetsk e Luhansk del 18.01.2018 n. 2268-VIII), (http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T182268.html). Si veda anche *Ukraine crisis: Kiev defines Russia as “aggressor” state*, in *BBC News*, 19.01.2018.

¹⁵⁵ *Ukraine-Russia sea clash: Captured sailors shown on Russia TV*, in *BBC News*, 27.11.2018.

¹⁵⁶ Al secondo turno delle presidenziali, Zelenskyi aveva ottenuto il 73,22% dei voti.

¹⁵⁷ E. TAFURO AMBROSETTI, *Why the EU (and Italy) Should Care About Ukraine's Elections*, in *ISPI*, 27.03.2019.

¹⁵⁸ Durante la campagna elettorale, Zelenskyi aveva avvicinato l'elettorato utilizzando soprattutto i canali dei social media e YouTube. Aveva, inoltre, privilegiato spettacoli, cabaret e *talk-show* al posto delle tradizionali manifestazioni elettorali di piazza.

¹⁵⁹ Cfr. O. LUTSEVYCH, *Ukraine still backs Zelenskyy despite slow progress*, in *Chatam House*, 16.11.2021.

il significato della firma: mirava, innanzitutto a rilanciare il processo di pace in stallo dal febbraio 2015. Il Paese avrebbe, inoltre, accettato di svolgere le elezioni locali nel Donbass solo in base alla legge ucraina, dopo il ritiro delle truppe russe dalle zone del conflitto e la ripresa del controllo del confine di Stato. Una dichiarazione che suggeriva la presenza di disaccordi sulla sequenza dei passi che ciascuna parte contendente doveva compiere. Per Mosca, la ripresa del controllo del confine orientale da parte dell'Ucraina, a partire dal "giorno successivo allo svolgimento delle elezioni locali", così come scritto negli accordi di Minsk, era vincolato a tutti gli altri punti del Piano Steinmeier: elezioni e *status* speciale alle due Regioni del Donbass (da inserire in Costituzione). Nel marzo 2022, la portavoce del Ministero degli Esteri in Russia, Marija Zacharova, aveva fatto presente che nel 2014 la Federazione Russa non aveva riconosciuto il referendum tenutosi a Luhansk e Donetsk, con cui le due Regioni venivano dichiarate Repubbliche popolari indipendenti, poiché "Mosca aveva cercato di preservare l'integrità dell'Ucraina e risolvere il conflitto con mezzi diplomatici"¹⁶⁶.

Nonostante le diverse posizioni di Russia e Ucraina sulle fasi sequenziali dell'accordo, la firma del Piano Steinmeier apriva la strada a un vertice dei leader di Francia, Germania, Russia e Ucraina (il c.d. "formato Normandia") tenutosi il 9 dicembre 2019, durante cui fu siglato un documento finale congiunto¹⁶⁷, che ribadiva la necessità di procedere velocemente all'attuazione del Piano Steinmeier, approvato dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e considerato un mezzo utile a dissuadere la Russia da una soluzione militare alla questione. L'incontro di Parigi, come previsto, non includeva alcuna discussione sulla Crimea, annessa illegalmente dalla Russia nel 2014, convenendo tutte le parti di tenere separati i due *dossier*. Tuttavia, la difficoltà a trovare un'intesa sugli Accordi di Minsk portò al loro "congelamento" e al prolungamento del conflitto nel Donbass, provocando nel tempo cospicue perdite umane.

La sempre più lontana possibilità di stabilizzare le relazioni con la Russia, che rivendicava la volontà di ripristinare la sua sfera d'influenza nello Stato-cuscinetto (Ucraina) e che incalzava la NATO, affinché rinunciasse alle sue attività militari nell'Est europeo, indusse Zelenskyi ad approvare, con un decreto pre-

sidenziale, la nuova strategia di sicurezza nazionale dell'Ucraina (14 settembre 2020). Obiettivo del provvedimento era di accelerare il percorso di partenariato con la NATO per aderire all'Alleanza Atlantica¹⁶⁸. L'anno dopo, il Primo Ministro ucraino, Denys Shmyhal, aveva sollecitato la richiesta di ottenere il Map per l'annessione alla NATO, con la speranza di ottenere una risposta positiva al vertice NATO che si sarebbe dovuto tenere nel 2021¹⁶⁹. Da parte russa veniva ribadito che un'espansione della NATO in Ucraina sarebbe stata recepita come una provocazione dalle "conseguenze irreversibili"¹⁷⁰. Il Presidente russo, nel dicembre 2021, aveva affermato: «In un dialogo con gli Stati Uniti e i loro alleati, insisteremo per elaborare accordi specifici che escludano qualsiasi ulteriore spostamento della NATO verso Est...»¹⁷¹. Ad una riunione dell'OSCE del 13 gennaio 2022, il rappresentante permanente della Russia, Aleksandr Lukaševič, aveva, invece, fatto presente che se le proposte di sicurezza avanzate dalla Federazione Russa non fossero state accolte entro un termine ragionevole, quest'ultima sarebbe stata costretta a trarre le dovute conclusioni e ad adottare tutte le misure necessarie per garantire un equilibrio strategico ed eliminare le minacce inaccettabili alla sicurezza nazionale del Paese¹⁷². Era ormai del tutto evidente che la NATO non sarebbe mai scesa a compromessi con la Russia. Appellandosi all'art. 10 del Trattato dell'Atlantico del Nord (la c.d. "politica della porta aperta"), il segretario generale della NATO, Jens Stoltenberg, riteneva che l'Ucraina avesse il diritto di chiedere l'adesione all'Alleanza Atlantica e quest'ultima di decidere se e quando questo Stato sarebbe potuto entrare a far parte di questa Alleanza. Assicurava, altresì, che sarebbe stato fatto tutto il possibile per aiutare il paese

¹⁶⁸ *Ukaz Prezidenta Ukrainy* N° 392/2020 *Pro rishennia Rady natsionalnoi bezpeky i oborony Ukrainy vid 14 veresnia 2020 roku "Pro Stratehiiu natsionalnoi bezpeky Ukrainy"* (Decreto del Presidente dell'Ucraina n. 392/2020 Sulla decisione del Consiglio di sicurezza e difesa nazionale dell'Ucraina del 14 settembre 2020 "Sulla strategia di sicurezza nazionale dell'Ucraina").

¹⁶⁹ *Ukraina khoche otrymaty PDCh razom iz Hruziieiu – Shmyhal* (L'Ucraina vuole ottenere il Map insieme alla Georgia – Shmyhal), in *Ukrainska pravda*, 9.02.2021. La richiesta fu pienamente accolta dagli USA, che avevano fatto notare, per voce del senatore democratico, Chris Murphy, che se Georgia e Ucraina avessero ottenuto il Map nel 2008, oggi non ci sarebbe stato alcun conflitto con la Russia. Cfr. *Senator SSHA: yakby Ukraina i Hruziia otrymaly PDCh u 2008 rotsi, ne dumaiu, shcho konflikt iz Rosiieiu uzahali buv* (Senatore degli Stati Uniti: se l'Ucraina e la Georgia avessero ottenuto il MAP nel 2008, non credo affatto che ci sarebbe stato un conflitto con la Russia), in *Radio Svoboda*, 3.06.2021.

¹⁷⁰ Z. HONG, *Ukraine's NATO desires face Russian red lines*, in *Global Times*, Apr 13, 2021.

¹⁷¹ V. ISACHENKOV, *Putin Demands NATO Guarantees Not to Expand Eastward*, in *U.S. News*, Dec. 1, 2021.

¹⁷² *Rossija primet mery, esli ne polučit otveta po garantijam, zajavil Lukaševič* (La Russia prenderà provvedimenti, se non riceverà una risposta sulle garanzie, ha affermato Lukaševič), in *Ria Novosti*, 13.01.2022.

¹⁶⁶ *Počemu v 2014 godu RF ne priznala referendum v Luganske i Donecke*, in *Ria Novosti*, 16.03.2022.

¹⁶⁷ Nel documento erano stati concordati i seguenti punti: proseguimento del totale cessate il fuoco prima della fine del 2019; ritiro delle truppe al fronte entro marzo 2020; rilascio dei prigionieri secondo la formula "tutti per tutti". Infine, l'Ucraina avrebbe mantenuto l'impegno, in linea con gli accordi di Minsk, di adottare una legge sullo *status* speciale nelle due Regioni del Donbass e di introdurre nella propria legislazione la "formula Steinmeier". Cfr. *Russia-Ucraina, al vertice di Parigi primi passi verso il disgelo in la Repubblica*, 10.12.2019.

richiedente a soddisfare i criteri necessari per entrare nell'Organizzazione. Si dichiarava, in ogni caso, pronto a trattare con la Russia sul controllo delle armi e sul dispiegamento di missili o di altri ordigni nell'Europa orientale¹⁷³.

Nel frattempo, l'insediamento sempre più massiccio di truppe russe al confine tra Russia e Ucraina, aveva allertato il presidente ucraino Zelenskyi che, nel corso di una Conferenza sulla sicurezza a Monaco (18 febbraio 2022), aveva invitato le nazioni occidentali ad abbandonare il loro atteggiamento di *appeasement* nei confronti di Mosca: «L'Ucraina ha ottenuto garanzie di sicurezza in cambio della rinuncia al terzo arsenale nucleare più grande del mondo. Non abbiamo armi da fuoco. E non c'è sicurezza... Ma abbiamo il diritto di chiedere il passaggio da una politica di pacificazione ad una che assicuri sicurezza e pace»¹⁷⁴. Il 21 febbraio 2022, come conseguenza della risposta americana alle richieste avanzate dal Presidente russo nel dicembre 2021 – considerate “irricevibili”¹⁷⁵, Putin con un appello rivolto al mondo motivava il riconoscimento delle due Repubbliche popolari separatiste del Donbass¹⁷⁶, e tre giorni dopo il suo Paese lanciava un'invasione su larga scala dell'Ucraina. Contemporaneamente, il presidente russo affermava che gli accordi di Minsk “non esistevano più” e che l'Ucraina, non la Russia, era la causa del loro fallimento. In pieno svolgimento del conflitto russo-ucraino, il Presidente Zelenskyi firmava la richiesta ufficiale di adesione dell'Ucraina all'Unione Europea¹⁷⁷, contando sul fatto che otto Paesi dell'Europa centrale e orientale avevano appoggiato la sua istanza di facilitare l'ingresso del Paese nell'UE in tempi rapidi¹⁷⁸. A distanza di poco tempo, il 15 marzo 2022, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nel quadro della procedura avviata in virtù dell'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa, decideva di escludere la Federazione Russa da questa Organizzazione internazionale.

4. Conclusioni

Il 7 dicembre 2021, il Presidente americano, J. Biden, parlando in video conferenza con il Presidente russo, V. Putin, ha biasimato la massiccia presenza militare russa al confine ucraino. Dal canto suo, Putin ha sottolineato come l'eccessivo equipaggiamento militare straniero, di cui si è dotata l'Ucraina (fornitura di armi e dislocamento di basi militari) dall'insediamento di Biden come Presidente degli USA, si fosse avvicinato a “una linea rossa” che, se valicata, avrebbe ottenuto una risposta da parte russa “asimmetrica, rapida e dura”¹⁷⁹. La tensione in corso tra Russia e Ucraina si è acuita, in conseguenza della risposta negativa degli USA alle richieste russe avanzate nel dicembre 2021. Il 21 febbraio 2022, Putin ha motivato con un comunicato il riconoscimento delle due Repubbliche separatiste del Donbass (battezzate dal Presidente come parte delle terre della Novorossija). In questo comunicato, in cui emerge tutta la retorica da “revanscista grande russo” del Presidente russo, sono condensate le coordinate storiche, culturali e spirituali su cui poggia la geopolitica russa¹⁸⁰, e rappresenta un passaggio ineludibile per la comprensione della guerra in corso. Certamente, il conflitto russo-ucraino ha valenze che vanno ben oltre la relazione travagliata tra Russia e Ucraina, segnata quest'ultima da un'alternanza tra governi più filo-russi e altri più vicini all'Occidente (espressione di culture politiche differenti sedimentate nel tempo, ma anche di lotte tra clan oligarchici contrapposti), con una svolta decisamente netta in direzione euro-atlantista dal 2014. Pesano pure le dinamiche internazionali tra Russia e Occidente che si sono imposte nel post-guerra fredda. La Russia ha ripudiato l'ordine egemonico americano sullo scacchiere internazionale come fattore di destabilizzazione regionale e globale, e contemporaneamente si è orientata sempre più su posizioni di forte arroccamento interno. Ovviamente, addebitare all'Occidente la responsabilità dell'evoluzione della Russia verso un regime autoritario è una semplificazione. L'attuale sistema di rapporti di potere imperniato su una presidenza forte e istituzioni deboli è la sintesi di una cultura politica istituzionale profondamente condizionata dal passato, che si è consolidata nel Paese durante il ventennio putiniano. La riforma costituzionale del 2020 è la massima espressione di questa involuzione politica. La lettura della “nuova” Costituzione torna utile alla comprensione dei meccanismi interni al potere russo, ma anche a capire il modo russo di guardare i rapporti con il mondo esterno e con il suo estero vicino.

¹⁷³ O. KUNYTSKYI, *Stoltenbergh: NATO ne pide na kompromisy z Rosiieiu shchodo chlenstva Ukrainy* (Stoltenberg: la NATO non scenderà a compromessi con la Russia sull'adesione dell'Ucraina), in *DW*, 10.01.2022.

¹⁷⁴ *Zelensky's full speech at Munich Security Conference*, in *The Kyiv Independent*, 19.02.2022.

¹⁷⁵ Le garanzie chieste alla NATO erano in sintesi: 1) negoziare un nuovo accordo sulla sicurezza in Europa: ritiro truppe NATO dai Paesi che fecero parte del Patto di Varsavia e che ora sono dentro l'Alleanza Atlantica, inclusi i Paesi che erano parte dell'URSS (Stati Baltici) e che sono anche questi nella NATO; 2) garanzie sulla neutralità dell'Ucraina; 3) ripresa degli accordi di Minsk II per la soluzione della questione del Donbass.

¹⁷⁶ *Vladimir Putin parla alla Russia e al mondo. "L'Ucraina è parte della nostra storia"*, in *Rai-news*, 21.02.2022.

¹⁷⁷ R. TREISMAN, *Ukraine wants to join the EU. Here's how that would work*, in *NPR*, February 28, 2022.

¹⁷⁸ *Presidents of 8 EU states call for immediate talks on Ukrainian membership*, in *Reuters*, February 28, 2022.

¹⁷⁹ D.E. SANGER, M. CROWLEY, *Greetings, Mr. President: Biden and Putin Hold 2-Hour Virtual Summit*. In *The New York Times*, 7.12.2021.

¹⁸⁰ *Vladimir Putin parla alla Russia e al mondo*, cit.

ratificati nell'affermazione del primato delle leggi dello Stato russo e dei popoli costituenti la Federazione Russa sulle disposizioni dei Trattati internazionali – punto chiave della democrazia sovrana (art. 79 della Costituzione), nel divieto di azioni volte ad alienare parte dei territori della FR (art. 67 della Costituzione – inteso a blindare la “Crimea”¹⁸¹), infine, nell'affermazione di un set di valori “anti-occidentali” (Dio, patria e famiglia – artt. 67 e 72 della Costituzione), che rappresentano la sostanza immanente del codice etico-spirituale della civiltà panrussa (di cui il popolo ucraino è considerato parte integrante)¹⁸². V. Surkov (teorico della dottrina della democrazia sovrana), che ha partecipato alla stesura degli emendamenti alla Costituzione russa e che si occupa dal 2013 dell'*affaire* Ucraina, ha recentemente affermato (febbraio 2019) che “la Russia è tornata al suo stato naturale di ‘grande terra in crescita, che raccoglie comunità di popoli’”¹⁸³, e il politologo Sergej Karaganov, esperto di politica estera e di difesa, ha recentemente sostenuto che «(...) La maggior parte dell'Ucraina è stata sterilizzata dalla propria élite antinazionale, corrotta dall'Occidente e infettata dal virus patogeno del nazionalismo militante»¹⁸⁴. Da qui l'avvio di un’“operazione militare speciale” (come contromossa al genocidio consumato in otto anni di guerra nel Donbass) volta a demilitarizzare il territorio ucraino e a “denazificarlo”¹⁸⁵.

Il punto importante che vede oggi l'Ucraina coinvolta in una brutale aggressione militare da parte della Russia non è tanto il fatto che sia avvenuta la separazione tra i due Stati, ma come è avvenuta questa separazione, e cioè senza alcun tentativo di calcolare le conseguenze che questa separazione avrebbe prodotto nel tempo. In realtà, nonostante i vari accordi bilaterali e non siglati (che evidentemente sono serviti a poco o a niente), non è mai stata definita una *road map*, che fosse accettata da entrambe le parti. Lo scoppio della guerra ha certamente

sparigliato le carte. L'ipotesi “finlandizzazione” per il futuro dell'Ucraina, proposta da Henry Kissinger ai tempi della Presidenza americana di Barack Obama, non sembra più percorribile. Anche se in pieno svolgimento del conflitto russo-ucraino, il portavoce del Presidente, Dmitrij Peskov, aveva comunicato che sarebbe stato ancora possibile raggiungere un “compromesso”, negoziando l'applicazione in Ucraina di un modello di neutralità “smilitarizzata” simile a quello di Austria e Svezia¹⁸⁶. Un'ipotesi, tuttavia, sfumata con l'*escalation* del conflitto militare e con l'annuncio di Svezia e Finlandia di voler aderire alla NATO. Più fattibile sembra al momento l'ipotesi avanzata nel corso del vertice di Istanbul del 29 marzo 2022, che consentirebbe uno statuto di neutralità all'Ucraina, a condizione che un certo numero di Stati si facciano “garanti” della sicurezza del Paese¹⁸⁷. Ovviamente, queste soluzioni sono per il momento delle congetture, poiché solo l'esito finale della guerra e relative negoziazioni potranno stabilire le sorti dell'Ucraina e la sua futura collocazione geopolitica.

¹⁸¹ Con l'art. 67 della Costituzione russa, viene riproposta la visione imperiale russa del carattere sacrale della terra “unitaria e indivisibile” che, a sua volta, trae origine dalla concezione imperiale territoriale bizantina. Cfr. M. GANINO, *Tempi e modi rituali della revisione costituzionale di Putin. Continuità e varianti?*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società (NAD-DIS)*, vol. 2, n. 1, 2020, p. 188 (<https://doi.org/10.13130/2612-6672/13789>).

¹⁸² Per un approfondimento riguardo agli emendamenti della Costituzione russa del marzo 2020, rimando al saggio di A. DI GREGORIO, *Dinamiche di contesto e caratteristiche generali della Legge di Emendamento della Costituzione della Russia del 14 marzo 2020*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società (NAD)*, vol. 2, n. 1, 2020 (<https://doi.org/10.13130/2612-6672/13788>).

¹⁸³ D. SEMUŠIN, *Problema Ukrainy: otstapka Surkova – simvoličeskij žest', situacija tupikovaja*, in *EruAsia Daily*, 3.03.2020.

¹⁸⁴ S. KARAGANOV, La nuova politica estera russa, in *CeSEM*, n. 3, 2022, p. 25.

¹⁸⁵ Cfr. il messaggio del Presidente Putin del 24 febbraio 2022: Attacco all'Ucraina (<https://www.youtube.com/watch?v=HTHzGGJ712g>).

¹⁸⁶ Cfr. *Ukraine predlagajut švedskuju ili avstrijskuju model' nejtraliteta. Čto značit?* (All'Ucraina viene offerto il modello di neutralità svedese o austriaco. Cosa significa?), in *BBC News*, 16.03.2022.

¹⁸⁷ A conclusione di questo saggio, suggerisco la lettura di due libri che offrono una panoramica esaustiva della storia e della geopolitica dell'Ucraina: G. CELLA, *Storia e geopolitica della crisi ucraina. Dalla Rus' di Kiev a oggi*, Roma, 2021; M. VASSALLO, *Breve storia dell'Ucraina. Dal 1914 all'invasione di Putin*, Sesto San Giovanni (MI), 2022. Suggerisco, inoltre, l'ascolto del Convegno *La complessa dimensione culturale, geopolitica e giuridica del conflitto in Ucraina* – Università degli Studi di Milano, 24 maggio 2022, (promotrice del convegno, Prof.ssa ANGELA DI GREGORIO). Il video diviso in due parti è disponibile al link: <https://www.facebook.com/osservatorionad>.

Donald, a Rainha e a fragilidade da Democracia¹

di ROBERTO FREITAS FILHO

SUMÁRIO: Introdução. 1. Dois exemplos. – 2. Democracia: breve nota. – 3. Instituições como parte da realidade social. – 4. Sobre a natureza institucional do Direito e da Democracia. – 5. Prática de assédio institucional e violação da democracia. – 6. Resgatando os dois exemplos. Conclusão

Introdução

No presente artigo, meu argumento é de que os recentes atos e manifestações de autoridades brasileiras, ao extrapolar os limites de práticas socialmente aceitas como próprias de um regime democrático, põem em risco a democracia e, portanto, o próprio Estado Democrático de Direito, sobretudo se tais manifestações forem toleradas e se tornarem corriqueiras. Nesse sentido, elas constituem, em si, atos juridicamente ilícitos, inconstitucionais, além de politicamente indesejáveis, pois frustram o pacto político civilizacional consagrado na Constituição Federal de 1988 e a forma como a sociedade se organiza na condição de uma comunidade política.

Essa formulação tem como fundamento legal o valor da democracia, ancorado na manifesta expressão, tanto do preâmbulo, quanto de outros artigos da Constituição, exemplarmente o *caput* do primeiro. A democracia é constituída e depende, para sua permanência, de um acordo coletivo reflexivo sobre sua natureza, seu valor e sobre as suas possibilidades funcionais.

Aponto a natureza institucional do Direito e da democracia, apresentando a distinção entre fatos institucionais e fatos brutos e postulando a perspectiva interna da norma jurídica como constituinte de sua identidade. Exploro a discussão sobre a natureza histórica e interpretativa do Direito, como conceitos extensivos à democracia como instituição, além de adotar a ideia de que o Direito, assim como a democracia, é uma prática social com sentido inteligível de acordo com sua natureza institucional. O conceito de “assédio institucional” permite compreender o método de governo, por meio do qual se produzem falas erosivas da democracia. Apresento dois exemplos de quebra de padrão institucional que

põem em risco a democracia e geram crises constitucionais, formulando, com base neles, a hipótese da ilicitude radical de atos antidemocráticos, decorrente de um tipo de conduta política.

O artigo é teórico-filosófico, ou seja, interessa-me o reconhecimento de que a dinâmica da linguagem faz com que proferimentos linguísticos produzam efeitos reais e pragmáticos. Sendo assim, quando se fala, na verdade, estão sendo feitas coisas, produzindo efeitos sobre a realidade institucional. O argumento não é dogmático, pois não proponho uma “solução” normativa para o problema enfrentado com indicação de normas aplicáveis ao caso e sua consequente sanção.

1. Dois exemplos

Exemplo 1: Crise constitucional sem constituição

Em um episódio de *The Crown*, série da Netflix, conta-se a história da desavença entre a primeira-ministra Margareth Thatcher e a rainha Elizabeth nos anos 80.² Há uma sucessão de eventos entre as duas personagens históricas que leva, em determinado ponto, à crítica pública da rainha à primeira-ministra. Se, por um lado, os detalhes não vêm ao caso, por outro, em resumo, a rainha acaba por deixar claro, ainda que de maneira implícita, não assumida publicamente, que a forma como a política econômica e a política externa, principalmente, estavam sendo conduzidas por Thatcher não lhe agradava.

O importante nesse exemplo é que uma “intromissão” (se se pode dizer assim, de fato) da Chefe de Estado no trabalho da Chefe de Governo nunca havia ocorrido. Nunca a rainha Elizabeth havia expressado ou deixado transparecer publicamente seu descontentamento com decisões dos primeiros-ministros britânicos. De maneira bastante natural, no seriado, a questão é tratada como uma “crise constitucional”, e a quebra de padrão de comportamento é referida como um erro de julgamento. Para um estudante de Direito, educado na perspectiva do sistema romano-germânico, pode soar estranho dizer que a quebra de um protocolo tradicional, que o descumprimento de uma prática reiterada de comportamento público da rainha possa dar origem a uma “crise constitucional” em um país que nem mesmo possui uma constituição escrita.

A despeito dessa ausência, note-se que o costume constitucional é fonte do Direito.³ Do ponto de vista da normatividade do sistema constitucional, importante

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ O presente artigo é expressão de reflexão acadêmica do autor, sem qualquer financiamento, realizada no âmbito de atividades docentes e de pesquisa.

² Episódio 8, da quarta temporada, intitulado “48 contra um”.

³ Cf. Jaime Valle, explicando, como exemplo da força normativa dos costumes, a recente institucionalização do Estado no Timor-Leste: “Isto porque o costume, no quadro actual, sobretudo

observar que as normas constitucionais não escritas na Grã-Bretanha são, para Elster (2010): hábitos, usos, compreensões, crenças e costumes que coexistem com leis e com o common law, em um amálgama que pode parecer complicado, mas que cria normatividade, mantendo espaço de flexibilidade interpretativa.⁴ Já as convenções da constituição, desenvolvidas na Grã-Bretanha, são regras não escritas que regulam as relações entre a Coroa, o Governo e o Parlamento Inglês, além de regular as relações com os membros da comunidade de países da Commonwealth. Afinal, o que exatamente significa falar em “crise constitucional” naquele contexto?

Exemplo 2 – Donald, eleições e a turba

O penúltimo presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, entre muitas outras reações e comportamentos inusitados, considerando o cargo que ocupava: *a)* após eleito, colocou sistemática e reiteradamente em dúvida a segurança do método de votação nos estados da federação; *b)* não acolheu o resultado das últimas eleições, não se comunicou com o vencedor, seu sucessor, após a divulgação dos resultados, não compareceu à cerimônia de transmissão do cargo para o vitorioso Joe Biden.

Além dessas atitudes, Trump conclamou apoiadores a se manifestarem de maneira “selvagem” no dia do anúncio oficial do resultado das eleições, o que pode ter incentivado a invasão do congresso e a consequente morte de manifestantes e de um policial.⁵ Por conta dessas atitudes, ele foi submetido a um processo de *impeachment*.⁶

Afinal, o que está em jogo quando um presidente em exercício decide não respeitar regras históricas de transmissão de cargo? Que problema subjaz à dúvida

sobre a legitimidade do método de votação tradicionalmente empregado pelos estados, em especial o voto pelo correio? O que significa, política e juridicamente, um presidente conclamar a população a invadir o parlamento?

2. Democracia: breve nota

Por definição, a democracia moderna se conforma como um regime de governo em que as decisões são tomadas por todo o povo de maneira representativa. Entre as alternativas à democracia, como forma organizada de tomada de decisões políticas, a anarquia e a guardiania são, talvez, as mais relevantes teórica e empiricamente.

A primeira, a anarquia, embora vertida em distintas propostas teóricas, pode ser resumidamente conceituada por seu núcleo de sentido semântico mais evidente. A anarquia é a negação da necessidade de um governo com poder de coerção. Nos termos weberianos, tem-se um corpo de agentes que detém, legitimamente e em nome do Estado, o monopólio do uso da força. Para o anarquista, o Estado deve ser substituído por associações voluntárias (Dahl, 2012, p. 53). O Estado é um mal pela própria característica de exercer a coerção. Nesse sentido, para um anarquista, não há Estado bom ou adequado; todo Estado é, em si, mal e deve ser superado. Ainda que democrático, o Estado possui essa característica essencial de deter o poder de coerção e, por tal, nunca será visto como bom, por mais democrática que possa ser sua configuração. Os anarquistas se opõem a toda forma de hierarquia e de coerção como um princípio de sua doutrina.

A segunda alternativa à democracia é mais relevante. Trata-se da guardiania, que se define como um governo dos mais preparados ao exercício do múnus de organizar e de comandar a vida na polis. As pessoas comuns seriam desqualificadas para o exercício do autogoverno e precisariam ser comandadas, tuteladas. Haveria, assim, uma hierarquia de capacidades, de sorte que os mais qualificados deveriam exercer o governo pelos demais, o povo. Essa visão de governo está presente exemplarmente na República de Platão. Por conceito, a hierarquia se opõe ao que define a democracia, na qual cada indivíduo tem direito ao mesmo quinhão de poder para decidir como devem ser as leis e a administração da comunidade política: “um homem, um voto”. A guardiania é, assim, a organização hierárquica do poder em oposição à democracia (Dahl, 2012, p.78).

A despeito de haver pontos em comum com a democracia, os defensores da guardiania propugnam pela não submissão dos líderes governantes às regras democráticas. Os pontos em comum são: a compreensão da necessidade de um Estado, o reconhecimento de que todos devem merecer respeito e consideração iguais pelo Estado e a suposição de que governar exige uma certa qualificação

fora das zonas urbanas, pouco ou nada fica atrás das fontes escritas na solução dos problemas da vida quotidiana em Timor-Leste.” (2014, p. 10)

⁴ No original, em inglês: “Habits, usages, understandings, beliefs, and customs still coexist with statute and common law in an amalgam that to tidy minds may appear needlessly complicated but that, others argue, create just the right amount of flexibility.” Em aproximação ao que propôs Elster, Ashraf Ahmed (2021, passim) chama as normas constitucionais de “convenções constitutivas”.

⁵ M. RESTON, K. LIPTAK. *The day America realized how dangerous Donald Trump is*. CNN politics, 9 jan. 2021. Disponível em: [https://edition.cnn.com/2021/01/09/politics/donald-trump-dangerous-capitol-riot/index.html] Acesso em 29 mar. 2022.

⁶ *H. Res. 24 - Impeaching Donald John Trump, President of the United States, for high crimes and misdemeanors*. Congress.gov Disponível em [https://www.congress.gov/bills/117th-congress/house-resolution/24/text]; F. MANZANO; L. VÍDIGAL, *Impeachment de Trump: senadores aprovam constitucionalidade do processo*. G1 mundo, 09 fev. 2021. Disponível em [https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/02/09/comeca-o-julgamento-do-impeachment-de-trump-no-senado.ghtml] Acesso em 29 mar. 2022.

peçoal. Apesar disso, a qualidade dos governantes não ficaria sujeita à opinião manifestada pelo povo por meio do voto. Não se trata, nesse sentido, de um regime democrático com ênfase na meritocracia, mas de outro tipo de regime, no qual os “melhores” não ficariam sujeitos ao sufrágio e à alternância de poder. A pretensão de superioridade moral ou intelectual, portanto, é uma das formas de legitimação de um regime em que as decisões devem ser tomadas por alguns – como juízes ou filósofos, por serem, pretensamente, detentores de virtude intelectual, ou militares, como exemplo de virtude moral –, subtraindo a democracia formal da equação do processo decisório (Dahl, 2012, *passim*).

Além da dimensão formal da definição da democracia, há uma outra – mais importante para os fins da presente reflexão – que diz respeito à existência de um conjunto de certos valores que acompanham o processo de tomada de decisões. Há uma camada da democracia que compõe seu sentido substantivo, como processo de participação plural na tomada de decisões. Nesse sentido, há respeito à diversidade, à pluralidade, à existência de recursos não somente de participação política, mas de acesso a bens materiais, culturais, educacionais, de possibilidade de afirmação identitária; enfim, de fruição justa e de maneira igual daquilo que o Estado proporciona para que o cidadão possa florescer, da forma como lhe pareça melhor viver. A existência de uma democracia depende, assim, da presença de recursos e de instituições que permitam o acesso e a fruição desses bens (Dahl, 2012, p. 276). Por todas essas características, colocar em risco a democracia é, em grande medida, arriscar a própria forma de vida escolhida pela comunidade política.

3. Instituições⁷ como parte da realidade social

Uma instituição é o conjunto de ações interpessoais que só podem ser praticadas por quem desempenha um papel ou função específicos, unificadas por um sentido, uma finalidade e um propósito. Não são, portanto, simples repetições de condutas de sujeitos, mas são interações regradas e com sentido próprio (Lopes, 2021, p. 148).

Em um livro da década de 90 (século XX), John R. Searle abordou o relevante questionamento sobre a existência de um “mundo objetivo” no qual há dinheiro,

propriedade, casamento, governos, eleições, tribunais (todas “coisas” imateriais). Isso, ante o mundo no qual se vive, constituído inteiramente de partículas em campos de força, incluídos aí nós mesmos, como seres biológicos inteligentes e conscientes.⁸ O problema era, portanto, explicar a “realidade” de algo que não tem existência material, física.

A ideia de Searle permitirá entender a dimensão real dos fenômenos institucionais e, com base nos elementos de sua proposta teórica, compreender as consequências dos atos de fala de sujeitos que ocupam posições inerentemente constitutivas da possibilidade de um fato institucional específico: a democracia, como modo de organização da vida política. Mais especificamente ainda, espero lançar atenção sobre o papel da conformidade das ações de sujeitos que ocupam posições centrais em arranjos institucionais como a democracia, em relação à sua existência e funcionamento.

Apoiado na teoria dos atos de fala de Austin, Searle se propôs a explicar a ontologia do que chamou de *atos institucionais*, em oposição aos chamados *atos brutos* do mundo. A questão era compreender como é possível haver partes do mundo reais, partes objetivas, que são constituídas por um consenso humano. São fatos objetivos, pois para existir independem das preferências, de avaliações ou de atitudes subjetivas. Apesar dessa autonomia, são fatos institucionais, não existem *per se*, pois dependem de crenças institucionalizadas. Portanto, somente são possíveis como expressão de instituições humanas.⁹

No que toca à constituição dos fatos institucionais, uma síntese da ideia de Searle pode ser útil para esse fim, ainda que, por sua própria função textual, de toda síntese sempre escapam aspectos importantes do argumento mais amplo, enquanto se ressaltam os voltados para alguma finalidade.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que um elemento central da condição humana de agente consciente e capaz é a possibilidade de criar fatos sociais, assim como de atribuir funções a objetos e a outros fenômenos, funções essas sempre relativas aos interesses dos sujeitos (Searle, 1995, p. 19). Ao permitir a atribuição de funções, a linguagem representa o sentido do objeto ou do fenômeno, na medida em que estabelece, por meio de uma intencionalidade coletiva, convenção sobre o que são as coisas, como elas devem funcionar e quais finalidades devem cumprir.

⁸ J. R. SEARLE, *The construction of social reality*. New York: The Free Press, 1995.

⁹ Apesar de os fatos brutos serem referidos por meio da linguagem, não é a expressão linguística que garante sua existência. O vulcão Etna (fato bruto) existe, independentemente de que se diga: o Etna existe. A expressão linguística dos fatos brutos não se confunde com a existência objetiva do fenômeno. O autor se assume como um realista e adota, na perspectiva semântica, uma versão da teoria da verdade como correspondência (Searle, 1995, p. 2).

O elemento crucial da intencionalidade coletiva é o sentido de realizar algo em conjunto, que pode ser uma crença, um desejo, um jogo etc.

Instituições sociais não são fatos naturais ou, como diz Searle, “fatos brutos”¹⁰ que existem independentemente dos sujeitos. São fatos institucionais, porque podem existir como criação de instituições humanas. Já os fatos brutos são expressos por meio da linguagem, mas independem dela ou de qualquer instituição humana para existir. Outro ponto importante no argumento é que, ao explicar o que seriam as instituições, Searle faz diferença entre *regras reguladoras* e *regras constitutivas*, sendo essas as que criam a possibilidade de certas atividades. Exemplo disso seriam as regras do jogo de xadrez, que não regulam alguma atividade anterior, mas sim, criam o sentido próprio do jogo. Essas regras formam um sistema e atribuem o sentido de que “x” vale como “y”, ou ainda, “x” vale como “y” no contexto “c”. As regras constitutivas de determinada prática criam um sentido específico dentro de seu âmbito, para as ações realizadas. Por exemplo: o futebol é um jogo, prática esportiva com sentido lúdico e de competição pela excelência e pelo resultado final dos embates. Ganhar da equipe oponente é constitutivo do sentido do jogo, assim como ganhar o campeonato.¹¹ Já as regras reguladoras são as que indicam os aspectos específicos de validade das ações e seus critérios de interpretação. Assim, o que conta como falta depende de regras que regulem o jogo, regras que podem, inclusive, ser modificadas. No caso das regras reguladoras, ao modificá-las, haverá um outro sentido atribuído à prática.

A partir daqui, já é possível vislumbrar as implicações desses elementos na apreciação de comportamentos de sujeitos que desprezam regras constitutivas da condição de existência de certos arranjos institucionais. Entretanto, sigo, por ora, com a apresentação sintética da proposta de Searle em seis pontos: a) os fatos institucionais existem por meio de regras constitutivas da intencionalidade coletiva e das funções a que a eles são atribuídos. Por isso, uma importante dimensão do fato social institucional é a autorreferencialidade. Ao contrário do que ocorre com os conceitos naturais, nos conceitos sociais, a atitude que se tem em relação

a um fenômeno, a um objeto ou a um determinado aspecto do mundo é constitutiva dele mesmo. Assim, respectivamente, não faz diferença alguma para uma montanha se acredito que ela o seja. Mas no caso da democracia, sua existência se baseia em um complexo de crenças compartilhadas pela coletividade sobre ela como sistema de governo (Searle, 1995, p.34); b) os proferimentos performativos (atos de fala que produzem efeitos no mundo fático) fazem parte da criação do fato institucional. Declarações de guerra, casamentos, a abertura de uma sessão pública em um tribunal, são exemplos de criação de fatos institucionais; c) os fatos institucionais dependem de fatos brutos, pois se dão no âmbito da experiência factual. Por exemplo: para uma reunião do parlamento, deve haver salas (ainda que virtuais), pessoas participantes, temas selecionados para serem discutidos etc. Searle dá o exemplo do dinheiro, apontando que, mesmo nesse grau de abstração institucional, há a moeda, o papel, portanto o fenômeno físico, o fato bruto que precede o fato institucional. Já no caso do dinheiro como fenômeno virtual, há fatos brutos que lhe dão supedâneo, como a assinatura eletrônica de uma ordem de pagamento, o depósito feito em uma conta, indicado pelas informações de extrato da conta emitido pela instituição financeira; d) os fatos institucionais são relacionados, de forma sistemática, a outros igualmente institucionais. O fato institucional do dinheiro supõe outras instituições sociais e jurídicas, nas quais se apoia e com as quais se relaciona. Por exemplo: uma pessoa pagando uma conta em um restaurante está usando dinheiro, o que supõe sua posição de consumidor, a do restaurante, de fornecedor, os conceitos de preço, de produto, de serviço etc. O status, as possibilidades de agência, as hierarquias, as regras aplicáveis, todos aspectos integram um sistema de regras e fatos institucionais que estruturam a conduta de quem atua em um determinado âmbito institucional; e) na realidade institucional, há uma precedência de atos sobre objetos sociais. Os processos são sempre precedentes aos fatos produzidos e, em certo sentido, os objetos materializam possibilidades de ação, como no caso do dinheiro. O que dá sentido ao dinheiro como tal é a possibilidade de ser usado como meio de troca, o que, ao final, significa um poder agir, ou seja, uma ação social potencial; f) o componente linguístico é fundamental para os fatos institucionais (Searle, 1995, p. 51). Como um fato institucional não diz respeito à reiteração de uma série de movimentos físicos¹², a dimensão reflexiva, própria da

¹⁰ A expressão “brute facts” foi criada por Elizabeth Anscombe, mas popularizada por Searle em artigo de 1958. G. E. M. ANSCOMBE, “On Brute Facts.” *Analysis*, vol. 18, no. 3, 1958, pp. 69–72. Disponível em [JSTOR, www.jstor.org/stable/3326788]. Acesso em 6 abr 2021.

¹¹ Há sanção para o descumprimento dessa regra, na hipótese de um time se recusar a buscar a vitória. Trata-se do comportamento antidesportivo. “Advertências por comportamento antidesportivo: Existem circunstâncias diferentes em que um jogador deve ser advertido por comportamento antidesportivo, por exemplo se um jogador:... atua de uma maneira que demonstra falta de respeito pelo jogo.” (IFAB The International Football Association Board. Leis de jogo 20/21) Disponível em [www.fpf.pt]. Acesso em: 27 abr 2022.

¹² Searle diferencia fatos sociais de fatos institucionais. “I have already stipulated that any fact involving collective intentionality is a social fact. Thus, for example, hyenas hunting a lion and Congress passing legislation are both cases of social facts. Institutional facts, it will turn out, are a special subclass of social facts. Congress passing legislation is an institutional fact; hyenas hunting is not.” (SEARLE, 1995, p.38) Por exemplo, a posição de “abelha rainha” nas sociedades de abelhas, como metaforicamente nós costumamos designar esse tipo de abelha.

linguagem, é fundamental para sua constituição. Somente um complexo sistema de representações da realidade, como a linguagem, permite atribuir sentido aos fatos brutos que se tornam institucionais, conformando atitudes, crenças, práticas e costumes. Esse conjunto de fatos constitui a institucionalidade de um fenômeno social. A linguagem, nesse sentido, é constitutiva dessa institucionalidade (Searle, 1995, p. 37).

As atribuições de funções, que devem ser realizadas por meio de convergências conceituais e funcionais sobre seus elementos, são fundamentais na criação de fatos institucionais. Isso é possível por meio da linguagem, que permite a reflexão sobre a natureza e a finalidade de uma determinada instituição. Essa decorre do reconhecimento, da aceitação e da atribuição de um status específico a um fato social, com base em como ele foi configurado coletivamente.

Há, portanto, regras constitutivas dos fatos institucionais que conferem esses um sentido próprio. Meu intuito não é, neste momento, discorrer sobre as regras constitutivas da democracia como instituição, como fato institucional; mas reconhecer que ela é um fato institucional e que, como tal, é constituída e funciona por meio de regras. A imposição de um status específico ao modo como se organiza politicamente o regime democrático torna essa instituição sujeita e limitada por regras, tanto constitutivas quanto regulatórias. Como deve haver aquiescência e reconhecimento contínuos da validade da função atribuída à democracia, para que ela se mantenha legitimada, há limites ao que se pode e a como se pode fazer, ainda que um dos princípios que a presida seja o da liberdade individual. A desconsideração desses limites compromete a função de organização da comunidade política em um Estado Democrático de Direito e, dessa forma, é possível que seu status institucional seja reconfigurado. É assim em qualquer outro ambiente institucional no qual se esteja inserido. Em uma cerimônia religiosa, em um jogo de futebol ou mesmo em uma festa, certas regras conformam a realidade social institucional, devendo-se observar limites sobre o que fazer e como fazer, sob pena de desvirtuamento do tipo de função atribuída a essas instituições (Searle, 1995, p. 45).

O fato institucional é conformado por regras constitutivas, segundo as quais, a depender do contexto institucional, “x” conta como “y”. Isso significa que o possível de se falar e de se fazer em um jogo de futebol não é possível em uma sessão de um tribunal, por exemplo. Aquilo que é permitido em um contexto não é em outro. É próprio do futebol e do rugby, que haja disputa em um contexto no qual o contato físico intenso é intrínseco ao sentido atribuído a essas práticas. O mesmo não se dá em disputas retóricas de audiências nos tribunais. Por exemplo: há uma reação institucional que exclui normativamente a possibilidade de alguém esbarrar em um juiz de direito durante uma audiência. O que parece óbvio em cada caso, colocado nesses termos, é útil e necessário ser lembrado no exemplo de

Donald, em que o limite normativo impede que o presidente de um país fale e faça coisas absurdas.

Nesse escopo, se as funções e o status que podem ser atribuídos ao termo “y” são limitados pela convenção coletiva sobre o tipo específico de institucionalidade, por um lado, por outro, sua manutenção é um processo contínuo e histórico de legitimação. Há uma circularidade autorreferente no sentido de que o acordo coletivo sobre o status da democracia lhe é constitutivo, da mesma forma que haver esse status é essencial para seu adequado desempenho (Searle, 1995, p. 51).

Com essas considerações, embasado nas noções de Searle quanto à forma como é construída a realidade institucional, em oposição à realidade bruta, evidencia-se a complexidade do fenômeno institucional. Ao mesmo tempo, é possível perceber a importância e os efeitos potenciais de falas sobre a democracia e de atos contra ela (ou sobre o Estado Democrático de Direito, poder-se-ia dizer), na medida em que sua existência e sua manutenção dependem de práticas regradas, a serem observadas por todos. E nesse sentido, ressalte-se, em especial, aquele que se encontra no desempenho da função de autoridade nesse arranjo institucional.

4. Sobre a natureza institucional do Direito e da democracia

Em seu *Curso de Filosofia do Direito – o Direito como prática*, José Reinaldo de Lima Lopes postula que o Direito é uma prática¹³ institucional, uma ordem normativa institucional dependente de costumes humanos, ações e decisões. Alinhando-se a autores como Hart e MacCormick, no Direito, e Ricoeur e Wittgenstein, na Filosofia, Lopes discorre, especialmente sobre o Direito como ação, prática e como instituição. A ideia de instituição, em oposição à de natureza, permite compreender o sentido daquilo que é “jurídico” como um jogo de linguagem, no qual os sujeitos têm expectativas quanto às normas de conduta reciprocamente vinculantes. A ação, no âmbito do Direito, segue finalidades e possui sentidos específicos atribuíveis a esse campo prático. Sendo compartilhada, a prática jurídica é executada segundo um sentido conhecido e consciente (ainda que possa ser irrefletido) pelos que dela participam, havendo, assim, um sentido global da prática e um específico de ações realizadas em seu âmbito.

¹³ “Prática sociais fundam-se em padrões, standards, princípios refletidos e conscientes, não em fatos puros e simples. A regra que permite a ‘identificação dos padrões’ é a constitutiva. Quem está dentro da prática (de um certo *jogo de linguagem*) ou quem deseja entrar nela precisa *captá-la*, ou seja, compreendê-la, concebê-la, ter ou formar um conceito da *natureza* dessa prática. Precisa desenvolver o *ponto de vista interno*, isto é, o ponto de vista de um agente que sabe o que está fazendo e conhece aquela esfera de vida. (LOPES, 2021, p. 71)

Em analogia com a linguagem, é possível dizer que, no Direito, assim como em qualquer prática institucionalizada, os falantes, usuários da linguagem, participantes da prática, submetem-se a regras que limitam o que pode ser dito (há limites de possibilidade de sentido e de adequação para a linguagem)¹⁴ e tornam possível o próprio ato de dizer (Lopes, 2021, p. 104), seja em proferimentos performativos (que representam fazer algo, como explicado antes), seja nos declarativos (que representam declarações), conforme a concepção de Searle.

Nessa perspectiva, a ação do sujeito ganha sentido no âmbito de uma prática, ou seja, o todo condiciona as possibilidades do contingente, da ação que se realiza, pois é ele que dá sentido, conferindo “lógica” à ação. Os princípios jurídicos são exemplos de regras gerais doadoras de sentido à prática jurídica. Deles podem ser extraídas ideias gerais que presidem, como regras constitutivas, a lógica do campo em que se podem realizar ações. A imposição da conduta de boa-fé, a observância da legalidade, a proibição da ação contraditória, por exemplo, são princípios que conferem limites mais gerais, dentro dos quais se espera que os sujeitos ajam. Eles dão inteligibilidade à ação, como propõe MacIntyre (1991, *passim*).

Dizer que o Direito possui uma específica realidade institucional marca sua distinção do campo da moralidade, no sentido de que, nesse, o agente autônomo ocupa um lugar central na determinação das obrigações morais (MacCormick, 2007, prefácio). Na realidade jurídica há, portanto, constrangimentos decorrentes da heteronomia própria do campo, em relação ao que é permitido, é proibido e é facultado a um sujeito fazer e falar.

Um exemplo bastante didático e que expressa, talvez, o aspecto constitutivo mais elementar da ideia de “institucionalidade” é a prática de formação de uma fila. Há uma norma de conduta que não precisa estar (e de fato não está!) escrita em lugar nenhum, sobre formar filas, por exemplo, para se tomar um ônibus. É uma prática normativa aceita e legitimada por um consenso difuso, a de que, ao se tomar um ônibus ou ser atendido numa padaria às sete horas da manhã, quando há muita gente chegando para comprar pão, devam as pessoas se organizar em fila. Ao menor sinal de descumprimento desse comportamento esperado por todos, há reações sancionadoras imediatas contra o “fura-fila”, sejam admoestações, seja até coerção física, em casos mais acirrados. Assim expõe MacCormick:

“Usando reflexões sobre a fila como base para uma generalização, podemos sugerir com razoável confiança que haja uma possibilidade de ordenação nos assuntos humanos em alguns momentos, em alguns lugares e sobre algumas questões.

Há ordem, onde quer que as pessoas se comportem em relação às demais baseadas na opinião concernente ao que é correto fazer, a qual elas supõem seja uma opinião mútua, desde haja uma comunhão suficiente (não uma perfeita identidade) das opiniões adotadas, com base na qual elas agem.” (MacCormick, 2007, 18).¹⁵

Em seu aspecto mais radical, portanto, o fenômeno jurídico está diretamente relacionado às práticas sociais que o legitimam. Naturalmente, é possível que a institucionalização das práticas normadas avance em complexidade, demandando não somente o reconhecimento da expectativa de conduta adequada dos outros agentes, como o estabelecimento de clareza da obrigação. Na hipótese de descumprimento dessa obrigação, clareza sobre suas consequências, sobre quem aplicará como será aplicada a respectiva sanção. O avanço dessa complexidade institucional adiciona, ao fenômeno normativo, os usuários de normas (no caso da fila, os sujeitos que nela estão), os fazedores de normas (os legisladores) e os aplicadores de normas (os decisores). A sugestão de MacCormick é a de que a institucionalização que confere ao Direito seu caráter distintivo é justamente essa, a que permite identificar os sujeitos os sujeitos que têm autoridade para fazer as normas, o que a têm para interpretá-las e os que a têm para aplicá-las (MacCormick, 2007, p.2).

Dizer que um fato social é institucionalizado significa que ele se constitui de forma dependente da interpretação de coisas, eventos e comportamentos, em relação a um quadro geral normativo. Um homem gritando a esmo sozinho, em uma praia deserta, não tem relevância para o Direito como ordem normativa institucional. Mas um homem a gritar, durante a proclamação de um acórdão em um tribunal, tem um sentido relevante para o Direito com consequências sancionatórias aplicáveis por agentes que interpretam o fato à luz das regras e têm poder para determinar que agentes responsáveis por aplicar sanções o façam.

Outra característica da institucionalidade de uma regra é que ela pode existir independentemente de ser posta, de estar escrita, como o caso citado da fila. É possível transformar a regra não escrita, de que todos devem obedecer à ordem de precedência ao chegar a um lugar no qual o serviço tem limite de acesso, em regra escrita. Mas a existência da regra não depende disso, nem da consciência do dever de sua observância, nem mesmo da positivação de uma sanção respectiva. Há, portanto, uma regra que estrutura o sentido da prática de se formar uma fila,

¹⁵ “Using reflections about the queue as a basis for generalization, we may suggest with reasonable confidence that there is a possibility of orderliness in human affairs some of the time in some places about some matters. There is order wherever people conduct themselves in relation to others on the basis of an opinion concerning the right thing to do which they suppose to be a mutual opinion, provided that there turns out to be sufficient community (not perfect identity) of opinions held and acted on.” (MACCORMICK, 2007, p. 18)

¹⁴ Nesse sentido, o famoso aforismo 7 de Wittgenstein: “O que não se pode falar, deve-se calar”. (2001, 7)

sendo ela própria constituída dessa prática, em um jogo reflexivo no qual a legitimidade da regra é garantida por sua reiteração ao longo do tempo. A fila é, assim, uma prática interpretativa com sentido normativo.

Assim como no exemplo da fila, obviamente com diferenças em termos de complexidade, ocorre o mesmo com relação ao Estado de Direito (*Rule of law*, *Rechtsstaat*) como realidade social institucional. Essa pressupõe o exercício do poder sob limites constitucionais, em um tipo de institucionalidade que privilegia o governo por meio de regras legitimadas, escritas e não escritas, a exemplo dos costumes e das práticas sociais significativas e historicamente reconhecidas. Tais regras permitem ao cimento social produzir seu efeito de permanência e de garantia contra arroubos arbitrários que coloquem em risco a estrutura na qual a comunidade política existe, da forma como se espera que ela seja. A realidade normativa institucional precede a norma posta e dela não depende para existir como tal (MacCormick, 2007, p. 17).

Também a realidade democrática é, nesse sentido, sustentada pela crença institucionalizada de que esse é o jogo a ser jogado e de que a aceitação de suas regras é o núcleo institucional do fenômeno democrático. A democracia não se sustenta porque uma norma escrita qualquer diz que a sociedade ser, como comunidade política, uma democracia. Em certo sentido, ela simplesmente é, em um movimento de autoreferencialidade, de autofundamentação e de autolegitimação.¹⁶

É importante notar, portanto, que a institucionalidade da democracia não está fundada em “lei”, em um texto normativo promulgado. Ao contrário, a norma posta é a resultante da institucionalidade democrática. Não há necessidade da articulação explícita de uma norma ou de um conjunto de normas para se reconhecer a prática social que constitui a democracia. Isso porque o consenso sobre o reconhecimento recíproco e difuso das crenças normativas é bastante para esse fim. Portanto, é o consenso sobre certos princípios que permite reconhecer a

normatividade e a institucionalidade da democracia, bem como a inteligibilidade das regras do jogo democrático e de sua própria existência. Subjaz à democracia uma carga de densidade valorativa e normativa compartilhada, como elemento constitutivo e condição de sua possibilidade (MacCormick, 2007, p. 18).

A norma democrática de possibilidade de abertura discursivo-comunicativa que, na política, se traduz no princípio da liberdade de expressão ou da livre expressão de pensamento e de opinião é um bom exemplo da característica polissêmica desses conceitos. Caberia, em relação ao segundo exemplo que citei, a pergunta: seria juridicamente permitido, segundo o princípio da livre expressão, um presidente da República incitar apoiadores a se manifestarem de forma “selvagem” contra a proclamação do resultado das eleições nas quais fora derrotado? Aqui, ponho em questão o limite da capacidade da democracia como regime, de tolerância à diferença e à pluralidade, problema expresso no paradoxo popperiano da tolerância democrática: deve-se, em uma sociedade aberta e pluralista, tolerar os que agem para destruir a possibilidade da pluralidade, da abertura e da tolerância? É certo que Popper não pretende defender a censura ou o impedimento da manifestação daqueles que expressam opiniões contrárias à própria democracia ou a seus fundamentos. A proposta é, sim, estabelecer um limite crítico ao princípio democrático de que, em uma sociedade aberta à pluralidade, todos são livres para se manifestar da forma que lhes convier. A avaliação sobre a possibilidade de reação à intolerância deve ser feita com base no risco fático iminente de ameaça à institucionalidade democrática.

Nesse sentido, não há, previamente, que censurar os antidemocráticos, fascistas, racistas, misóginos, negacionistas ou apoiadores de ditaduras. Há, sim, que se impedir condutas que ameacem concretamente a estrutura e o funcionamento do regime democrático, baseando-se na verificação empírica da necessidade de reação democrática coercitiva.¹⁷

¹⁷ A passagem de Popper é a seguinte: “A tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada mesmo aos intolerantes, e se não estivermos preparados para defender a sociedade tolerante do assalto da intolerância, então, os intolerantes serão destruídos e a tolerância com eles.—Nessa formulação, não insinuo, por exemplo, que devemos sempre suprimir a expressão de filosofias intolerantes; desde que possamos combatê-las com argumentos racionais e mantê-las em xeque frente à opinião pública, suprimi-las seria, certamente, imprudente. Mas devemos-nos reservar o direito de suprimi-las, se necessário, mesmo que pela força; pode ser que eles não estejam preparados para nos encontrar nos níveis dos argumentos racionais, ao começar por criticar todos os argumentos e proibindo seus seguidores de ouvir argumentos racionais, porque são enganadores, e ensiná-los a responder aos argumentos com punhos ou pistolas. Devemos-nos, então, reservar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar o intolerante. Devemos exigir que qualquer movimento que pregue a intolerância fique à margem da lei e que qualquer incitação à intolerância e perseguição seja considerada criminosa, da mesma forma que no caso de incitação ao homicídio, sequestro de crianças ou revivescência do tráfico de escravos.” (Popper, 2013, v1, p.581)

¹⁶ A proposta de compreensão do fundamento da legitimidade democrática e estatal pós-convencional de Habermas pode caber na reflexão sobre a natureza institucional da democracia e, como é ínsito a seu argumento, o reconhecimento da dependência de determinadas condições de comunicabilidade e mesmo da sua fragilidade. Ao apoiar-se na teoria dos atos de fala, supondo a força pragmática da comunicação, a própria existência da democracia está contida na possibilidade de um certo consenso interpretativo e narrativo sobre alguns pontos centrais, ou “princípios”, que permitam sua estruturação. A passagem a seguir ilustra o ponto: “Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o “agir comunicativo”. Neste caso, os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários.” (negritei) (HABERMAS, 1997, p. 36)

Nesse ponto, sobre a possibilidade de reação a condutas ameaçadoras da democracia, retomo o foco do argumento: a capacidade de erosão da democracia por meio de atos deliberados que visem a sua desinstitucionalização.

A questão coloca em perspectiva algo intrigante sobre o fundamento do Direito, algo que tem chamado atenção de autores como Kelsen (1991, passim) e Hart (1995, passim). Cada um tratou, em suas obras mais difundidas, da unidade do Direito e da relativa autonomia dele como fenômeno, em comparação com os demais campos da experiência humana. O ponto que aqui importa é o fato de que a ordem jurídica precisa ser legitimada de alguma forma, ou, nos termos de Kelsen, precisa ser “validada”. Para ele, a explicação sobre o fundamento do Direito toma a forma de norma fundamental pressuposta, com conteúdo provável de uma regra de legitimação (segundo compreendo), ou seja, regra de obediência ao legislador constitucional. Na também conhecidíssima postulação de Hart (e que me interessa mais nesse ponto), de que a normatividade jurídica é explicada pela reflexividade que os agentes têm em relação ao dever, há uma regra de reconhecimento e, também, a perspectiva interna da conduta. Hart combate a ideia de Austin¹⁸ de que a regra jurídica é definida pela sanção, bem como de que o agente cumpre o dever jurídico por receio da aplicação da sanção.

Independentemente das complexidades e da ampla possibilidade de debate sobre essa postulação, o que interessa ressaltar é o fato de a característica da obrigatoriedade das normas e a imperatividade do ordenamento jurídico não serem algo que simplesmente se impõe ao agente “de fora para dentro”. Uma e outra dependem de haver, como dito acima, uma convenção difusa e disseminada sobre a juridicidade (e, portanto, a obrigatoriedade) de uma dada conduta. Assim como no fenômeno da fila, o Direito e a democracia não dependem somente (ou principalmente) de uma norma escrita, ainda que ela seja de hierarquia constitucional. A instituição “democracia” existe por causa da crença difusa, recíproca e compartilhada em seu valor e em sua importância.

Hart identifica, na natureza do Direito, a dimensão interna da norma e a regra de reconhecimento. Em “O Conceito de Direito”, ele desenvolveu seu mais conhecido argumento sobre a distinção entre Direito e moral, argumento esse marcado pela influência que recebeu da Filosofia da linguagem do século XX. Para tanto, considerou a textura aberta da linguagem em geral e da linguagem jurídica em especial, assim como os atos de fala, cuja tese (já referida), proposta por J. L. Austin, foi amplamente influente em seu tempo, no ambiente acadêmico de Oxford.¹⁹

¹⁸ Trata-se do conhecido argumento desenvolvido em J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*. Miami: Hardpress, 2017.

¹⁹ Aqui, referi-me mais a Searl, seguidor das ideias de Austin.

Na introdução a *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Hart resume os principais pontos do projeto que conduz a reflexão em O Conceito de Direito:

“Minha principal objeção a essa redução das proposições do direito, [aqui se refere à teoria do direito escandinava] suprimindo seu aspecto normativo, é que ela deixa de observar e de explicar a distinção crucial que há entre a simples regularidade de comportamentos humanos e o comportamento regulado por regras. Ela descarta, assim, algo vital para o entendimento não só do Direito, mas de qualquer forma de estrutura social normativa. Para entender esse fenômeno, a metodologia das ciências empíricas é inútil; o que é necessário é um método ‘hermenêutico’ que envolva a descrição do comportamento regulado por regras como ele se apresenta a seus participantes, que avaliam se ele se conforma ou não a certos padrões compartilhados. Minha explicação para essa distinção, que chamo aqui de crucial, se dá em termos da ideia de ‘aceitação’ de padrões de conduta preferidos como orientações e padrões para a crítica e, desta forma, de uma atitude que desenvolve um ponto de vista interno” (Hart, 1983, p.15).²⁰ (grifei)

Vê-se a indicação explícita da dimensão interna da regra, expressa pela referência à atitude para com o Direito, além da menção ao reconhecimento de que a regra jurídica deve ser identificada com padrões compartilhados que são submetidos à forma como o sujeito a interpreta. O ponto de vista interno é, portanto, uma atitude de reflexão sobre a obrigação jurídica. O Estado Democrático de Direito é, também, objeto dessa atitude, em sua perspectiva coletiva compartilhada.

A concepção de regra jurídica, segundo uma atitude reflexiva interna, distingue o tipo de vínculo que se estabelece entre o sujeito e a ordem jurídica. Dever e obrigação são formas diferentes de reconhecimento da natureza própria do Direito e das normas jurídicas:

“A figura de vínculo que incide sobre a pessoa obrigada, figura que está encerrada na palavra ‘obrigação’ e a noção semelhante de uma dívida latente na palavra ‘dever’ são explicáveis em termos destes três factores, que distinguem regras de obrigação ou dever de outras regras. Nesta figura, que

²⁰ Adotei a tradução da versão brasileira da obra, constante da página 15. H. L. A. HART, *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Júnior, Leonardo Gomes Penteado Rosa. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

habita muito pensamento jurídico, a pressão social surge como uma cadeia que vincula os que têm obrigações, de tal modo que não são livres de fazer o que querem” (Id., p. 97).

Há uma sutileza explicativa sobre o que, de fato, vincula pessoas à obrigação, já que “sentir-se obrigado” e “ter uma obrigação” têm sentido diferente, embora frequentemente sejam concomitantes. A regra obriga por conta de uma dimensão interna de consciência de pertencimento, um sentido interno de dever.

Hart se refere ao que chama de estrutura normativa da sociedade, o aspecto interno das regras: “O contraste seguinte em termos de aspecto ‘interno’ e ‘externo’ das regras de novo pode servir para marcar o que dá a esta distinção a sua grande importância para a compreensão, não só do direito, mas da estrutura de qualquer sociedade...” (Hart, 1995, p. 98).

A identidade do ordenamento diz respeito à autonomia que ele tem em relação a outras ordens normativas, e o que o fundamenta, legitimamente, é uma prática complexa de aceitação de regras. Há distinção entre a aceitação de uma regra – ou a existência de uma regra – e o reconhecimento da existência de um hábito. Assim, a repetição de uma conduta não a torna uma regra, na medida em que, mesmo que a conduta seja repetida “de regra”, isso se refere a um padrão de regularidade de ocorrência. A regra é diferente em três dimensões: 1) para o hábito, basta a convergência de comportamento, enquanto a regra exige um comportamento, e sua frustração é uma falta suscetível de crítica e de pressão social; 2) nas regras, a crítica ao descumprimento não precisa de qualquer justificativa, além do próprio descumprimento. O desvio do padrão já é uma boa razão para a crítica e permite que a pressão, em direção ao comportamento prescrito, ocorra; 3) as regras têm uma dimensão ou “aspecto” interno. Para se reconhecer um hábito social, basta que objetivamente a conduta ocorra, sendo suficiente sua mera repetição. Ao contrário, para que uma regra exista, os sujeitos devem ver no comportamento um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo. Nesse sentido, a regra tem um aspecto interno, para além do aspecto externo presente no hábito, como um comportamento recorrente e uniforme, reconhecível por um observador externo (Hart, 1995, p. 65).

Hart cita o exemplo do jogador de xadrez. Ao longo do jogo, há movimentos das pedras em um sentido específico, de forma reiterada. Mas o que distingue o jogo, de forma que ele tenha um sentido específico e que o caracterize, é a atitude crítica reflexiva em relação ao comportamento. A atitude dos jogadores é de prontidão sobre a correção dos movimentos de cada peça e sobre a exigência de que esse movimento seja realizado de forma adequada. Essa prontidão, essa atitude, é normativa e institucionalizada e não se confunde com uma dimensão sentimental

ou psicológica sobre a correção do movimento e do próprio sentido do jogo. Ela é crítica reflexiva, por parte de quem está na posição de primeira pessoa e em relação ao outro jogador. Ainda que realize uma conduta transgressora, o jogador tem consciência de que seu dever era outro. E nesse caso, o sujeito não está desconsiderando (ou desconfirmado²¹) a regra, mas sim infringindo-a. Isso não tira da regra sua dimensão normativa; ao contrário, reforça-a. Esse é o sentido do dever ser na acepção de Hart.

Outro autor que auxilia a compreender a realidade institucional do Direito é Ronald Dworkin, ao explicá-lo como uma prática social interpretativa. Embora possa haver algum questionamento sobre ser essa uma abordagem institucional²²,

²¹ Conforme Tércio S. Ferraz Jr., as normas jurídicas se pretendem imunes à desconfirmção de sua natureza imperativa. As respostas possíveis são o cumprimento ou o descumprimento, com a consequente sanção que pode advir dessa última reação à norma. É possível ver, nessa forma de blindagem contra a desconfirmção, um limite de comportamento que objetiva a conservação institucional do direito. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 56) Reconhecendo a institucionalidade específica do direito, afirma que há uma complexidade nas normas jurídicas: “Falamos, em síntese, de *expectativas contrafáticas*, que se expressam por meio de proposições de dever-ser (deve, é obrigatório, é proibido, é facultado), estabelecendo-se entre os comunicadores sociais relações complementares *institucionalizadas* em algo grau (relação meta-complementar de autoridade/sujeito), cujos *conteúdos* tem um sentido generalizável conforme núcleos significativos mais ou menos abstratos.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994. p. 115)

²² Um exemplo das várias críticas ao trabalho de Dworkin está em F. SHAUER, *Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin* (With Some Help From Neil MacCormick) in *Law as Institutional Normative Order: Essays in Honour of Sir Neil MacCormick*. M. Del Mar: Ashgate, 2009. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id= 119225] Nesse artigo Shauer critica o ataque feito por Dworkin à proposta de distinguir institucionalmente o sistema jurídico de outros sistemas normativos como a moralidade ou a religião, ou dos sistemas controle de comportamentos como a força e o terror, em A Justiça de Toga, capítulo 8, e no artigo Hart and the Concepts of Law, (Harvard Law Review Forum 119, 95-104) (SHAUER, 2009, p. 1). Essa discussão não tem conexão com o que aqui se problematiza, pois o que Dworkin e Shauer chamam de “questão institucional” não diz respeito ao direito como prática social institucionalizada. O tema do dissenso entre ambos diz respeito à identificação do direito como um tipo de instituição social, na medida em que, segundo a crítica do primeiro, o conceito teria pouca importância prática ou filosófica por ser vago. No presente texto não se trata de definir o direito, mas reconhecer uma sua característica própria e essencial: a sua expressão com a prática social institucionalizada. Um segundo ponto relativo ao artigo é que Shauer faz referência, de forma inadvertida, aos dois sentidos da palavra “instituição”, ora como prática, ora como instância de ação, ou organização com determinada finalidade, conforme referido em nota anterior. Nessa passagem a referência é ao regundo significado: “And thus the behaviour of an institution turns out to be highly relevant to the doctrinal question, the question that Dworkin describes as being both deep and important (Shauer, 2009, p. 9). (negritei) A menção à distinção feita por MacCormick entre instituições como utentes de normas (norm users) e emissores de normas (norm issuers) não me parece suficiente para elucidar a diferença entre os dois sentidos do uso da palavra “instituição” (Shauer, 2009, p. 15).

sua insistente defesa do Direito como um fenômeno interpretativo revela algo que ajuda a refletir. Trata-se da afirmação feita recorrentemente, em especial no Império do Direito (*Law's Empire*), de que o fenômeno jurídico deve ser compreendido a começar de “de dentro”, ou seja, de que a teoria jurídica promove a compreensão reflexa das argumentações práticas que são constitutivas da atitude sobre a qual o direito se funda²³. Assim, Dworkin entende o Direito como um campo, um “império” definido pela “atitude, não pelo território, o poder ou o processo.” É um fenômeno que, para ele, supõe uma atitude interpretativa, uma postura reflexiva, vinculada e dirigida à dimensão política como participação comunitária nas decisões sobre as questões fundamentais para a coletividade na qual se vive.

Assim, segundo Dworkin:

“a atitude do direito é construtiva: sua finalidade é, no espírito interpretativo, colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (Dworkin 1999, p. 492).

Nesse sentido, ele elabora o conceito de comunidade em termos de fraternidade (Finnis, 1987, p. 357), fazendo, em várias passagens de *Law's Empire*, referência ao Direito como uma construção coletiva, um fenômeno cultural produto de convicções, concepções e crenças:

“the exercise in hand is...: discovering which view of the sovereign matters we discuss sorts best with the convictions we each, together or severally, have and retain about the best account of our common practices.” (p. 86)
 “Justice is a matter of the correct or best theory of moral and political rights, and anyone's conception of justice is his theory, imposed by his own personal convictions, of what these rights actually are.” (p. 97)

²³ Esse é o ponto de partida de John Finnis, ao qual será dedicada uma crítica aguda da forma como Dworkin apresenta o Direito como interpretação. Em síntese, sustenta que mesmo Dworkin sendo bem-sucedido ao demonstrar que sua explicação da atitude interpretativa e da interpretação, no âmbito da prática jurídica, seja a melhor explicação, ele não teria mostrado que o Direito e a prática jurídica são adequadamente descritas dessa maneira. (J. FINNIS. *On Reason and Authority in Law's Empire*, 6 L. & Phil. 357, 1987. Disponível em [http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/677])

“Hercules is not trying to reach what he believes is the best substantive result, but to find the best justification he can of a past legislative event.” (p. 338)²⁴

Esses trechos revelam a importância de elementos da prática social, na forma do compartilhamento de convicções, valores, crenças e concepções enraizadas historicamente. A moralidade, para Dworkin, como constitutiva do Direito, supõe a negação do ceticismo e da abertura para a discricionariedade, seu ponto de dissenso em relação a Hart. Desconsidera a possibilidade de um ponto de vista externo ao Direito, o ceticismo moral externo e a abertura para qualquer decisão justificada no exclusivo critério de autoridade. Apesar de seu estilo peculiar, ao atribuir sentidos próprios a palavras e expressões e a, frequentemente, não fazer muitas referências a fontes de debates teóricos e a seus interlocutores, é interessante destacar a dimensão comunitária, compartilhada e histórica do fenômeno jurídico, essa última bem refletida no conceito de romance em cadeia (Dworkin, 2013, 2000, passim).

Dessa forma, como prática regrada, o jogo de linguagem político-jurídico supõe, normativamente, possibilidades e interdições na forma de faculdades, de obrigações e de proibições (Lopes, 2021, p. 15, 124). Em síntese, a prática política é definida normativamente pelas regras constitutivas do Estado Democrático de Direito.

Aquilo que se pensa ser democracia, assim como o que se faz, determina como ela se realiza. Nesse sentido, é possível sustentar, com base na assunção de uma perspectiva do fenômeno jurídico como uma prática social com sentido específico, que não é permitido, do ponto de vista do juízo jurídico, realizar atos de fala que produzam efeitos de desorganização, de desconfiança e de invalidação institucional, pondo sob estresse e em risco os próprios fundamentos sobre os quais a democracia se sustenta. Jurídica e politicamente, essa interdição é uma regra do jogo. Vale lembrar que a realidade da democracia é institucional, portanto não é “natural” (ou bruta, como diz Searle). Logo, sua existência específica depende de certas condições e limites dados normativamente em relação às “possibilidades de ação”.

É para essa dimensão meu interesse de chamar a atenção. O dever ser, o dever ser jurídico democrático, supõe uma atitude crítica reflexiva, institucionalizada, sobre o papel de cada peça no tabuleiro, na política, no Direito (no sistema de justiça), na academia ou nas artes, por exemplo. Em cada campo, o sujeito pode agir de determinada forma, havendo uma postura crítica reflexiva sobre suas regras

²⁴ Tomo essa relação de exemplos de Finnis em adição ao próprio conceito, ao qual já havia me referido. (J. FINNIS, id., p. 365).

constituintes, de maneira que encenar uma peça de teatro não é uma violação da regra, mas realizar uma audiência despido, é. Concitar cidadãos, na condição de presidente da república, a invadir o parlamento é, nesses termos, ilícito²⁵, assim como também defender a instalação de um regime ditatorial ou fazer apologia a tal.

Como expliquei na introdução, não pretendo entrar no campo das discussões dogmáticas sobre se pode ser invocada alguma norma posta que indique a ilicitude de comportamentos que colocam em xeque a democracia. Basta-me reconhecer que, subjaz e antecede a qualquer norma escrita, a convicção institucional compartilhada de que a democracia supõe o compromisso com certas condutas e atitudes. Esse, se frustrado, pode pôr em risco de desconstituição (em oposição à constituição, aquilo que é constituído) a própria estrutura sobre a qual a sociedade decidiu viver como comunidade política.²⁶

Nessa perspectiva, reconhecer a dimensão institucional da democracia tem, pelo menos, duas consequências: a primeira, de ordem política, impõe a responsabilidade pela guarda da legitimação do regime escolhido; a segunda, de ordem jurídica, assim como o Direito, impõe o reconhecimento da democracia de acordo com sua natureza jurídico-institucional, com limites normativos inerentes, o que interdita certas falas e condutas. A democracia não é um regime no qual a liberdade é um “vale-tudo”. Não se trata de uma liberdade selvagem, na qual cada indivíduo pode tudo que quiser ou pode se apropriar de tudo o que conseguir. Ao contrário, a liberdade democrática se manifesta por meio da expressão política, identitária, econômica, de opinião, de organização e outras, mas sempre de forma regrada.²⁷

Os dois exemplos de atos de fala de erosão institucional com os quais iniciei esta proposta de reflexão têm paralelo na realidade atual brasileira. Apesar das diferenças, tratadas adiante, é importante reconhecer que há em comum a capacidade de abalo do sistema democrático que uma manifestação ou que manifestações

reiteradas, de uma autoridade, podem causar. Isso se dá porque há violação de regras que determinam limites para o que se pode falar e se pode fazer em qualquer campo institucionalizado da experiência humana.

No Brasil, tomando como objeto de análise a forma como o governo Bolsonaro se conduz politicamente, vários trabalhos têm enfrentado o problema da potencial erosão democrática, decorrente de um método político que se utiliza do fomento ao conflito como estratégia. Interessante notar que, apesar do reconhecimento da “proeminência presidencial”, (Valle, 2013, pp. 441-442) no jogo de equilíbrio entre os poderes constitucionais, as possibilidades de ação de um presidente são submetidas a limites institucionais, especialmente aos chamados “freios e contrapesos”. Assim, ainda que se reconheça o grande poder de agência do chefe do Poder Executivo, sua conduta é balizada pela normatividade institucional.

5. *Prática de assédio institucional e violação da democracia*

Ao analisar o caso do governo Bolsonaro no atual momento brasileiro, Barbosa da Silva e Cardoso Jr. propõem a expressão “assédio institucional” para conceituar a mobilização de recursos, por meio de posições políticas potentes, com o objetivo de desconstrução institucional. Em uma abordagem ligeiramente ampliada em relação ao que ora proponho, os autores chamam atenção para as medidas que esse governo vem concretamente, no sentido de minar os valores e os fundamentos democráticos.

Os discursos, no caso do assédio institucional, entreabrem uma tensão política que precede ações concretas de desmobilização institucional, como: mudança de dirigentes, vacância proposital de cargos, demissões e indicações de pessoas não só estranhas à cultura institucional, mas, por vezes, sem a qualificação curricular ou a experiência necessária ao exercício da função na área (Silva e Cardoso Jr., 2020).

Vê-se, então, um padrão sistêmico e sistemático de ação de desmaterialização da política²⁸ em três dimensões: 1) age-se com desprezo à necessidade de justificção argumentativa e de convencimento; 2) procura-se vencer as resistências institucionais com desidratação financeira, deslocamento de competências e gestão orientada por valores antagônicos aos da instituição; 3) desconstrói-se discursivamente as instituições, em cujos padrões as dimensões se retroalimentam, como a buscar algum tipo de sustentação entre si para subsidiar feitos não esperados.

²⁸ A desmaterialização da política, segundo os autores, “envolve a redução da deliberação a jogos estratégicos, excessiva simplificação e precária deliberação a respeito de como resolver problemas e fatos complexos (id., p. 4).

²⁵ Faz-se necessário um esclarecimento quanto ao uso do conceito de “ilicitude”, na medida em que adoto, explicitamente, uma perspectiva não dogmática no artigo. O conceito de “ilicitude” diz respeito ao código binário “lícito x ilícito”, ou seja, o que é permitido ou não pela ordem jurídica. Ao dizer que uma determinada conduta seja lícita, nesse termos, estou afirmando que a institucionalidade do Direito se baseia em um juízo normativo sobre o que pode ou não ser feito, não importando se há uma norma escrita que assim o diga.

²⁶ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal determinou a prisão de um deputado federal em exercício de mandato, em flagrante, por crime previsto na Lei de Segurança Nacional. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460657&ori=1]. Acesso em: 23/02/2021.

²⁷ Essa discussão tem raiz mais profunda na cultura, na herança histórica brasileira, sobre a qual não há como avançar no espaço desta reflexão. R. FREITAS FILHO; F. B. SILVA, da. O Judiciário cordial, a violência e a corrupção na América Latina. REPATS, Brasília, v. 4, n. 1, p. 342-368, Jan-Jun 2017

Relativamente à última dimensão, Silva e Cardoso Jr. elencaram vários exemplos de desconstrução discursiva, postos em prática por ministros e pelo próprio presidente.²⁹ Segundo os autores, a estratégia discursiva é veiculada tanto pela forma e pelo estilo, quanto pelo conteúdo das falas proferidas. Manifestações fragmentadas e opinativas, sem bases empíricas sobre o funcionamento institucional, caracterizadas como profundamente ideológicas. São falas contraditórias a respeito do sentido das políticas e com ameaças autoritárias às instituições, afetando a existência dessas.

A desconstrução institucional por meio do assédio é antidemocrática, disruptiva e rebaixa as expectativas de participação social e de proteção institucional. São ameaças, cerceamentos, constrangimentos, desautorizações, desqualificações e deslegitimações das instituições, com efeitos pragmáticos amplamente destrutivos.

O assédio se manifesta não somente como ações de reposicionamento de atores e de estrangulamento financeiro, mas sobretudo como um conjunto de discursos, falas e de posturas públicas, com o objetivo deliberado de desorganização de vínculos, de desqualificação de experiências, de sujeitos e de regras, destruindo a possibilidade de funcionamento e de desempenho e fragilizando a percepção simbólica de pertença e de fruição de direitos.

A fragilização das instituições fragiliza também a própria democracia. Há uma relação mutuamente influente entre as regras constitutivas e as práticas institucionais no âmbito da máquina de Estado. A ação pública é realizada em um contexto cultural, uma tradição, uma história institucional, ainda que, em medida considerável, bastante matizada por programas, projetos e por valores próprios aos grupos sociais. Tais grupos se organizam politicamente e exercem, de modo provisório, o poder de agenda em um período determinado, resultado da luta político-partidária. É evidente que instâncias de governo, como a Fundação Nacional do Índio (Funai), o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e a Fundação Nacional das Artes (Funarte), por exemplo, não são monolíticos, nem imunes aos influxos de uma determinada visão de mundo e de governo, algo próprio da alternância de poder em uma democracia. O assédio institucional não é uma proposta de atuação das instituições de governo, baseada em determinada visão de mundo, em uma ideologia política. É, sim, uma estratégia deliberada de destruição institucional que impossibilita seu funcionamento, uma ação fora dos parâmetros normativos institucionais democráticos, na medida em que impede, combate, desqualifica e deslegitima aquilo que é constitutivo da democracia.

Naturalmente, em todo embate político, há disputa pelo controle das falas, pelo poder de nomeação (Bourdieu, 1989, *passim*) da realidade, aquilo que se convencionou presentemente se chamar de “narrativa”. Essa disputa pelo capital social, encartado na posição daquele que detém o poder de nomeação, é essencial no jogo político, já que faz parte da produção de hegemonias. No caso das práticas de assédio institucional e de ataques sistemáticos à dimensão constitutiva da institucionalidade, não se trata de competir em um campo retórico legítimo, com discussão de valores, de pautas de ação e de visões de mundo, como dito. Trata-se, sim, de promover a erosão das regras que permitem a própria existência do jogo, as regras constitutivas da democracia.

Com isso, está-se no campo da mentira³⁰, da deslealdade e da falta de boa-fé do interlocutor, na medida em que esse é um método de governo que visa ao conflito. Busca também a desconfiguração dos espaços discursivos, dialógicos, e dos argumentos *ad hominem*, por meio de falas impressionistas e distópicas que retiram do espaço de deliberação sua condição de possibilidade. “As transgressões retóricas excedem o papel do argumento persuasivo, natural do jogo democrático... É difícil reconhecer, por exemplo, de forma clara, quais as proposições de políticas públicas do Governo Bolsonaro.” (Silva e Cardoso Jr., 2020, p.20).

Portanto, vê-se que há uma ação orientada para estabelecer a agenda discursiva, consequente ao enfraquecimento institucional democrático. Essa ação se manifesta em três dimensões do discurso: a) do ponto de vista da forma – não há respostas a perguntas, mas agressões e ataques, não raro com o uso de palavras de baixo calão. Às questões relativas ao governo, sobrevêm meras cacofonias, independentemente da relevância do problema levantado. Com isso, torna-se ininteligível e instável a interação dialógica, devido ao ruído comunicacional propositalmente produzido. É a deformação, a erosão do ambiente de diálogo; b) do ponto de vista do conteúdo – há apelo a valores contrários aos padrões civilizatórios mais básicos da modernidade ocidental, como: respeito e consideração ao cidadão por parte do Estado; aceitação da lei como um limite ao arbítrio do soberano e persuasão como elemento legitimador necessário da ação política. Contrariamente, elogia-se a violência, a conflagração e o conflito armado; desprezam-se as populações vulneráveis e a diferença, a diversidade de pensamento, de projetos políticos e de manifestações de identidade; usa-se o elemento autoritário, invocando-se o princípio da autoridade como pretenso elemento legitimador da tomada de decisão, em desprezo à legalidade e aos valores democráticos substantivos; c) do ponto

²⁹ O artigo traz 15 referências a falas, sumariadas em <https://survivalbrasil.org/artigos/3543-Bolsonaro>

³⁰ Cf. o excelente texto de José Reinaldo de Lima Lopes sobre o tema: [<https://estadodaarte.estadado.com.br/paradoxos-democracia-mentira-jrll/>]

de vista do funcionamento das instituições – há desvalorização de suas funções nas falas e nas ações; desprezo pelos valores nucleares que conferem sentido à sua existência e nomeação de pessoas para cargos de liderança que defendem ideias e valores contrários às funções e ao acervo histórico de realizações institucionais, em oposição ao que normalmente se esperaria. O exemplo mais claro disso é a nomeação de uma pessoa que nega o consenso sobre o que significou a escravidão no Brasil³¹ para a Fundação Palmares.

A elaboração analítica daqueles autores permite identificar o potencial desestabilizador e erosivo dessas práticas para a institucionalidade da democracia. Falas e ações têm sentidos determinados, ainda que possam ser justificados de maneira enganosa, por meio de mentiras e dissimulações. Quem afirma prezar regimes ditatoriais não pode pretender a crença dos ouvintes quando se diz um democrata. A fala, nesse contexto, só é inteligível ante o pressuposto de que se está falando com má-fé e mentindo. Mas aí, estar-se-ia no campo da conflagração de conflito fora da institucionalidade.

6. Resgatando os dois exemplos

Retorno aos dois exemplos que motivaram a presente reflexão. O que o primeiro deles, exemplo da crise constitucional sem constituição escrita, revela é a dimensão radicalmente institucional da constituição e, por extensão, da democracia. Como mostram Searle, Lopes, Hart e Dworkin, não é a manifestação positivada da norma que confere à constituição sua condição como tal. É a dimensão de reconhecimento do valor daquela prática social normativa que a garante, como essência constituinte de uma dada comunidade política. No caso da Inglaterra e do próprio Reino Unido³², apesar da inexistência de qualquer norma constitucional escrita, dispondo que não cabe à rainha se imiscuir em questões político-administrativas, essa regra é tão arraigada historicamente naquela comunidade política que seu desrespeito levou ao que se chamou, na série, de crise constitucional. Há complexidades e nuances comparativas que estou deixando de lado, ao remeter esta reflexão à realidade inglesa. Porém, do ponto que interessa aqui, o exemplo é bastante útil para evidenciar a natureza institucional de um Estado Democrático

de Direito. Evidentemente, estou a falar de uma monarquia democrática, portanto não de uma república, o que não invalida de nenhuma forma o exemplo citado; ao contrário, reforça meu argumento reflexivo sobre ele. Hart, ao explicar sua famosa regra de reconhecimento, discorre sobre o fenômeno da “Rainha no Parlamento” para mostrar como a prática social é o elemento legitimador da ordem jurídica.³³ Portanto, a regra de reconhecimento é significativamente factual.

O Estado Democrático de Direito é um fenômeno institucional factual, prático. Sua fortaleza é também sua fraqueza, já que ele não se sustenta em um documento ou num ato de vontade do poder que o blinde contra ataques (se é que isso seria, de alguma forma mágica, possível). Ele é a materialização de um construto histórico, uma prática social regrada, resultado do consenso reflexivo sobre valores, modos de ver o mundo, forma de organizar o poder e de tomar decisões coletivas (Dahl, 2012, *passim*). As falas, os proferimentos, os discursos têm efeitos persuasivos e performáticos. Falar é fazer, como Searle evidencia. Quando a rainha fala, jamais é a pessoa natural que o faz. Ao falar qualquer coisa, a rainha é a “Constituição” do Reino Unido. Romper uma prática social gera, no mínimo, perplexidade e prontidão nos sujeitos, em relação às consequências que podem advir desse comportamento. Falas e comportamentos antidemocráticos reiterados podem erodir as condições de existência da democracia, risco que foi apontado com vigor por Silva e Cardoso Jr. No caso, a crise “constitucional” foi superada pelo ajuste da rainha ao que se esperava, ou seja, que ela não se imiscuisse mais na política partidária e na gestão do dia-a-dia inglês – essa a carga da chefe de Governo. Nitidamente houve um erro, mas não houve intenção evidente de minar a democracia como instituição.

O exemplo do comportamento atrapalhado e de aparente má-fé de Donald, por sua vez, revela algo mais perigoso e ameaçador para a democracia, tanto na dimensão formal, da tomada de decisões coletivas, quanto na dimensão do valor fundante de uma comunidade política, o que se designa por Estado Democrático de Direito. Ao contrário do exemplo da rainha, com um erro de julgamento sobre determinado movimento político, corrigido pela subsequente retração, o

³³ Há alguma controvérsia sobre o que seria a regra de reconhecimento. “Some confusion has been caused by Hart’s use of the expression ‘rule of recognition’ sometimes in the singular and sometimes in the plural. So far as the positivist theses is concerned, it seems that it is one rule for each legal system. Like Kelsen’s basic norm it enables the products of law-creating acts to be described as a system. However, as Hart claims, the rule of recognition exists ‘as a social practice’, and is not a mere ‘presupposition’. A further difference is that, while Kelsen formulates his basic norm in terms of the historically first constitution, Hart formulates his rule of recognition in terms of listed criteria. He does not spell out the rule for any system. He indicates that the rule of recognition in the United Kingdom is ‘Whatever the Queen in Parliament enacts is law’. J. W. HARRIS, *Legal Philosophies*. Oxford: oxford University Press, 2004. p. 121

³¹ *Presidente da Fundação Palmares chama o movimento negro de ‘escória maldita’*, disponível em [https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/06/02/presidente-da-fundacao-palmares-chama-o-movimento-negro-de-escoria-maldita.ghml]

³² Sobre o movimento para a adoção de uma constituição escrita e autônoma para a Escócia. Cf. [https://constitutionforscotland.scot/constitution/] e [https://www.thenational.scot/news/18939523.scottish-constitution-matter-us-say/]

exemplo de Donald elucida o problema dos limites substantivos da democracia. Ele tentou sistematicamente desacreditar o sistema democrático de escolha e seus valores fundamentais, por meio de falas de incitação a comportamentos radicais de grupos sociais³⁴ que poderiam levar, no limite, a movimentos de secessão.

Ao mobilizar a turba que invadiu o congresso americano, Donald desconsiderou o valor democrático de respeito às regras de transição de poder. Apegando-se ao poder, não atendeu a regra não escrita de que quem perde a eleição deve reconhecer esse fato publicamente por meio da “famosa” ligação para o oponente vencedor, referindo-se a sua vitória. Tal atitude confundiu quem, mesmo sabendo da regra, não tem consciência de suas complexidades, ou seja, a enorme maioria dos cidadãos estadunidenses. Agindo assim, ele pôs em risco a estabilidade tanto política como jurídica do país, por caber ao poder instituído reagir a ataques efetivamente mobilizados e evitar atos violentos – como a invasão de um prédio público, no caso o Congresso dos Estados Unidos – que põem concidadãos em batalha, com possível efeito multiplicador do evento em larga escala.

Conclusão

Talvez a mais evidente fragilidade da democracia seja sua permeabilidade a falas, a atos e a políticas antidemocráticos. A natureza institucional de sua constituição acolhe possibilidades de erosão por meio de suas próprias regras, na medida em que, para controle da autoridade e do poder, há necessariamente sua dispersão.

Os dois exemplos citados mostram essa fragilidade em eventos da história política do Ocidente, um mais remoto e outro mais recente. Com relação ao cerne do que pretendi demonstrar, o aporte de Searle permitiu identificar os elementos institucionais constitutivos desse tipo de realidade, que se funda na convergência de sentido de uma prática social.

Práticas são ações reiteradas em determinado contexto e em determinada

estrutura, concorrendo para formar uma realidade social na qual se alinham consensos sobre determinados valores, princípios e conceitos. Esses consensos enfeixam campos específicos da experiência social, como mostra José Reinaldo de Lima Lopes. A democracia, ou melhor, o Estado Democrático de Direito é um desses fatos institucionais; um polo de convergência de certos sentidos compartilhados, como os princípios jurídicos-políticos, e ao mesmo tempo, doador de sentido a um modo de organização política, fruto das escolhas coletivas, como o sufrágio universal. A democracia é um modo de organizar a forma da tomada de decisões coletivas e tem um significado substantivo desse modo de vida política.

Em Herbert Hart, pode-se enxergar o Direito como um fato enraizado na experiência social, na regra de reconhecimento que, a despeito de suas complexidades conceituais, é uma realidade sociológica em grande medida. Neil MacCormick mostra como compreender o Direito em sua dimensão institucional é importante para esclarecer algumas complexidades de maneira mais adequada que o positivismo. Esse se limita à discussão sobre a norma como manifestação da autoridade soberana ou enfoca a distinção entre moral e Direito.

A crise constitucional, referida no exemplo do embate entre Margaret Thatcher e a rainha Elizabeth, foi político-jurídica, em decorrência da violação a uma regra não escrita sobre o papel político dessas figuras. Não se trata de violação a qualquer norma escrita, mas a uma prática histórica com sentido específico, naquela realidade social. A rainha não deve falar sobre política, nem dar opiniões sobre a condução das políticas públicas; deve guardar distância das questões de governo. Esse é o conteúdo da regra que constitui um valor fundamental de civilidade daquela sociedade. De maneira fundamental, a regra é constitutiva da estabilidade político-democrática. Logo, sua violação é uma forma de destruir a democracia como é entendida e praticada pelos ingleses.

O exemplo dos Estados Unidos, em muito similar à situação do Brasil no momento em que escrevo este artigo, é diferente em intensidade e sentido do exemplo inglês. As atitudes do então governante foram deliberadas, reiteradas e enfáticas. Sua intenção evidente foi a de enfraquecer as instituições por meio da mobilização de facções políticas de apoiadores que deixaram sob estresse o ambiente institucional democrático, por meio de atos de fala e atos concretos. Nesse caso, o risco foi incrementado em relação ao primeiro exemplo, pois não houve sequer o reconhecimento de que, com essa ação, o presidente incitou a violência e provocou uma convulsão social; pôs o país em risco grave e iminente. Ele manteve sua conduta de desrespeito às regras da democracia mesmo após os eventos, envolvendo ameaças, invasões e confrontos com perda de vidas.

A analogia entre o Direito e a democracia, como fatos institucionais, é útil para se compreender essa dinâmica de construção da realidade social, segundo a qual o

³⁴ Oportuno lembrar, como Madison indica no *Federalista*, número 10, que a União (em maiúscula, como coloca) dos estados americanos foi fundada na ideia de evitar o poder destrutivo das facções. Ele discorre sobre o que chama de “democracia pura”, como um regime de participação direta dos cidadãos na tomada de decisões, e sobre a “república”, como um regime de representação, defendendo o segundo: “Among the numerous advantages promised by a well-constructed Union, none deserves to be more accurately developed than its tendency to break and control the violence of faction.” Define o que, então, chamava de facção: “By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community”. J. MADISON, *Federalist Papers* n. 10 (1787) p 50 in *Great Books of the Western World*, 43. American State Papers, *The Federalist*, J. S. Mill. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952.

que se faz e o que se fala são importantes para seu funcionamento e para a própria identidade institucional. Democracia, Direito e Estado Democrático de Direito são realidades institucionais afetadas pela forma como são tratadas.

Certos atos de fala são interditados no Direito e na política, seja por meio de normas que dizem isso expressamente, seja por meio de normas institucionais, históricas, práticas sociais, seja por meio de reconhecimento, por convergência, de modelos de ação típicos. Quando um presidente ou uma rainha falam, há limites normativos para tal. Portanto, ao falar reiteradamente contra a democracia, o agente político deve ser responsabilizado por essa conduta.

Referências

- AHMED, Ashraf. A Theory of Constitutional Norms. Michigan Law Review, Forthcoming. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3710601] Acesso em 25 mai 2022.
- ANSCOMBE, G. E. M. *On Brute Facts*. Analysis, v. 18, n 3, 1958, pag. 69–72. Disponível em [www.jstor.org/stable/3326788] Acesso em 6 abr 2021.
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Miami: Harpress, 2017.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.
- CONSTITUTION FOR SCOTLAND. *The interactive consultation*. Disponível em [https://constitutionforscotland.scot/constitution] Acesso em 30 mar 2022.
- DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Objetividade e verdade: melhor você acreditar*. Trad. Roberto Freitas Filho; Ana Cláudia Lago Costa. Universitas jus., v. 24, n. 3, 2013. Disponível em: [https://www.pubblicacoes.uniceub.br/jus/article/view/2613/2107] Acesso em 10 abr 2021.
- DWORKIN, Ronald. *Hart and the concepts of law*. Harvard Law Review Forum, v. 119, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELSTER, Jon. *Unwritten constitutional norms*. (third draft) Columbia University & Collège de France, 2010. Disponível em [https://perma.cc/YPN8-764G] Acesso em 26 mai 2022.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FINNIS, John. *On reason and authority in law's empire*, (6 L. & Phil. 357, 1987). Disponível em [http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/677] Acesso em 10 abr 2021.
- FREITAS FILHO, Roberto; SILVA, Frederico Barbosa da. *O Judiciário cordial, a violência e a corrupção na América Latina*. REPATS, Brasília, v. 4, n. 1, pag. 342-368, Jan-Jun 2017. Disponível em [https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8210] Acesso em 10 abr 2021.
- G1. Jornal Nacional. Presidente da Fundação Palmares chama o movimento negro de 'escória maldita', 02/06/2020 Disponível em [https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/06/02/presidente-da-fundacao-palmares-chama-o-movimento-negro-de-escoria-maldita.ghtml] Acesso em 10 abr 2021.
- H.Res.24 - Impeaching Donald John Trump, President of the United States, for high crimes and misdemeanors. Congress.gov Disponível em [https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-resolution/24/text] Acesso em 25 mai 2022.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARRIS, J. W. *Legal philosophies*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- HART, Herbert. L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Júnior, Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- IFAB The International Football Association Board. *Leis de jogo 20/21* Disponível em [www.ifb.pt] Acesso em 27 abr 2022.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de Filosofia do Direito: o direito como prática*. São Paulo: Atlas, 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “*Todo cretense é um mentiroso*” e outros paradoxos na democracia. Estadão. 01/03/2021 Estado da Arte. Disponível em [https://estadodaarte.estadao.com.br/paradoxos-democracia-mentira-jrll/] Acesso em 1 mar 2021.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law. An essay on legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MADISON, James. *The Federalist Number 10*, [22 November] 1787, Founders Online, National Archives. Disponível em [https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-10-02-0178]. Acesso em 30 mar 2022.

MANZANO, Fabio; VIDIGAL, Lucas. *Impeachment de Trump: senadores aprovam constitucionalidade do processo*. G1 mundo, 09 fev. 2021. Disponível em

[https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/02/09/comeca-o-julgamento-do-impeachment-de-trump-no-senado.ghml] Acesso em 29 mar 2022.

POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies, The Spell of Plato*. United Kingdom: Routledge, 2013.

RESTON, Maeve; LIPTAK, Kevin. *The day America realized how dangerous Donald Trump is*. CNN politics, 9/1/2021. Disponível em: [https://edition.cnn.com/2021/01/09/politics/donald-trump-dangerous-capitol-riot/index.html] Acesso em 29 mar 2022.

SCHAUER Frederick. *Institutions and the concept of law: a reply to Ronald Dworkin* (With Some Help From Neil MacCormick). Law as Institutional Normative Order: Essays in Honor of Sir Neil MacCormick. M. Del Mar: Ashgate, 2009. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=119225] Acesso em 30 mar 2022.

SEARLE, John R. *The construction of social reality*. New York: The Free Press, 1995.

SILVA, Frederico Barbosa da; CARDOSO JR, José Celso. *Assédio institucional no setor público e o processo de desconstrução da democracia e do republicanismo no Brasil*. Cadernos da Reforma Administrativa, Caderno 12, Brasília: Fonacate, set 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Por unanimidade, Plenário mantém prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira (PSL-RJ) 17/02/2021. Disponível em [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460657&ori=1] Acesso em 23 fev 2021.

THE NATIONAL. A Scottish constitution is a matter for all of us, here's how to have your say. Comment. 12/12/20. Disponível em [https://www.thenational.scot/news/18939523.scottish-constitution-matter-us-say] Acesso em 30 mar 2022.

VALLE, Jaime. *O Poder de Exteriorização do Pensamento Político do Presidente da República*. Lisboa: AAFDL, 2013.

VALLE, Jaime. *O casamento na ordem jurídica timorense actual. Perspectivas de evolução*. Disponível em [https://www.academia.edu/34109427/O_CASAMENTO_NA_ORDEM_JUR%3%C3%8DDICA_TIMORENSE_ACTUAL] Acesso em 26 mai 2022.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. Luis Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

I CONTEMPORANEI DEL FUTURO

*Un classico è un'esperienza radicale, un incontro che ci modifica,
non un ritrovamento di aspetti reperibili in altri.*

GIUSEPPE PONTIGGIA, *I contemporanei del futuro*

Kelsen, Dante e il sogno universale¹

di MARCO GALDI

SOMMARIO: 1. La lettura kelseniana della visione politica di Dante: le ragioni dello studio. – 2. (Segue) e la struttura dell'opera. – 3. Critica: non assimilabilità del rapporto fra Stato e diritto in Kelsen e in Dante. – 4. Il Kelsen internazionalista e la monarchia universale di Dante. – 5. Brevi considerazioni conclusive: il sogno universale nell'era post-globale.

1. *La lettura kelseniana della visione politica di Dante: le ragioni dello studio*

Non deve stupire la circostanza che Hans Kelsen, austriaco, forse il più importante giurista del XX secolo, abbia scritto la sua prima monografia sulla teoria politica di Dante Alighieri²: *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, opera pubblicata per la prima volta nel 1905 nei *Wiener Staatswissenschaftliche Studien*, quando Kelsen aveva appena ventiquattro anni³.

Plurime dovettero essere le ragioni che spinsero il giovane Kelsen a questa scelta: per prima cosa, la cultura di lingua tedesca riconosceva in Dante un gigante della letteratura mondiale⁴; la *Monarchia*, in particolare, era conosciuta dagli

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Questo scritto intende, sia pure con leggero ritardo, inserirsi fra le molteplici riflessioni svolte in occasione delle celebrazioni dei 700 anni dalla morte di Dante Alighieri (1321-2021).

² Alcuni ritengono si sia trattato della tesi di laurea di Kelsen: R.A. MÉTALL, *Hans Kelsen, Leben und Staatswissenschaftlichen Studien*, F. Deuticke, Wien, 1969, p. 8. Conf. V. FROSINI, Prefazione all'edizione originale Kelsen e Dante, dapprima in Atti del Convegno su Dante e la Magna Curia, Palermo 1965, ora ripubblicata in H. KELSEN, *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'impero*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine, 2° Ed., 2021, p. 20; M. PATRONO, *Recensione a Hans Kelsen, Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'impero*, Milano-Udine, Mimesis, 2017, in *Dir. pubbl.*, 3/2019, p. 933. Ritene, invece, che la prima opera giovanile di Kelsen non sia la sua tesi di laurea O. LEPSIUS, *Hans Kelsen on Dante Alighieri's Political Philosophy*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 27, 4/2016, p. 1154, per il quale, negli anni in cui Kelsen pubblica *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, un dottorato in giurisprudenza presso l'Università di Vienna richiedeva solo il completamento di un corso di laurea e di un esame di dottorato orale e non includeva una tesi scritta, come avveniva anche, a quel tempo, nelle università della Germania meridionale.

³ H. KELSEN, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Wien-Leipzig, 1905, trad. it. *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'impero*, Mimesis Edizioni, Milano – Udine, 2021, con Presentazione di P. G. Monateri e Postfazione di E. Frosini.

⁴ Di ciò si trova conferma in Friedrich Nietzsche, che nella lettera a Peter Gast si confida: «sto terminando il mio trentacinquesimo anno di vita; millecinquecento anni fa chiamavano questa età il "mezzo della vita". Anche Dante ebbe allora la sua visione e lo dice all'inizio del suo poema. Nel

intellettuali tedeschi fin dal XVI secolo, ben prima che l'opera fosse letta in Italia, dove la messa all'Indice non ne aveva consentito la diffusione fino al 1881⁵; peraltro, com'è stato notato, la categoria politica dell'impero universale, teorizzata dal Fiorentino, non era poi così negletta quando Kelsen scrive, nel 1905, il suo studio, essendo lo stesso Impero austro-ungarico un modello di potere sovranazionale, capace di includere popoli diversi⁶; né lontana dalla sensibilità nazionalista degli intellettuali tedeschi dell'epoca era l'idea dell'Impero romano-germanico, auspicata da Dante⁷; infine, l'attenzione di Kelsen per l'opera dantesca scaturiva da quella propensione alla filosofia del diritto, che lo accompagnerà per tutta la vita⁸ e che ben si sposava con l'impostazione data dall'Alighieri alle sue riflessioni politico-giuridiche⁹. Si è anche sostenuto che il primo lavoro di Kelsen dimostri il suo interesse per “questioni

mezzo della mia vita sono così “avvolto dalla morte”, che questa può cogliermi da un momento all'altro». La lettera è reperibile nell'epistolario di Friedrich Nietzsche, messo in rete dal Klassik Stiftung di Weimar: <https://filistoria.hypotheses.org/10162>

⁵ La prima edizione tedesca risale al 1559, circa due secoli prima della diffusione in lingua tedesca della Divina Commedia, avvenuta solo nel 1767. Cfr. V. Frosini, *Prefazione*, cit., p. 17.

⁶ Come ricorda V. Frosini, *Prefazione*, cit., p. 21, “il suo autore era allora un suddito dell'impero asburgico, l'impero che raccoglieva il mito, se non proprio l'eredità, di uno Stato sovranazionale, posto al centro dell'Europa, fondato ancora sul principio di legittimità d'origine feudale, ossequioso, come forse nessun altro, della religione cattolica: il mito del Sacro Romano Impero”. V., in proposito, anche O. LEPSIUS, *Hans Kelsen on Dante Alighieri's Political Philosophy*, cit., p. 1163, il quale sottolinea come gli interessi di Kelsen siano piuttosto conformi all'approccio austriaco-tedesco meridionale, orientato verso l'organizzazione pacifica delle diversità nell'ambito di una unità formale, e non all'atteggiamento prussiano/tedesco del nord, che tende ad affermare l'unità statale attraverso la soppressione delle diversità.

⁷ Si consideri che il Sacro Romano Impero fu formalmente dichiarato disciolto con la pace di Presburgo del 1806, in seguito all'invasione napoleonica, quindi solo un secolo prima della pubblicazione dello studio giovanile di Kelsen. Per la storia di quello che i tedeschi considerano il “primo Reich” v. per tutti J. BRYCE, *Il Sacro Romano Impero*, a cura di P. MAZZERANGHI, D'Ettoris Editore, Crotone, 2017.

⁸ Che proprio l'attrazione per la filosofia del diritto portasse il giovane Kelsen a seguire i corsi di Leo Strisower, dove scoprì la *Monarchia* di Dante, è ricordato da M. CAU, *Hans Kelsen Et La Théorie De L'État Chez Dante*, in *Laboratoire Italien*, 5.5/2005, pp. 125-150, Web.

⁹ Cfr. M. GALDI, *Dante e il diritto*, in *Rassegna di Studi e Ricerche Pubblicistiche*, Editrice Gaia, Salerno, 2017, p. 7, ove si afferma: “la riflessione filosofica è quella che più si adatta al pensiero di Dante, che, se ebbe competenze giuridiche, le maturò soprattutto in quella scienza che oggi è definita filosofia del diritto”. A questa propensione per la filosofia, il giovane Kelsen aggiungeva un grande amore verso la letteratura, come lui stesso ricorda nella sua autobiografia. H. KELSEN, *Scritti autobiografici*, a cura di M. G. LOSANO, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, p. 68. V., da ultimo, sul punto G. MORBIDELLI, *La dimensione giuridica in Dante Alighieri*, Mucchi Editore, Modena, 2022, il quale prima afferma: “Oggi diremmo, ove si volesse fare ricorso (...) alle attuali ripartizioni disciplinari, uno studioso che si muove tra la dottrina dello Stato e il diritto costituzionale” (p. 12); poi riconosce: “Direi però – a precisazione – un giurista di «secondo grado», nel senso che le sue riflessioni e conclusioni pur immerse nel lessico giuridico sono massimamente debitorie della speculazione teologica e filosofica” (p. 13).

giuridiche in un contesto sociale e politico concreto”¹⁰... ma forse la chiave di lettura di questa attenzione va ricercata, al contrario, proprio nell'esigenza, di colui che più d'ogni altro nel XX secolo indagherà il diritto come dottrina “pura”, scevra cioè da ogni riferimento esterno e di contesto (psicologia, sociologia, etica, politica...), di andare all'origine del fenomeno, nel momento stesso in cui nascono gli Stati moderni, con la loro pretesa di detenere l'esclusiva del diritto: è come se Kelsen intendesse sgombrare il campo preliminarmente da una dimensione del giuridico non riferibile a quella propriamente statale, tipica del medioevo¹¹; anche se, poi, come si vedrà, l'idea di un ordinamento supremo, capace di inglobare gli ordinamenti statali, rimarrà presente nelle sue riflessioni di diritto internazionale, ove si affermerà un rapporto “monista” fra ordinamento internazionale e Stati nazionali¹².

E, tuttavia, nell'indagare le ragioni dello studio, non si può prescindere dal riportare le considerazioni preliminari che lo stesso Kelsen enuncia nella Premessa, dove si manifesta una volontà essenzialmente ricostruttiva: “La mia intenzione era volta a due finalità: da una parte, chiarire, partendo da tutto l'insieme della sua grandiosa visione del mondo e della vita, la dottrina dello Stato secondo il Poeta, dall'altra, fissare la posizione di Dante nella storia della dottrina dello Stato nel medioevo”¹³. Insomma, il giovane giurista intendeva, nel suo primo studio monografico, cimentarsi con la ricostruzione del pensiero di un grande del passato, senza ancora doversi confrontare con dottrine più attuali e controverse¹⁴. Peraltro,

¹⁰ O. LEPSIUS, *Hans Kelsen on Dante Alighieri's Political Philosophy*, cit., pp. 1155 s.

¹¹ Sul tema si rinvia, per tutti, a M. ASCHERI, *Lezioni di storia del diritto del medioevo*, Giappichelli, Torino, 2007.

¹² Nel primo scritto di diritto internazionale, il saggio *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920 (trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989), elaborato durante la prima guerra mondiale, Kelsen scrive: “Se diritto statale e diritto internazionale devono integrarsi l'un l'altro, essi non possono non costituire in qualche modo una unità logica”. E, più avanti: “L'unità del punto di vista della conoscenza esige imperiosamente una concezione monistica”. H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, cit., p. 180.

¹³ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'impero*, cit., pp. 31 s. D'ora in poi tutte le citazioni si riferiranno a questa traduzione dell'opera di Kelsen. Lo stesso Kelsen, nel dattiloscritto di autopresentazione, inviato al Collega Ungherese Julius Moór, insieme ad una lettera di accompagnamento del 20 febbraio 1927, afferma: “La prima opera da me pubblicata ancora da studente era di natura storico-dommatica: *Die Staatsrechtslehre des Dante Alighieri* del 1905”. H. KELSEN, *Scritti autobiografici*, cit., p. 58.

¹⁴ Scriverà lo stesso Kelsen nell'Autobiografia del 1947, “nella letteratura su Dante non avevo trovato alcuna monografia sulla dottrina dello Stato del poeta; e inoltre mi dicevo che era meglio cimentarmi in un lavoro che mi interessava, piuttosto che perdere ogni passione per lo studio del diritto e dello Stato limitandomi a studiare soltanto per superare gli esami”. H. KELSEN, *Scritti autobiografici*, cit., p. 73. Sull'opzione kelseniana a favore del “metodo monografico come momento essenziale di ricostruzione sistematica” riflette F. RICCOBONO, *Interpretazioni Kelseniane*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 2 ss.

Kelsen sceglie Dante considerandolo un grande del passato, che si trova, tuttavia, al crocevia del futuro, con tutte le contraddizioni che naturalmente connotano le posizioni di transizione. Ancora nella Prefazione si legge: “la dottrina dantesca dello Stato è l’espressione più eccellente della dottrina medioevale e nello stesso tempo – per lo meno in molti punti – il suo superamento. Ed è per ciò che la dottrina dantesca dello Stato suscita il nostro interesse, per il fatto che in essa Dante, uomo medioevale della Scolastica, combatte contro Dante, uomo moderno del Rinascimento. Ed è anche ciò che ci fa capire e scusare qualche oscurità e incongruenza nella dottrina del Poeta”¹⁵.

2. (Segue) e la struttura dell’opera

Si tratta, dunque, di uno scritto sostanzialmente compilativo, che Kelsen giudicherà più tardi, nella sua biografia, «certamente nient’altro che un lavoro scolastico non originale»¹⁶ e dei cui limiti era evidentemente consapevole¹⁷.

Die Staatslehre des Dante Alighieri, nella sua edizione originaria, consta di 150 pagine ed è strutturata in una breve premessa e in dieci agili capitoli.

Nel primo si traccia un profilo storico-politico del XIII secolo¹⁸, invertendo, nella trattazione, l’ordine che Dante dà nei sestì canti della Divina Commedia (i cd. “canti politici”), e cioè descrivendo prima la situazione internazionale, poi quella italiana e, infine, più diffusamente, quella della città di Firenze. Non manca in questa esposizione qualche imprecisione, come quando Kelsen definisce “italiana” Costanza d’Altavilla, madre di Federico II, che, pur essendo nata e vissuta in Italia, era in realtà di origine normanna da parte di padre (figlia di Ruggero II di Sicilia) e francese da parte di madre (la terza moglie di Ruggero II, Beatrice di Rethel)¹⁹. Di questa introduzione storica, si segnala, in particolare, il primo riferimento alla “coscienza nazionale dei popoli”, che negli anni in cui Dante scrive la sua *Monarchia* si stava risvegliando, ma che il Poeta non percepisce²⁰ (sarà questo un *leitmotiv*

della *Staatslehre des Dante Alighieri*); nonché la configurazione della scelta dantesca a favore dell’Impero universale come una convinzione di natura “scientifica”²¹, evidentemente considerando Dante al pari di uno studioso di diritto dei suoi tempi (lo stesso *incipit* del titolo della sua monografia su Dante, *Staatslehre*, spesso adoperato in questi anni per identificare opere di diritto pubblico, lo conferma)²².

Nel II capitolo, Kelsen inquadra il pensiero dantesco nel contesto degli scritti medioevali di filosofia dello Stato e del diritto, che si moltiplicano in seguito alla riscoperta della *Politica* di Aristotele²³, sul cui modello si sviluppa la prima riflessione autonoma su questi temi. Anche qui si rinvencono tracce di nazionalismo, che lasciano trasparire nel pensiero del giovane Kelsen, com’è noto di origine ebraica (tanto che, dopo l’avvento del nazismo sarà costretto a trasferirsi prima a Ginevra, nel 1933, e poi, nel 1940, negli Stati Uniti), simpatie pangermaniste²⁴: dalla sottolineatura dell’influsso germanico nell’accentuare la dimensione individualistica nell’evoluzione della pubblicistica medioevale²⁵, alla considerazione che i Germani, conquistatori dell’occidente, abbiano sempre inteso la propria missione storica in termini di continuità rispetto all’impero romano²⁶, arrivando a parlare di un “Sacro Romano Impero della Nazione Tedesca”²⁷. Kelsen conclude il capitolo descrivendo le tre principali direttive della pubblicistica medioevale: la prima, diffusa in Francia, ove la coscienza nazionale era ormai già matura, contesta l’idea stessa di un impero universale; le ulteriori due tendenze, pur ritenendo

²¹ *Idem*, p. 48.

²² Ad esempio, risale solo ad alcuni anni prima, e cioè al 1900, la pubblicazione dell’*Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek.

²³ H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 53.

²⁴ Il fenomeno di assimilazione degli intellettuali di origine ebraica alla cultura tedesca è ben noto. Si può fare, a titolo di esempio, riferimento allo stesso Georg Jellinek, figlio del rabbino austriaco Adolf Jellinek (1820-1893), che si converte alla religione cristiana evangelica. Analizza diffusamente il fenomeno dell’assimilazione degli ebrei tedeschi A. ELON, *Requiem tedesco. Storia degli ebrei in Germania 1743 – 1933*, Mondadori, Milano, 2005. A proposito di questa assimilazione, nota l’A. come il processo riguardi tutti gli ebrei europei; tuttavia esclusivamente in Germania esso “riflette la complessità di un rapporto che alla fine diventò una sorta di identità (...)”; il dualismo di tedeschi ed ebrei, due anime in un solo corpo, sarà la preoccupazione e il tormento degli ebrei tedeschi per tutto l’800 e i primi decenni del ’900. In nessun altro Paese dell’Europa occidentale questo dualismo fu così profondo e alla fine così tragico”. Si veda anche F. DEBENEDETTI, *Ebrei, anzi tedeschi*, in *Il Foglio* del 25 novembre 2013, per il quale “Tre generazioni dopo Moses Mendelssohn gli ebrei erano tedeschi nella lingua che parlavano, negli abiti che vestivano, nei sentimenti nazionali che professavano”.

²⁵ H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 52.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Idem*, p. 53. L’espressione *Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation* (in latino *Sacrum Imperium Romanum Nationis Germanicae*) si rinviene per la prima volta in uno scritto ufficiale nel 1512, il preambolo di commiato al *Reichstag* di Colonia, adottato sotto l’imperatore Massimiliano I.

¹⁵ H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 32.

¹⁶ Kelsen riferisce nella sua autobiografia che *Die Staatslehre des Dante Alighieri* è l’unico dei suoi libri per il quale non ha ricevuto critiche negative. H. Kelsen, *Scritti autobiografici*, loc. cit..

¹⁷ Vedi la recensione di F. RICCOBONO, “Kelsen, Hans: *La Teoria dello Stato in Dante*”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LII, 2/1975, p. 354. Indubbiamente, la giovanissima età in cui Kelsen scrive su Dante giustifica l’impostazione dell’opera. Anche se, fra i grandi del diritto, non sono mancate opere di “giovannissimi” che hanno tuttavia già rappresentato uno spartiacque nella scienza giuridica. Per tutti ricordo M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, parimenti scritta all’età di 24 anni...

¹⁸ H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 33-49.

¹⁹ *Idem*, p. 34.

²⁰ *Idem*, p. 35.

necessaria una monarchia mondiale, divergono nell'individuazione del reggitore, il papa o l'imperatore²⁸.

Nel terzo capitolo, Kelsen indaga il fondamento stesso della concezione politica di Dante. Parte dall'assunto che la *Weltanschauung* dantesca sia pienamente medioevale e che, quindi, l'origine della sua *Staatslehre* si radichi nell'idea che lo Stato terreno non sia altro che una componente dello "Stato divino abbracciante cielo e terra"²⁹; per cui il supremo criterio ordinatore dell'intero cosmo è il *principium unitatis*, che vede in Dio stesso l'origine e lo scopo dell'universo, costituendo, al contempo, il valore etico fondante, che fa coincidere il bene con l'unità e la pace fra gli uomini, il male con la molteplicità. In questa ottica la volontà divina costituisce anche l'ultimo fondamento del diritto ("*lex divina*"), da cui scaturisce il diritto naturale ("*lex naturalis*"), voluto da Dio in via mediata, nella misura in cui esso proviene direttamente dalla natura delle cose, ed, in ultima analisi, il diritto positivo ("*jus humanum*"), che Dante qualificherebbe come "*fundamentum imperii*"³⁰: è qui che Kelsen riporta la celeberrima definizione dantesca di diritto, senza peraltro soffermarsi più di tanto nel commentarla: *Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*³¹. A questo punto Kelsen elenca le fonti del suo studio, e cioè le principali opere dantesche dalle quali è possibile dedurre il pensiero politico del Fiorentino: la Commedia, il Convivio, alcune lettere dell'Epistolario e, in particolare, la *Monarchia*, di cui sintetizza i contenuti essenziali³².

Nel quarto capitolo, Kelsen indaga la giustificazione della Monarchia universale dantesca. A suo parere, Dante prende le distanze dalla concezione "religioso-anarchica" di Sant'Agostino e di Gregorio VII, rinvenendo nell'Impero la realizzazione diretta della volontà divina (*remedium contra infirmitatem peccati*³³); ma, in realtà, identifica laica mente, sulle orme di Aristotele, l'origine dello Stato nella "natura materiale dell'uomo", nella sua aspirazione alla socialità e, in ultima istanza, alla felicità³⁴.

Strettamente collegato con il precedente è il quinto capitolo, intitolato "il fine dello Stato". Kelsen evidenzia come il Poeta prenda le mosse dal fine stesso

dell'umanità, consistente nell'attuazione dell'intelligenza umana al massimo delle sue potenzialità (*actuare semper totam potentiam intellectus possibili*³⁵), per conseguire il quale lo Stato universale deve realizzare tre presupposti essenziali: pace, libertà e giustizia; garantiti i quali, l'umanità è nelle condizioni di dedicarsi alla cultura, vera strada per sublimare l'intelligenza umana e raggiungere la felicità. Qui Kelsen intravede nel pensiero dantesco l'embrione delle idee moderne di "Stato di diritto"³⁶ e di "Stato di cultura"³⁷.

Il sesto capitolo Kelsen lo dedica alle forme di Stato nel pensiero di Dante e, in particolare, alle ragioni dell'opzione monarchica (a partire dall'analogia con il governo divino e dal *principium unitatis*), l'unica sulla quale si sofferma nella sua principale opera politica, appunto, la *Monarchia*³⁸. In particolare, Kelsen enfatizza il pensiero dantesco, lì dove ritiene che il monarca universale, in considerazione della sua posizione, non conosca cupidigia e può fare da paciere fra tutti gli altri principi, garantendo così la giustizia e la pace³⁹.

Nel settimo capitolo Kelsen esamina quello che a suo avviso è il rapporto che Dante instaura tra l'imperatore e il popolo: il Monarca riveste un *officium* comprensivo di diritti e di doveri, è dunque "*minister omnium*" (Mon. I, XII, 12). Anche qui Dante esprimerebbe, in sostanza, una concezione tipicamente germanica, che presuppone l'adesione piena alla dottrina della sovranità popolare⁴⁰.

Il rapporto tra lo Stato e la Chiesa è, invece, oggetto dell'ottavo capitolo, in cui Kelsen rilegge la teoria dantesca dei "due soli"⁴¹, per cui l'imperatore e il papa sarebbero ciascuno indipendente nella propria sfera di competenza, religiosa e politica, pur derivando entrambi il proprio potere da Dio. Qui il giudizio di Kelsen è alquanto ingeneroso nei confronti di Dante, che avrebbe sì presagito "la moderna

³⁵ Mon. I, V 1.

³⁶ H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 100.

³⁷ *Idem*, p. 101.

³⁸ Nella *Monarchia*, Dante non elude del tutto il riferimento alle altre forme di governo, che accoglie nella versione aristotelica; ma ritiene che proprio attraverso l'imperatore sia possibile "raddrizzare le costituzioni viziose", consentendo alle tradizionali forme di governo (monarchia, aristocrazia e "politeia" o "timocrazia") di esprimersi nella loro dimensione ottimale: "l'uman genere quando impera solo un monarca, esiste solo per sé e non per grazia altrui; infatti è soltanto in questo caso che si rende possibile raddrizzare le costituzioni viziose, cioè le democrazie, le oligarchie e le tirannidi, che sono le forme statali che sogliono tenere in schiavitù l'umano genere, come ben sanno coloro che di queste cose s'intendono; ed è soltanto in questo caso che è possibile che bene viga la politica dei re, degli aristocratici (che si dicono ottimati) e dei sostenitori della libertà popolare". Mon., I, XII.

³⁹ H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 119 ss. Kelsen, invece, nota che Dante non si sofferma sulla questione se il Monarca debba essere elettivo o per diritto di nascita. *Idem*, pp. 120 s.

⁴⁰ *Idem*, p. 124.

⁴¹ *Idem*, pp. 135 ss.

²⁸ *Idem*, p. 71.

²⁹ *Idem*, p. 73.

³⁰ *Idem*, pp. 76 ss.

³¹ Mon., II 5: "Il diritto è una proporzione fra cose e persone che si pone a fondamento dei rapporti fra gli uomini, la quale, finché resta salda, conserva la società, quando si corrompe, ne provoca il disfacimento".

³² H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 81 ss.

³³ Mon., III, IV, 14.

³⁴ H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 90 ss.

concezione della completa separazione dello Stato dalla Chiesa”, senza però “rompere completamente con quelle vecchie”⁴².

Nel nono capitolo Kelsen analizza la duplice origine dell’idea dantesca della signoria mondiale, comprendente tutti i regni della terra: il cristianesimo, con la sua pretesa di universalità; la tradizione dell’impero romano, “nella cui realizzazione i Germani scorgono da ora in poi la loro missione storica”⁴³. Kelsen riconosce a Dante il merito di distinguere la funzione propria dell’imperatore (*imperare*) e quella dei principi (*regnare*)⁴⁴; eppure, ne critica l’incapacità di cogliere quanto stava frattanto accadendo, e cioè il fiorire dell’idea di nazione, a partire dall’esperienza francese⁴⁵. Per cui si anticipa il giudizio complessivo sul pensiero politico di Dante, che sarà ribadito nella conclusione del successivo (ed ultimo) capitolo: la *Staatslehre des Dante Alighieri* è per alcuni aspetti anticipatrice dei suoi tempi, per altri anacronistica⁴⁶.

Nel decimo ed ultimo capitolo, dedicato alle fonti della dottrina politica di Dante, Kelsen sottolinea la preponderante influenza del pensiero greco (particolarmente aristotelico)⁴⁷; i frequenti richiami alle Sacre Scritture (Kelsen nella sola *Monarchia* ne conta oltre cento)⁴⁸; i riferimenti a Sant’Agostino ed a San Tommaso, nonché, fra i pubblicisti ad esso coevi, a Brunetto Latini, ai francesi Giovanni di Parigi e Peter Dubois, nonché a Giordano di Osnabrück e ad Enghelberto di Adont. L’opera si conclude con il giudizio già anticipato a chiusura del nono capitolo: “Nel campo della dottrina dello Stato Dante sta soltanto a significare l’alba del Rinascimento, che nella sua altezza meridiana ha maturato un Machiavelli e un Bodin”⁴⁹.

⁴² *Idem*, p. 153. Il giudizio di Kelsen si appunta sulle parole con cui si chiude la *Monarchia*, lì dove Dante allude ad una forma di reverenza filiale dovuta dall’imperatore al papa. Anche se Kelsen giustifica questa contraddizione in quanto “caratteristica dell’epoca che lo generò, di quella strana epoca del cercato accordo delle due grandi antitesi del Medioevo e dell’Evo moderno”. Viceversa, altri hanno configurato la posizione di Dante come la prima “risposta laica”: “uno dei primi vigorosi tentativi di teoresi laica e borghese sul problema del potere e dello Stato fondata sull’analisi concreta di una situazione storica”. Cfr. V. Russo, *Impero e Stato di diritto, Studio su Monarchia ed Epistole politiche di Dante*, Bibliopolis, Napoli, 1987, p. 21.

⁴³ H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 158.

⁴⁴ *Idem*, p. 167. Coglie, invece, la “ormai irreversibile autonomizzazione dei regni che si stavano formando in Europa” Bartolo da Sassoferrato, “assegnando all’Impero una funzione di coordinamento, e non una funzione di regolazione diretta nei confronti dei consociati”. Così G. MORBIDELLI, *La dimensione giuridica in Dante Alighieri*, cit., pp. 40 s.

⁴⁵ *Idem*, pp. 169 s.

⁴⁶ *Idem*, p. 170: “L’ideale dello Stato in Dante però non è affatto conforme al periodo. Non ancora, poiché in molti aspetti anticipava il suo tempo; non più, perché il suo fondamento, la base su cui era costruito, l’impero mondiale, aveva fatto il suo tempo”.

⁴⁷ *Idem*, p. 171: “già tutta la concezione dantesca del valore e dell’importanza dello Stato e del suo rapporto con l’individuo respira spirito ellenico”.

⁴⁸ *Idem*, p. 174.

⁴⁹ *Idem*, p. 185.

3. Critica: non assimilabilità del rapporto fra Stato e diritto in Kelsen e in Dante

E’ noto che per Kelsen, anche nella sua produzione più matura, lo Stato coincide con il diritto, cioè con una pluralità di norme, che organizzano uffici, definiscono competenze, stabiliscono procedure, sanciscono diritti ed obblighi⁵⁰.

Nella sua opera giovanile, Kelsen rintraccia questa assimilazione nel pensiero politico del Fiorentino, a partire dall’individuazione nel diritto del “*fundamentum imperii*”⁵¹.

Si è sostenuto che l’attribuzione allo Stato universale dantesco dei caratteri dello « Stato di diritto » costituisca “una proiezione di elementi tipicamente moderni sulla tradizione giuspolitica medievale e un utilizzo in chiave funzionale della stessa riflessione storico-giuridica”⁵². Per valutare questa affermazione è necessario riflettere tanto sul concetto di Stato quanto su quello di diritto nel pensiero di Kelsen e di Dante.

È indubbio che Dante non conoscesse lo Stato quale oggi lo si intende: lo stesso utilizzo in termini moderni della parola si fa risalire comunemente a Nicolò Machiavelli, che vive circa due secoli dopo⁵³. Di contro, va rilevata una sostanziale

⁵⁰ *Ex multis* H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit., p. 20, per il quale “Lo Stato, nella misura in cui è oggetto della conoscenza giuridica, nella misura in cui esiste una dottrina del diritto pubblico, deve avere la natura del diritto, essere cioè o lo stesso ordinamento giuridico o una parte di esso”. Il rapporto fra il diritto e lo Stato sarà un filo conduttore dell’opera kelseniana, come si può constatare già leggendo i titoli di alcune delle sue opere: *Problemi fondamentali della dottrina del diritto e dello Stato* (1910); *Dottrina generale dello Stato* (1925); *Socialismo e Stato* (1920); *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945)...

⁵¹ Per Dante “il fondamento della Chiesa è Cristo (...); mentre il fondamento dell’impero è il diritto umano” Mon, III, capo X: “*imperi verum fundamntum jus humanum est*”. Individua una serie di passi della *Staatslehre des Dante Alighieri* in cui, secondo Kelsen, questa assimilazione fra Stato e Diritto si compirebbe in Dante M. Patrono, *Recensione*, cit., pp. 935 ss.: così, quando, con riferimento a Dante esclama: «Egli riconosce i profondi legami, l’inseparabilità di entrambi i concetti – diritto e Stato – e si pronuncia anche a proposito»; quando identifica nella Monarchia universale uno Stato di diritto *ante litteram*, nel senso che l’«esercizio del potere appare vincolato giuridicamente», con la conseguenza di escludere per l’imperatore “ogni possibilità di un carattere dispotico”; quando Kelsen allude al Monarca come ad un «ufficio», fatto di diritti e di doveri, di un servizio da svolgere nell’interesse del popolo, titolare ultimo della sovranità; quando configura il rispetto della legge da parte del popolo come un valore: «Nell’ubbidienza del suddito ai comandi dello Stato, alle leggi, Dante vede non schiavitù o servaggio, bensì la suprema libertà».

⁵² M. CAU, *Hans Kelsen Et La Théorie De L’État Chez Dante*, cit., p. 125.

⁵³ Si è soliti attribuire a Niccolò Machiavelli, all’inizio del Cinquecento, l’utilizzo consapevole del termine in senso moderno. Il riferimento è all’esordio del *Principe*: “Tutti li stati, tutti e’ domini che hanno avuto et hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati”. Cfr. N. ZANARDI, *Lo Stato di Machiavelli*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 3/1988, pp.867 s. Più avanti lo stesso A. chiarirà, riprendendo il pensiero di M.S. Giannini e di Max Weber, che “lo Stato moderno-cinquecentesco” costituisca “un ente giuridico non paragonabile ad altri nella storia dell’umanità”. *Idem*, p. 870.

coerenza nel pensiero kelseniano, che anche in opere successive alla *Staatslehre* non ha dubbi nel qualificare l'ordinamento internazionale come un potenziale Stato, proprio in quanto ordinamento giuridico⁵⁴; rinvenendo nell'esperienza dell'impero romano, teorizzata ancora all'alba della modernità da Dante, l'idea di una "comunità organizzata, uno Stato in ogni ammissibile senso del termine"⁵⁵.

Sembra, invece, utile approfondire l'altra questione, e cioè cosa Dante intendesse per Diritto. Il tema è ampio e trattarlo adeguatamente porterebbe lontano. Tuttavia, in modo sintetico merita di essere esaminato, se non altro per verificare, su un punto nevralgico, la tenuta sistematica della riflessione del giovane Kelsen su Dante⁵⁶.

Per chiarire che cosa fosse il diritto per Dante occorre richiamare diverse fonti; quantomeno: la Canzone delle Rime *Tre donne intorno al cor mi son venute*, databile nei primi anni dell'esilio (intorno al 1302), i riferimenti alla giustizia e al diritto contenuti nella *Commedia*, scritta, com'è noto fra il 1306 e la morte di Dante, avvenuta nel 1321; la *Monarchia*, databile fra il 1312 e il 1313.

Nella Canzone delle Rime *Tre donne intorno al cor mi son venute*, Dante lamenta l'ingiustizia subita a Firenze ed il suo conseguente esilio, proponendo la metafora delle "tre donne", tristi ed in abiti logori, che fanno visita al suo cuore. Pietro di Dante individua nella prima di esse, "Drittura", la Giustizia divina; nel suo "portato" lo *Ius Gentium sive ius humanum*, e cioè il "diritto comune", riscoperto dai glossatori dello *Studium* bolognese, che Dante considera diretta espressione della volontà di Dio. Infine, la terza donna è la legge positiva, per sua natura

più fallace ("che m'è più lontana", riferisce nella Canzone la Giustizia divina)⁵⁷. Emerge da questa lettura una visione teologica della giustizia e del diritto, entrambi espressione della volontà di Dio, ribadita nella *Commedia*: "La prima volontà, che è da sé bona/ da sé, che è sommo ben, mai non si mosse./ Cotanto è giusto quanto a lei consona"⁵⁸.

Parimenti, come si è già anticipato, nella *Monarchia* Dante enuncia una definizione di diritto che lo ricollega intrinsecamente al concetto di giustizia: "*Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*"⁵⁹. Nella visione dantesca, insomma, più il diritto è prossimo alla giustizia, intesa come proporzione fra cose e persone, maggiormente è in grado di preservare la società; più se ne allontana, maggiormente è causa del suo disfacimento. Nel concetto di "*proportio*" è possibile leggere il riferimento a quella "giustizia distributiva" che è alla base della coesione sociale: è l'idea aristotelica che un eccessivo accumulo di ricchezza distrugga la giusta proporzione fra persone e cose, corrompendo la società ("né troppo ricchi né troppo poveri", chiosa lo Stagirita nella sua *Politica*)⁶⁰.

Ora, è evidente che Dante abbia una concezione del diritto assolutamente non assimilabile a quella ormai matura nel XX secolo, oggetto di riflessione nella *Reine Rechtslehre* kelseniana: esprime apprezzamento per un certo tipo di diritto, con specifiche connotazioni, conforme alla volontà di Dio⁶¹. Non a caso, nel Purgatorio, quando paragona Firenze a una donna malata disposta a cambiare "*legge, moneta, officio e costume*" ogni volta che si rigira nel letto⁶², Dante contesta l'arbitrarietà delle leggi, perché la legge deve essere proporzione ed equilibrio. Nella *Monarchia* Dante affermerà che leggi ingiuste sono tali solo nominalmente⁶³...

⁵⁴ Così H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, cit., pp. 366 s., per il quale, "una volta riconosciuto che l'ordinamento statale essenzialmente non è altro che un ordinamento giuridico (...)", ne fa discendere che la comunità universale, "avendo fondamentalmente la stessa natura dei singoli Stati, può essere indicata come personificazione dell'ordinamento giuridico mondiale o universale, come Stato mondiale o universale, come *civitas maxima*". E più avanti, Kelsen concluderà: "solo per prevenire una grave profanazione della scienza giuridica, per garantire la sua purezza e il suo onore, osserviamo - quale risultato di queste ricerche - che l'ordinamento giuridico internazionale può diventare anche una comunità "organizzata", uno "Stato" in ogni ammissibile senso del termine, senza minimamente minacciare la sua natura. Essa non diventerebbe in tal modo nulla di essenzialmente diverso da quello che già è, nella misura in cui ci si attiene all'idea del suo primato, idea che già esercita una forte influenza nell'odierna scienza internazionalistica".

⁵⁵ *Ibidem*. Nella stessa opera si coglie anche il collegamento stringente fra gli studi internazionalistici di Kelsen e i suoi interessi giovanili: "Storicamente questa idea era già viva ancor prima che vi fosse una teoria del diritto internazionale: nell'idea dell'*imperium Romanum*, idea che attraversa tutto il medioevo e gli inizi dell'età moderna. Solo con l'emergere del dogma della sovranità lo Stato universale - e con esso il diritto internazionale - diventa un problema. Ora, però, c'è una scienza del diritto internazionale che un po' alla volta comincia a ricostruire l'idea, distrutta dal dogma della sovranità, di un ordine giuridico o statale universale, comprensivo dei singoli Stati". *Idem*, p. 402.

⁵⁶ Per una trattazione più diffusa si rinvia a M. GALDI, *Dante e il diritto*, cit.

⁵⁷ A. BALDI, *Il problema della Giustizia*, in A. CAROSELLA, *Dante e noi*, Albatros, Roma, 2010, p. 53.

⁵⁸ Par., XIX, 86-88.

⁵⁹ Mon, II, V, per la traduzione in italiano v., *retro*, nt. 31.

⁶⁰ ARISTOTELE, *Politica*, Libro V, 7. Ma v., anche, ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 3, 1131 a 10 - 1132 b 9: "E tale sarà l'eguaglianza: per le persone e nelle cose; e quali sono i rapporti tra le cose, tali dovranno essere anche quelli tra le persone". "È quindi il giusto, in certo senso, una proporzione (...). La giustizia distributiva si manifesta sempre in conformità alla proporzione suddetta delle cose comuni". E ancora: "l'equo è il mezzo tra il più e il meno secondo la proporzione aritmetica".

⁶¹ Conf. M. CAU, *Hans Kelsen Et La Théorie De L'État Chez Dante*, cit., § 17, per il quale l'ancoraggio dell'intero costruito politico di Dante in elementi teologici sembra trascurato nell'approccio di Kelsen.

⁶² Purg., VI, 146.

⁶³ "Che se le leggi non sono drizzate a vantaggio di coloro che ad esse sottostanno, sono leggi soltanto di nome, ma nel fatto non possono esserlo. In vero esse devono collegare gli uomini vicendevolmente pel vantaggio comune". Mon, II, V.

Ne discende che, quando il Fiorentino si riferisce al diritto come “*fundamentum imperii*”, evidentemente non pensa al diritto positivo ma, come per gli intellettuali del suo tempo, alla grande costruzione del “diritto comune”, che trasforma i cinquanta libri dei *Digesta*, il *Codex*, le *Institutiones* e le *Novellae* in altrettanti testi sacri, manifestazione di un sapere antico che assume validità universale, perché voluti da Giustiniano, non a caso descritto nel VI Canto del Paradiso come imperatore cristiano, per vocazione divina⁶⁴. Dante, già nelle *Epistole*, configura le *sacratissime leges* dei Romani *ratio* scritta e incarnazione della giustizia⁶⁵ e, ancora nella *Commedia*, farà dire a Marco Lombardo: “Le leggi son, ma chi pon mano ad esse?”⁶⁶... A dire: il diritto c’è, non occorre porre nuove leggi; il problema piuttosto è dato dalla mancanza dell’autorità che le faccia rispettare⁶⁷.

Eppure, si coglie una contraddizione nel pensiero dantesco. Sempre nella *Monarchia* Dante considera compito principale dell’imperatore quello di fare le leggi (“*monarcha necessitatur a fine sibi prefixo in legibus ponendis*”⁶⁸)...

Ma perché attribuire questo compito all’imperatore se... *le leggi son*?

Non è affatto da escludersi, come di recente ho avuto modo di rilevare⁶⁹, che Dante possa essere stato influenzato nella stesura della *Monarchia* dalla conoscenza della lettera di Aristotele ad Alessandro Magno sul governo del mondo (cd. *Peri basileias*⁷⁰), della cui autenticità ancora oggi si discute⁷¹, ma che presenta una serie di argomenti chiaramente rinvenibili anche nella più rilevante opera politica dantesca: fra essi, l’affermazione che compito principale del Monarca universale sia quello di porre le leggi⁷².

⁶⁴ Non a caso, Dante fa presentare così l’imperatore: “Cesare fui e son Giustiniano, che, per voler del primo amor ch’i sento, d’entro le leggi trassi il troppo e l’vano”. Par., VI, 10-12.

⁶⁵ In *Epistola*, VI, 22.

⁶⁶ *Purg.*, XVI, 97.

⁶⁷ Una conferma indiretta di questa concezione tipicamente medioevale e teologicamente orientata, che tende a limitare la possibilità della politica di dettare nuove leggi, la troviamo nell’atteggiamento che assume Federico II, allorché, all’atto di adottare il *Liber Augustalis*, e cioè la sua imponente opera legislativa per il Regno di Sicilia (*Liber Constitutionum Regni Siciliae*), reputa opportuno giustificarsi: “Non togliamo nulla all’autorità dei regnanti antichi se dal nostro grembo [de nostro gremio] generiamo leggi nuove secondo la condizione dei tempi nuovi [...]” (Const. I, 38). Diffusamente sul tema si rinvia a M. GALDI, *Dante e il diritto*, cit., pp. 15 ss.

⁶⁸ Mon. I, XII, 13: “La necessità del monarca discende dal compito a lui assegnato di stabilire le leggi”.

⁶⁹ M. GALDI, *Dante, Aristotele e il governo ideale*, in *Cultura e diritti*, 2-3/2019, pp. 103 ss., in particolare pp. 118 ss. e pp. 132 ss.

⁷⁰ ARISTOTELE, *Lettera ad Alessandro sul governo del mondo*, Mimesis Edizioni, Milano - Udine, 2013.

⁷¹ Eppure ne afferma con fermezza l’autenticità attraverso un esame puntuale di fonti coeve M. SORDI, *La lettera di Aristotele ad Alessandro e i rapporti tra greci e barbari*, in *Vita e pensiero*, 1/1984, pp. 3-12.

⁷² Ci si sofferma sull’alta probabilità che Dante abbia letto la lettera di Aristotele ad Alessandro Magno in M. GALDI, *Dante, Aristotele e il governo ideale*, cit., pp. 132 ss.

Le assonanze fra il pensiero di Dante e l’Aristotele della lettera ad Alessandro sono molteplici: entrambi riflettono sul tema della legittima detenzione del principato e sulla successione degli imperi; entrambi affermano che è la legge che “conferisce una salda stabilità alle città”⁷³ ed entrambi attribuiscono all’imperatore il compito di far rispettare le leggi⁷⁴, individuando nel “vivere liberamente in pace” (espressione conclusiva della Monarchia dantesca⁷⁵) lo scopo principale dell’impero universale⁷⁶.

Ora, da quanto precede emerge chiaramente la lontananza di Dante rispetto all’idea di Stato di diritto, non solo per l’evidente considerazione dell’estraneità dell’idea stessa di Stato moderno rispetto alla cultura medioevale, quanto soprattutto per la diversa concezione dantesca del diritto⁷⁷ (non a caso, la definizione di diritto data da Dante è citata ma non commentata da Kelsen). Insomma, nella *Staatslehre des Dante Alighieri* evidentemente Kelsen commette il tipico errore degli studiosi, specie giovani e pieni di entusiasmo, di voler attualizzare a tutti i costi il pensiero degli antichi, perdendone di vista la complessità e la necessità di contestualizzazione. E, tuttavia, da quanto precede emerge, altresì, l’estrema modernità di Dante – e, prima di lui, dell’Aristotele del *Peri basileias* – nel configurare la possibilità di ottenere la pace universale attraverso la legge⁷⁸. Insomma, effettivamente, come ben aveva inteso Kelsen, Dante, attraverso la riscoperta di Aristotele, si pone proprio al crocevia fa medioevo e mondo nuovo.

4. Il Kelsen internazionalista e la monarchia universale di Dante

Come normalmente accade, le esperienze della vita condizionano gli interessi della ricerca: così l’incontro, da studente, con Leo Strisower, farà conoscere a

⁷³ ARISTOTELE, *Lettera ad Alessandro*, cit., p. 36, dove si legge anche “quando la legislazione darà sicurezza al popolo e perpetua incolumità e concordia tra i sudditi, a te verranno gloria eterna e grandezza ineguagliabile”.

⁷⁴ *Idem*, p. 37: “La legge non diventa veramente legge se la vita non le si conforma. Gli uomini vivono secondo la legge se è loro preposto un principe che li conduca alla legge”.

⁷⁵ Mon. III, XVI, *ad finem*.

⁷⁶ ARISTOTELE, *Lettera ad Alessandro*, cit., p. 55.

⁷⁷ Dissente dell’interpretazione kelseniana dell’impero di Dante come moderno Stato di diritto, evidenziando il forte radicamento religioso del fenomeno F. Riccobono, *Interpretazioni Kelseniane*, cit., pp. 6 ss.

⁷⁸ Invero, Kelsen, che pure studierà a fondo i filosofi greci, non si sofferma sulla lettera di Aristotele ad Alessandro, come dimostra chiaramente, peraltro, il corposo studio pubblicato in lingua francese negli anni ginevrini: H. KELSEN, *La politique greco-macédonienne et la politique d’Aristote*, in *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1-2/1934, pp. 25 ss.

Kelsen la Monarchia universale di Dante⁷⁹ e gli trasmetterà il primo interesse per il diritto internazionale⁸⁰; l'aver scelto di abbandonare Vienna, dopo la riforma costituzionale del 1929, che aveva stravolto in particolare le regole di composizione e funzionamento del Tribunale costituzionale austriaco da lui stesso elaborate nel 1920⁸¹, lo indurrà ad accettare la cattedra di Diritto internazionale a Colonia, impegnandolo in un approfondito studio di questa materia, come lo stesso Kelsen ricorda nella sua autobiografia⁸²; l'aver vissuto due terribili conflitti mondiali svilupperà in lui una profonda avversione nei confronti della guerra ed un convinto pacifismo militante, che lo spingerà ad approfondire, sul piano giuridico, il tema della pace universale⁸³.

Come è stato notato, la produzione scientifica del “Kelsen filosofo del diritto internazionale e politico del diritto” è stata “spesso sottovalutata e considerata sussidiaria o marginale rispetto a quella del Kelsen teorico della *Reine Rechtslehre*”⁸⁴. Senza

addentrarsi in essa, ai soli fini di questo studio, si possono considerare centrali, in particolare, le monografie del 1920, sulla sovranità e sulla teoria del diritto internazionale⁸⁵, e del 1944, sul tema della pace, da garantire attraverso il diritto⁸⁶.

Nel primo studio Kelsen ridimensiona fortemente il dogma della sovranità statale, sostanzialmente ritenuto responsabile delle tensioni nazionalistiche che hanno prodotto il primo conflitto mondiale⁸⁷, arrivando ad affermare, sulla scorta di Cristian Wolff⁸⁸, che sia “l'ordinamento giuridico universale, l'unico che possa d'ora in poi essere considerato sovrano”⁸⁹. A giudizio di Kelsen, il diritto internazionale disciplina potenzialmente “una comunità universale che racchiude in sé tutti gli Stati”⁹⁰ e che, “avendo fondamentalmente la stessa natura dei singoli Stati, può essere indicata come personificazione dell'ordinamento giuridico mondiale o universale, come Stato mondiale o universale, come *civitas maxima*”⁹¹. Certo, Kelsen considera l'ordinamento internazionale un ordinamento ancora primitivo⁹², che, come gli ordinamenti più antichi, opera per via di autotutela:

⁷⁹ H. Kelsen, *Scritti autobiografici*, cit., 72. Ma v., anche, M. CAU, *Hans Kelsen Et La Théorie De L'État Chez Dante*, cit., retro, a nt. 8.

⁸⁰ Leo Strisower pubblicherà, a conclusione della prima guerra mondiale, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, Manz, Wien, 1919, e sarà nominato Presidente dell'*Institut de Droit International*. Strisower sarà chiamato come professore ordinario di diritto internazionale dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Vienna solo quando Kelsen, suo allievo, ne divenne preside, fra il 1922 e il 1923. H. Kelsen, *Scritti autobiografici*, cit., p. 102.

⁸¹ H. Kelsen, *Scritti autobiografici*, cit., pp. 111-122. Sul contributo di Kelsen alla Costituzione federale austriaca del 1920 v. R. Walter, *Hans Kelsen e le origini della costituzione federale austriaca del 1920*, in *Scienza & Politica*, V. 3 n. 5/1991, pp. 29 ss.

⁸² H. Kelsen, *Scritti autobiografici*, cit., pp. 122 s.: “Dovetti quindi anzitutto prepararmi a fondo per poter tenere delle lezioni sul diritto internazionale positivo. Di fatto lo studio del diritto internazionale positivo ha occupato la maggior parte del tempo da me trascorso a Colonia, cioè dall'autunno del 1929 all'aprile del 1933”.

⁸³ Nella Prefazione alla sua opera *Peace through Law*, pubblicata nel 1944, Kelsen scriverà: «la guerra è un assassinio di massa, la più grande vergogna della nostra cultura [...]. Garantire la pace mondiale deve essere il nostro principale obiettivo politico, un obiettivo molto più importante della scelta tra democrazia e dittatura, o tra capitalismo e socialismo. Non esiste, infatti, la possibilità di un sostanziale progresso sociale finché non sia istituita una organizzazione internazionale tale da impedire effettivamente la guerra tra le nazioni della terra». H. Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944, trad. it., H. Kelsen, a cura di L. CIAURRO, *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 35 s. Nota che quando scrive lo studio su Dante, “le coordinate, presenti alla mente di Kelsen” fossero già “la pace, il governo limitato, la democrazia” M. PATRONO, *Latenza di idee. Un'analisi 'a posteriori' della prima opera pubblicata di Hans Kelsen: Die Staatslehre des Dante Alighieri (1905)*, in *federalismi.it*, 4/2022, p. 761.

⁸⁴ T. MAZZARESE, *Tutela della pace o (ri)legittimazione della guerra giusta? Kelsen e il diritto internazionale preso sul serio*, in *RIFD (Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto)*, n. 4/2010, p. 521. Indagano sulla produzione scientifica kelseniana di diritto internazionale N. BERSIER LADAVAC, *Diritto e pace in Hans Kelsen*, in *Sociologia del diritto*, 1/2012, pp. 79 ss.; C. NITSCH, *Paradigma Bellum iustum. Un itinerario nella riflessione internazionalistica di Hans Kelsen*, in *Arch.giur. Filippo Serafini*, 4/2005, pp. 513 ss.; M.G. LOSANO, *Pace, guerra e diritto internazionale: una controversia fra Kelsen e Campanello*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2001, pp. 111 ss.

⁸⁵ H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989.

⁸⁶ Citato, retro, nt. 83.

⁸⁷ Evidenzia come “l'opzione a favore del primato del diritto internazionale e contro l'idea della sovranità degli Stati nazionali” sia “in Kelsen, a dispetto della pretesa purezza neokantiana della sua scienza del diritto, una scelta ideologico-politica carica di decisioni metodologiche, di assunzioni di valore e di implicazioni etiche” D. ZOLO, *Kelsen: la pace internazionale attraverso il diritto internazionale*, in *Jura Gentium*, 2007, reperibile sul web.

⁸⁸ H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit., p. 366, ove si individua il senso della *civitas maxima* di Christian Wolff nel primato dell'ordinamento giuridico internazionale dal punto di vista di una teoria pura del diritto.

⁸⁹ *Idem*, p. 368. La premessa logica di questa osservazione sta nel fatto che “se bisogna che in generale una relazione tra i due sistemi giuridici vi sia, bisogna che l'ordinamento giuridico statale divenga una parte del diritto internazionale”. *Idem*, p. 304. Ancor prima Kelsen ha affermato: “Ordinamento sovrano è solo quell'ordinamento che non è «ricompreso» in nessun altro ordinamento, perché non può essere fatto derivare da nessun altro; in altri termini sovrano è soltanto l'ordinamento totale che racchiude tutti gli altri come ordinamenti parziali, è lo Stato come concetto giuridico solo se coincide con l'ordinamento giuridico totale”. *Idem*, p. 22.

⁹⁰ Più tardi Kelsen individuerà la funzione essenziale del diritto internazionale: la determinazione della sfera di validità dell'ordine legale nazionale (legale esistenza dello Stato) da parte dell'ordine legale internazionale. H. Kelsen, *Principles of International Law*, Revised and Edited by R.W. Tucker, Holt, Rinehart and Winston, Inc., New York, Chicago, San Francisco, Toronto, London, Second Edition, 1966, pp. 307 ss. Sulla funzione di coordinamento e delimitazione del diritto internazionale rispetto a quello statale e sulla posizione di supremazia del diritto internazionale v. J. VON BERNSTORFF, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft m.b.h. & Co KG, 2001, pp. 39 ss.

⁹¹ H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., p. 367.

⁹² Approfondisce l'approccio kelseniano sul diritto primitivo in chiave storica e socio-antropologica S. SAMMARCO, *Hans Kelsen: la pace attraverso la storia*, in *Soc. dir.*, 3/2016, pp. 37 ss.

“chi è stato offeso nei suoi interessi in maniera antiggiuridica è chiamato in virtù del diritto ad imporre il diritto, che qui è contemporaneamente il suo diritto, contro chi lo ha violato, fungendo proprio per ciò da organo dell’ordinamento giuridico”⁹³. Solo in questo senso, aggiunge Kelsen, l’ordinamento non può oggi considerarsi in senso pieno uno Stato, difettando di un organo esecutivo, che ponga in essere direttamente la sanzione⁹⁴. Tuttavia, aggiunge, sarebbe “sbagliato negare la possibilità di atti giuridici internazionali che impongano il diritto, negare l’esistenza di qualsivoglia coazione giuridica internazionale e di qualsivoglia organo esecutivo”⁹⁵. Infatti, “se la guerra è un fatto del diritto internazionale (...) essa non può non essere considerata come lo strumento coercitivo introdotto dall’ordinamento giuridico internazionale al fine di farsi valere nei confronti di coloro che lo violano”⁹⁶. In altri termini, “come in qualunque ordinamento giuridico primitivo, anche qui il soggetto offeso esercita le funzioni di organo della comunità giuridica”⁹⁷. E, tuttavia, Kelsen non considera affatto questa situazione irreversibile: “L’ordinamento giuridico internazionale può diventare anche una comunità «organizzata», uno «Stato» in ogni ammissibile senso del termine, senza minimamente minacciare la sua natura”⁹⁸. E, quindi, pronuncia una profezia, che ricorda molto, se non altro nella comune aspirazione, la conclusione del *Peri basileias* di Aristotele⁹⁹ e della *Monarchia* di Dante¹⁰⁰: “Solo temporaneamente e nient’affatto per sempre l’umanità si divide in Stati, formati del resto in maniera più o meno arbitraria. La sua unità giuridica, la *civitas maxima* come organizzazione del

mondo: questo è il nocciolo politico dell’ipotesi giuridica del primato del diritto internazionale, che è però al tempo stesso l’idea fondamentale di quel pacifismo che nell’ambito della politica internazionale costituisce l’immagine rovesciata dell’imperialismo”¹⁰¹.

Nell’opera scritta nel 1944, mentre volgeva al termine il secondo conflitto mondiale, dal significativo titolo *Peace through Law*, Kelsen individua, sulla scorta di Kant¹⁰², lo strumento per assicurare la pace mondiale nell’unione di tutti gli Stati, o del maggior numero possibile di essi, in uno Stato federale, estendendo all’intero pianeta il modello degli Stati Uniti o della Svizzera. Il cuore della proposta di Kelsen, già illustrata nelle lezioni di diritto internazionale tenute alla *Harvard Law School* nel marzo del 1941¹⁰³, consiste nell’istituzione di una Corte di giustizia internazionale, titolare di una giurisdizione obbligatoria e idonea a giudicare sulla responsabilità individuale di chi, come membro di governo o comunque agente dello Stato, ricorra alla guerra in violazione del diritto internazionale¹⁰⁴: a giudizio di Kelsen, infatti, seguendo una legge generale di evoluzione delle istituzioni giuridiche, sarà l’attività dei giudici internazionali, e non quella dei legislatori o degli amministratori a porre le basi del nuovo diritto internazionale¹⁰⁵.

Ora, è forse imprudente ricercare nella *Staatslehre des Dante Alighieri* la prima formulazione di alcune delle teorie che Kelsen ha espresso nella sua produzione più matura: si tratta di un’opera giovanile, dalla cui lettura emerge chiaramente lo spessore culturale dell’autore; ma che presenta plurimi elementi idonei a ridimensionarne la portata, a partire dall’uso di una bibliografia prevalentemente

⁹³ H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, cit., p. 380.

⁹⁴ *Idem*, p. 383, per il quale “la comunità giuridica internazionale (...) – considerata dal punto di vista della storia dell’evoluzione –” è “una comunità giuridica primitiva e in questo senso, ma solo in questo senso, essa non è uno Stato”, mancando innanzi tutto, di un organo particolare per il perfezionamento dell’ordinamento giuridico da costituire”.

⁹⁵ *Idem*, p. 387.

⁹⁶ *Idem*, pp. 387 s. Parimenti Kelsen afferma che “chi è chiamato dall’ordinamento giuridico internazionale alla guerra – cioè il soggetto che è stato offeso, ma con l’assenso di quest’ultimo, può essere anche un altro soggetto – deve far valere, contro chi ha violato il diritto internazionale, lo strumento coercitivo della guerra”. *Idem*, p. 389.

⁹⁷ *Idem*, p. 391.

⁹⁸ *Idem*, p. 402.

⁹⁹ “So che se l’umanità in generale è destinata a raggiungere la vera felicità all’interno di questo mondo, questo avverrà attraverso la concordia e l’ordine che ho descritto. Felice è colui che vedrà lo splendore di questo giorno, quando gli uomini vorranno costruire un solo potere e un solo governo. Cesseranno, allora, le guerre e la discordia e gli uomini dedicheranno sé stessi a quanto promuove il benessere loro e quello delle loro città e dei loro territori”. Aristotele, *Lettera ad Alessandro sul governo del mondo*, cit., p. 55.

¹⁰⁰ “Questo è precisamente il fine a cui più deve mirare il curatore del mondo, come viene chiamato il principe romano, cioè che nel campo dei morali si possa vivere liberamente in pace”. Mon., III, XVI.

¹⁰¹ H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, cit., p. 468.

¹⁰² I. KANT, *La pace perpetua*, trad. it. di R. Bordiga, Feltrinelli, Milano, 2013, pubblicata nel 1795 con il titolo *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*.

¹⁰³ Le lezioni sono pubblicate in H. KELSEN, *Law and Peace in international relations*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1942, trad. it. di L. CIAURRO, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, Giappichelli Editore, Torino, 2009.

¹⁰⁴ Rimane costante in Kelsen, infatti, l’idea del *iustum bellum*, e cioè della possibilità di configurare la guerra come sanzione, quando sia di legittima difesa, sia cioè una “contro-guerra”, alla quale uno Stato può ricorrere perché a propria volta vittima di aggressione.

¹⁰⁵ V. in particolare, la IV Lezione, intitolata “Amministrazione internazionale o tribunale internazionale” (H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., pp. 139 ss.), in cui Kelsen indica la strada della centralizzazione dei processi di produzione e applicazione del diritto per giungere allo Stato universale, applicando la “legge dell’evoluzione”, secondo cui “la legge della comunità internazionale universale deve avere la stessa evoluzione attraverso la quale è già passata la legge della comunità parziale, del diritto nazionale” (*Idem*, p. 142). In sostanza “la centralizzazione del potere giudiziario deve precedere la centralizzazione del potere legislativo e di quello esecutivo” (*Idem*, p. 143). Così Kelsen conclude: “Mobilitiamo le energie di coloro i quali sposano l’idea di pace per la costruzione di un tribunale internazionale con giurisdizione coercitiva, preparando in questo modo il prerequisite indispensabile per il raggiungimento di ogni ulteriore evoluzione”. *Idem*, p. 157.

in lingua tedesca, per trattare un autore di lingua italiana (generalmente riconosciuto come il “padre” di questa lingua), e a partire dal carente approfondimento, per l’inquadramento del pensiero politico di Dante, di tutte le sue opere (evidentemente la *Monarchia*, su cui si concentra l’attenzione, scritta in latino, doveva essere, in virtù degli studi classici seguiti da Kelsen, di più immediata comprensione¹⁰⁶). *Die Staatslehre*, inoltre, come già evidenziato, manifesta una tensione nazionalista e pangermanista, destinata naturalmente a ridimensionarsi nel Kelsen degli anni a venire, esule, come il suo Dante, per sfuggire alle persecuzioni nazionalsocialiste contro gli ebrei¹⁰⁷.

Eppure, non vi è dubbio che in questo primo studio di Kelsen si rinvergono riflessioni, riferite al pensiero dantesco sulla Monarchia universale, che in qualche modo si ritrovano negli scritti più maturi di diritto internazionale¹⁰⁸. Così, ad esempio, quando Kelsen sottolinea la posizione di supremazia che Dante assegna alla monarchia universale rispetto ai singoli regni, preconizza l’attribuzione della sovranità all’impero, come successivamente sarà riconosciuta analoga posizione di primazia all’ordinamento internazionale¹⁰⁹: “Da numerosi passi mi sembra di poter dedurre che Dante si sia immaginato questo rapporto come qualcosa di alquanto stretto, che egli sia stato ben lungi dal limitare l’ufficio del suo imperatore mondiale ad una leggera supremazia sugli altri principi o re – come qualcosa esclusivamente diretta alla composizione dei contrasti internazionali tra i singoli Stati. Anzi la competenza del Monarca dantesco appare più vasta cosicché tutti

gli altri Stati di fatto esistenti decadono realmente a provincie più o meno autonome, i cui capi mantengono sì l’originario titolo di re o principe, ma perdono la loro funzione di «sovrani» nel senso odierno. L’unica formazione che – secondo il nostro odierno modo di vedere – avrebbe meritato il nome di Stato, è esclusivamente la Monarchia, l’impero mondiale”¹¹⁰. Connessa con questa premessa è la distinzione dei compiti fra la monarchia universale e i singoli regni, che implica sostanzialmente una concezione monista, che ritroviamo, *mutatis mutandis*, negli scritti di diritto internazionale di Kelsen, con attribuzione della suprema potestà legislativa e giurisdizionale all’imperatore¹¹¹.

Naturalmente, si può configurare solo un’influenza di Dante e del suo ideale classico e cristiano sugli sviluppi del pensiero di Kelsen, molti dei quali, invece, sono il frutto di altre letture, a partire da Kant e dalla sua concezione illuministica di armonia universale¹¹², ed esperienze, a partire dall’istituzione e dalla concreta partecipazione ai lavori del Tribunale costituzionale austriaco¹¹³, che probabilmente lo condusse ad enfatizzare il ruolo della Corte di giustizia internazionale¹¹⁴.

Peraltro, la lezione di Dante non sarà colta in ogni aspetto da Kelsen, se, nella produzione più matura, arriva ad invocare l’attenuazione dei sentimenti nazionali e un livellamento delle differenze culturali fra i vari Paesi per favorire un governo globale del mondo (quasi una teorizzazione precoce dell’ideologia della globalizzazione culturale), evidentemente non del tutto conforme con l’idea dello “Stato di cultura” che Dante e, prima di lui, i filosofi greci avevano teorizzato¹¹⁵; così allorché

¹⁰⁶ H. Kelsen, *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'impero*, cit., p. 165.

¹¹¹ *Idem*, p. 166: “La regolamentazione degli affari locali propri e di importanza per i singoli paesi, viene affidata all’autorità locale, ai *principes particulares*. Per tutti gli affari comuni importanti la legislazione rimane esclusivamente riservata al monarca universale”. Parimenti, subito dopo, Dante attribuisce all’imperatore “il supremo potere giurisdizionale”. *Idem*, p. 167.

¹¹² Kelsen riconosce in più occasioni il proprio debito nei confronti di Immanuel Kant, che riferisce di aver iniziato a leggere già negli anni del liceo. H. Kelsen, *Scritti autobiografici*, cit., 70. Nei suoi scritti autobiografici da lui afferma di aver tratto “la purezza metodologica indispensabile alla scienza giuridica”, data dalla “contrapposizione tra essere (*Sein*) e dover essere (*Sollen*), che nessun filosofo aveva formulato con più rigore di Kant”. *Idem*, p. 59.

¹¹³ Kelsen ricoprì questa carica dal 1920 al 1929. Sull’influenza che l’esperienza kelseniana ha esercitato sul sistema di controllo di costituzionalità europeo v., da ultimo, M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quad. cost.*, 4/2020, pp. 799-813.

¹¹⁴ Collega l’idea della giustizia costituzionale a quella della giustizia internazionale M. PATRONO, *Latenza di idee*, cit., p. 756, per il quale “La garanzia giurisdizionale della Costituzione determina a sua volta la trasposizione della lotta politica sul piano della legalità e opera pertanto come pacificazione. Kelsen tenderà dopo la II Guerra mondiale ad applicare questo suo ideale di pacificazione anche a livello internazionale”.

¹¹⁵ Non si può escludere del tutto che questa impostazione sia fra le giustificazioni di quel tentativo di marginalizzazione dello studio dei classici cui si assiste negli ultimi anni, di recente

¹⁰⁶ Kelsen frequentò l’*Akademisches Gymnasium*, il più antico liceo di Vienna. H. Kelsen, *Scritti autobiografici*, cit., p. 68. Peraltro, quanto alle sue conoscenze linguistiche, lo stesso Kelsen riferisce nell’autobiografia di conoscere il francese e l’inglese, ma non menziona mai la lingua italiana. *Idem*, p. 126.

¹⁰⁷ L. CIAURRO, *Il primato del diritto nel pacifismo*, Nota introduttiva a H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., p. 18, il quale definisce Kelsen “un giurista macchiato di pacifismo”, in considerazione della “dicotomia – nell’ambito dello stesso monismo kelseniano – tra tendenze (a carattere politico ed etico) di tipo nazionalistico e tendenze di tipo pacifistico, in base alle quali può effettuarsi la scelta, rispettivamente tra l’ipotesi del primato del diritto statale e quella del primato del diritto internazionale”. D’altronde, lo stesso Kelsen noterà nella sua autobiografia del 1947 che la Dottrina pura del diritto abbia “incontrato forti opposizioni essenzialmente per ragioni politiche e soprattutto negli ambienti nazionalistici”. H. Kelsen, *Scritti autobiografici*, cit., p. 102.

¹⁰⁸ G. BUSCA, *Dante e il diritto internazionale in Hans Kelsen*, in *www.salvisjuribus.it* dell’8 dicembre 2020, secondo il quale “Proprio la teoria monistica kelseniana costituisce il banco di prova più stimolante dell’analisi delle influenze dantesche sull’opera del giurista novecentesco”. Nota questo collegamento A. CARRINO, *Presentazione* al volume di H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit., p. x, per il quale “L’unità dell’ordine giuridico universale – la proposta di Kelsen – appare solo il pallido rovesciamento speculare dell’unità dell’*Imperium* medioevale”.

¹⁰⁹ V., *retro*, i riferimenti di cui alle note nn. 12, 89 e 90.

omette di valorizzare il ruolo che Dante attribuisce alla Monarchia universale, che non è solo quello di risolvere le controversie fra i principi, ma anche di “raddrizzare le costituzioni viziose”¹¹⁶. Si ritiene, infatti, che se si vuole effettivamente arrivare ad un governo del mondo, sia pure nell’ottica auspicata da Kelsen di una federazione universale, sarà comunque necessario ottenere l’adesione dei singoli Stati ai valori del pacifismo, che solo costituzioni virtuose e stabili sono in grado di garantire e che solo un primo nucleo di governo universale sarebbe in condizione, gradualmente, di assicurare (raddrizzando, appunto, le “costituzioni viziose”...) ¹¹⁷.

denunciato in Francia. Cfr. M. CERULLO, *A difesa della cultura classica. Epurando il passato cancelliamo noi stessi*, in www.huffingtonpost.it dell’8 aprile 2021, nel quale si riporta la notizia dell’appello, pubblicato dal giornale *Le Figaro*, per difendere l’eredità culturale del mondo greco-latino. Nell’appello si fa riferimento ad un “movimento”, che parte dalla prestigiosa università di Stanford, ma che coinvolgerebbe molte università americane, che critica la necessità degli studi classici nella società contemporanea.

Torna così attuale, nel riproporre una collaudata contrapposizione, l’impostazione di Schmitt, che “sulla scorta dei timori derivanti dal progressivo profilarsi di una «forzata» unificazione (economica, culturale, giuridica) del mondo lo spingono a teorizzare «l’ordinamento dei grandi spazi» (C. Schmitt, *Il concetto di Impero nel diritto internazionale*, 1939, Roma, 1996, p. 57). Un sistema, questo, fondato sulla pluralità delle Nazioni ed avente quale fine ultimo quello di arginare la progressiva omologazione culturale del pianeta e la neutralizzazione politica dei popoli. Un’idea, quindi, planetaria, in grado di «irradiarsi su tutta la terra, senza per questo distruggere le nazioni, né gli Stati e senza balzare dalla superata vecchia idea di Stato a un diritto mondiale, frutto di ispirazioni imperiali ed universalistiche, come avviene nel diritto imperialistico delle democrazie occidentali» (*Idem*, p. 57)”. Si veda sul punto C. DE FIORES, *I diritti inviolabili dell’uomo tra crisi della sovranità e uso della forza*, in *Pol.dir.* 2/2000, p. 238.

D’altronde, com’è stato notato, “troppo spesso le civiltà non sono altro che incomprensione, disprezzo ed esecrazione degli altri. Ma non soltanto questo. Sono anche sacrificio, irradiazione, accumulazione di beni culturali, eredità di intelligenze”. F. Braudel, *Il Mediterraneo. Lo spazio, la storia, gli uomini, le tradizioni*, Bompiani, Firenze-Milano, 2021, pp. 120 s. Insomma, la ricchezza dell’umanità sono le civiltà; ma esse sono spesso anche all’origine delle incomprensioni fra i popoli, per superare le quali l’unica strada è la conoscenza reciproca e il dialogo fra le culture, non l’illusorio tentativo della loro assimilazione.

¹¹⁶ Mon., I, XII, testualmente citata, *retro*, alla nt. 38.

¹¹⁷ Il tema è ovviamente delicato e ci riporta alla mente una serie di interventi militari americani, presentati come necessari per la lotta al terrorismo internazionale e per difendere i diritti delle minoranze o delle donne ed in ultima analisi per portare la libertà, appunto definiti *Operation Enduring Freedom* (OEF), “libertà duratura”. La più nota di queste operazioni ha riguardato l’Afganistan, ma il termine individua anche le campagne *OEF Filippine* e *OEF Corno d’Africa*. Peraltro, questo tema richiama il pensiero di Sant’Agostino, che, pur desiderando da credente la pace fra gli uomini (*De civitate Dei*, Lib. XIX, XVII), ritiene che la ricerca dell’universalismo sia sempre foriera di guerre; né possono in alcun caso configurarsi “guerre giuste”. Cfr., con riferimento alla *pax romana*, AGOSTINO, *De civitate Dei*, Libro XIX, 7: “questo risultato è stato raggiunto con molte e immani guerre, con grande scempio di uomini e grande spargimento di sangue umano. Trascorsi questi avvenimenti, non ebbe termine la sventura di simili mali. Difatti non sono mancati e non mancano come nemici i popoli stranieri, contro i quali sempre sono state condotte e si conducono guerre. Però anche l’ampiezza del dominio ha suscitato guerre di una peggiore specie, cioè sociali e civili, dalle quali il

5. Brevi considerazioni conclusive: il sogno universale nell’era post-globale

Se ogni generazione, quantomeno dall’età ellenistica in poi, ha coltivato il sogno della pace universale, i tempi in cui viviamo fanno percepire questo ambizioso progetto come lontano e difficile da realizzare.

Giunti, mentre si licenzia questo contributo, al 118° giorno di guerra fra Russia e Ucraina, un conflitto che ha di fatto coinvolto indirettamente il mondo intero¹¹⁸, si deve registrare una brusca interruzione del processo di globalizzazione delle economie e delle culture¹¹⁹, mentre torna di attualità, da una parte, il tema della sovranità nazionale¹²⁰, dall’altra la prospettiva di nuove forme di relazioni internazionali che richiedono di essere sperimentate (come nel caso della cd. “sovranità condivisa” di cui si parla con sempre maggiore insistenza nell’ambito dell’Unione Europea)¹²¹. Le sanzioni internazionali che molti Stati, ed *in primis* gli Stati Uniti e l’Unione Europea, hanno comminato alla Russia, il conferimento di armi sofisticate all’esercito ucraino da parte di molti Stati occidentali, per permettere la difesa di quel Paese illegittimamente aggredito, l’apertura da parte della Corte penale internazionale (tribunale che nelle intenzioni originarie dei suoi promotori doveva realizzare un

genere umano è più miserevolmente sconvolto, tanto mentre si guerreggia per sospenderle una buona volta come quando si teme che scoppino di nuovo. Se io volessi trattare, come conviene, i molti e svariati massacri, le spietate e funeste vicissitudini di tale calamità, sebbene non lo potrei mai come l’argomento richiede, non vi sarebbe un limite a una prolungata trattazione. Ma il saggio, dicono, dovrà sostenere una guerra giusta. Quasi che, se si ricorda di essere uomo, non dovrà affliggersi che gli viene imposta la necessità di guerre giuste perché, se non fossero giuste, non dovrebbe sostenerle e perciò per il saggio non si avrebbero guerre. È infatti l’ingiustizia del nemico che obbliga il saggio ad accettare guerre giuste e l’uomo deve dolersi di questa ingiustizia perché appartiene agli uomini, sebbene da essa non dovrebbe sorgere la necessità di far guerra. Chiunque pertanto considera con tristezza queste sventure così grandi, così orribili, così spietate, deve ammetterne l’infelice condizione; chiunque invece o le subisce o le giudica senza tristezza della coscienza, molto più infelicamente si ritiene felice perché ha perduto il sentimento d’umanità”.

¹¹⁸ Ricostruisce le ragioni del conflitto in questa Rivista C. CARPINELLI, *Radici storiche e problematiche costituzionali del conflitto russo-ucraino, retro*, pp. 207 ss.

¹¹⁹ Basti pensare all’inibizione dell’uso di Facebook in Cina, in Corea del Nord o in Iran (cfr. *Perché Facebook è vietato in Cina e come accedervi*, in <https://economiasfinanza.net/perche-facebook-e-vietato-in-cina-e-come-accedervi/>) e, da ultimo, anche in Russia (C. GUIMARAES, *E’ ufficiale: Facebook e Instagram vietati in Russia per “attività estremistica”*, in www.rainews.it del 21 marzo 2022).

¹²⁰ Degno di nota, per quanto a tratti farneticante, l’intervento di Putin riportato da A. KORYBKO, *Sovranità: l’intuizione di Putin è istruttiva per tutti i paesi*, reperibile in www.lantidiplomatico.it del 13 giugno 2022.

¹²¹ Cfr. *Mattarella all’Ambrosetti, in Ue serve sovranità condivisa*, in www.ansa.it del 4 settembre 2021. Di sovranità condivisa parla già S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2/2016, pp. 35 ss. Configura un superamento della concezione tradizionale di sovranità, che consente a propria volta di superare la classica dicotomia fra universale e particolare A. BOSIO – S. DEL-LAVALLE, *Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016.

tipo di giustizia internazionale molto vicino all'idea espressa da Kelsen) di una indagine su Putin e sui suoi generali¹²² pongono le premesse per una nuova definizione degli assetti internazionali, divenuta ormai ineludibile, a quasi ottant'anni dagli accordi di Yalta e ad oltre trenta dalla caduta del muro di Berlino.

Ma se un superamento della statualità appare oggi ben difficile da ottenere (e, in realtà, anche inopportuno, considerato fra l'altro che i poteri che si contendono la dimensione globale sono forse più pericolosi degli Stati stessi¹²³ e che persistono fra questi differenze ancora troppo profonde dal punto di vista delle ideologie dominanti e dei diversi sistemi di potere, basti considerare Paesi come la Cina o la Corea del Nord), ciò non vuol certo dire che il tema, che suscitò l'interesse di Dante e di Kelsen, sia oggi marginale.

I dati che continuano ad affluire dai ricercatori sui cambiamenti climatici sono impressionanti¹²⁴ e configurano certamente l'esistenza ormai ineludibile di un interesse mondiale, che è quello della sopravvivenza stessa dell'umanità, non a caso considerato da Kelsen come l'esigenza etica in assoluto preminente¹²⁵. E se in questi giorni di tensioni internazionali la tutela dell'ambiente sembra essere scomparsa dall'agenda politica, essa è lì, in tutta la sua drammaticità, in tutta la sua ineludibile urgenza, con la conseguenza che l'esigenza di addivenire ad una gestione

condivisa della lotta ai cambiamenti climatici potrebbe comportare un'imprevedibile accelerazione verso forme di governo globale...

Sarà il tempo, solo il tempo, a dirci cosa accadrà; sperando che l'umanità non arrivi troppo tardi a tagliare questo antico, quanto mai così auspicato, traguardo.

¹²² La Corte penale internazionale, organo giurisdizionale che si occupa dei crimini sovranazionali commessi da persone fisiche, è stata istituita nel 2002 ed ha sede all'Aia, in Olanda. Essa ha competenza sui crimini di genocidio, contro l'umanità, di guerra e d'aggressione. I Paesi aderenti sono 123. La Federazione Russa, insieme ad altri 32 Paesi fra cui la Cina, Israele e Stati Uniti, ha firmato il trattato di costituzione ma non l'ha ratificato. Tuttavia, va notato come sia altamente improbabile perseguire Putin, nella misura in cui i processi davanti alla Corte non si possono svolgere in contumacia (art. 63 del trattato istitutivo). Analizza le criticità nel funzionamento di questa istituzione P. Bargiacchi, *La Corte penale internazionale: singolarità giuridiche e ostilità politiche*, in *Riv. Coop. Giur. Int.*, 65/2020, pp. 48 ss.

¹²³ G. PRETEROSI, *Per un'alternativa all'ideologia globalista neoliberale*, in U. VINCENTI, a cura di, *Cittadinanza, identità, confini*, Jovene editore, Napoli, 2021, pp. 269 ss., particolarmente p. 278, ove l'A. sottolinea come "le democrazie sono nazionali: sacrificare gli Stati all'assolutismo dei mercati, sancendo l'illiceità di qualsiasi limitazione e controllo del movimento dei capitali e delle merci (e della stessa forza-lavoro), anche a fronte di politiche aggressive di *dumping* monetario e legale, significa sacrificare le democrazie e non avere strumenti per arginare la finanza, governare l'economia a fini sociali e stabilizzare il vincolo politico". E aggiunge: "I poteri globali rischiano di essere i più arbitrari di tutta la storia umana".

¹²⁴ Basti qui richiamare il Rapporto *United in Science 2021* redatto dalla *World Meteorological Organization* e reperibile in https://public.wmo.int/en/resources/united_in_science

¹²⁵ H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit., p. 468, per il quale "Come per una concezione oggettivistica della vita il concetto etico di uomo è l'umanità, così per una teoria oggettivistica del diritto il concetto di diritto si identifica con quello di diritto internazionale e proprio perciò è in pari tempo un concetto etico".

Commemorazione di Giuseppe Abbamonte¹

di GHERARDO MARONE

Io non ho particolari meriti per essere qui a ricordare Giuseppe Abbamonte: uno, non gradito ma incontestabile, di essere ormai uno degli avvocati amministrativisti più anziani di Napoli (forse addirittura il decano) e l'altro, graditissimo, quello di essere stato, in tempi ormai lontani, il primo suo praticante di studio.

E perciò Orazio mi ha chiamato a questa riunione e a lui, io che rifugio dalle presenze ufficiali, non ho potuto dire di no perché a lui sono legato, l'ho visto appena nato, anche nel ricordo di sua madre, mia insegnante, della quale ancora conservo memoria affettuosa.

La lezione appresa nello studio di Giuseppe Abbamonte non era frutto di un insegnamento tradizionale - di una spiegazione *ex cathedra* - ma quella dell'apprendimento pratico che deriva dalla quotidianità della attività professionale.

La sua lezione sulla funzione dell'avvocato amministrativista si sviluppava nelle continue considerazioni a margine degli atti da scrivere, nelle ricerche giurisprudenziali da fare - all'epoca sulle riviste - nei suggerimenti che di volta in volta venivano impartiti ai giovani avvocati dello studio.

E soprattutto nel trasmettere le caratteristiche dell'avvocato amministrativista e cioè dell'avvocato che si occupa dei problemi della P.A., dei rapporti tra pubblica Amministrazione e cittadino, intendendosi per cittadino la controparte della P.A. che possono essere anche non singoli ma soggetti collettivi o soggetti anche essi pubblici.

Questa figura di avvocato, più nel passato che oggi, è peculiare in quanto svolge non solo funzione di mediazione tra i cittadini e la P.A. ma anche perché ha il ruolo di difensore e consulente della P.A.

Era infatti necessario, e lo è ancora oggi, per la difficoltà dei problemi che deve affrontare la P.A., che questa abbia un esperto a fianco che segua la giurisprudenza sempre più articolata e la complessità delle norme giuridiche e sappia muoversi in quel vasto campo che è la gestione della P.A.

Di qui sia consentita una breve divagazione sulla funzione dell'avvocato che oggi difende la P.A.

Si era addirittura pensato, come se si trattasse di un appalto, di affidare gli incarichi ad un professionista secondo le procedure del codice dei contratti pubblici; ipotesi questa venuta meno per l'intervento della giurisprudenza anche della Corte dei Conti, restando, però, fermo il principio che la P.A. debba tenere elenchi di avvocati ai quali rivolgersi con criterio addirittura automatico di rotazione nelle scelte; e così è possibile che un giudizio o una consulenza di particolare complessità venga affidata ad un giovane, anche inesperto, o a un collega che può non essere all'altezza del compito, mentre ad un professionista più qualificato (ed esperto) può capitare una piccola questione che forse una più volenterosa attività dello *staff* tecnico dell'amministrazione potrebbe risolvere all'interno, senza ricorrere a professionisti esterni.

Ma chiusa questa parentesi - che è una piccola polemica di un vecchio avvocato ma della quale sono profondamente convinto - torniamo ai caratteri dell'avvocato amministrativista e della materia da lui trattata.

In primo luogo la conoscenza della varietà dei regimi giuridici di fronte ai quali si trova.

Vorrei ricordare la lezione da me ricevuta, e che mi fa ricordare il prof. Abbamonte come un maestro, che coincide con il pensiero di uno dei più grandi avvocati che abbia avuto il foro amministrativo e cioè Mario Nigro, il quale - sviluppando la più antica visione dello Stato amministrativo o dello Stato ad atto amministrativo - ricordava che l'avvocato amministrativista si occupa di un diritto proprio della P.A. come «il *coronamento per così dire dello Stato amministrativo, con un giudice proprio, che è il giudice amministrativo. Tipicamente quindi la Pubblica Amministrazione è retta da un diritto proprio*».

In sintesi, l'Amministrazione utilizza per la propria "vita" diritti e regimi giuridici diversi dal regime giuridico strettamente pubblicistico e che è frutto di commistione costruttiva tra diritto pubblico, diritto privato e diritto processuale e perciò - e questa sicuramente è la lezione che a noi è pervenuta dal giurista Abbamonte - l'avvocato amministrativista non può limitarsi a conoscere il diritto amministrativo *lato sensu* ma deve conoscere bene il diritto privato, deve conoscere benissimo il diritto processuale e questo complica, o meglio complicava, il compito dell'avvocato amministrativista proprio per l'ampissimo conoscere che questo doveva avere.

Questo per ricordare che ulteriore difficoltà peculiare dell'essere avvocato amministrativista è, o meglio era, quella di padroneggiare la varietà e la ricchezza delle fonti, non solo del diritto sostanziale ma anche del diritto processuale amministrativo che andavano collocate nella mente per potere comprendere il processo. Oggi con l'adozione dei codici del processo amministrativo e della giustizia contabile si è semplificata la conoscenza ma si è in qualche misura persa la funzione di coordinamento delle norme che era propria dell'avvocato amministrativista.

¹ Il presente articolo non è stato sottoposto a referaggio per decisione della Direzione della Rivista.

¹ Discorso tenuto in occasione dello scoprimento del busto in suo onore (Castelcapuano, Napoli, 23 Aprile 2022).

Voglio aggiungere che oggi è semplificata la conoscenza, ma è diminuito lo sforzo per elaborare (e per comprendere) il complesso normativo nel quale si opera e - a mio avviso, ma è una opinione personale di un vecchio avvocato - semplificazione e accorpamento normativo hanno portato a una diminuzione della capacità dell'avvocato che frequenta le aule del T.a.r. o del Consiglio di Stato.

E ricordava il Maestro che, a fianco delle norme di diritto tradizionale, la P.A. è regolata da direttive, circolari, indirizzi, convenzioni organizzative, contratti collettivi, convenzioni sanitarie oltre alla conoscenza delle fonti giurisprudenziali anche per la natura pretoria del Consiglio di Stato.

E, infine, la prassi amministrativa, che certamente è fonte supplementare di conoscenza dell'Amministrazione.

E poi i principi costituzionali cui l'attività della P.A. si è dovuta progressivamente adeguare, principi ai quali si è aggiunta la conoscenza dell'ordinamento europeo le cui fonti sono anch'esse vincolanti per i pubblici poteri.

E la lezione è capire la difficoltà e responsabilità dell'avvocato amministrativista (ancora più grandi quando questa lezione ci veniva impartita) che *«deve maneggiare (e qui cito ancora Nigro) fonti non così rigorosamente esposte e classificabili come sono le fonti normative generali; ma deve utilizzare fonti sfuggenti, fonti contraddittorie, fonti di difficile interpretazione, fonti elastiche, come gli indirizzi, l'orientamento della giurisprudenza, la fioritura dei regolamenti»*.

E la lezione che c'è pervenuta è che l'attività amministrativa non si esaurisce in un atto o in un comportamento come si pensava in passato, ma si esprime attraverso l'esame dei rapporti tra Amministrazione e cittadini che io mi permetto di sintetizzare nella espressione che ho amato sin da quando ero giovane, che "l'avvocato amministrativista conosce e capisce la struttura dello Stato".

E ancora la funzione dell'avvocato amministrativista è quella di far conoscere al Giudice dove ha sbagliato la P.A. e convincerlo che ha sbagliato, rispettando la sua funzione di garante del buon andamento dell'Amministrazione.

Da ultimo il comportamento morale, che naturalmente deve essere patrimonio dell'avvocato qualunque esso sia e di qualunque materia si occupi, perché l'attività che esige l'intervento dell'avvocato presuppone un dialogo tra Giudice e avvocato; entrambi custodi dello stesso complesso di valori e di idealità, così da facilitare il compito per l'avvocato di prospettare e suggerire la tesi e per il Giudice di interpretare, secondo questi valori, la vicenda a lui sottoposta e correggere applicazioni sbagliate della P.A.

Abbamonte amava sintetizzare il significato di questo ruolo affermando che l'avvocato è mediatore del sociale: mediatore del sociale che prospetta al Giudice una tesi, anche nuova, per farla decidere.

E questa espressione, anni dopo, ho trovato in un libro di Zagrebelsky, che significativamente si intitola "La giustizia come professione": dice l'autore che l'avvocato deve valutare gli affari e i contrasti di ogni giorno per portarli in giudizio trasformati in questioni giuridiche.

Finita questa introduzione, che comunque non vuole essere, né apparire, dotta, è necessario ricordare il suo ruolo nello sviluppo culturale della figura dell'avvocato amministrativista.

A Napoli vi erano quattro studi che si riconoscevano come amministrativisti a tempo pieno: Iaccarino, Salvia, Fragola e Ardizzone e, poi, ultimo in ordine di tempo, Giuseppe Abbamonte che ha cominciato più tardi la sua professione dopo gli anni in magistratura e solo dopo aver vinto la cattedra universitaria.

E il dialogo tra loro era quotidiano, perché tra pochi: tra pochi eletti che mi viene di definire Gattopardi, ricordando il Principe di Salina.

La prima indicazione che mi viene di sottolineare è l'umiltà del non sapere, che dovrebbe essere patrimonio di ogni avvocato.

Sono in me vive nella memoria le sue lunghe conversazioni con i più anziani, Iaccarino, Salvia e Ardizzone (che mi piace qui accomunare nel ricordo) per verificare dubbi e intuizioni soprattutto nella realtà processualistica.

E poi la capacità di ridurre ad unità la vastità e complessità delle fonti.

La memoria ferrea che distingueva Abbamonte lo faceva muovere tra leggi, circolari e tutta la normativa che regola le attività della P.A. facendogli percorrere con estrema chiarezza un itinerario che ancor oggi appare vasto e complesso.

Il Giudice amministrativo, all'epoca, decideva anche sul rapporto di pubblico impiego e padroneggiare quelle fonti appariva, per un giovane alle prime armi, come una montagna insormontabile, ma la sua mano, attraverso il serrato colloquio con noi giovani, guidava sicura in quel labirinto, fino a individuare e sciogliere il bandolo della matassa.

Un Presidente del Tar, che voglio qui ricordare solo per questa battuta, diceva, ad esempio, che la normativa sulla scuola era come la Settimana enigmistica: appena risolto un rebus tutto era inutile, perché usciva un nuovo numero con nuovi rebus.

Un altro ricordo è in me vivo.

Egli proveniva dallo studio del diritto costituzionale, disciplina nella quale aveva vinto la cattedra; e in tanti continuavano a venire per discutere con lui e fare leggere gli scritti che poi dovevano presentare per il concorso: non posso ricordar tutti perché farei il torto di dimenticare qualcuno (ne vedo in questa sede) e loro se ne ricorderanno con piacere.

E poi, essendo egli stato per molti anni magistrato, ancora frequentavano lo studio suoi ex colleghi per confrontarsi su questioni complesse sulla organizzazione della giustizia.

Ricordo le riunioni con i magistrati napoletani che lavoravano all'organizzazione di Comitati per la giustizia sorti per elaborare idee e progetti sul futuro della loro organizzazione e che ancora si confrontavano su quei temi con l'ex collega.

Da ultimo una lezione che non dimentico.

Si è teorizzato e sostanzialmente adottato nel processo civile il principio che un filone giurisprudenziale costante non consente nemmeno la prosecuzione del giudizio in Corte di Appello o in Cassazione (anche se è doveroso ricordare che molti giudici e la stessa Cassazione continuano a rielaborare, tenendo conto delle prospettazioni degli avvocati, principi che sembravano consolidati).

Nel suo studio era ovvia e quotidiana la rielaborazione dei temi già sviluppati per verificare se fosse possibile (e spesso si dimostrava con successo che lo era) una nuova valutazione della lettura delle norme e dei precedenti giurisprudenziali; in altri termini si diceva allora, e spesso con successo, che l'avvocato deve essere capace di far modificare un orientamento giurisprudenziale.

La legge istitutiva dei T.a.r. del 1971 non prevedeva l'appello sulle ordinanze che accoglievano o rigettavano le domande di sospensione. Su ricorso di un altro illustre avvocato, Aldo Sandulli, si giunse alla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che nella sua funzione pretoria affermò il principio che l'appello è insito nell'ordinamento e, quindi, si doveva applicare anche alla fase cautelare.

Dal lavoro dello studio Abbamonte, e cioè da un suo ricorso (ma è un esempio tra altri che potrei fare) si propose la ulteriore questione della esecuzione delle ordinanze cautelari. E il Consiglio di Stato, ancora una volta nella sua funzione pretoria, dettò le regole per l'esecuzione della fase cautelare aderendo alle tesi innovative contenute nel ricorso.

Il mio compito è quello di ricordare il Maestro nella sua funzione di avvocato. L'Università lo ha già onorato organizzando un convegno in suo onore. Ma qualche parola su questa altra faccia del suo sapere mi sia consentita, partendo da un ricordo lontanissimo nel tempo quando un nostro collega professore universitario (e poi anche Ministro), tornando da un anno di studi negli Stati Uniti e venendo a riportargli il risultato di quegli studi, lo informò che i due volumi del processo costituzionale (l'opera principale di Abbamonte ancora oggi consultata) li aveva trovati disponibili nella Biblioteca del congresso a Washington e Abbamonte, pur essendo riservato sulle sue capacità scientifiche, ne ebbe ovviamente un grande piacere che non riuscì a nascondere.

Ma, ripeto, senza entrare in uno specifico che non è mio, devo fare riferimento, e così rimango nel campo della funzione dell'avvocato, al volume sul processo amministrativo, redatto a quattro mani con il Presidente del Consiglio di Stato Laschena per il trattato diretto da Santaniello.

In quello scritto si ritrova la rilevanza anche scientifica delle sue indicazioni professionali laddove afferma che *«la funzione correttiva del giudice amministrativo opera nella duplice direzione di eliminare l'atto illegittimo e di reintegrare nel suo il destinatario, riconducendo alla legge l'azione della P.A. ed i relativi effetti, nell'esercizio di un sindacato che consente l'acquisizione al processo del fatto nella sua interezza ed arricchendo, quindi, la sentenza di tutte le esperienze che possano indirizzare e migliorare per l'avvenire l'esercizio della funzione pubblica»*.

E solo per fare un esempio (lo scritto è di molti anni fa e, quindi, può considerarsi una intuizione) la considerazione sulla espansione della giustizia penale che, sostituendosi alla giustizia amministrativa non corregge la funzione, che è compito del Giudice amministrativo, ma volge alla repressione con sanzioni che ovviamente non eliminano gli atti illegittimi, ma incidono solo sulla persona con interventi che si possono definire espansivi della funzione.

E, coronamento di questa tesi, l'altra sua intuizione giuridicamente rilevante contenuta in quello scritto e cioè che, spettando al Giudice amministrativo la funzione di eliminare gli atti illegittimi, non si può disattendere, in sede di repressione dei reati, il risultato degli accertamenti compiuti dal Giudice amministrativo sulla manifestazione di potestà pubblica; lezione inascoltata, perché è prassi giudiziaria penale trascurare del tutto le considerazioni cui è giunto il Giudice amministrativo.

Di qui la prevalenza degli interventi del Giudice amministrativo rispetto alla funzione oggi espansa del Giudice penale, perché è certamente prevalente la valutazione e la meditazione dei motivi di ricorso che circoscrivono ed individuano i vizi rispetto al principio di libero convincimento che è principio meno stringente di quello della valutazione delle funzioni deviate.

E perciò il rilievo che deve sempre avere il vizio di eccesso di potere, perché volto ad evidenziare le distorsioni del colloquio tra cittadino e P.A. per individuare deviazioni occulte del comportamento e che vale a far svolgere al Giudice il controllo sulla funzione pubblica e, attraverso l'esame puntuale della deviazione dell'agire della P.A., diventa atto di alta amministrazione in quanto indirizza e corregge, impedendo di portare ad effetto deviazioni e danni conseguenti, con il mezzo appropriato della tempestiva sospensione ed eliminazione delle illegittimità.

Più sinteticamente, l'individuazione del vizio di eccesso di potere è lo strumento migliore per conservare al sindacato di legittimità lo spazio che la Costituzione ad esso attribuisce e cioè l'esigenza fondamentale, per ogni Stato moderno, di buon andamento, di imparzialità e giustizia dell'Amministrazione (artt. 97 e 100). Buon andamento che lo stesso costituente affida al Giudice amministrativo, attraverso le indicazioni di cui all'art. 100 della Costituzione.

E qui un'altra intuizione di notevole livello e di grande valorizzazione della funzione dell'avvocato e cioè la sottolineatura che il sindacato del Giudice amministrativo è funzione dell'iniziativa dell'Avvocato attraverso le deduzioni dei motivi, consentendo così al Giudice di valutare su come si sia amministrato anche quando la legge non ne fornisce apposita regola perché imparzialità, buon andamento e giustizia nell'Amministrazione sono interessi costituzionali dei singoli e delle comunità, oltre che regole per l'apparato.

Abbamonte fu anche presidente della Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti.

Nel commemorarlo insieme con chi lo aveva preceduto (Antonio Sorrentino, Massimo Severo Giannini e Giuseppe Guarino), gli organizzatori di quella manifestazione Filippo Lubrano ed Eugenio Picozza, dopo aver sottolineato le caratteristiche dei primi tre, affermarono che in Abbamonte si trovavano riunite tutte le doti dei suoi predecessori.

Doti che per Sorrentino erano scienza ed arte, la scienza come manifestazione della più completa conoscenza del fenomeno amministrativo e della capacità di analizzare a fondo la questione e di individuare il profilo di illegittimità dell'atto e le ragioni da porre a base della contestazione.

L'arte che era la discussione dinanzi al Giudice, nella trattazione orale della causa. Massimo Severo Giannini, che era professore anche nella elaborazione degli atti difensivi che, dalla prospettiva che nasce dal fatto e dalla sua valutazione giuridica, conduceva ad un testo esemplare.

In Giuseppe Guarino era la fantasia ad ispirare le valutazioni giuridiche, creare le prospettazioni difensive e, se dall'atto non appariva direttamente un motivo, lo creava con la fantasia dell'artista che plasma.

Anche in lui la scienza come conoscenza piena e completa dei fatti e degli elementi giuridici nei quali i fatti devono inserirsi e devono essere esposti; la fantasia giuridica intesa come ricostruzione nuova del collegamento tra fatto e norma, per il suo inquadramento nella prospettiva giuridica in funzione della valutazione da parte del Giudice.

Giuseppe Abbamonte è ricordato come sintesi delle doti dei tre che lo hanno preceduto.

Picozza cioè lo ricordava come studioso con eccezionale vastità di interessi e personaggio di umanità rara, come si incontrano a Napoli più che in altre città, aggiungeva.

E lo ha definito avvocato importantissimo, sicuramente uno di quelli ai quali il Consiglio di Stato prestava particolare attenzione, forse affascinato, oltre che dalla intelligenza delle tesi difensive esposte così abilmente, anche dalla stessa oratoria, riflesso della sua profonda umanità.

Ed è vero: Alfredo Nocelli, amico mio caro prematuramente scomparso, bravissimo Consigliere di Stato, mi confidò che Abbamonte era uno dei pochissimi avvocati che riusciva a far cambiare idea al Collegio dopo la discussione.

E ricordo la lezione che ho ricevuto su quale sia il metodo del nostro lavoro – e come me i tanti che con Abbamonte hanno avuto contatto professionale – e cioè essere avvocati e non fare gli avvocati; se si è avvocati, allora il dubbio deve sempre stimolare il comportamento dell'avvocato.

Feliciano Benvenuti, nel rivolgersi ai praticanti di un corso per l'iscrizione all'Albo degli avvocati a Venezia, così si rivolgeva a quei giovani:

«L'ultima parola che vorrei dirvi è auto-responsabilità: è questa la parola dell'avvocato.

Sapeste quante volte ci si chiede: ma se avessi detto questo, ma se avessi toccato quel punto, se avessi sviluppato quella tesi e così via.

Capiterà anche a voi, ve lo auguro. Ogni mattina e ogni sera, quando vi alzate e quando vi coricate, dovrete chiedervi: sono stato un buon avvocato? In questa solitudine sta la grandezza dell'avvocato.

L'avvocato è qualcuno».

Ed Abbamonte è stato Qualcuno.

LO SGUARDO DEGLI ALTRI

*Lo sguardo degli altri è la nostra ossessione, la nostra gratificazione,
la misura della nostra inadeguatezza.*

DOMENICO STARNONE, *Confidenza*

Lineamenti di un'etica per il diritto: il modello della traduzione giuridica nell'ordinamento multilinguistico dell'Unione Europea¹

di MARIA TERESA ROVITTO

Instaurando un dialogo con gli studi della tradizione storica e filosofica del pensiero giuridico, e sulla scia delle conseguenze che la svolta linguistica ha avuto a partire dalla seconda metà del Novecento in ogni ambito culturale, negli ultimi decenni, gli studiosi di *Law and Language* partono dal rapporto tra diritto e lingua al fine di affrontare i profili critici del discorso giuridico anche alla luce delle trasformazioni a livello politico, economico, nonché tecnologico². Uno dei temi centrali negli studi di diritto comparato e di linguistica, in verità un problema antico, almeno quanto lo è il racconto della Genesi su Babele, ruota intorno ai problemi di ordine giuridico legati al multilinguismo e, in particolare, oggi, al ruolo che assume la traduzione giuridica nell'evoluzione del diritto europeo. L'Unione europea è un vivace laboratorio dal quale osservare le dinamiche che riguardano una comunità giuridica, in tal caso posta a livello sovranazionale, dalla composizione culturale e linguistica eterogenea, che ha inevitabilmente delle conseguenze nei processi di formazione, interpretazione e applicazione del diritto comunitario, nonché nel dialogo tra i diversi sistemi giuridici che fanno parte di questa comunità, dove il multilinguismo risulta essere una ricchezza rispetto al discorso sui diritti. A livello istituzionale la Comunità europea, sin dall'adozione del primo regolamento (1/1958), considera come lingue ufficiali quelle di tutti i Paesi membri nel rispetto del principio democratico, applicando inoltre la regola di eguale autenticità delle versioni linguistiche dei testi giuridici prodotti dalle istituzioni europee. Tuttavia, tale fenomeno presenta diversi aspetti problematici che richiamano quotidianamente l'attenzione del giurista sempre più consapevole della complessità del rapporto tra diritto e lingua nell'evoluzione della cultura

Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ Le opinioni espresse nel presente lavoro sono strettamente personali e non impegnano l'ufficio della P.A. cui l'autrice afferisce.

² In tal senso possono essere ricondotti nell'ambito degli studi di *Law and Language* materie quali la *Forensic Linguistic*, l'informatica giuridica, oltre alle teorie più classiche che riguardano invece un approccio critico alla lettura dei testi giuridici, vedi tra tutti P. GOODRICH, *Reading The Law: A Critical Introduction To Legal Method and Techniques*, Oxford, Blackwell, 1986; R. WEISBERG, *Poethics And Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, New York, 1992.

giuridica europea³, nonché nella comunicazione a livello globale, nel quale oggi si assiste a uno scambio senza precedenti tra sistemi giuridici differenti in cui il bisogno di traduzione è crescente; ciò conferma il carattere aporetico del fenomeno che è stato definito come la manifestazione di un post-nazionalismo linguistico che sembra resistere alla definitiva affermazione del monolinguismo anche a livello istituzionale⁴. Si può affermare, pertanto, che proprio il multilinguismo è uno dei tratti caratteristici del diritto europeo, nonostante a livello pratico si registri la prevalenza di alcune lingue di lavoro, prima fra tutte l'inglese, seguito dal francese e il tedesco. Il caso dell'utilizzo della lingua inglese costituisce forse una sorta di paradosso dopo il referendum tenutosi nel Regno Unito il 23 giugno 2016 con il quale si è deciso per l'uscita dall'Unione europea. Al termine della procedura prevista dall'art.50 del Trattato sull'Unione Europea, infatti, il Regno Unito non è più uno Stato membro, ma la lingua inglese continua a essere una delle principali e ufficiali lingue di lavoro. È vero che l'inglese è una delle lingue ufficiali in altri Stati membri, come Malta e l'Irlanda, che però da sempre, tenuti a sceglierne una che li rappresenti, hanno optato rispettivamente per il maltese e l'irlandese⁵.

³ Quello di "cultura giuridica" è da sempre un concetto di non semplice definizione. Si veda tra tutti una recente pubblicazione che tratta il tema dalla prospettiva dell'europeizzazione del diritto privato, R. MICHAELS, *Legal Culture*, in Basedow, Hopt, Zimmermann (a cura di), *Oxford Handbook of European Private Law*, Oxford, 2012.

⁴ S. GLANERT, *Translation Matters*, ID. (a cura di), *Comparative Law- Engaging Translation*, Routledge, London, 2014.

⁵ Fino al 31 dicembre 2006 l'irlandese non faceva parte dell'elenco delle lingue di lavoro delle «istituzioni dell'Unione europea». In base a un accordo del 1971 tra l'Irlanda e la Comunità, tuttavia, si era stabilito che l'irlandese era considerato come una lingua ufficiale della Comunità, restando inteso che solo il diritto primario (trattati e convenzioni tra Stati membri) sarebbe stato redatto in tale lingua. Dal 1° gennaio 2007 l'irlandese è considerato come una lingua ufficiale dell'UE a pieno titolo, con una deroga transitoria per un periodo rinnovabile di cinque anni [cfr. regolamento (CE) n. 920/2005 del Consiglio del 13 giugno 2005 (GU L 156 del 18.6.2005, pag. 3)], che stabilisce che «le istituzioni dell'Unione europea non sono vincolate dall'obbligo di redigere tutti gli atti in irlandese e di pubblicarli in detta lingua nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea», eccettuati i regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio. Tale deroga è stata prorogata fino al 31 dicembre 2016 dal regolamento (UE) n. 1257/2010 del Consiglio (GU L 343 del 29.12.2010, pag. 5). Essa è stata nuovamente prorogata dal regolamento (UE, Euratom) 2015/2264 del Consiglio (GU L 322 del 8.12.2015, pag. 1), ma la sua portata dovrà essere ridotta progressivamente, al fine di porvi termine entro il 31 dicembre 2021. Il 1° maggio 2004 il Consiglio aveva adottato una deroga temporanea all'obbligo di redigere e di pubblicare gli atti in maltese nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tale deroga doveva essere applicata per un periodo di tre anni, prorogabile di un ulteriore anno, a tutti gli atti tranne i regolamenti adottati in codecisione [cfr. regolamento (CE) n. 930/2004 (GU L 169 dell'1.5.2004, pag. 1)]. Il Consiglio ha deciso di mettere fine a tale deroga nel 2007, al termine del periodo iniziale di tre anni. Vedi <http://publications.europa.eu/code/it/it-370204.htm>.

Nella prospettiva che l'uso di tale lingua sia oramai inarrestabile, così come il suo inevitabile mutamento quando usato al di fuori dei contesti di *common law*, sarebbe opportuno rafforzare la conoscenza dell'inglese giuridico. Questa scelta che in un primo momento potrebbe apparire utilitaristica, deriva invece dalla consapevolezza che tale lingua ben si presta a una riflessione sul linguaggio giuridico in chiave diacronica volta a dimostrare la complessità della traduzione giuridica, la cui stessa fattibilità viene messa in dubbio da diversi studiosi: la lingua del diritto profondamente radicata nella cultura che esprime è frutto di una specifica tradizione, quindi espressione di una specifica cultura giuridica e di un determinato modo di concepire e organizzare il diritto nel tempo⁶. Procedendo attraverso un continuo confronto tra strutture sincroniche e piano diacronico, si vede che il *legal english* è un terreno fertile di indagine, date le stratificazioni linguistiche e giuridiche della tradizione che esprime (si pensi solamente all'eredità del latino, allo stabilizzarsi dell'*Old English*, al primato del francese, a lungo lingua del diritto dopo la conquista normanna, al graduale affermarsi del cosiddetto *Standard English* sul *Law French* che fu abolito ufficialmente solo nel 1731, alle sue possibili interferenze oggi con l'inglese europeo e l'americano, altra variante dell'inglese dominante nel sistema finanziario a livello globale). Sembra necessario partire dal dato storico al fine di svolgere un'indagine oggi necessaria sulla differenza tra l'inglese di *common law* e quello utilizzato a livello comunitario come lingua di scambio. Una maggiore consapevolezza di tale differenza aiuta a comprendere meglio le scelte metodologiche adottate a livello concettuale e terminologico all'origine del progetto di armonizzazione del diritto privato europeo: parte della dottrina riflette sull'opportunità di riconoscere "l'interazione tra linguaggio comunitario e tassonomia nazionale costituisce principalmente un problema culturale, la cui soluzione andrà cercata in diversi contesti, primo fra tutti quello dell'elaborazione di nozioni e categorie ordinanti transazionali da parte della scienza giuridica europea"⁷, riflessione che del resto è alla base di progetti quali il *Quadro comune di riferimento (Draft Common Frame of Reference- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law)*⁸.

⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Paris, 2007, p. 53: "Ce sont deux systèmes évolutifs. La langue est vivante, le droit aussi. Chacun reçoit les impulsions qui l'infléchissent et l'adaptent du flux spontané des usages [...] En définitive, ce qui scelle la parenté du droit et de la langue c'est la médiation d'un troisième terme [...] la culture dont ils sont issus".

⁷ E. IORIATTI FERRARI, *Linguismo eurunionico e redazione della norma comunitaria scritta*, in J. Visconti (a cura di) *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, LED, Milano, 2010, p. 290.

⁸ I profili problematici a livello linguistico possono incidere sulla tutela dei diritti. Quanto sottolineato da autorevole dottrina in merito alla funzione che l'armonizzazione del diritto privato europeo può svolgere ai fini della giustizia sociale, vale anche per un'armonizzazione della

I principali problemi di convergenza concettuale e quindi terminologica si riscontrano sul piano del diritto privato più che su quello di diritto pubblico, laddove, nonostante la differenza dovuta a diversi percorsi storico-giuridici che hanno portato all'affermazione di principi e istituti analoghi, vi è una relativa convergenza che permette di parlare di una comune cultura giuridica europea; l'identità politica e culturale europea è, non a caso, il principale argomento dei sostenitori del processo di armonizzazione giuridica che comporta la creazione di una terminologia comune⁹. Inoltre, l'inglese si presta in modo singolare all'analisi di una delle caratteristiche principali del linguaggio giuridico: se infatti la lingua del diritto ha in generale carattere conservativo, e quindi risulta più resistente ai cambiamenti, nell'inglese giuridico questo fenomeno è ancor più evidente essendo espressione di un sistema, quello di *common law*, che si definisce e rigenera sempre a partire dalla tradizione¹⁰. È come se le caratteristiche principali del linguaggio giuridico in generale si manifestassero in maniera amplificata nell'inglese giuridico. Così come la rigidità delle sue formule, traccia visibile del ritualismo che caratterizza la normatività, che si manifesta in tutta la sua pienezza proprio nel linguaggio.¹¹

terminologia giuridica europea. Cfr. *Study Group On Social Justice In European Private Law, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *European Law Journal*, 2004, p. 653 ss.: “[P]roposals for the construction of a European contract law are not merely (or even primarily) concerned with a technical problem of reducing obstacles to cross-border trade in the Internal Market; rather, they aim towards the political goal of the construction of a union of shared fundamental values concerning the social and economic relations between citizens».

⁹ Per un'analisi dei diversi modi di operare di principi costituzionali analoghi in contesti culturali storicamente e geograficamente differenti si veda tra tutti la raccolta R. C. VAN OYEN e M. M.H. MÖLLERS, *Verfassungs-Kultur: Staat, Europa und pluralistische Gesellschaft bei Peter Häberle*, Nomos, Baden Baden, 2016. Si veda anche MAK, *Unweaving the CESL: Legal-Economic Reason and Institutional Imagination in European Contract Law*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, pp. 277- 296. Profili di problematicità riguardo la convergenza dei sistemi giuridici europei e, in particolare, del diritto privato, sono alla base dell'opera di Pierre Legrand che non a caso è anche uno dei principali sostenitori dell'impossibilità della traduzione giuridica. Si veda tra tutti P. LEGRAND, *European Legal Systems Are Not Converging*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, n. 1, 1996, pp. 52-81; *Word/World (of Primordial Issues for Comparative Legal Studies)*, in H. Petersen, A. Kjaer, H. Krunke, e M. Madsen (a cura di), *Paradoxes of European Legal Integration*, London, Ashgate, 2008. Vedi anche T. Wilhelmsson, E. Paunio, A. Pohjolainen (a cura di), *Private Law and The Many Cultures of Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 2007.

¹⁰ A evidenziare la complessità della terminologia giuridica dell'inglese che più di ogni altra lingua presenta una marcata differenza con il linguaggio ordinario proprio per il suo carattere estremamente conservativo, si vedano le posizioni della campagna sul *Plain Legal Language*. Cfr. R. WYDICK, *Plain English for Lawyers*, Carolina Academic Press, 1994. Le difficoltà sorgono anche perché in molti casi il linguaggio giuridico ha un'evoluzione parallela e indipendente dal linguaggio ordinario e da questo inoltre attinge e si sviluppa spesso con significati diversi dando luogo ai numerosi casi di polisemia.

¹¹ Si vedano tra tutti K. OLIVECRONA [1962], *Linguaggio giuridico e realtà*, in U. Scarpelli e P. Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, LED, Milano, 1994: “Il linguaggio giuridico trae le sue

La presenza a livello europeo di più linguaggi giuridici che vanno necessariamente coordinati a livello istituzionale, danno vita al fenomeno del multilinguismo giuridico; ognuno espressione di una tradizione giuridica che, come noto, secondo gli orientamenti della Corte di Giustizia e lo stesso art.6 del Trattato sull'Unione europea, contribuiscono a formare i principi fondamentali dell'ordinamento europeo. Sebbene si possa solamente accennare in questa sede alle scelte di carattere politico dietro l'utilizzo di una lingua, che non sono mai neutre, è bene ricordare che tale aspetto si mostra particolarmente rilevante soprattutto in tema di traduzione, laddove le diverse teorie politiche influenzano le scelte da applicare sia a livello metodologico che concettuale¹². Basti pensare al racconto della tradizione giudaico-cristiana sulle origini del multilinguismo per comprendere l'influenza che l'associazione tra lingua e potere ha avuto nel tempo per le popolazioni indoeuropee, e alle diverse interpretazioni che guardano al multilinguismo come a un atto di resistenza a forme di decisioni arbitrarie¹³. Un'attenzione particolare dovrebbe essere riservata alla relazione che può svilupparsi tra l'utilizzo di una lingua giuridica prevalente in ambito europeo e il conseguente

origini dal linguaggio della magia: ecco la chiave per spiegarlo da un punto di vista storico. Quanto poi oggi veramente resti delle credenze magiche, è cosa di difficile accertamento [...], p. 185. M. P. MITTICA, *Quando il mondo era «mousiké»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLIV, n. 1, giugno 2014, p. 202: “Nonostante la consapevolezza dell'aleatorietà di qualunque ipotesi sugli inizi, vogliamo immaginare che in origine, quando la cultura sarà stata prevalentemente orale e il diritto indistinguibile dalla dimensione magicoreligiosa, la *mousiké* greca, ritenuta veicolo di una forza divina benefica in grado di mettere in relazione le varie dimensioni dell'esistenza. L'ipotesi è sostenuta da almeno due argomenti forti. Il primo si basa sulla comparabilità delle comunità greche delle origini con altre società tradizionali, in cui a “dettar legge” è la “parola sacra”, la formula magica, il suono pronunciato con intonazione e ritmo appropriati, secondo un rito celebrato da chi riceve dagli dèi il dono di “dire la verità della vita agli uomini”.

¹² Al fine di seguire questa traccia si veda, tra tutti gli studi che si occupano del rapporto tra lingua e potere e in particolare dalla prospettiva della traduzione e dell'uso di una lingua franca: S. MUKHERJEE, *The Empire Talks Back. Orality, Eteronymy and Cultural Turn in Interpretation Studies*, in Id. (a cura di), *Translation as Recovery*, Pencraft International, Delhi, 1994. La tesi portante vede l'Occidente che, dopo aver perso il dominio politico, esercita altre forme di comando attraverso la parola e dunque la sua influenza culturale.

¹³ M. FREEMAN, F. SMITH, *Law and Language: An Introduction*, in Idd. (a cura di) *Law and Language, Current Legal Issues*, Volume 15, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 1: “According to the book of Genesis, a multiplicity of languages was the result of disobedience of the law. But it may be much more interesting than that. The reference in Genesis (in the chapter before the Babel story) to ‘maritime peoples spread [ing] out into the lands in their clans within their nation, each with its own language’ may be to what we now know as historical fact. It was the imperial practice of the neo-Assyrians to impose their language on peoples they conquered [...] made the totality of all peoples speak one speech [...] The neo-Assyrians asserted their supremacy by insisting that their language was the only one to be used by populations they had defeated. Is ‘Babel’ then an early critique of imperialism?”.

impoverimento del discorso sui diritti: è noto che uno dei fenomeni che accompagnano l'evoluzione e l'affermazione a livello istituzionale di una *Weltsprache*, lingua di scambio universale, conduce a una sua stabilizzazione che risulta impermeabile alle diverse sfumature espresse nelle lingue di origine dei parlanti e, dunque, anche ai mutamenti della realtà giuridica che si riflettono necessariamente sul piano linguistico. Il problema del multilinguismo giuridico è legato in particolar modo a problemi di natura sostanziale, quali il pluralismo giuridico¹⁴, nonché l'interpretazione e applicazione uniforme del diritto comunitario e quindi al problema della tutela dei diritti. Sono diverse le pronunce della Corte di Giustizia nelle quali proprio l'aspetto linguistico dà origine a problemi interpretativi al fine di garantire l'efficacia dell'ordinamento europeo e la tutela dei diritti fondamentali.¹⁵

Sul piano teorico molti studiosi che hanno riflettuto sul rapporto tra linguaggio e giustizia, hanno proposto di utilizzare come paradigma ermeneutico il processo etico della traduzione. Continuando il discorso sull'importanza di un'interpretazione del diritto europeo espresso nelle diverse lingue della comunità, che è poi il metodo teleologico utilizzato dalla Corte di Giustizia e affermato nella nota sentenza CILFIT sulla dottrina dell'*acte clair*¹⁶, sono di grande impatto le riflessioni recenti di giuristi e linguisti sull'affermazione a livello giurisprudenziale europeo del cosiddetto precedente sul piano linguistico, dovuto in parte alla stabilizzazione di una lingua a livello istituzionale in formule fisse, che inciderebbe anche sul piano sostanziale e quindi sull'evoluzione di precedenti giuridici nella trama della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, appare evidente l'importanza della formazione linguistica dei giuristi che avrebbero più consapevolezza delle tradizioni giuridiche dei sistemi in cui operano, evitando così di ridurre in formule fisse, e spesso usate impropriamente, la ricchezza di una cultura giuridica espressa dalla lingua. I più autorevoli comparatisti, tra tutti Rodolfo Sacco¹⁷,

¹⁴ Si veda sul punto R. NOBLES e D. SCHIFF, *Legal Pluralism: a Systems Theory Approach to Language, Translation and Communication*, in M. FREEMAN, F. SMITH, *Law and Language*, cit., pp. 100-114.

¹⁵ Si veda tra tante CGUE, C-9/79, *Marianne Wörsdorfer, nata Koschniske v. Raad van Arbeid*, decisione del 12.7.1979, ECR 2717; Corte di Giustizia europea, *Skoma-Lux*, C-161/06, 11 dicembre 2007; Corte di Giustizia europea, *Erich Stauder v. City of Ulm - Sozialamt*, C-29/69, 12 novembre 1969, par. 3-4.

¹⁶ Corte di Giustizia europea, sentenza del 6 ottobre 1982, *SRL CILFIT e Lanificio di Gavardo S.p.a. vs. Ministero della Sanità*, C-283/81.

¹⁷ Si veda tra tutti R. SACCO, *La traduzione giuridica*, in U. Scarpelli, P. Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, cit., p. 491.

hanno insistito sulla relazione tra diritto comparato e traduzione giuridica affrontando nel merito le varie tecniche di resa sia dei concetti di diritto europeo a livello nazionale che quella dei concetti giuridici presi dagli Stati membri e utilizzati a livello sovranazionale. L'approccio non è solo di tipo verticale, ma anche orizzontale, ossia a livello della comparazione giuridica tra i diversi ordinamenti, dove uno dei problemi principali resta quello dell'equivalenza a livello concettuale prima che linguistico.

Nella consapevolezza che la lingua sia un elemento creativo del diritto, si deve ragionare sui fattori che rendono complessa la traduzione giuridica: il linguaggio del diritto assorbe le diverse tradizioni giuridiche delle quali diventa espressione; il linguaggio è lo stesso modo di manifestarsi del diritto¹⁸. Una delle caratteristiche che distingue la traduzione giuridica da quella degli altri linguaggi specialistici, a parte, come detto, l'essere espressione di una cultura giuridica profondamente radicata, è il fatto che il linguaggio giuridico, a differenza degli altri linguaggi tecnici, non solo è un mezzo usato per esprimere il diritto, ma è il mezzo attraverso il quale questo si manifesta. Quello che contribuisce a complicare la traduzione sono proprio le caratteristiche di tale linguaggio come la polisemia, il carattere performativo, il ricorso a astrazioni e nominalizzazioni, la natura retorica del discorso giuridico. Ulteriore caratteristica è la vaghezza della lingua del diritto, così come la molteplicità di significati degli enunciati normativi, tratti che incidono sul piano della traduzione giuridica e, dunque, dell'armonizzazione linguistica e concettuale del diritto europeo.¹⁹

Da una maggiore consapevolezza - dunque - delle caratteristiche del linguaggio giuridico, nonché della necessità oggi, in un contesto europeo, di studiare il diritto così come espresso in lingue diverse dalla nostra, nonché nella lingua del legislatore europeo, deriva una maggiore conoscenza dello stesso fenomeno giuridico. Non è un caso se i comparatisti, che studiano il diritto di altri ordinamenti, sono stati i primi a confrontarsi con l'importanza della traduzione e a metterne in luce le criticità. Tanto che gli stessi dubbi che oggi riguardano il diritto comparato come materia autonoma²⁰ si estendono in parte alla conoscenza delle lingue e

¹⁸ R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 7: "Il diritto è un fenomeno linguistico".

¹⁹ Consapevolezza che è espressa magistralmente da U. SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVI, Utet, Torino, 1969, pp. 978-999: "Il linguaggio giuridico [...] è in tutti i Paesi di avanzata civiltà il frutto di una secolare opera di ricostruzioni parziali all'interno dei linguaggi naturali".

²⁰ M. ANDENAS e D. FAIRGRIEVE, *Courts and Comparative Law. In Search of a Common Language for Open Legal Systems*, in Id. (a cura di), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press,

quindi della terminologia specifica del proprio settore di riferimento, chiedendosi se questa possa considerarsi in effetti una competenza o piuttosto una necessità.

Davanti alla diversità (anche) linguistica dei testi giuridici è necessario richiamare uno degli aspetti fondamentali della pratica del diritto, nonché uno dei fondamenti della sua genesi: la relazione con l'altro. Si apre così la strada alla dimensione etica della traduzione, esercizio di responsabilità che presuppone un decentramento da sé stessi, verso l'altro. Il processo traduttivo diventa così un paradigma che può essere applicato al di là dell'ambito linguistico, in una società dalle complesse trame pluralistiche in cui i rapporti tra le diverse parti necessitano sempre più di fondazioni etiche oltre che normative, al fine di una maggiore coesione anche in un'ottica di conflittualità. Il tema dell'impossibilità della traduzione²¹ non nega la sua fattibilità, ma afferma l'impossibilità di raggiungere un'identità tra diversi sistemi linguistici e richiama il tema stesso della comprensione dell'altro. Quando l'altro è inteso come l'autore del testo, si riflette allora necessariamente anche sulle pratiche interpretative²², nonché sul rapporto tra giustizia e diritto. La distanza tra la sfera fattuale e quella normativa, di cui si fa esperienza quotidianamente, non può essere motivo di scoraggiamento nella ricerca della soluzione migliore affinando le proprie capacità di affrontare la dimensione tragica, così come intesa presso gli antichi Greci, nella quale si è costretti a prendere una decisione²³. In generale, non si può cercare di isolare i tratti che caratterizzano i

testi giuridici da un punto di vista linguistico, quali i registri, le strutture sintattiche e semantiche, la terminologia, senza la consapevolezza delle tensioni che attraversano la lingua del diritto rispetto a quella di altri saperi specialistici, dal momento che le comunicazioni linguistiche produttive del diritto promanano non solo dai testi normativi, ma anche dal formante culturale.

Queste riflessioni originano da una considerazione fondamentale: l'incomprensione dei testi giuridici in lingue diverse, da parte del giurista e del traduttore, è dovuta alla mancanza di conoscenza del sistema giuridico e della relativa cultura giuridica più che dei singoli elementi lessicali²⁴. Come ci ricorda White, uno dei maggiori ostacoli alla comprensione dei principi che ispirano un ordinamento giuridico e delle sue norme può essere costituito dalle convenzioni implicite attraverso cui il linguaggio funziona: "*The most serious obstacles to comprehensibility are not the vocabulary and sentence structure employed in law, but the unstated conventions by which language operates*"²⁵.

Il modello ermeneutico della traduzione sposta la nostra attenzione sulla differenza più che sulla mera ricerca dell'equivalenza, sul principio di ospitalità più che su quello di fedeltà²⁶ a un modello unico, sia esso linguistico o culturale, e sul movimento, il passaggio insito alla traduzione, più che sulla stasi. La comprensione tra linguaggi diversi deve avvenire senza cancellare la distanza che costituisce la loro relazione o, meglio, è possibile solo a patto che questa distanza si riconosca e preservi, al fine di evitare l'assunzione di ogni posizione dominante. Come non intravedere altrimenti il rischio di una seconda Babele, facendo riferimento all'interpretazione del mito che vuole il racconto essere una metafora della rabbia di Dio contro la posizione dominante, anche a livello linguistico, assunta dal popolo semitico. "L'equivalenza nella differenza è il problema centrale del linguaggio e l'oggetto fondamentale della linguistica. Come ogni destinatario di messaggi verbali, il linguista agisce da interprete di questi messaggi."²⁷ Proprio a partire da

Oxford, 2015, p. 3: "Comparative law challenges some traditionalists who regard legal method in a dualist paradigm, relying on the autonomy of their legal system. At the same time, the ever more extensive use of comparative law challenges comparative law as an academic discipline and as a method". Già nel 1965 Otto Kahn-Freund si interrogava sulla necessità di un'apertura nello studio del diritto, e in particolar modo del diritto comparato, alle altre discipline, ritenendolo dunque un metodo più che una materia autonoma. Oggi, con le trasformazioni politico-economiche su scala globale tale conclusione sembrerebbe ancora più evidente, data l'apertura e i contatti tra i diversi ordinamenti giuridici che creano l'esigenza di conoscersi: "One of the main attributes of that heritage is the idea or perception that comparative law is not in any way a separate or ring-fenced area of legal studies; it has open borders, so that legal scholars can enter or leave the state of comparative law without elaborate identity papers".

²¹ M. MORRIS, *Foreword*, in N. SAKAI, *Translation and Subjectivity*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1997, XIII: "Translation is a practice producing difference out of incommensurability rather than equivalence out of difference"; J. DERRIDA, *Le Monolinguisme de l'autre*, Galilé, Parigi, 1996, p. 103: "La traduction est un autre nom de l'impossible".

²² Le riflessioni di Gadamer sulla traduzione linguistica sono un'indagine che ha permesso di approfondire gli studi sulla stessa interpretazione giuridica. Si veda tra tutti H. G. GADAMER, *Dall'ermeneutica all'ontologia. Il filo conduttore del linguaggio*, in S. Nergaard (a cura di), *Teorie contemporanee della traduzione*, Bompiani, Milano, 1995,

²³ R. C. Van Ooyen e M. M. H. Möllers, *Verfassungs-Kultur*, cit., nella quale sono riportate le parole di Habermas: "Quando si è un po' più ottimisti rispetto alla realtà osservata dall'esterno, si può

far diventare questa realtà un po' migliore di quanto essa sia [...]. Quando [invece] si vede la realtà solo come essa appare, la si rende peggiore di quella che potrebbe essere. Con ciò, si omette di cogliere un compito specifico della normatività".

²⁴ Cfr. H. JACKSON, *Discovering Grammar*, Pergamon Press, 1985, p. 48 "[L]ack of knowledge of the system, rather than lack of knowledge of individual lexical items, [...] produces this effect".

²⁵ J. B. WHITE, *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*, in *Texas Law Review*, 60, no. 3, 1982, p. 423.

²⁶ «Pour comprendre l'autre, il ne faut pas se l'annexer, mais devenir son hôte», qui inteso nella duplice accezione che è possibile esprimere in diverse lingue romanze, come il francese e l'italiano, di chi riceve e di chi è ricevuto: P. RICOEUR, *Le paradigme de la traduction*, cit., p. 18.

²⁷ R. JAKOBSON, *Aspetti linguistici della traduzione*, in S. Nergaard (a cura di), *Teorie contemporanee della traduzione*, Bompiani, edizione digitale, Milano, (2013).

questa riflessione su una somiglianza che si può trovare solo nella differenza, Ost propone di adottare il modello della traduzione come paradigma per uno dei discorsi giuridici che per eccellenza tiene insieme l'universale e il particolare e che anima per questo diverse discipline, quello sui diritti umani; discorso che si rende possibile solamente scartando sia l'assimilazione che la neutralizzazione delle differenze. Le società moderne sono altamente differenziate e la situazione che si crea dopo Babele per le lingue, si intensifica rispetto alla differenza dei valori e quindi delle stesse istanze di giustizia. Ciò al quale bisogna trovare una soluzione non è la pluralità delle lingue e dei valori, bensì i principi di composizione che li tengono in armonia, e il modello da seguire è dato dalle potenzialità intrinseche al processo traduttivo attraverso il quale si rigetta sia l'idea dell'intraducibilità di culture differenti che l'idea del dominio di una lingua unica, una minaccia sempre presente che sigilla un dominio politico e economico "[D]ans un monde post-babélien, ce ne sont ni les langues ni les savoirs ni les valeurs qui font défaut, mais bien les principes de composition qui puissent les harmoniser et les hiérarchiser. Autrement dit : une capacité généralisée de traduction, si du moins nous nous accordons à rejeter tant l'irréductible dispersion dans une série d'idiomes et cultures mutuellement incommensurables, que l'alignement sur une langue dominante unique qui aurait tôt fait d'étouffer toutes les autres. À la vérité, nous n'avons pas le choix : la septième cité sera celle de la traduction. Son dieu tutélaire pourrait être Hermès : non pas le dieu des voleurs qui détourne les échanges à son profit, ni même le dieu de la communication [...] mais un Hermès traducteur, pratiquant l'art difficile de l'hospitalité".²⁸

Il modello della traduzione ci invita a riflettere all'interno di una prospettiva etica, e quindi teleologica, che precede e ingloba quella morale. Nel mondo globale, le relazioni umane e giuridiche sembrano organizzarsi intorno a spazi che si presentano come delle città separate e destinate ad attività specifiche, tra queste prende forma la "città della traduzione", che può essere un modello per le altre, nella quale bisogna discutere in termini di fondamenti etici più che di prescrizioni normative, perseguendo il fine principale di un dialogo.

²⁸ F. OST, *Traduire: défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, 2009, p. 36: "Dans un monde pluraliste prévalent en effet différents principes de justification qui donnent naissance à des «cités» spécifiques [...] pas moins de six cités sont ainsi distinguées : la cité inspirée (fondée sur la grâce), la cité de l'opinion (basée sur la renommée), la cité marchande (construite sur la valeur des biens rares), la cité domestique (soudée par la fidélité et la loyauté), la cité civique (articulée par la volonté générale et la loi positive), et enfin la cité industrielle (vouée à la poursuite de l'utilité et de la performance)".

LO SCAFFALE

*Una forma di Stato a regionalismo differenziato?
Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116,
III comma, Cost. di Lorenza Violini,
Giappichelli, Torino, 2021*

Recensione di LORENZO ABAGNARA

L'opera è introdotta dall'A. evidenziando che “spesso la narrativa sul regionalismo differenziato, fatta propria in sede politica, è stata essenzialmente mossa dalla volontà di ottenere consensi, mancando invece una prospettiva più tecnica – e ad un tempo più realistica – che intenda cioè la differenziazione come uno strumento di efficientamento delle politiche regionali, nel tentativo di ridare alle Regioni stesse la loro dignità di enti non solo capaci di produrre leggi ma anche di porre in essere un'Amministrazione al servizio del cittadino perché più vicina ad esso”. “Questa linea di lavoro, finalizzata ad analizzare la realtà concreta e le potenzialità del percorso di differenziazione, al di là dei proclami e degli intenti dei partiti” costituisce, per ammissione dell'A., una “costante della ricerca, caratterizzata dall'ascolto attento ma disincantato della comunicazione politica in materia e ad un tempo dal tentativo di approfondire le richieste effettivamente portate avanti dai corpi burocratici statali e regionali, entrambi attenti ad assecondare la politica pur senza stravolgere l'insieme dei compiti legislativi ed amministrativi che su di essi incombono” (introduzione, XV).

Il volume è diviso in tre parti. La prima parte dedicata ai primi passi del processo di differenziazione relativi al periodo 2006-2015 è suddivisa a sua volta in quattro capitoli. In particolare, nel primo capitolo si parla della richiesta di attuazione del regionalismo differenziato come rimedio al fallimento della riforma costituzionale del 2006. In esso l'A. fa emergere che “i pochi elementi di interesse provengono dall'iniziativa politica regionale che tenta di resistere proponendo di dare attuazione all'art. 116 III comma e alla progettazione legislativa messa in atto dal Governo che invece punta sulla riforma del testo unico degli enti locali e a dare finalmente vita, con l'accordo delle Regioni, al federalismo fiscale” (p. 4). Evidenzia, inoltre, le prime iniziative avanzate da alcune Regioni, che da subito hanno cercato nuove vie per modernizzare i propri poteri e i propri apparati. Riporta, a tal riguardo, l'esempio dei procedimenti avanzati dalla Regione Piemonte, dalla Regione Veneto e dalla Regione Lombardia rimarcando che le Regioni si prefiggono come scopo quello di porre in essere “una vera e propria svolta, finalizzata all'attuazione delle riforme costituzionali del 1999 e del 2001” al fine di “essere fedeli allo spirito di una riforma che, se attuata, avrebbe dovuto portare a una

modifica della forma di Stato” (p. 11). Si ricostruiscono, inoltre, le diverse reazioni della dottrina alle scelte regionali: vi è chi enfatizza l'importanza del regionalismo differenziato, come nuovo modello da opporsi all'obsoleto e inefficiente regionalismo dell'omogeneizzazione, e chi prende le distanze dalle proposte regionali e mette in guardia contro le tendenze disgregatrici in esse presenti.

Nel secondo capitolo l'A. illustra lo stato di fatto delle Regioni, regolamentate in modo uniforme solo sulla carta, ma nella realtà profondamente solcate da disparità economiche cui lo Stato non ha provveduto a porre rimedio. Considerazioni che giungono ad indentificare una prima tesi in merito alla differenziazione tra Regioni, ossia, “il regionalismo differenziato comporta primariamente una riflessione sul ruolo non delle Regioni ma dello Stato centrale e mette sul tappeto la questione della capacità di questo livello di Governo di governare la diversità, consentendola là dove essa incrementa il benessere e il progresso e combattendola là dove invece essa porta con se conseguenze perniciose per il Paese” (p. 16). L'A. pone una serie di interrogativi che evidenziano come il modello di regionalismo differenziato introduce nel sistema importanti elementi di novità che “spaziano dalla definizione del modello di rapporto tra i diversi livelli di governo alle logiche che dominano il sistema delle fonti alle modalità di riparto di compiti e funzioni tra centro e periferia” (p. 19). Inoltre, individua le condizioni per mantenere in equilibrio uniformità e differenziazione ed evidenzia che la condizione fondamentale perché il processo di differenziazione sia positivo per il sistema nel suo complesso è che esso “venga vissuto nello spirito della leale collaborazione possibile solo a fronte di un cambiamento culturale nei rapporti tra i diversi livelli di Governo, che scardini la reciproca diffidenza che poi si riscontra anche in sede di conflitto costituzionale, in forza del quale molti tentativi di innovazione compiuti in sede regionale sono stati fermati a livello centrale” (p. 21). L'A. conclude sottolineando che il Governo subisce le richieste regionali non percependone “il potenziale positivo ma restando fermo all'idea che la differenziazione sia espressione di un *minus* di statualità e di coerenza del sistema” (p. 21), adducendo come prova di tali resistenze del Governo gli accordi che nel corso del tempo hanno portato sistematicamente ad un nulla di fatto. Occorre pertanto mettere in chiaro le condizioni in base alle quali un lavoro di confronto tra livelli sia utile al sistema nel suo complesso. L'auspicio è che “sarebbe meglio valorizzare la spinta di alcune Regioni volta a smuovere il moloch delle istituzioni centrali” (p. 22).

Nel terzo capitolo si riflette sul concetto di forma di regione, sui principi fondamentali statutari e sulla loro effettività a partire dall'interrogativo che si pone l'A.: “verso una forma di stato a regionalismo differenziato?”. L'A. si pone come primo interrogativo se tra forma di Stato e forma di Regione vi è contrapposizione o integrazione evidenziando l'importanza delle leggi costituzionali nn. 1/1999 e

3/2001 che hanno immesso nella Carta del 1948 elementi innovativi destinati ad incidere profondamente sul versante dei rapporti tra l'istituzione Regione e la comunità. Prosegue evidenziando che l'integrazione tra la “forma di Regione” e la “forma di Stato” sia la strada ineludibile: solo una concezione sostanziale della forma di Regione, infatti, produrrebbe una “più ampia accezione di autonomia che potrebbe consentire di configurare entro lo stesso Stato diverse modalità di attuazione della stessa, e quindi diverse e più articolate forme di Regione le quali, a loro volta, potrebbero entrare, direttamente o indirettamente, a determinare la forma di Stato” (p. 31). In tal modo, in sostanza, le diverse realtà regionali o in virtù della nuova stagione statutaria (successiva al mutamento della forma di governo) ovvero in conseguenza dell'attivazione e conclusione della procedura di cui al 116, comma III, potrebbero “entrare a caratterizzare la forma di Stato nel suo complesso, in cui il modello costituzionale venga ulteriormente definito dai diversi elementi di differenziazione emergenti dalle diverse forme di Regioni” (p. 32). L'A. conclude il capitolo dedicando ampio spazio alla forma di Regione nella giurisprudenza costituzionale sulle “norme programmatiche” dei nuovi statuti regionali (p. 37). Secondo l'A., allo scopo di munire di un contenuto definito la “forma di regione”, occorre appurare se e in che modo i “nuovi” contenuti statutari siano condizionati, sia nelle diverse realtà che nell'ordinamento nazionale, dall'interposizione della Corte costituzionale. Sotto alcuni aspetti è indubbio che le Regioni, pur tra mille difficoltà abbiano legiferato e, sotto altri aspetti è altrettanto noto come la Corte abbia inquadrato, pur tra molte critiche, le formule programmatiche nell'area del non-normativo. Il che condurrebbe a sostenere che “la forma di regione sarebbe determinabile anche in sede statutaria tramite norme programmatiche vincolanti, purché esse rispettino l'assetto delle competenze stabilito in Costituzione e non cerchino di venire meno all'armonia con la stessa che l'art. 123 non manca di ribadire pur a fronte di una profonda riforma del regionalismo italiano” (p. 56). Inoltre, le classi politiche regionali potranno “prendere posizione su questioni costituzionalmente ancora controverse (...) ma non potranno spingersi fino a configurare forme di Regione palesemente alternative alla matrice costituzionale da cui esse traggono la loro legittimazione sostanziale” (p. 56). Dunque, il diritto politico che proviene dai territori rimane, pur in presenza di una giurisprudenza costituzionale che, inevitabilmente, è portata a far prevalere il diritto costituzionale formale, ma mai fino al punto di negare il *proprium* regionale: non a caso, nelle pronunce della Consulta si riscontrano forti sottolineature della non assimilabilità degli statuti regionali alle Carte costituzionali nazionali, cosa che consente alla Corte di distinguere tra le norme programmatiche nazionali – pienamente norme – e i programmi “regionali” (p. 57). La lettura “benevola” della giurisprudenza costituzionale consente tuttavia all'A. di

stemperare aspetti e percorsi della Corte che, assunti in altra prospettiva, sarebbero probabilmente fortemente ostacolanti il percorso non solo del regionalismo differenziato, ma altresì di un regionalismo maturo. La vicenda paradigmatica è, appunto, quella delle norme programmatiche degli statuti regionali, che, secondo l'A., pur in presenza di pronunce assertive può comunque essere inquadrata in un percorso di definizione dei limiti del potere politico regionale, piuttosto che in quello della sua negazione.

Il quarto ed ultimo capitolo della prima parte analizza quanto è accaduto nella fase immediatamente successiva alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale. L'A. profila "il consueto intreccio tra diritti, competenze e finanziamenti che si presenta nel momento in cui occorre dare attuazione a nuove situazioni di fatto e ai c.d. nuovi diritti, sovente imposti dal progresso scientifico e dall'evoluzione dei costumi e delle culture" (p. 62). Evidenzia, inoltre, sia le diverse iniziative adottate dalle regioni in fase di prima attuazione della sentenza che il documento delle Regioni del 14 settembre 2014, finalizzato a "rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale" (p. 72). L'A. conclude rimarcando la necessaria congruenza tra i livelli essenziali delle prestazioni e il loro finanziamento, al fine di "avere un quadro unitario in cui comporre le diverse scelte regionali in materia e per organizzare al meglio non solo i servizi ma anche le modalità per finanziarli" (p. 84).

La seconda parte del volume è intitolata "Il primo nucleo delle richieste regionali all'indomani dei referendum del 22 ottobre 2017: le regioni protagoniste" ed è suddivisa in due capitoli. L'A., nel corso del primo capitolo, esamina criticamente la storia che ci ha condotto fino a questa tappa del percorso regionale (p. 89). Si sofferma, inizialmente, sul "momento di rottura" individuato sul piano politico con la legge costituzionale n. 1/1999 e sul piano amministrativo con il c.d. "processo Bassanini". Ricorda, a tal riguardo, l'esperienza della "vivace" regione Lombardia, il cui Consiglio regionale, il 15 settembre 2000, approvò la DCR n. VII/0025 recante una proposta di indizione di un referendum consultivo per il trasferimento delle funzioni statali in materia di sanità, istruzione anche professionale nonché di polizia locale. La risposta del Governo fu immediata: il 5 dicembre 2000 il Presidente del Consiglio dei ministri depositò presso la Corte costituzionale un conflitto di attribuzione. In seguito, il 5 aprile 2001, la Corte rigettò l'istanza di sospensione della deliberazione dando un segnale positivo alla strategia regionale. Evidenzia, inoltre, come la volontà da parte della Regione Lombardia di procedere al referendum consultivo non trovò collaborazione da parte del Governo, che rifiutò la stipula di intese. L'A. prosegue descrivendo i tentativi di attuazione dell'art. 116 III comma Cost., da parte della Regione Lombardia, in particolare il procedimento attivato dal Consiglio Regionale con l'O. d. G. n. 189

del 27 luglio 2006, che dopo aver attraversato varie fasi vide anche "un'apertura" da parte del Governo ma si concluse "senza risposta" sia da parte del Governo Prodi che dal successivo Governo Berlusconi (p. 96). L'A., pone pertanto, in risalto un assetto importante del regionalismo italiano, la sua natura intrinsecamente cooperativa e la contrapposizione della riforma del 2001 che si orienta nella direzione di un regionalismo competitivo (p. 98). Inoltre, descrive le successive iniziative referendarie della Lombardia e del Veneto e il progetto politico dell'Emilia Romagna. Conclude, analizzando gli scenari post-referendari del 2017, evidenziando che le richieste referendarie "non riguardavano tanto un incremento delle competenze quanto un esercizio corretto dei poteri dello Stato" (p. 105).

Nel secondo capitolo l'A. con dovizia di particolari ripercorre le importanti iniziative successive al referendum del 22 ottobre 2017 sino all'ottobre del 2018. Si sofferma sulla richiesta di "maggiore autonomia" avanzata da alcune regioni italiane (Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna), evidenziando i diversi motivi storici e sociali nonché le similitudini e le differenze. Ampio risalto lo riserva ai vari aspetti problematici di ieri ed oggi relativi all'impianto normativo dell'art. 116 III comma ed al conseguente rapporto tra Regioni e Governo. Accenna, quindi, alla storia della rivendicazione dell'autonomia, illustrando i motivi del d.d.l. "Lanzillotta" del 2007/2008 e del successivo mancato compimento del processo, con conseguente "silenzio" durato circa un decennio (p. 130). Inoltre, si sofferma sulla situazione successiva al Referendum che ha riportato alla ribalta la differenziazione regionale, attirando l'attenzione anche del Governo, in particolare con l'intervento del Sottosegretario agli Affari Regionali On. le Bressa. Interessante è a tal riguardo l'iter seguito per giungere alla stipula di "Accordi preliminari" tra Regioni e Governo, con l'illustrazione della posizione del Governo (p. 132) e delle Regioni più "attive", ossia Emilia Romagna, Lombardia e Veneto. A tali "Accordi preliminari sull'autonomia differenziata" del 28 febbraio 2018, firmati a Palazzo Chigi tra Governo e regioni Emilia Romagna, Lombardia e Veneto, l'A. dedica un articolato spazio di analisi, soffermandosi, in modo dettagliato, sulla parte generale dei c.d. "preaccordi", nonché sugli allegati: tutela e sicurezza del lavoro; istruzione; tutela della salute; tutela dell'ambiente e dell'ecosistema; rapporti con l'Unione Europea.

L'A. prosegue ripercorrendo la nuova "spinta" che è stata data al processo di differenziazione con la XVIII Legislatura. Chiare e determinate furono le dichiarazioni rilasciate l'8 agosto 2018 dalla Ministra per gli Affari Regionali Erika Stefani "entro la fine dell'anno auspicio di arrivare alle leggi sull'autonomia per quanto riguarda la regione Lombardia, Veneto e Emilia Romagna". Nel giro di pochi mesi la situazione divenne assai variegata: Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna riproponevano le storiche rivendicazioni; sette regioni ordinarie conferivano

formalmente al Presidente l'incarico di chiedere al Governo l'avvio delle trattative per ottenere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia (Campania, Liguria, Lazio, Marche, Piemonte, Toscana e Umbria); tre regioni assumevano iniziative preliminari, consistenti nell'approvazione di atti di indirizzo, ma senza tuttavia giungere al conferimento di un mandato (Basilicata, Calabria, Puglia), mentre soltanto due Regioni, Abruzzo e Molise, non intrapresero iniziative formali per l'avvio della procedura ex art. 116, terzo comma, Cost. Nel concludere la ricognizione storica l'A. analizza anche la posizione problematica delle Regioni del Sud e, più in generale, evidenzia il tema centrale che, come un fiume carsico, riemerge continuamente ogni volta che si cerca di attuare l'art. 116 comma III: la problematica dell'uniformità da calibrare con le differenze (p. 172). È questo, infatti, il punto vero di tutta la questione, poiché è innegabile che sottotraccia rimane il tema cruciale del rischio di uno Stato centrale, che non riesca a gestire la "doppia velocità" e che non sia in grado di assicurare, per un verso, le condizioni del regionalismo differenziato e, per altro verso, alle Regioni non differenziate, adeguati livelli di prestazione nei servizi essenziali (p. 174).

La terza ed ultima parte si intitola "Il dibattito *in fieri* in materia di regionalismo differenziato: osservazioni su una *never-ending story*" ed è suddivisa in quattro capitoli. Il primo capitolo pone un interrogativo: "L'art. 116 III comma Cost.: una modifica genetica?". La ricostruzione di quanto accaduto viene, infine, utilizzata allo scopo di evidenziare i "non pochi elementi problematici, dovuti quasi certamente alla tumultuosità dell'intero processo di approvazione della novella costituzionale che ha riformato il Titolo V, Parte seconda della Costituzione, processo che – condotto sotto la pressione delle imminenti scadenze elettorali nazionali – ben poco tempo aveva lasciato ad una riflessione attenta sul disegno nel suo complesso e ad una formulazione accurata delle singole regole" (p. 177). Pur riconoscendo una finalità legittima e sotto alcuni aspetti lungimirante all'art. 116 III comma, la disposizione è stata da subito sottoposta a critiche sia per la grande quantità di materie in cui si sarebbe potuta realizzare la differenziazione che per quanto previsto con riferimento all'approvazione della legge recettiva dell'intesa (p. 180). L'A. mette in evidenza che nonostante l'incerta formulazione del testo, il primo tentativo di attuazione è stato fatto dalla Regione Toscana. Il capitolo si conclude con una riflessione relativa all'unica via per ottenere risultati condivisi che è quella del dialogo razionale e costante.

Il secondo capitolo focalizza l'attenzione sui procedimenti per l'attuazione del regionalismo differenziato ripercorrendo il suo travagliato percorso sin dall'introduzione (ossia dal "primato" della Regione Toscana che nel 2003 ha promosso la prima richiesta al Governo) per giungere alle bozze di intesa annunciate nel maggio 2019; sottolinea, inoltre, le risposte che sin dal principio sono state elaborate

a livello centrale nonché l'atteggiamento di inerzia che sostanzialmente hanno assunto tutti i Governi che si sono susseguiti nel corso anni (p. 190). L'A. prosegue illustrando il cammino del regionalismo differenziato intrapreso dalla nuova maggioranza "giallo – verde", che aveva previsto al punto 20 del "Contratto per il Governo del cambiamento": "sotto il profilo del regionalismo l'impegno sarà quello di porre come questione prioritaria nell'agenda di Governo l'attribuzione di maggiore autonomia in attuazione dell'art. 116 III comma della Costituzione" (p. 193). Gli elementi problematici sono di non poco conto: Il "fragile dettato della norma costituzionale"; "l'assenza di una chiara procedura che, in mancanza di una legge di attuazione condivisa, non ha ancora trovato una determinazione definitiva"; "il prevalere di quell'anima centralistica caratterizzata da una mancata sensibilità politica verso il tema o da un eccessivo timore verso le richieste delle Regioni" (p. 195). In virtù di tali elementi, poi, le Regioni "si sono arroccate su una visione massimalista della differenziazione, tramite il linguaggio ormai noto di una retorica autonomistica assunta a vessillo di una logica di contrapposizione con lo Stato centrale e con le altre Regioni, logica che finisce per preludere a continui rinvii e alla fine ingloriosa del percorso" (p. 196). L'A. giunge ad un giudizio conclusivo più che condivisibile: "Insomma, sembra sino ad ora assente, sia nell'approccio statale che in quello regionale, quella cultura positiva e condivisa della differenziazione, che vede quest'ultima come il motore propulsivo di un cambiamento di cui tutti possono giovare, una cultura dunque capace di neutralizzare i timori – spesso infondati – di fughe in avanti e di spoliamento delle Regioni del Sud" (p. 196). Particolarmente interessante poi è la riflessione dell'A. in merito al superamento dei nodi rimasti irrisolti: 1. il tema delle materie potenzialmente trasferibili che lascia aperti dubbi interpretativi assai rilevanti (p. 197); 2. la tipologia della legge che accorda la differenziazione (p. 198); 3. il ruolo del Parlamento (p. 199); 4. il ruolo della Conferenza Stato-Regioni (p. 200); 5. il ripensamento del ruolo dello Stato nel governo della differenziazione (p. 205). Conclude ponendosi se la differenziazione comporti un "rischio di frantumazione", prendendo come esempio la sanità, e rilevando come "una proficua e innocua attuazione della differenziazione (...) sia priva di effetti collaterali pericolosi per l'eguaglianza tra Regioni e l'unità dei servizi ma che possa anche rappresentare l'occasione di esportare e far conoscere modelli virtuosi di successo, potenzialmente espandibili in altre realtà regionali" (p. 208).

Nel corso del terzo capitolo evidenzia il processo di differenziazione dinnanzi ai mutamenti dell'assetto del Governo, ed in particolare le differenze del percorso di attuazione registratosi sotto il Governo "giallo – verde" (p. 212) e sotto il Governo "giallo – rosso" (p. 213). Conclude con uno sguardo rivolto al futuro: pur rimarcando che gli aspetti problematici ed ancora aperti sono molteplici ed il

processo di attuazione di una difficile e sofferta differenziazione pare ancora lontano dal realizzarsi, auspica un lavoro di “squadra” affinché l’attuazione dell’art. 116 III comma della Costituzione rifletta l’idea originaria di concedere alla Regione un reale strumento di crescita e di maggiore efficienza (p. 223).

Nell’ultimo capitolo l’A. volge uno sguardo all’attualità con particolare attenzione rivolta all’emergenza sanitaria che ha acuito i problemi dei rapporti tra i diversi livelli di Governo. L’epidemia ha dato nuova forza alle tensioni esistenti nel dialogo Stato – Regioni. Pertanto, occorre riflettere su quali conseguenze potranno riscontrarsi rispetto al prosieguo del progetto di differenziazione i cui tempi si stanno inevitabilmente allungando. L’A., guardando al futuro, evidenzia che è necessario ricostruire il percorso di attuazione dell’art. 116 III comma, Cost., al fine di arrivare a prefigurare quello che potrà essere il destino della differenziazione, avvertendo che occorre tener distinta la dimensione politica delle richieste di maggiore autonomia dal contenuto delle stesse, declinate prevalentemente come richieste di funzioni amministrative (p. 234). Riperkorrendo, infine, le tappe principali che hanno condotto alla situazione attuale, in particolare le intese del febbraio 2019, le pre-intese del febbraio 2018, i problemi procedurali irrisolti comuni alle diverse fasi e la necessità di una legge generale di attuazione dell’art. 116 III comma Cost., giunge all’illustrazione dello schema presentato dal Ministro per gli Affari Regionali del “nuovo” Governo “giallo-rosso” nella seduta del 2 ottobre 2019, il quale aveva esposto le linee del nuovo Governo in materia ed aveva evidenziato la necessità di riprendere il processo (p. 248). L’A. conclude il volume dapprima con delle considerazioni in merito alle richieste avanzate in materia sanitaria dalle Regioni capofila, che “erano, tutto sommato, di ridotta dimensione e di scarso impatto sul sistema nazionale della sanità nonché lontane dalle tematiche relative alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni che riguardano i servizi da erogare e non l’organizzazione preposta all’erogazione dei servizi stessi” (p. 254); nonché con una riflessione sugli obiettivi, i metodi e gli approcci che hanno caratterizzato il processo di attuazione del regionalismo differenziato, anche e soprattutto in virtù degli ultimi drammatici avvenimenti che hanno colpito il nostro Paese. Evidenziando che se è vero che centralità e omogeneità non si traducono necessariamente e sempre in una maggiore garanzia di eguaglianza, la differenziazione non può divenire sinonimo di diseguaglianza, nella sua accezione più negativa, ma deve essere in grado di sviluppare diversità virtuose che siano motore per evitare altrettanti insidiosi appiattimenti verso il basso. È pertanto necessario un dialogo e una collaborazione tra i diversi attori in gioco, il tutto finalizzato a smorzare i toni della polemica politica ed a superare quegli stalli che hanno sino ad ora minato il percorso dell’autonomia. L’attuazione dell’art. 116, III comma, Cost., letto nell’ottica di risposta alle peculiarità e diversità delle singole

regioni, può ancora rivelarsi un utile strumento che, se accompagnato dalla consapevolezza che un allargamento delle funzioni e competenze deve essere sorretto da un aumento delle responsabilità, può portare ad una corretta attuazione della differenziazione, limitando i rischi di frammentazione politica e i divari nel godimento dei diritti fondamentali (p. 259).

L’interessante volume in esame ha, a modesto parere di chi scrive, molti meriti. Fra essi, il primo è quello di offrire, con dovizia di dettagli, una ricostruzione di quanto è accaduto fino allo scoppio della pandemia; il secondo è quello di aver analizzato, con grande equilibrio e terzietà, un tema che sin dall’ingresso del terzo comma dell’art. 116 nel testo costituzionale ha visto contrapporsi posizioni differenti, senza registrarsi alcuna capacità di confronto fra raggruppamenti ideologicamente contrapposti. Il tutto riportando (e questo mi pare il merito più importante) il dibattito nell’alveo suo proprio, che è tecnico prima ancora che politico, presupponendo un approccio metodologicamente orientato e non solo politicamente determinato.

*Cittadini oltre confine. Storia, opinioni e
rappresentanza degli italiani all'estero*, a cura di
S. Battiston, S. Luconi, M. Valbruzzi,
Il Mulino, Bologna 2022

Recensione di MARIA LANDRI

L'emigrazione dei nostri connazionali all'estero è un fenomeno in continua crescita, pur essendo cambiata nelle sue modalità e con riferimento alla tipologia di persone che espatriano, oggi sempre più spesso giovani e laureati.

Il volume qui presentato fornisce una fotografia aggiornata del fenomeno, dal punto di vista storico, sociologico, politologico e giuridico, favorita dall'eterogeneità di competenze scientifiche tanto dei suoi tre curatori che dei diversi co-autori: uno spaccato che consente di conoscere meglio la multiforme realtà degli italiani che vivono al di là dei confini nazionali, corredato anche da un'interessante indagine sulle loro opinioni rispetto a diverse tematiche politiche.

Centrali nella struttura del volume si presentano i contributi di natura giuspubblicistica, tenuto conto che *fil rouge* dell'opera è rappresentato dal tema del voto degli italiani all'estero, a poco più di vent'anni dall'introduzione nell'art. 48 Cost. ed a poco meno di due anni dalla riduzione del numero dei Parlamentari (l.cost. n. 1/2020), che ha tagliato in modo lineare il numero di Deputati e Senatori, compresi quelli eletti nella Circoscrizione Estero. Per i nostri connazionali nel mondo, in continuo *trend* di crescita (risultano iscritti nell'A.I.R.E., l'Anagrafe degli Italiani Residenti all'Estero, in oltre sei milioni e mezzo), infatti, questa riforma ha rappresentato di fatto un disconoscimento significativo, avendo essi visto drasticamente ridursi la propria rappresentanza nel Parlamento nazionale. Indubbiamente, la situazione da ultimo maturata va inquadrata nel clima di scetticismo, che si coglie diffusamente tanto nella dottrina, quantomeno giuridica, che nel mondo politico, in qualche modo giustificato da plurimi episodi di cattivo funzionamento del voto per corrispondenza, previsto dalla legge 27 dicembre 2001, n. 459. Non a caso, in entrambi i contributi a contenuto più propriamente giuridico, quello del Prof. Giovanni Tarli Barbieri (p. 43 ss.) e la postfazione del Prof. Marco Galdi (p. 265 ss.), si coglie, al di là delle criticità rilevate, un chiaro intento di consolidamento dell'istituto, attraverso la rassegna di possibili interventi correttivi e di riforma.

Il primo saggio ricostruisce in modo analitico la disciplina vigente del voto degli italiani all'estero, a partire dalla descrizione della sua genesi,

dall'inquadramento dell'istituto nel sistema delle fonti del diritto e nel contesto dei principi costituzionali, dall'analisi critica del sistema elettorale della Circoscrizione Estero (in cui si evidenzia, fra l'altro, la carenza di ogni previsione attuativa del principio di rappresentanza di genere), dalla verifica del tema con riferimento alle elezioni europee, regionali e comunali, e dalla considerazione delle riforme mancate, di quelle varate e di quelle, infine, auspiccate.

La postfazione, invece, si sofferma, fra l'altro, sulla possibilità di introdurre per la Circoscrizione Estero, sul modello estone, modalità innovative di democrazia elettronica. Molto interessante è, al riguardo, la proposta di affidare "a istituzioni internazionali particolarmente qualificate e credibili come, ad esempio, l'Unione internazionale delle telecomunicazioni (Itu, *International telecommunication union*, l'agenzia specializzata delle Nazioni unite per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione), il compito di organizzare il voto da remoto o, quanto meno, di verificarne la correttezza" (p. 269). Parimenti interessante è la prospettata necessità di provvedere con urgenza alla riforma delle regole sulla cittadinanza italiana, tanto con riferimento agli stranieri extracomunitari (introduzione dello *ius culturae*, anche nella sua versione più aggiornata dello *ius scholae*), quanto con riferimento agli "italiani residenti all'estero, che per conservare la cittadinanza, nel susseguirsi delle generazioni, parimenti e coerentemente, dovrebbero mantenere un legame con la madrepatria di natura quantomeno culturale e non solo, arcaicamente, «di sangue»" (p. 270 s.).

La lettura del volume, nelle complessità dei suoi contributi, favorisce la consapevolezza di quanto sia urgente, nell'interesse dell'Italia, sostenere i nostri connazionali all'estero, principali testimoni nel mondo della straordinaria cultura del Bel Paese.

I nuovi modelli dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, di Francesco Armenante, Giappichelli, Torino, 2022

Recensione di GIOVANNI SERGIO

La legislazione degli ultimi anni è intervenuta in profondità sui lineamenti del diritto amministrativo, anche in funzione di attuazione del diritto europeo, determinando quale nuovo paradigma dell'azione amministrativa il rapporto pubblico-privato che vede con *favor* la decisione concertata, tanto nella fase della manifestazione di interesse, che in quella negoziale.

La matrice "condivisa" della decisione pubblica diviene parte preponderante dell'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, nel rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità: la partecipazione diviene strumento propulsore dell'efficienza del potere autoritativo, incidendo il comportamento dell'operatore economico anche sugli atti prodromici alla decisione finale.

In questo solco si sviluppa il volume qui presentato in cui, tenendo conto delle novelle legislative di recente introdotte dal legislatore per superare la crisi pandemica (v. l'aumento delle soglie minime quali presupposti per utilizzare le procedure negoziate, di cui ai D.L. n. 76/2020 e n. 77/2021), l'Autore prospetta il rapporto pubblico-privato quale modello dell'azione amministrativa destinato nel tempo ad imporsi sull'archetipo che vede il soggetto quale semplice destinatario dell'azione dei pubblici poteri.

Attraverso questa lente, si opera un cambio di prospettiva: se la pubblica amministrazione continua ad agire nell'ottica del conseguimento dell'interesse pubblico, la sua azione è però sempre più connotata da un carattere confermativo/ablativo rispetto a quello propulsivo, quest'ultimo lasciato dal legislatore per lo più all'iniziativa dell'operatore economico. In altri termini, volendo utilizzare un illuminante sillogismo dell'Autore, *"quanto più l'amministrazione è partecipata, tanto più è istruita bene; quanto più è istruita bene, tanto più è motivata bene; quanto più è motivata bene, tanto più è legittima"*¹.

In questa prospettiva, si prendono le mosse dalla disamina dell'organizzazione dell'ente pubblico territoriale, sottolineando la natura elastica dello statuto quale

fonte normativa atipica e strumento di auto-organizzazione dell'ente; quindi, si analizza il pubblico impiego privatizzato, il ruolo dell'accesso all'informazione in possesso della pubblica amministrazione, la modalità di controllo *ex post* degli atti ad opera della stessa, nonché il tema del danno da ritardo.

Nel testo si nota una marcata interconnessione tra istituti apparentemente lontani, quali quelli del responsabile del procedimento e dell'accesso civico (semplice e generalizzato), ove le distanze si attenuano attraverso una lettura teleologicamente orientata dell'azione amministrativa: l'interesse pubblico è il fine cui è più semplice tendere se vi è un miglior rapporto tra la parte pubblica e quella privata, che inizia dal diritto di accesso alla documentazione da parte del privato, si sviluppa con l'individuazione di una figura che consente l'emersione della struttura interna della pubblica amministrazione, dando al cittadino la possibilità di interfacciarsi con un funzionario ben definito, approda a forme di auto-controllo degli atti amministrativi, volti ad elidere l'atto eventualmente viziato mediante provvedimenti di secondo grado con gli istituti dell'autotutela, della revoca, della rettifica ovvero con gli atti di conferma o meramente ricognitivi.

Il volume è, infine, arricchito da una parte, degna di nota, sugli effetti del diritto sovranazionale (*melius* europeo) sugli atti amministrativi interni, ove si pone l'accento sulla questione, spesso dibattuta in giurisprudenza, della contrarietà dell'atto amministrativo interno non ossequioso del precetto europeo, analizzando analiticamente la giurisprudenza che propende verso la tesi della disapplicazione e quella che arriva a configurare l'annullamento dell'atto. In questa ottica, si consiglia a quanti vivono quotidianamente la realtà dell'ente pubblico di non fermarsi, ai fini di una decisione, alla lettura della sola norma nazionale di riferimento, ma di andare oltre e di leggere quest'ultima attraverso le enucleazioni di principio rese dalla giurisprudenza europea, onde evitare inutili contenziosi.

È significativo come l'Autore, a chiusura di ogni capitolo, attraverso le "considerazioni conclusive", interloquisce, da un lato, con il lettore, invitandolo, con taglio pratico, ad un approccio critico dell'argomento trattato, e dall'altro, con il legislatore, al quale richiede una maggiore chiarezza e trasparenza del dettame normativo, onde ridurre qualsivoglia dubbio interpretativo.

Emerge con forza, in sostanza, l'esigenza di avere norme che siano effettivamente in grado di dirimere gli attuali conflitti, onde ridurre al minimo il contributo della giurisprudenza, cui deve ricorrersi solo in via marginale ed eventuale.

¹ F.Armenante, *I nuovi modelli dell'organizzazione e dell'azione amministrativa*, Giappichelli, 2022, p. 78.

SINTESI DEI CONTRIBUTI
ABSTRACT

Ambiente e Costituzione: speranza e disincanto

di QUIRINO CAMERLENGO

Questa breve riflessione verte sulla riforma costituzionale del 2022. L'affermazione del principio costituzionale di tutela dell'ambiente asseconda una domanda di protezione che da tempo è progressivamente emersa nella società italiana. Ma sarà sufficiente per riequilibrare le sorti di un complesso e difficile rapporto, quale quello tra natura e uomo? Oppure, occorre immaginare qualcosa di più radicale?

This brief reflection focuses on the constitutional reform of 2022. The affirmation of the constitutional principle of environmental protection supports a demand for protection that has gradually emerged in Italian society. But will it be enough to rebalance the destiny of a complex and difficult relationship, like the one between nature and human beings? Or, should we imagine something more radical?

La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi.

di MASSIMO CAVINO

L'articolo considera la modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione alla luce della teoria sui limiti alla revisione costituzionale escludendo che siano stati superati.

The article considers the amendment of Articles 9 and 41 of the Constitution in the perspective of limits to the constitutional review, excluding that they have been exceeded.

Art. 9 e diritti delle future generazioni

di ALFONSO CELOTTO

Dopo l'esplicita previsione nell'art. 9 Cost., il problema da porsi non è più se occuparsi dei diritti delle "generazioni future", quanto di chiarire cosa debba intendersi per "generazioni future", quali siano i diritti da tutelare e con quali modalità essi siano giustiziabili. Nel saggio si cerca di rispondere a queste domande, affrontando il tema in un'ottica diacronica e di diritto comparato, nonché soffermandosi sugli aspetti specifici della tutela ambientale e della sostenibilità finanziaria e dei conti pubblici.

After the explicit provision in art. 9 Cost., the problem to be asked is no longer whether to deal with the rights of "future generations", but to clarify what should be understood by "future generations", what are the rights to be protected and how they are justiciable. The essay seeks to answer these questions, addressing the issue in a diachronic and comparative law perspective, as well as focusing on the specific aspects of environmental protection and financial sustainability and public accounts.

La tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali: le ragioni e le potenzialità di una riforma

di ALESSANDRO MORELLI

Nell'articolo l'Autore affronta la questione della natura dichiarativa o costitutiva della legge costituzionale n. 1 del 2022, che ha introdotto tra i principi fondamentali della Costituzione la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, e una riserva di legge statale relativa ai modi e alle forme di tutela degli animali. Tale legge ha anche modificato l'art. 41 Cost. L'Autore mette in luce alcune possibili novità che potrebbero essere apportate dalla revisione costituzionale.

In the essay, the Author addresses the issue of the declarative or constitutive nature of the Constitutional Law no. 1 of 2022, which introduced the protection of the environment, biodiversity and ecosystems among the fundamental principles of the Constitution, also in the interest of future generations, and a reservation of State law relating to the ways and forms of animal protection. This law has also amended art. 41 of the Constitution. The Author highlights some possible innovations that could be brought about by the constitutional revision.

La modifica dell'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali

di ALFONSO VUOLO

Il saggio ha ad oggetto la modifica dell'art. 9 della Costituzione con specifico riguardo alla previsione che interessa la tutela degli animali. Viene considerato l'effettivo valore innovativo della novella alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale, interno e sovranazionale, in cui essa si colloca.

The essay concerns the amendment of art. 9 of the Constitution with specific regard to the provision that deals with the protection of animals. The actual innovative value of the novel is considered in light of the regulatory and jurisprudential framework, internal and supranational.

Le “generazioni future” come paradigma interpretativo dell’articolo 9 Cost.

di FRANCESCO CLEMENTI

Nel sottolineare le novelle costituzionali, il contributo evidenzia le ragioni della necessità di considerare il concetto di “generazioni future” come paradigma interpretativo principale per capire l’intero articolo 9 della Costituzione: che è, da sempre, nella lettura degli studiosi, assai ricco, sfaccettato, disomogeneo e prospettico.

Considering the constitutional novelties, the contribution highlights the reasons for the need to consider the concept of 'future generations' as the main interpretative paradigm to understand the entire Article 9 of the Constitution: which has always been, in scholars' reading, very rich, multifaceted, inhomogeneous and prospective.

Note minime sulle recenti modifiche all’art. 41 Cost.

di LUCA LONGHI

Il presente articolo prova a riflettere sulle modifiche recentemente intervenute al testo dell’art. 41 Cost., con particolare riferimento ai nuovi richiami all’ambiente e alle implicazioni costituzionali che potranno derivarne.

This article tries to reflect on the changes recently made to the text of art. 41 of the Constitution, in particular on the new references to the environment and the constitutional implications that may arise from it.

Parturient montes, nascetur ridiculus mus?
 Il nuovo articolo 9 della Costituzione italiana e il
 mancato traguardo della soggettività animale

di FRANCESCA RESCIGNO

Il saggio si occupa della riforma costituzionale dell'articolo 9 concentrandosi particolarmente sull'ingresso degli esseri animali nel testo costituzionale. La nuova previsione testimonia la volontà di elaborazione di un nuovo approccio che passi da un animalismo compassionevole all'effettiva considerazione del benessere animale tra i compiti di cui deve occuparsi il Legislatore. La previsione costituzionale non afferma la soggettività animale ma potrebbe costituire un punto di partenza significativo per giungere a tale traguardo.

The essay deals with the constitutional reform of Article 9, focusing particularly on the inclusion of animals in the constitutional text. The new provision testifies to the will to elaborate a new approach that moves from a compassionate animalism to the actual consideration of animal welfare among the tasks to be dealt with by the legislature. The constitutional provision does not affirm animal subjectivity, but it could be a significant starting point for achieving it.

La tutela dell'ambiente nella Costituzione
 dopo la legge costituzionale n.1 del 2022.
 Considerazioni minime

di GIANCARLO SORRENTINO

L'ingresso letterale della tutela dell'ambiente nella prima parte della Costituzione, tra i suoi principi fondamentali, ha una positiva carica innovativa, aprendo a nuovi strumenti e opportunità per una sempre più solida affermazione dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e per la costruzione di una "cittadinanza ambientale" che leghi solidaristicamente non solo le generazioni presenti con quelle future, ma le stesse attuali generazioni, superando confini e barriere e favorendo integrazione e benessere diffuso.

The newly provided express mention of environmental protection in the first part of the Constitution, among its other fundamental principles, represents a positive innovation opening the path for new legal means and opportunities for a more and more stringent concept of the environment as a fundamental right of individuals and communities. This approach should lead to the conception of a "environmental citizenship" that would create solidarity bonds not only between present and future generations, but among the same present generations, overcoming boundaries and barriers and favoring integration and widespread prosperity.

La revisione costituzionale: dai maxifallimenti alle microriforme. Il caso degli articoli 9 e 41 Cost. visti da un amministrativista

di LUCA PARDI

Nel contesto di una legislatura particolarmente ricca di iniziative di revisione costituzionale, si colloca la recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost., che più delle altre revisioni costituzionali incide sul diritto amministrativo, soprattutto dove conferisce autonomo valore di principio fondamentale alla tutela dell'ambiente.

In the context of a legislature particularly rich in constitutional revision initiatives is the recent reform of Articles 9 and 41 Cost., which more than other constitutional revisions affects the administrative law, especially where it confers autonomous value as a fundamental principle to the environment protection.

Verso un nuovo equilibrio tra paesaggio e ambiente, tra ciò che è e ciò che potrebbe essere

di ANTONIO CREMONE

La legge costituzionale n. 1/2022 ha modificato l'art. 9 della Costituzione italiana, prevedendo che la Repubblica tuteli l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La riforma si inserisce nel vivace dibattito sul rapporto tra paesaggio ed ambiente, che sembrava aver raggiunto un punto di equilibrio nella valorizzazione della tutela ambientale quale componente del paesaggio "globale". Un concetto la cui persistenza è messa oggi in dubbio dalla fuoriuscita di più elementi che ne costituivano una parte rilevante e dinamica, e dal riferimento solidaristico alle future generazioni, che caratterizza solo la tutela ambientale, introducendo nuovi punti di vista che, se non correttamente integrati con la visione storico-estetico-culturale del paesaggio esistente, rischiano di alimentare dubbi, incertezze e possibili contrapposizioni tra paesaggio ed ambiente.

Constitutional Law No. 1/2022 amended Article 9 of the Italian Constitution, providing that the Republic shall protect the environment, the biodiversity and the ecosystems, also in the interest of future generations. The reform affects the lively debate on the relationship between landscape and environment, which seemed to have reached a point of *equilibrium* considering the environmental protection as a component of the "global" landscape. A concept whose persistence is now questioned by the loss of several elements that constituted an important and dynamic part of it, and by the solidaristic reference to future generations, regarding only the environmental protection and introducing new points of view that, if not correctly integrated with the historical-aesthetic-cultural vision of the existing landscape, may raise doubts, uncertainties and possible conflicts between landscape and environment.

La tutela dell'animale nella Costituzione. Elementi di novità ed “omissioni” nel testo riformato dell'art. 9 Cost.

di ROBERTO GARETTO

Una pur sintetica ricostruzione dell'*iter* di approvazione della Legge costituzionale che ha riformato l'art. 9 Cost. in tema di protezione dell'animale consente di mettere in luce profili innovativi rispetto alla qualificazione dell'animale. Essi tuttavia non sono espressamente recepiti nel testo dell'art. 9 Cost. riformato. In particolare il tema della senzienza dell'animale, peraltro già riconosciuta nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, la nozione di benessere dell'animale, nonché le implicazioni derivanti dall'attribuzione all'animale di una specifica “dignità”. Il testo riformato presenta in ogni caso significativi elementi di novità: la costituzionalizzazione della tutela animale e la riserva di legge assoluta su tale materia. Tali elementi sono destinati ad avere un rilevante impatto anche a livello interpretativo. Resta però irrisolta la questione dell'incidenza futura degli elementi innovativi di qualificazione dell'animale che la riforma ha ommesso di considerare.

An albeit brief reconstruction of the approval process of the Constitutional Law that reformed Article 9 of the Constitution on the protection of animals allows us to highlight some innovative profiles with respect to the qualification of animals. However, they are not expressly incorporated in the reformed text of Art.9 Cost. such as the sentience of the animal - already recognised in the Treaty... ... and the implication of giving the animal a specific dignity. In particular the theme of the sentience of the animal, which is already recognised in the Treaty on the Functioning of the European Union, the notion of animal welfare, and the implications of attributing a specific “dignity” to the animal. In any case, the reformed text presents significant new elements: the “constitutionalisation” of animal protection and the absolute statutory reservation on this matter. These elements are intended to have a significant impact also at the level of interpretation. However, the question of the future incidence of the innovative elements of animal qualification that the reform has omitted to consider remains unresolved.

Un adeguamento notarile. La riforma costituzionale italiana in prospettiva comparata

di ENRICO BUONO

Il presente contributo intende delineare per sommi capi l'orizzonte comparato della tutela costituzionale dell'ambiente, nel tentativo di ricostruire il ‘codice genetico’ dei riformati articoli 9 e 41 Cost. Ci si interroga, inoltre, sull'impatto potenziale della riforma italiana – e, più in generale, del citato trend ‘globale’ – al di là di considerazioni nominalistiche e strumentali, meramente declamatorie, della materia ambientale.

This study aims to outline the comparative horizon of constitutional protection of the environment, in order to reconstruct the ‘genetic code’ of articles 9 and 41 of the Constitution. It also question the potential impact of the Italian reform – and, more generally, of the aforementioned “global trend” – beyond nominal and instrumental considerations, merely declaratory, in environmental matters.

L'interesse delle future generazioni in Costituzione: una responsabilità etica e giuridica

di MARIAGIULIA ARGENTINO

Il contributo analizza l'incidenza della legge di revisione costituzionale n. 1 del 11 febbraio 2022 che ha inserito la tutela ambientale negli artt. 9 e 41 Cost. Si tratta di una riforma solo in parte innovativa poiché recepisce quel percorso di sensibilizzazione verso concetti come "*green economy and sustainable development*" già scolpiti nella giurisprudenza costituzionale e fortemente avvertiti dal tessuto socio-economico.

L'indagine, infatti, si concentra sul richiamo all'interesse delle future generazioni che, contenuto nel rinnovato art. 9, conquista la collocazione tra i Principi Fondamentali del nostro ordinamento. Non a caso, la responsabilità intergenerazionale rappresenta uno dei concetti emergenti del costituzionalismo contemporaneo, già presente in numerose Costituzioni europee e richiamata implicitamente anche dalla nostra Costituzione ancor prima della riforma del 2022: tuttavia, è solo con l'espressa menzione nell'art. 9 che l'interesse delle future generazioni diventa dimensione da preservare.

Alla luce di questa nuova consapevolezza si evidenziano le possibili ricadute dal piano costituzionale a quello della prassi istituzionale.

The paper analyzes the impact of the constitutional revision law 11 February 2022 n. 1, which included environmental protection in articles 9 and 41 of the Constitution. This is a reform that is only partially innovative since it incorporates that awareness-raising process towards concepts such as "*green economy and sustainable development*" already engraved in constitutional jurisprudence and strongly felt by the socio-economic framework.

The survey, in fact, focuses on the appeal to the interest of future generations which, contained in the renewed art. 9, conquers the placement among the Fundamental Principles of our legal system. Not by chance, intergenerational responsibility represents one of the emerging concepts of contemporary constitutionalism, already present in many European Constitutions and implicitly recalled by our Constitution even before the 2022 reform: however, it is only with the express mention in art. 9 that the interest of future generations becomes a dimension to be preserved.

In view of this new awareness, the possible repercussions from the constitutional level on institutional practice are highlighted.

Inclusione scolastica degli alunni con disabilità ed emergenza sanitaria da Covid 19: un'analisi giuridica

di SARA AMATO

Una delle principali criticità affiorate durante la pandemia da Covid 19 è stato l'esercizio effettivo del diritto all'istruzione delle persone con disabilità e l'inclusione scolastica delle medesime, relativamente alla quale si sono registrate distorsioni legislative ed interventi razionalizzanti del MIUR. Nel presente lavoro ci si interroga sulla portata e sull'incidenza delle misure adottate durante lo stato di emergenza da Covid-19 dalle autorità pubbliche rispetto al godimento del diritto sociale fondamentale all'istruzione, con specifico riferimento agli alunni con disabilità ed alla loro inclusione.

One of the key critical issues that emerged during the Covid 19 pandemic was the effective exercise of the right to education and educational inclusion of person with disabilities, relating to which legislative distortions and rationalizing interventions by the MIUR were recorded. This paper questions the extent and impact of the measures adopted during the state of emergency by Covid-19 by public authorities with respect to the enjoyment of the fundamental social right to education, with specific reference to pupils with disabilities and their inclusion.

Le scuole oltre la pandemia: orizzonti pedagogici per possibili rilanci

di FRANCESCO MAGNI

L'impatto che la pandemia mondiale da Covid-19 ha avuto sui sistemi di istruzione e formazione è stato enorme: dalla didattica a distanza alle relazioni scuola-famiglia numerosi sono stati gli ambiti ad essere stravolti e messi in discussione, tornando così al centro del dibattito pedagogico e nella società.

Il contributo, a partire da un'analisi del contesto provocato dalla crisi pandemica e dai suoi effetti sul sistema di istruzione, invoca un profondo cambio di paradigma nei modelli pedagogici, didattici, ordinamentali e organizzativi delle scuole.

Quindi, nella parte finale dell'articolo, ci si sofferma su un caso specifico che può rappresentare un punto di rilancio per l'intero sistema educativo: la riforma della formazione iniziale degli insegnanti della scuola secondaria, delineando obiettivi, rischi, possibilità e prospettive.

The impact of the worldwide Covid-19 pandemic on education and training systems has been enormous: from distance teaching to school-family relationship numerous areas have been disrupted and challenged, thus moving back to the center of pedagogical debate and in the society.

The paper, based on an analysis of the context caused by the pandemic crisis and its effects on the education system, calls for a profound paradigm shift in the pedagogical, didactic, ordering and organizational models of schools.

Then, in the final part of the article, we focus on a specific case that can represent a relaunch point for the entire educational system: the reform of initial training for secondary school teachers, outlining objectives, risks, possibilities and perspectives.

Rispetto della *privacy* e tutela dei minori al banco di prova della cittadinanza digitale

di ALESSANDRO PICARONE

Il testo affronta da un lato le tutele applicabili agli adolescenti e dall'altro la difficile identificazione del concetto di interesse del minore: tutto ciò diviene rilevante in quanto la personalità deve svilupparsi al fine di formare le persone sia come individui sia nelle formazioni sociali.

Ebbene, il *lockdown* derivante dalla pandemia da Covid-19 ha evidenziato come le tecnologie digitali sono onnipresenti, e non più evitabili, anche per gli aspetti più importanti della vita di ognuno, come lo studio o il lavoro.

Ne consegue che sempre più spesso i rapporti tra le persone si avvalgono della Rete, con la conseguenza che gli adolescenti, che ancora non hanno una personalità completamente sviluppata né gli strumenti per comprendere tutti i rischi, sono maggiormente esposti ai pericoli.

Anche la scuola, oltre alla famiglia, ha il compito di intervenire nella formazione degli adolescenti: la Didattica a Distanza ha fatto emergere una serie di problematiche che riguardano sia il diritto di accesso alla Rete sia il diritto all'istruzione, che a causa del *digital divide* tecnologico (e a un diffuso analfabetismo digitale) hanno rischiato, e rischiano tuttora, di danneggiare il corretto sviluppo degli adolescenti e la loro inclusione sociale.

The text deals, on the one hand, with the protections applicable to adolescents and, on the other hand, the difficult identification of the concept of the "child's interest". These matters become relevant as the personality must develop in order to form people both as individuals and in social formations.

The lockdown resulting from the Covid-19 pandemic has highlighted how digital technologies are ubiquitous, and no longer avoidable, even for the most important aspects of everyone's life, such as study and work.

As a result, relationships between people are increasingly using the Net. Consequently, adolescents, who have yet to acquire a fully developed personality or the means to understand all the risks, are more exposed to the dangers.

The school, as well as the family, also has the task of intervening in the education of adolescents. Namely, Distance Learning has brought to light a series of problems concerning both the right to access the Net and the right to education. Due to the technological digital divide (and widespread digital illiteracy), these difficulties have risked damaging the proper development of adolescents and their social inclusion.

Le modalità del sindacato sul *quantum* della sanzione penale e gli “inconvenienti” in sede di giurisprudenza costituzionale: brevi spunti di riflessione

di ANDREA BONOMI

Lo scritto si propone di analizzare le tre modalità con cui può essere impostato, ad opera della Corte costituzionale, il controllo di ragionevolezza delle norme che fissano la misura delle sanzioni penali: più in particolare, lo scritto si sofferma sugli “inconvenienti” che ognuna di queste tre modalità di impostazione del controllo da parte della Corte può presentare e propone una soluzione, ovvero quella secondo la quale una volta associata l’incostituzionalità del *quantum* di pena sottoposto al suo vaglio la Corte dovrebbe evitare di “trapiantare” sanzioni da un reato ad un altro, limitandosi all’ablazione pura e semplice del *quantum* di pena valutato come incostituzionale.

The paper aims to analyse the three modalities followed by the Constitutional Court to set up the reasonableness check of the rules that fix the extent of criminal sanctions: more specifically, the paper first focuses on the “drawbacks” that each of these three approaches can present; then it proposes a solution: once its scrutiny established the unconstitutionality of the *quantum* of the sentence submitted to the Court should avoid “transplanting” sanctions from a crime to another, limiting itself to the pure and simple removal of the penalty *quantum* assessed as unconstitutional.

L’esercizio delle prerogative parlamentari nella prima fase della maternità: l’allattamento in un parere della Giunta per il Regolamento della Camera

di YLENIA MARIA CITINO

Il parere della Giunta per il Regolamento del 15 ottobre 2020 ha introdotto l’istituto della sostituzione delle parlamentari in allattamento durante i lavori delle Commissioni. Questa innovazione offre l’occasione per riflettere sulla condizione della donna nelle istituzioni politiche, sul legame tra genitorialità e prerogative parlamentari, così come sul ruolo paterno. Il presente lavoro, muovendo dal parere in questione, tenta di ricostruire il quadro complessivo legato al tema poco arato dell’allattamento e dell’accudimento del neonato nei primi anni di vita. L’analisi compie alcune considerazioni introduttive sugli strumenti giuridici di protezione a livello nazionale e internazionale, per poi evidenziare alcuni aspetti di rilievo contenuti nei regolamenti parlamentari e nella prassi, percorrendo altresì alcuni importanti sentieri tracciati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. In conclusione, si mira a rafforzare la tesi della configurabilità astratta e pratica di un diritto all’allattamento strettamente connesso al dovere di accudimento della prole.

The opinion of the Committee on the Rules of Procedure of 15 October 2020 introduced the possibility for female parliamentarians to be substituted by other MPs during the sitting of the Commissions. This innovation allows for reflection on the status of women in political institutions, on the relationship between motherhood and legislative prerogatives, as well as on the paternal role. Starting with the opinion under discussion, this study aims to reconstruct the overall picture associated with the under-theorized issues of breastfeeding and infant care in the early years of life. The analysis makes some introductory remarks on the legal instruments protecting breastfeeding at national and international level. Then, it underlines several crucial aspects contained in the parliamentary regulations and practice, not to mention some important paths traced by case-law issued by the Constitutional Court. Finally, the paper tries to enhance the thesis on the abstract and practical configurability of a right to breastfeed, which is strongly linked to parental care as a duty.

La guerra, la pace, il compito del giurista *Voci dalla grande letteratura russa dell'Ottocento*

di SALVATORE PRISCO

Il testo identifica negli opposti atteggiamenti dei protagonisti de *La leggenda del Grande Inquisitore* di Dostoevskij i modelli rispettivi del realismo e dell'utopismo nel rapporto tra l'uomo e il potere.

Riconduce a questo schema le opposte posizioni di Schmitt e Kelsen sul diritto internazionale, dopo la prima guerra mondiale. Identifica infine il compito del giurista democratico, dopo la seconda, nella ricerca e nella costruzione di istituzioni e tappe per approssimare progressivamente, in modo concreto, l'obiettivo della pace mondiale, guardando ai principi senza retorica e l'illusione di una loro attuazione troppo facile e definitiva.

The text identifies in the opposite attitudes of the protagonists of Dostoevskij's *The Legend of the Grand Inquisitor* the models of realism and utopianism respectively in the relationship between man and power.

It then brings back into this scheme the opposite positions of Schmitt and Kelsen related to international law in the years following the First World War, identifying the task of the democratic jurist, after the end of the Second World War, in the research and construction of institutions and stages aiming at progressively approximating, in a solid and concrete way, the goal of peace, looking at the principles without rhetoric and without any illusion of an easy and definitive implementation.

Radici storiche e problematiche costituzionali del conflitto russo-ucraino

di CRISTINA CARPINELLI

Il saggio si propone di esaminare le radici storiche e le connesse problematiche costituzionali del conflitto russo-ucraino, non avendo altra ambizione che quella di stimolare il dibattito in corso fra gli studiosi. La disamina delle ragioni del conflitto non è un compito facile. La complessità dei fenomeni che hanno condotto nel tempo alla più importante crisi politico-militare sul suolo europeo del XXI secolo impone un approccio su più piani, che consenta di dare conto della natura di questo conflitto (e degli attori coinvolti), oggi come in passato. La ricostruzione degli eventi parte dal periodo sovietico sino al crollo dell'URSS e la nascita delle Repubbliche indipendenti, e termina con l'avvio dell'"operazione speciale militare" russa in Ucraina. Entro questo arco temporale, sono trattati i momenti decisivi che hanno portato alla nascita dello Stato ucraino – con squarci in *flashback* – in un contesto politico-strategico segnato da rapporti sempre più tesi con un gigante vicino: la Russia.

The essay aims to examine the historical roots and related constitutional issues of the Russian-Ukrainian conflict, having no other ambition than to stimulate the ongoing debate among scholars. Examining the reasons for the conflict is not an easy task. The complexity of the phenomena that over time led to the most important political-military crisis on European soil of the 21st century calls for a multi-level approach that allows us to account for the nature of this conflict (and the actors involved) -, today as in the past. The reconstruction of events starts from the Soviet period and continues up to the collapse of the USSR and the birth of the independent Republics, and ends with the beginning of the Russian "special military operation" in Ukraine. Within this time frame, the decisive moments leading up to the birth of the Ukrainian state are covered – with flashback glimpses – in a political-strategic context marked by increasingly tense relations with a giant neighbour: Russia.

Donald, a Rainha e a fragilidade da Democracia

di ROBERTO FREITAS FILHO

The article presents a theoretical reflection on the impacts of the speech acts of authorities, in democratic regimes such as the Brazilian, the American and the British, which put democracy at risk. Two examples of violation of democratic rules that establish limits to the speech of authorities are analyzed. Democracy is taken as an institutional fact and as a social practice, proposing an analogy between Hart's reflection on the internal perspective of legal rules and Dworkin's vision on the historical and interpretive nature of Law and democracy. It is postulated that certain speeches put Democracy at risk, as does the illegality of these manifestations since social practices are constituents of democracy. The concept of institutional harassment through speech acts and its impacts on the Rule of Law is reflected upon. In conclusion, recurrent speech that disqualifies democracy is illicit, regardless of any specific law provision so defining.

L'articolo presenta una riflessione teorica sull'impatto delle esternazioni verbali delle autorità, in regimi democratici come il brasiliano, l'americano e il britannico, che mettono a rischio la democrazia. Vengono analizzati due esempi di violazione delle regole democratiche che stabiliscono limiti alle esternazioni delle autorità. La democrazia è considerata come un dato istituzionale e come una pratica sociale, proponendo un'analogia tra la riflessione di Hart sulla prospettiva interna delle norme giuridiche e la visione di Dworkin sulla natura storica e interpretativa del diritto e della democrazia. Si ipotizza che alcune esternazioni mettano a rischio la democrazia e si riflette sulla legalità di queste manifestazioni, poiché le pratiche sociali sono elementi costitutivi della democrazia. Si riflette quindi sul concetto di turbativa istituzionale attraverso le esternazioni verbali e sul suo impatto sullo Stato democratico di diritto. Si conclude, infine, evidenziando che ricorrenti discorsi antidemocratici siano illeciti, indipendentemente da qualsiasi specifica disposizione di legge che li qualifichi tali.

Kelsen, Dante e il sogno universale

di MARCO GALDI

Lo studio giovanile di Kelsen sulla visione politica di Dante Alighieri sarà forse «un lavoro scolastico non originale», come lo definisce lo stesso giurista austriaco nella sua autobiografia; presenterà pure alcune attualizzazioni del pensiero dantesco non del tutto condivisibili; eppure consente un'interessante rilettura delle più mature riflessioni kelseniane di diritto internazionale, particolarmente utile dal momento che, in seguito alla crisi ucraina, è in atto una profonda revisione delle relazioni internazionali.

Kelsen's youth study of Dante Alighieri's political vision will perhaps be "a non-original school work", as the Austrian jurist himself defines it in his autobiography; will also present some actualizations of Dante's thought that are not entirely shareable; yet it allows an interesting re-reading of the most mature Kelsenian reflections of international law, particularly useful since, following the Ukrainian crisis, a profound revision of international relations is underway.

Commemorazione di Giuseppe Abbamonte

di GHERARDO MARONE

Questo scritto ripropone l'orazione con la quale il più antico degli allievi ha ricordato, il 22 aprile 2022, in occasione della scoperta di un busto marmoreo a lui dedicato in Castel Capuano – sede storica del tribunale civile e penale di Napoli –, l'umanità e gli insegnamenti del Maestro, grande cattedratico e avvocato amministrativista, e una stagione irripetibile di colleghi, napoletani e non solo.

The paper reproduced the oration with which the oldest of the pupils recalled, on 22 April 2022, on the occasion of the uncovering of a marble bust dedicated to him in Castel Capuano – historical seat of the civil and criminal court of Naples –, humanity and the teachings of the Master – great jurist, as well as professor and administrative lawyer – and an unrepeatable season of colleagues, Neapolitans and not only.

Lineamenti di un'etica per il diritto: il modello della traduzione giuridica nell'ordinamento multilinguistico dell'Unione Europea

di MARIA TERESA ROVITTO

Gli studi di *Law and Literature* mettono in discussione il luogo comune secondo il quale il discorso giuridico sarebbe caratterizzato da un'assoluta vincolatività posta dalle parole all'interprete. Partendo da qui, la relazione intende allargare tale riflessione alle potenzialità del sistema multilinguistico europeo in ambito giuridico con particolare riguardo ai meccanismi della traduzione. Si ragiona sulla natura della lingua del diritto, sulla sua traducibilità, su come questo processo incida sulla tutela dei diritti. Si intende ricondurre la traduzione giuridica alla visione etica del passaggio verso l'Altro e candidarla a luogo di dialogo tra diverse culture giuridiche che si riconoscono per formarne una di livello sovranazionale. Si insiste sull'importanza della conoscenza di altre lingue per la formazione del giurista o almeno della consapevolezza e rispetto della differenza linguistica in un sistema che rischia di appiattirsi intorno all'utilizzo di un'unica lingua.

Law and Literature studies question the common understanding according to which the legal discourse is characterized by an absolute binding force of words for the interpreter. Starting from here, this article aims to broaden this reflection to the potential of the European multilingual system in the legal field, particularly to the mechanisms of translation. It focuses on the nature of the language of law, its translatability, how this process affects the protection and implementation of rights. The purpose is to connect the legal translation to the ethical vision of that movement towards the Other and to make it a place for dialogue between different legal cultures that recognize each other in order to form one at a supranational level. The article points out the importance of the knowledge of languages for every jurist or at least of the awareness and respect for the linguistic difference in a system that risks a standardization around the use of a single language.

NOTIZIE SUI COLLABORATORI

I collaboratori di questo numero

LORENZO ABAGNARA è Dottore di ricerca nell'Università degli Studi di Salerno

SARA AMATO è Docente di Diritto amministrativo presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

MARIAGIULIA ARGENTINO è Dottoranda di ricerca nell'Università degli Studi di Salerno

ANDREA BONOMI è Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

ENRICO BUONO è Dottore di ricerca nell'Università della Campania Luigi Vanvitelli

QUIRINO CAMERLENGO è Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Pavia

CRISTINA CARPINELLI è Componente del Comitato Scientifico del CeSPI (Centro Studi Problemi Internazionali) e Socio di AISSECO (Associazione Italiana Studi di Storia dell'Europa Centrale e Orientale)

MASSIMO CAVINO è Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"

ALFONSO CELOTTO è Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi Roma tre

YLENIA MARIA CITINO è Assegnista di Ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi LUISS Guido Carli

FRANCESCO CLEMENTI è Professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Perugia

ANTONIO CREMONE è dottore di ricerca e professore a contratto di Contabilità di Stato nell'Università degli Studi di Salerno

ROBERTO FREITAS FILHO è “Doutor e Mestre em Direito – USP” e “Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado do IDP – Brasília”

MARCO GALDI è Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Salerno

ROBERTO GARETTO è assegnista di ricerca e professore a contratto di Elementi di diritto privato presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino

MARIA LANDRI è Avvocato del Foro di Nocera Inferiore e dipendente del Comune di Cava de' Tirreni

LUCA LONGHI è Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi Universitas Mercatorum di Roma

FRANCESCO MAGNI è Ricercatore a tempo determinato in Pedagogia generale e sociale nell'Università degli Studi di Bergamo

GHERARDO MARONE è Avvocato in Napoli

ALESSANDRO MORELLI è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Messina

LUCA PARDI è Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Salerno

ALESSANDRO PICARONE è Dottore in giurisprudenza, consulente legale e socio Isoc

SALVATORE PRISCO è Professore ordinario a r. di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

FRANCESCA RESCIGNO è Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico e Diritto delle pari opportunità nell'Università degli Studi di Bologna

MARIA TERESA ROVITTO è Dottore di ricerca in Diritti umani e diritti sociali fondamentali nell'Università degli Studi di Urbino “Carlo Bo”; Postgraduate Degree in Legal Translation presso la London Metropolitan University; Refugee status determination officer

GIOVANNI SERGIO è Avvocato del Foro di Nocera Inferiore

GIANCARLO SORRENTINO è Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Salerno

ALFONSO VUOLO è Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Finito di stampare nel mese di giugno 2022
con i tipi della ETPbooks - Atene