

COMITATO EDITORIALE:

Tania Abbiate
Fabio Altamura
Giulia Aravantinou Leonidi
Mariagiulia Argentino
Francesco Armenante
Enrico Buono
Ylenia Maria Citiño
Antonio Cremonese
Caterina Di Costanzo
Anna Fortunato
Aldo Iannotti della Valle
Claudia Marchese
Francesca Mini
Andrea Napolitano
Giacomo Palombino
Luca Pardi
Nicola Pettinari
Antonina Maria Scaravilli
Franco Sicuro
Michela TuoZZo
Paolo Zicchittu

Euro 30,00



PASSAGGI COSTITUZIONALI

N.8
DELLA SERIE



PASSAGGI COSTITUZIONALI

NUMERO 2/2024 - ISSN 2732-8236

La Costituzione e le transizioni del XXI secolo

a cura di Anna Papa



ETP books

DIRETTORI SCIENTIFICI:

Anna Maria Nico
Salvatore Prisco (resp.)

COMITATO SCIENTIFICO:

Fulvia Abbondante
Carla Acocella
Charalambos Anthopoulos (Gr)
Andrea Bonomi
Elena Buono
Ines Ciolli
Francesco Cocozza
Cecilia Corsi †
Salvatore Curreri
Rosanna Fattibene
Marco Galdi
Barbara Guastaferra
Antonio Gusmai
Carlo Iannello
Luca Longhi
Giovanni Luchena
Gianfranco Macri
Raffaele Manfredi
Paola Marsocci
Ilenia Massa Pinto
Paola Mazzina
Juan Francisco Mestre Delgado (Sp)
Maria Grazia Nacci
Stefania Ninatti
Anna Papa
Luca Pedullà
Vasco Pereira da Silva (P)
Alessandra Poliseo
Antonino Scalone
Francesco Serpico
Giancarlo Sorrentino
Renata Spagnuolo Vigorita
Palmira Tanarella
Vincenzo Tondi della Mura
Silvia Tuccillo
Alessandra Valastro

SEGRETARIO DELLA RIVISTA:

Marco Galdi

PASSAGGI COSTITUZIONALI

PASSAGGI COSTITUZIONALI

rivista semestrale

Anno IV – Numero 2 – Dicembre 2024

n. 8 della Serie

ISSN 2732-8236

ISBN: 978-618-5752-41-5

revisione: ETPbooks

grafica – impaginazione: Enzo Terzi

© ETPbooks 2024 per la versione cartacea
su commissione del Centro di Studi e Ricerche Pubblicistiche

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

su commissione del Centro di Studi e Ricerche Pubblicistiche A.P.S.

La Costituzione e le transizioni del XXI secolo

a cura di Anna Papa



Indice

AVVERTENZA	pag. 6
------------------	--------

LA COSTITUZIONE AL TEMPO DELLE TRANSIZIONI

Introduzione al Convegno	pag. 11
La Costituzione al tempo delle transizioni	pag. 13
(Luigi Ferrajoli)	
Torsioni della forma di governo, riflessi sulla forma di Stato, ricerca dei possibili rimedi	pag. 27
(Antonio Ruggeri)	
Crisi, transizioni e rotture. Sul futuro del costituzionalismo	pag. 45
(Francisco Balaguer Callejón)	
La Costituzione di oggi e di domani	pag. 63
(Vasco Pereira da Silva)	
La stabilità delle Costituzioni nel regime delle transizioni	pag. 76
(Tanja Cerruti)	
¿Hacia dónde van las constituciones en el tiempo de las transiciones?	pag. 93
(Miguel Ángel Presno Linera)	
Costituzione economica e diritti. Riflessioni su una possibile (e definitiva?) attuazione di un'Europa sociale	pag. 100
(Andrea Napolitano)	
Il ruolo dei <i>caregiver</i> nell'assistenza sanitaria agli anziani	pag. 111
(Leandra Abbruzzo)	
Tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos abreviados: análisis comparado de Colombia y España	pag. 128
(Laura Daniela Useche Acevedo)	
Il regionalismo italiano alla prova dello <i>European Green Deal</i>	pag. 150
(Ignazio Spadaro)	
Notarelle sul <i>Digital Services Act</i>	pag. 164
(Erika La Fauci)	

MISCELLANEA

L'intelligenza artificiale all'interno di un sistema giuridico «antropocentrico». Riflessioni sullo stato dell'arte in tema di responsabilità dei funzionari pubblici	pag. 183
(Fabio Altamura)	
Identità costituzionale europea e recesso dall'UE	pag. 193
(Ylenia Maria Citino)	
Dispute emblematiche: riflessioni giuridiche a partire dai dubbi sulla titolarità del simbolo del MoVimento 5 Stelle	pag. 210
(Gabriele Maestri)	
Il nodo dei «vitalizi» tra fonti del diritto ed autodichia parlamentare	pag. 227
(Marco Melpignano)	
Sui confini del <i>thema decidendum</i> : appunti di giustizia costituzionale in margine a una mancata autorimessione	pag. 244
(Giacomo Palombino)	

La scuola nella Costituzione tra inclusione e merito. La virtù del lievito madre e l'esigenza di leale collaborazione	pag. 273
(Salvatore Prisco)	
Medical research and scientific cooperation among Mediterranean Countries: health systems governance facing the challenges of internationalization	pag. 289
(Ornella Spataro)	

LO SGUARDO DEGLI ALTRI

I due nemici della democrazia	pag. 307
(Alfio Mastropaolo)	

DIRITTO COMPARATO E STRANIERO

Il semipresidenzialismo francese alla prova dei limiti della forma di governo gollista.....	pag. 321
(Marina Calamo Specchia)	
Populismo U.S.A: dal People's Party a Donald Trump	pag. 345
(Lucia Corso)	
La Germania e le crisi: un Paese in cerca di identità	pag. 362
(Andrea De Petris)	
La Costituzione britannica oggi, tra bilanci politici e riflessioni istituzionali	pag. 383
(Claudio Martinelli)	
“Governo di legislatura”, premierato e neo-parlamentarismo. Rileggendo “La République moderne” di Pierre Mendès France: il dibattito istituzionale francese (e italiano) sull'instabilità ministeriale tra razionalizzazioni e (tra-)sfigurazioni delle forme parlamentari	pag. 411
(Marco Plutino)	

I CONTEMPORANEI DEL FUTURO

«Cada vez que matan a un hombre en la calle». Note su Francisco Tomás y Valiente e la transizione democratica spagnola	pag. 437
(Francesco Serpico)	

LO SCAFFALE

Recensione a Jacob Grimm, <i>La poesia nel diritto</i> , a cura di L. Garofalo e F. Valagussa. Con un saggio di V. Pescatore, Marsilio, Padova, 2024	pag. 457
(Mauro Grondona)	
Recensione a Armando Mannino - Salvatore Curreri, <i>Diritto parlamentare</i> . Seconda edizione rivista e aggiornata, Franco Angeli, Milano, 2024.....	pag. 462
(Salvatore Prisco)	
Recensione a Andrea Carbone, <i>Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo II-2</i> . <i>Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali</i> , Giappichelli, Torino, 2023.....	pag. 465
(Maria Laura Trezza)	
Recensione a Giusella Finocchiaro, <i>Intelligenza artificiale. Quali regole?</i> , il Mulino, Bologna, 2024	pag. 472
(Michela TuoZZo)	
SINTESI DEI CONTRIBUTI / ABSTRACT	pag. 479
NOTIZIE SUGLI AUTORI	pag. 507

Avvertenza

Questo 2024 connotato sul piano internazionale da un alto tasso di instabilità politica e istituzionale si chiude con la notizia della vittoria alle elezioni americane di Donald Trump, che tornerà alla Casa Bianca quale quarantasettesimo Presidente degli Stati Uniti d'America. La vittoria dei Repubblicani, sui quali hanno apertamente puntato noti esponenti della finanza e dell'economia globale, segna un ulteriore momento di evoluzione degli ordinamenti costituzionali, che per sua vocazione la nostra Rivista intende indagare.

Ecco perché l'ottavo numero di PasSaggi Costituzionali raccoglie una serie di studi sul tema delle transizioni costituzionali, a partire da diversi contributi presentati da studiosi consolidati ed esordienti, nell'ambito del VII Congresso Internazionale del Seminario Italospagnolo, intitolato "La Costituzione al tempo delle transizioni", svoltosi presso l'Università di Napoli Parthenope nel mese di ottobre scorso. Per questi contributi si ringrazia, in particolare, la Collega Anna Papa, che è fra gli organizzatori dell'evento e che ha voluto l'anticipazione di parte significativa degli interventi nella nostra Rivista. I relatori hanno, come ormai consuetudine, rielaborato dopo la relazione orale il proprio lavoro, arricchendolo di note; e di tanto parimenti li ringraziamo.

Proprio con Anna Papa si inaugura, in questo numero, la prassi - che ci si augura di poter perpetrare nel futuro - di coinvolgere colleghi del Comitato Scientifico nella gestione del numero della rivista, affiancandoli in ciò al lavoro (e alla responsabilità), che permane in capo ai condirettori.

Il tema generale delle transizioni costituzionali e politiche si riverbera, in particolare, dagli atti del convegno alla sezione di diritto straniero e comparato, rendendo questo numero di PasSaggi Costituzionali molto omogeneo e compatto nell'approccio unitario al tema, pur nella libertà con la quale ciascuno lo ha poi trattato nel merito. La stessa rubrica "Lo Sguardo degli Altri", con il saggio di un sociologo della politica sui "nemici" della democrazia, è coerente con l'impostazione generale del volume e, volutamente, in questo numero, anticipa le riflessioni di diritto straniero e comparato.

Non mancano, poi, altri scritti di giovani studiosi nella sezione Miscellanea, né le ormai consolidate sezioni "I Contemporanei del futuro" (con un ricordo di Francisco Tomás y Valiente, a sua volta protagonista della transizione democratica spagnola) e "Lo Scaffale", con diverse recensioni.

Buona lettura!

La Direzione

eucons

Università degli Studi di Napoli Parthenope e Dipartimento di Studi Economici e Giuridici

La Costituzione al tempo delle transizioni

VII Congresso internazionale
del Seminario Italo-spagnolo

DIRETTORI

A. Papa
A. Pérez Miras
S. Romboli
G. Palombino



8

Introduzione al Convegno

ANNA PAPA, SILVIA ROMBOLI, ANTONIO PERES MIRAS, GIACOMO PALOMBINO

La settima edizione del Seminario Italo-spagnolo, tenutasi a Napoli dal 2 al 4 ottobre 2024, si è data l'ambizioso compito di riflettere sui concetti di Costituzione e transizione, approfondendo i cambiamenti che quest'ultima o, *rectius*, queste ultime, impongono alle prime. Minimo comune denominatore del Convegno è stato quindi il concetto di "transizione", declinato al plurale: una parola di per sé significativa per il costituzionalismo ma che ha acquisito, nel corso degli ultimi anni, significati ulteriori.

La scelta del tema ha voluto coniugare la storia del Seminario, e del gruppo di studiosi che lo hanno pensato, oltre dieci anni fa, e hanno continuato a renderlo vivo nel tempo, con l'evoluzione della storia costituzionale dei paesi europei, dell'Unione stessa e, *amplius*, delle democrazie occidentali. Solo per fare degli esempi, si pensi all'anno di nascita del Seminario, il 2012, e alla crisi finanziaria, che portò all'approvazione del Fiscal Compact e inaugurò una stagione di revisioni costituzionali, in particolare in Italia e in Spagna; all'emergenza sanitaria, che ha obbligato l'Unione europea e i singoli Stati membri a ripensare i propri modelli economici e produttivi dinanzi all'imprevedibilità di una pandemia; in generale, ma strettamente collegato a quanto prima, non può non farsi riferimento alle sfide tecnologiche e ambientali e, su tutte, quelle relative a intelligenza artificiale e cambiamenti climatici; infine, in questa direzione, è doveroso riflettere anche sulle guerre e le emergenze umanitarie che colpiscono parti del mondo sempre più vicine all'Europa.

In questa prospettiva, appare evidente che nella storia del Seminario si riflettono gli accadimenti europei e delle democrazie occidentali degli ultimi anni, che altro non è che una storia di transizioni, attuate, in corso, da attuare; transizioni rispetto alle quali il costituzionalismo non può dichiararsi indifferente. È per questa ragione che, cercando di dare spazio allo studio di tutte le principali tematiche del diritto costituzionale e abbracciando uno spirito pienamente europeista, come sempre, il VII Congresso del Seminario italo-spagnolo è stato dedicato a "La Costituzione al tempo delle transizioni": ovvero alla riflessione sul ruolo irrinunciabile della Costituzione in un mondo che cambia.

Il Convegno si è svolto nelle sedi nell'Università degli Studi di Napoli Parthenope, che ha organizzato questa edizione del Seminario, e, nella sessione

conclusiva, presso la Fondazione di Banco di Napoli, che ha sostenuto l'iniziativa insieme a molte Università italiane e straniere. L'evento, tra l'altro, è stato patrocinato dall'Ambasciata di Spagna in Italia e dal Centro de Estudios Políticos y Constitucionales di Madrid. Infine, anche in questa occasione, il Convegno è stato, in buona parte, finanziato dalla Commissione europea, mediante il Modulo Jean Monnet "*The constitutional bases of Europe: towards a sustainable democracy*". Di quest'ultimo, è responsabile scientifico uno dei Direttori del Convegno, la prof.ssa Anna Papa, ma vede la partecipazione anche degli altri Direttori, ovvero la prof.ssa Silvia Romboli, il prof. Antonio Pérez Miras, che è uno dei fondatori del Seminario, e il dott. Giacomo Palombino.

Al Convegno hanno partecipato, con una propria comunicazione, oltre cento giovani studiosi, selezionati con una Call for papers, che si sono confrontati in più di trenta sessioni parallele, presiedute da autorevoli professori di diritto costituzionale e non solo, con studiosi, esperti dei temi trattati, che hanno accettato di selezionare le relazioni ammesse al seminario ma anche di discutere con loro dei contenuti proposti. Importanti e di grande suggestione sono state le relazioni degli studiosi che hanno animato la sessione plenaria introduttiva e quella conclusiva.

Cogliamo l'occasione per ringraziare la Rivista per aver voluto ospitare in questo numero alcuni dei tanti contributi proposti nelle intense giornate del Seminario. Nel selezionarli, in attesa di pubblicarli tutti in un volume dedicato, abbiamo privilegiato i giovani studiosi che hanno vinto in quella sede i premi per le migliori comunicazioni, alcuni *discussant* che con passione si sono confrontati con i giovani studiosi e, soprattutto, quei Maestri che hanno anche quel giorno dato testimonianza della grande attenzione per le riflessioni dei giovani studiosi.

La Costituzione al tempo delle transizioni*

LUIGI FERRAJOLI

SOMMARIO: 1. Tempo di crisi. – 2. I percorsi storici del costituzionalismo. – 3. Un salto di civiltà: il progetto di una Costituzione della Terra. – 4. Per un costituzionalismo universalistico in opposizione ai costituzionalismi nazionalisti e identitari. – 5. Per un realismo razionalista in opposizione all'attuale realismo volgare. – 6. La pace e il disarmo globale e totale come sua unica garanzia. – 7. Una nota di ottimismo.

1. Viviamo in effetti, un “tempo di transizioni”, come dice il titolo del nostro convegno. Il problema che dovremo affrontare in questo nostro incontro è quello della direzione di questa transizione: se si tratti di una transizione inarrestabile verso la crisi irreversibile del costituzionalismo, o se invece si possa prospettare e ci si possa quindi impegnare nella promozione di una svolta progressiva rispetto alla deriva in atto.

La crisi del costituzionalismo è oggi, purtroppo, innegabile. Se è vero che il costituzionalismo consiste in un sistema di limiti e vincoli legali e di controlli giudiziari imposti a poteri altrimenti selvaggi, dobbiamo riconoscere che tale sistema sta collassando, sia all'interno dei nostri ordinamenti che al loro esterno, cioè sul piano del diritto internazionale. Per effetto della globalizzazione, è cambiata la geografia dei poteri sulla quale si è fondato il costituzionalismo all'indomani della seconda guerra mondiale. I poteri che contano – i grandi poteri economici e finanziari – si sono ormai dislocati fuori dei confini nazionali, sottraendosi ai controlli della politica e del diritto. Ne è seguito un capovolgimento del rapporto tra politica ed economia. A causa dell'asimmetria tra il carattere globale di quei poteri economici e finanziari e il carattere locale della politica e del diritto, non sono più i governi che garantiscono la libera concorrenza tra le imprese, ma sono le grandi imprese multinazionali che mettono i governi in una concorrenza al ribasso, spostando i loro investimenti dove possono massimamente sfruttare il lavoro, devastare impunemente l'ambiente, corrompere i governi e non pagare le imposte. Ne sta conseguendo un collasso delle nostre democrazie e, cosa ancor più grave, del

* Il contributo non è stato sottoposto a valutazione per decisione della Direzione.

diritto internazionale, con il pericolo, per la prima volta nella storia, di un insensato suicidio del genere umano.

Anzitutto il collasso delle nostre democrazie, che stanno trasformandosi, anche nei paesi di più consolidata tradizione democratica, nel guscio vuoto delle elezioni, contenente solo taluni diritti elementari, peraltro sempre più malamente garantiti. La globalizzazione dell'economia, ma non della politica e del diritto, ha travolto entrambe le dimensioni della democrazia: la *dimensione politica* o *formale*, dato che i governi e i parlamenti rappresentano sempre meno la società e sempre più gli interessi dei potenti, ai quali rispondono, ben più che ai loro elettori, condizionando tutte le spese sociali alla sostenibilità economica consentita dai mercati; e la *dimensione costituzionale* o *sostanziale*, dato che la pressione liberista ha prodotto la demolizione delle garanzie del lavoro, l'abbassamento delle imposte e con esse delle spese sociali e perfino la costruzione di un diritto penale vistosamente disuguale: minimo e garantista fino all'impunità per i potenti; massimo ed inflessibile per i deboli.

La crisi o peggio il collasso di entrambe queste dimensioni della democrazia sono stati favoriti da un'alleanza perversa tra liberismo e populismi. In forza di questa alleanza si sono prodotti due processi convergenti, l'uno di scomposizione e l'altro di ricomposizione sociale: la disgregazione, ad opera delle politiche liberiste di precarizzazione e differenziazione dei rapporti di lavoro, delle tradizionali soggettività politiche basate sull'uguaglianza, prima tra tutte quella del movimento operaio, e la riaggregazione in chiave reazionaria, ad opera delle politiche populiste, di nuove soggettività collettive basate sull'intolleranza per i differenti. Alla lotta contro le disuguaglianze si è sostituita la lotta alle differenze, alimentata dalle campagne di paura e rancore contro i soggetti più deboli: i cittadini contro i migranti, gli integrati contro gli emarginati, i garantiti contro i non garantiti.

Si capisce come la forma di governo più funzionale alla subalternità della politica ai mercati e al tempo stesso più congeniale ai populismi si sia rivelata la semplificazione maggioritaria e tendenzialmente personalistica delle forme di governo. Ben più delle vecchie democrazie parlamentari basate sul pluralismo politico e su partiti radicati nella società, la governabilità espressa da partiti personali e da governi personalizzati è in grado di assicurare la massima potenza nei confronti della società quale condizione della sua massima impotenza e subalternità ai dettami dei mercati. Ne è prova il negazionismo della questione ecologica da parte dei governi della destra postfascista che, come in Italia, non fanno nulla per fronteggiarla se non chiudere la bocca, con le loro leggi liberticide, dei giovani che con le loro proteste tentano di aprire i loro occhi.

Ma è soprattutto sul piano delle relazioni internazionali che la globalizzazione selvaggia sta producendo effetti devastanti. Su questo piano la crisi investe le condizioni stesse della vita sulla terra: il riscaldamento climatico e la distruzione della natura e, per altro verso, la normalizzazione della guerra e l'incubo nucleare. L'umanità si è trasformata in una metastasi che avvolge il pianeta distruggendone, con lo sviluppo industriale ecologicamente insostenibile, i principali fattori degli equilibri ambientali: i grandi ghiacciai, le grandi foreste, la biodiversità e, in generale, l'intera biosfera. Mentre crescono la povertà dei poveri e la ricchezza dei ricchi sia nei paesi arretrati che in quelli avanzati, la sola spesa pubblica in crescita, in un mondo già affollato di armi nucleari in grado di sterminare centinaia di volte l'intera umanità, è la spesa militare, che accomuna gli Stati più potenti in una corsa folle a ulteriori armamenti. Con irresponsabile leggerezza si parla di una possibile guerra dell'Europa contro la Russia. Lo scorso 19 settembre il Parlamento europeo ha invitato gli Stati membri a consentire l'uso dei sistemi missilistici forniti all'Ucraina contro obiettivi sul suolo russo, e la Russia ha interpretato questo voto come una dichiarazione di guerra che potrebbe finire in uno scontro nucleare. Per la prima volta nella storia, l'umanità rischia l'estinzione: non per cause esterne, ma per le sue politiche suicide, determinate dalla sua cecità di fronte alle grandi sfide, ecologiche e militari, che pesano sul nostro futuro.

2. L'umanità sta dunque attraversando il momento più drammatico della sua storia. Ci sono infatti problemi globali – il riscaldamento climatico, l'incubo nucleare, la crescita delle disuguaglianze, lo sfruttamento globale del lavoro e il dramma dei migranti – che non fanno parte dell'agenda politica dei governi nazionali, ancorata agli spazi ristretti e ai tempi brevi delle scadenze elettorali, anche se dalla loro soluzione dipende la sopravvivenza del genere umano.

È a partire dal riconoscimento della drammaticità di questa stagione della storia che dobbiamo rispondere alla nostra domanda iniziale. La crisi in atto del diritto e della ragione è una crisi irreversibile, oppure è possibile una svolta, cioè una rifondazione razionale della convivenza civile dell'umanità attraverso una rifondazione del patto costituzionale a livello globale e, con esso, del costituzionalismo, della sfera pubblica e della democrazia all'altezza dei poteri globali e delle sfide generate dal loro odierno carattere selvaggio? Io penso che questa possibilità dipenda essenzialmente da un risveglio della ragione: dalla consapevolezza che quanto accade non ha nulla di naturale, o di necessario o di inevitabile, ma è frutto dell'opera degli uomini, cioè della politica, o meglio dell'assenza di politica che sta portandoci verso il baratro.

A sostegno di questa possibilità, c'è la storia del costituzionalismo moderno, che è sempre stata una storia di progressi e di involuzioni, i primi di solito seguiti ai

secondi. Sempre è esistita un'alternativa, imboccata dalla ragione grazie alle lotte e alle rivoluzioni messe in atto contro lo stato esistente delle cose. Fu un'alternativa e un progresso il passaggio dall'ancien regime degli Stati assoluti, fatto di disuguaglianze, di arbitri e di miseria, allo stato di diritto, grazie alle prime dichiarazioni e costituzioni settecentesche e ottocentesche. Lo stesso si dica delle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, della carta dell'Onu e delle tante dichiarazioni e convenzioni sui diritti umani, seguiti agli orrori delle guerre mondiali e alla liberazione dai totalitarismi nazi-fascisti. La storia del costituzionalismo, possiamo ben dire, è la storia di una sua progressiva espansione: sia in senso intensionale, essendo enormemente aumentati i principi e i diritti enunciati dalle costituzioni ed essendosi rafforzata, grazie alla loro rigidità, la loro forza vincolante; sia in senso estensionale, essendosi il costituzionalismo, attraverso le tante carte internazionali dei diritti, esteso, sia pure in forma embrionale e soltanto sul piano normativo, a tutti gli abitanti della Terra.

Purtroppo, a causa della globalizzazione dei poteri sviluppatasi in questi ultimi decenni senza una sfera pubblica alla loro altezza, il progetto costituzionale di pace e di uguaglianza, disegnato dalle costituzioni rigide e da quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalla carta dell'Onu e dalle tante carte dei diritti umani che affollano il nostro diritto internazionale, è fallito. Domandiamoci: perché? È questa l'altra domanda alla quale deve rispondere il nostro convegno.

Io penso che le ragioni del fallimento – di più, le ragioni che hanno reso inevitabile il fallimento e impossibile un esito diverso dall'attuale caos globale – consistano nel non compiuto sviluppo del costituzionalismo all'altezza degli attuali poteri globali selvaggi, sia economici che politici, e delle loro aggressioni al diritto e ai diritti pur declamati in tante carte costituzionali e internazionali. Consistono, precisamente, in due difetti di quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalla carta dell'Onu e dalle tante carte dei diritti umani. Il primo difetto consiste nel fatto che queste carte non sono dotate della rigidità che è propria di tutte le costituzioni avanzate: non sono sopraordinate a tutte le altre fonti, statali e internazionali, come avverrebbe se fossero difese da una Corte costituzionale internazionale, e sono state perciò e continuano ad essere impunemente violate.

Il secondo difetto di queste carte consiste nella totale assenza di garanzie dei principi in esse proclamati, cioè della pace e dei diritti fondamentali da esse stabiliti. Si pone qui una questione teorica di fondo, che ha a che fare, in tema di principi costituzionali, con la centralità delle garanzie. Diversamente dai diritti patrimoniali, le cui garanzie vengono ad esistenza insieme ai diritti garantiti – il debito insieme al credito, il divieto di lesioni insieme al diritto reale di proprietà – i diritti fondamentali, al pari della pace e della salvaguardia dell'ambiente, non nascono insieme alle loro garanzie, cioè ai divieti e agli obblighi ad essi corrispondenti, che

ben possono mancare e di fatto, nel diritto internazionale, mancano totalmente. Ciò non comporta, come hanno sostenuto Hans Kelsen e dietro di lui gran parte dei teorici del diritto di orientamento realista, che i diritti fondamentali, in assenza di garanzie, cioè dei doveri e delle relative sanzioni ad essi corrispondenti, non esistono. Contro questa tesi singolarmente anti-giuspositivistica, che fa svolgere alla teoria un ruolo assurdamente deconstituente, occorre invece riconoscere che i diritti fondamentali esistono, se stabiliti da norme di diritto positivo come sono le carte internazionali; che l'assenza di garanzie non ne determina l'inesistenza, ma ne costituisce al contrario una violazione per omissione, cioè un'indebita lacuna; che perciò essi necessitano e impongono norme di attuazione, che ne introducano le garanzie primarie e le relative istituzioni di garanzia: un servizio sanitario e un servizio scolastico universali a garanzia dei diritti alla salute e all'istruzione, un'alimentazione di base garantita a tutti, un demanio planetario a tutela dei beni vitali della natura, la messa al bando delle armi a garanzia della pace e della vita. Senza queste garanzie e le relative istituzioni, pace e diritti sono solo parole, per di più fastidiosamente retoriche. Di più: questa assenza di garanzie retroagisce sul piano sociale e culturale, facendo regredire quei principi a una lustra ideologica. Quei principi, infatti, sono tanto declamati dai paesi occidentali quale segno della loro superiorità morale e politica rispetto al resto del mondo, quanto assenti dalla loro pratica quotidiana di potere.

3. Quelle carte internazionali, tuttavia, sono diritto vigente. Disegnano, insieme alle costituzioni statali, un progetto giuridico e politico, tuttora vincolante, di società cosmopolita. Se prese sul serio, impongono a tutti i poteri limiti e vincoli a garanzia dei principi in esse stabiliti. Comportano perciò la configurazione delle lesioni di tali principi come loro illecite violazioni, per commissione o per omissione. Ci dicono che il nostro ordinamento internazionale è viziato da un duplice ordine di illegalità, consistendo in un insieme di antinomie e di lacune: di indebite *antinomie*, per la contraddizione con i suoi principi fondamentali delle norme liberticide dei tanti regimi autocratici e illiberali, e di indebite *lacune*, per la mancata attuazione di tali principi dovuta all'omessa costruzione di idonee funzioni e istituzioni internazionali di garanzia.

D'altro canto, le grandi sfide lanciate al costituzionalismo sono oggi ben più drammatiche e impellenti che in qualunque altro momento del passato. Ci sono le vecchie, secolari sfide e catastrofi, aggravate dalla loro maggiore visibilità in un mondo interamente interconnesso: sono le violazioni massicce dei diritti formulati in tante carte costituzionali e internazionali e le disuguaglianze crescenti tra ricchi e poveri, tra le nostre società opulente e i tanti popoli che vivono

in condizioni di non libertà e/o di miseria, tra i nostri alti tenori di vita e la condizione di centinaia di milioni di esseri umani affamati. Ma ci sono anche nuove sfide e catastrofi, ben più gravi e neppure immaginabili in quella grande stagione costituente che fu il quinquennio 1945-1949: sono le pandemie che dilagano in poche settimane in tutto il pianeta; il riscaldamento climatico e la devastazione della natura prodotti dallo sviluppo industriale ecologicamente insostenibile; il ritorno delle guerre nelle relazioni tra gli Stati e il pericolo costante della loro degenerazione in conflitti nucleari; gli orrori del terrorismo jihadista seguiti dagli orrori delle rappresaglie guerresche; lo sfruttamento selvaggio del lavoro determinato dal libero spostamento dei capitali dove è possibile trattare i lavoratori come schiavi; il dramma dei migranti che fuggono da una o più d'una di queste tragedie.

È perciò un nuovo salto di civiltà che è necessario prospettare e promuovere, in alternativa all'inerzia e alla cecità della politica: l'espansione del paradigma costituzionale a livello globale. È il progetto che ho illustrato nel libro *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, edito da Feltrinelli e contenente anche la bozza di una Costituzione in 100 articoli. Questo sviluppo del costituzionalismo è dettato dall'universalismo dei principi della pace e dell'uguaglianza stabiliti in tante carte costituzionali, statali e sovranazionali. È reso necessario ed urgente dalle sfide vecchie e nuove alla ragione giuridica e politica, prime tra tutte le guerre, il rischio di un olocausto nucleare e il riscaldamento climatico, che di quelle carte stanno rivelando la totale inadeguatezza.

L'alternativa è perciò radicale: l'anarchia costituzionale o la costruzione di una democrazia cosmopolita. È in gioco il futuro delle nostre democrazie. La rappresentanza politica e la garanzia dei diritti fondamentali sono infatti minate alle radici dal dominio dei grandi poteri economici e finanziari globali; laddove lo sviluppo di un costituzionalismo globale che liberi la politica dalla subalternità ai poteri selvaggi dei mercati è la condizione pregiudiziale per una rifondazione democratica dei nostri sistemi politici. Ma è la sopravvivenza stessa del genere umano che è in pericolo, per la prima volta nella storia, se non ci sarà un nuovo risveglio della ragione di fronte alle nuove sfide e catastrofi globali.

Ciò che oggi si richiede è quindi il concreto sviluppo e l'effettiva attuazione del paradigma costituzionale all'altezza dei poteri globali che minacciano tutti i diritti e i principi di giustizia stabiliti nelle carte esistenti. Come dice la costituzione francese del 22 agosto 1795 nel primo articolo della sua parte dedicata ai "doveri", "la dichiarazione dei diritti contiene gli obblighi dei legislatori" ed obbliga perciò a garantirli. D'altro canto l'espansione a livello globale è nella logica stessa del costituzionalismo: è il punto d'arrivo del suo percorso storico, logicamente implicato e normativamente imposto dai principi di uguaglianza e dignità di tutti gli esseri

umani e dall'universalismo dei diritti fondamentali già stipulati in tante carte costituzionali e internazionali.

Ne deriva una responsabilità specifica in capo alla cultura e alla politica. Facciamo parte dell'universo che descriviamo e contribuiamo a costruirlo con le nostre teorie e con le nostre pratiche. Dipendono perciò anche dalle nostre elaborazioni teoriche il *come è* e il *come sarà* il nostro futuro. Sempre, del resto, la cultura giuridica e politica, oltre a commentare il diritto vigente, ne ha anche progettato lo sviluppo. Oggi la costruzione di un costituzionalismo globale è non solo prefigurata dai principi contenuti nelle tante carte internazionali vigenti. È anche la sola alternativa razionale all'abisso nel quale rischia di precipitare l'umanità. Di qui un ruolo e un fascino nuovi del diritto e della cultura giuridica, chiamata alla critica della realtà presente e alla progettazione della realtà futura e perciò trasformata, dalla prospettiva di un costituzionalismo globale, nel luogo privilegiato di un rilancio della riflessione teorica su temi e problemi globali finora trascurati.

È chiaro che questa alternativa potrà essere attuata solo se la politica troverà l'ambizione di rappresentare gli interessi vitali del genere umano. Ma a tal fine è necessario che essa sia sollecitata da un lato dalla formulazione di un concreto progetto costituzionale e, dall'altro, da un processo costituente dal basso, capace di coinvolgere il maggior numero di persone e di popoli in tutto il mondo nella progettazione di un futuro di pace e di uguaglianza. Progetto e processo costituente richiedono peraltro il superamento di due pregiudizi, l'uno di carattere teorico, relativo alla nozione di costituzionalismo, l'altro di carattere metateorico, relativo alla nozione di realismo.

4. Il primo pregiudizio riguarda il nesso concettuale che, secondo l'orientamento dominante nella cultura giuspubblicistica esisterebbe tra costituzione, popolo e Stato nazionale. Le costituzioni sarebbero possibili, ancor prima che auspicabili, solo se basate sull'esistenza di un popolo e del relativo Stato sovrano. "La parola 'costituzione'", scrisse Carl Schmitt, cui risale questa concezione nazionalista e identitaria, "deve essere limitata alla costituzione dello *Stato*, cioè all'unità politica di un popolo": essa esprime "l'unità del popolo come totalità politica" omogenea, in accordo con "l'assioma democratico dell'identità della volontà di tutti i cittadini". E' chiaro che tale unità e tale identità a livello internazionale non esistono. Ma in società democratiche – basate sul pluralismo, sul conflitto politico, sulle lotte di classe e sulla "pari dignità sociale" di tutte le differenze, secondo le parole dell'art. 3 della nostra Costituzione – esse non esistono neppure a livello nazionale. Sono infatti concepibili solo sulla base dell'idea schmittiana, autoritaria e illiberale, del *demos* come entità omogenea, in rapporto di opposizione e

di esclusione con gli altri popoli ma anche con quanti, rispetto a questa supposta omogeneità, sono differenti o dissenzienti e non a caso, perciò, considerati da Schmitt virtualmente nemici.

Ebbene, questa concezione schmittiana della costituzione va capovolta. Essa è letteralmente smentita dai principi universalistici – la pace, l'uguale dignità di tutti gli esseri umani in quanto persone e i diritti fondamentali – stipulati in tutte le costituzioni avanzate e, ovviamente, in tutte le carte internazionali dei diritti umani. In forza di questi principi le norme costituzionali non appartengono, come le leggi ordinarie, a quella che possiamo chiamare la *sfera del decidibile* e che, in democrazia, è affidata alla volontà popolare e alle sue rappresentanze. Esse sono bensì patti di convivenza pacifica e solidale tra differenti e disuguali, nelle quali viene stipulata, quale presupposto pre-politico, la *sfera del non decidibile*: ciò che nessuna maggioranza può decidere, cioè le limitazioni dei diritti di libertà che sono tutti diritti alla tutela e all'affermazione delle differenze personali, e ciò che nessuna maggioranza può non decidere, cioè la soddisfazione dei diritti sociali che sono tutti diritti alla rimozione o alla riduzione delle disuguaglianze economiche e materiali. Le costituzioni sono perciò legittime e democratiche non perché “volute” dal popolo, ossia da tutti o dalla maggioranza dei tutti, ma perché garantiscono tutti, anche loro malgrado. Sono anzi tanto più legittime e necessarie quanto maggiori sono le differenze che sono chiamate a tutelare e le disuguaglianze che hanno il compito di ridurre: legittime e necessarie, quindi, ancor più che a livello nazionale, a livello globale, dove maggiori sono le differenze di identità – etniche, linguistiche, religiose, culturali – che le costituzioni hanno il dovere di tutelare e le disuguaglianze economiche e materiali che hanno il dovere di ridurre.

Per questo tutti i nazionalismi sono gli ostacoli, anziché le basi sociali e culturali del costituzionalismo. Per questo gli Stati sovrani, inventati dalla cultura occidentale insieme alle loro diverse cittadinanze, sono, non diversamente dai mercati globali parimenti insofferenti di limiti e controlli giuridici, i veri nemici del costituzionalismo, del principio di uguaglianza e dei diritti fondamentali: perché tali diritti e le loro garanzie o sono universali, oppure non sono. Per questo le costituzioni democratiche, avendo il compito di garantire il pluralismo politico e il multiculturalismo e, insieme, condizioni di una vita dignitosa a tutti gli esseri umani, sono per loro natura internazionaliste, cioè anti-nazionaliste e antifasciste. La loro logica, espressa dai diritti umani e dal principio di uguaglianza, infatti, non è nazionale ma universale: non a caso ha voluto chiamarsi “universale” la Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948.

Se questo è il costituzionalismo preso sul serio, allora la sua espansione al di là dello Stato non è solo un suo allargamento. E' anche, e ancor prima, il suo *inveramento* e la sua coerente e concreta *attuazione*, in grado di superare le due

contraddizioni interne del costituzionalismo odierno, enormemente aggravatesi con la globalizzazione. La prima contraddizione è tra l'universalismo dei diritti fondamentali stabiliti in tante carte e convenzioni e la *cittadinanza* quale presupposto delle loro garanzie. La seconda è tra il principio della pace e la *sovranità* armata degli Stati.

Il paradigma costituzionale invero dall'universalizzazione delle sue garanzie, è in primo luogo incompatibile con la *cittadinanza*, che è l'ultimo accidente di nascita – un diritto ad avere diritti – che differenzia le persone e le garanzie dei loro diritti sulla base del loro *status*, in palese contraddizione con il principio di uguaglianza. La cittadinanza, una volta venute meno le esclusioni e le limitazioni alle garanzie dei diritti fondamentali generate dai confini tra gli Stati, cessa di essere una figura distinta dallo *status* di persona, convertendosi nell'uguale titolarità di tali diritti in capo a tutti gli esseri umani, in accordo con il loro carattere universale.

In secondo luogo il paradigma costituzionale stipulato a garanzia della pace è incompatibile con la sovranità degli Stati, in forza della quale le relazioni tra Stati sovrani sono ancora, secondo la raffigurazione offertane dall'intera filosofia politica classica, i rapporti di guerra propri dello stato di natura basati sulla legge del più forte. “La sovranità appartiene al popolo”, affermano tuttora molte costituzioni democratiche, inclusa quella italiana. Ma questa norma è compatibile con il paradigma costituzionale, che non ammette poteri assoluti, solo se intesa in due significati: nel senso, *in negativo*, che la sovranità appartiene al popolo e a nessun altro, sicché nessun potere costituito può usurparla; e nel senso, *in positivo*, che non essendo il popolo un macrosoggetto ma l'insieme di tutti i consociati, la sovranità appartiene a tutti e a ciascuno, identificandosi con l'insieme di quei frammenti di sovranità, cioè di poteri e contropoteri, che sono i diritti fondamentali di cui tutti e ciascuno sono titolari.

La sovranità, in breve, è di tutti o, che è lo stesso, non è di nessuno; così come la cittadinanza spetta a tutti o, che è lo stesso, non spetta a nessuno.

5. Il secondo pregiudizio di cui dobbiamo liberarci è quello rappresentato dall'ideologia deterministica, che ho chiamato realismo volgare, secondo cui ciò che accade non può non accadere e non esistono alternative alle politiche esistenti. Naturalmente nulla consente, di fronte alla deriva in atto, di essere ottimisti. Occorre tuttavia distinguere ciò che è improbabile per la miopia della politica e per gli ostacoli opposti dai corposi interessi privati, da ciò che è impossibile sul piano teorico. Per non deresponsabilizzare la politica e per non legittimare come inevitabile ciò che invece è frutto della volontà dei potenti.

È questa confusione – tra improbabile e impossibile – che viene invece assai spesso operata e che consente, in nome del realismo politico, di squalificare come utopistica e irrealizzabile la prospettiva della possibile espansione oltre lo Stato del paradigma costituzionale. Vengo così alla critica più diffusa al progetto qui avanzato di una Costituzione della Terra. Penso che dobbiamo distinguere due tipi opposti di realismo. C'è un realismo che chiamerò *realismo volgare*, che naturalizza la realtà sociale – il diritto, la politica e l'economia – attraverso la ben nota tesi che “non ci sono alternative” a quanto di fatto accade e, al tempo stesso, ignora la realtà naturale delle catastrofi in atto. E' un realismo ideologico che produce una sorta di legittimazione incrociata: la *legittimazione scientifica* della tesi teorica della mancanza di alternative allo stato di cose esistente, da parte della descrizione del funzionamento di fatto delle istituzioni e, inversamente, la *legittimazione politica* dello stato di cose esistente da parte della tesi teorica che non ci sono alternative alle reali, perché effettive, leggi del più forte, quali norme fondamentali ben più delle ineffettive carte costituzionali. È il realismo che ignora la normatività del diritto e specificamente delle costituzioni e finisce così per legittimare e assecondare come inevitabile ciò che resta comunque opera degli uomini e di cui portano la responsabilità gli attori della nostra vita economica e politica.

A questo realismo volgare occorre opporre quello che chiamerò *realismo razionale* – il realismo di Hobbes, di Kant, di Marx ma anche, e soprattutto, delle costituzioni avanzate – che di fronte alle ingiustizie e alle catastrofi determinate dal gioco “naturale” e incontrollato dei rapporti di forza elabora sul piano teorico e formula, normativamente, i rimedi razionali in grado di assicurare la dignità delle persone e la loro convivenza pacifica. Secondo questo realismo le alternative ci sono, sono offerte dalla tradizione stessa del costituzionalismo moderno quale sistema di limiti e vincoli ai poteri selvaggi dei più forti e dipende dalla cultura giuridica aggiornarle, dai movimenti e dalle forze democratiche rivendicarle e da una politica di progresso adottarle. Mentre la vera utopia, l'ipotesi più irrealistica, è l'idea che la realtà possa rimanere a lungo come è, e che potremo continuare a basare le nostre democrazie e i nostri spensierati tenori di vita sulla fame e la miseria del resto del mondo, sulla forza delle armi e sullo sviluppo ecologicamente insostenibile delle nostre economie. Tutto questo non può durare. È lo stesso preambolo alla Dichiarazione universale dei diritti del 1948 che stabilisce, realisticamente e razionalmente, un nesso di implicazione reciproca, quale solo una Costituzione della Terra e le sue istituzioni di garanzia possono oggi assicurare, tra pace e diritti, tra sicurezza e uguaglianza e, dobbiamo oggi aggiungere, tra salvataggio della natura e salvataggio dell'umanità.

C'è una bella pagina di Kant sulla natura della pace e della guerra che vale ad illuminare il senso del realismo razionalista: la guerra, egli scrive in *La pace perpetua*,

è un fenomeno naturale, che riflette lo stato di natura, mentre la pace è un fenomeno artificiale, che deve essere istituito dal diritto. La stessa tesi era stata formulata da Thomas Hobbes: lo stato di natura è lo stato del *bellum omnium*, che può essere superato solo con il patto di civile e pacifica convivenza. Dunque, mentre la guerra è un fatto naturale, la pace è un fatto artificiale, che il diritto deve istituire e garantire con la messa al bando delle armi ed anche, aggiungeva Kant, con l'abolizione degli eserciti permanenti. Ma la stessa cosa può dirsi per la democrazia, per l'uguaglianza degli esseri umani, per la loro dignità di persone, per tutti i diritti fondamentali. È naturale la legge del più forte. Sono invece artificiali quelle leggi del più debole che sono tutti i diritti fondamentali e le loro garanzie. È naturale la sopraffazione politica realizzata dai dispotismi illiberali. Sono invece artificiali le libertà fondamentali. Sono naturali l'ignoranza, le malattie, le povertà, lo sfruttamento del lavoro, le violenze criminali. Sono artificiali le garanzie dell'istruzione, della salute, della sussistenza, del lavoro e della sicurezza. È naturale, per effetto della mancanza di limiti allo sviluppo industriale ecologicamente insostenibile, la devastazione della natura. È artificiale il divieto di emissioni di gas serra e il demanio planetario diretto a sottrarre i beni vitali della natura alla mercificazione e alla distruzione. Il realismo razionalista altro non è che la consapevolezza di questa artificialità delle istituzioni e delle garanzie, che devono essere istituite se si vogliono impedire e prevenire le prevaricazioni e le devastazioni naturali.

Il costituzionalismo globale non è dunque un'utopia. È al contrario l'unica risposta razionale e realistica allo stesso dilemma che fu affrontato quattro secoli fa da Thomas Hobbes: la generale insicurezza determinata dalla libertà selvaggia dei più forti, oppure il patto razionale di sopravvivenza, di convivenza pacifica e di mutuo soccorso basato sul divieto della guerra e sulle garanzie della vita. Con una differenza rispetto alla società naturale dell'*homo homini lupus* ipotizzata da Hobbes. Lo stato di natura odierno è popolato da lupi non più naturali, ma artificiali – gli Stati e i mercati – dotati di una forza distruttiva incomparabilmente maggiore di qualunque armamento tradizionale. Diversamente da tutti gli orrori del passato, perfino dalle guerre mondiali e dai totalitarismi, la catastrofe ecologica e quella nucleare sono non solo più gravi, ma anche irreversibili: c'è infatti il pericolo, per la prima volta nella storia, che si acquisti la consapevolezza della necessità di cambiare strada quando sarà troppo tardi.

6. Dunque l'alternativa costituzionale è possibile. Non solo. E' anche la sola alternativa possibile. Non intendo illustrare le molteplici garanzie introdotte dal nostro progetto di una Costituzione della Terra. Mi limiterò ad elencarle: un servizio sanitario e un servizio scolastico universali; un'organizzazione mondiale del

lavoro che assicuri garanzie tendenzialmente uguali a tutti i lavoratori dipendenti, a cominciare dalla stabilità del posto di lavoro e da un salario minimo normativamente predisposto; garanzie della sussistenza attraverso un reddito di base universale recuperabile dagli abbienti con il prelievo fiscale; un demanio planetario a tutela dei beni vitali della natura; un fisco globale progressivo in grado di finanziare le istituzioni di garanzia e di impedire accumulazioni sterminate di ricchezza e di poteri; la messa al bando delle armi a garanzia della pace e della sicurezza.

È su quest'ultima garanzia che intendo soffermarmi. Per due ragioni: perché riguarda la pace, che è la condizione elementare di tutti gli altri principi e valori politici, e perché, rendendo impossibili le guerre, mostra più d'ogni altra la possibilità di un'alternativa radicale all'attuale deriva del diritto e della ragione. Si tratta di una garanzia di carattere penale che varrebbe, più d'ogni altra misura, a minimizzare la violenza nella società e perciò ad attuare da un lato il ripudio della guerra, oggi tramontato dall'orizzonte della politica e, dall'altro, la minimizzazione della violenza nella società imposta dal modello del diritto penale minimo.

Ebbene, la prima garanzia della pace e della vita contro la guerra – ma anche contro il terrorismo e la grande criminalità – deve consistere nel divieto, quali crimini contro l'umanità, della produzione, del commercio e della detenzione delle armi: non solo delle testate nucleari, oggi nel mondo 12.512 delle quali 50 sarebbero sufficienti a distruggere l'umanità, ma anche di tutte le armi da sparo, con le quali vengono assassinate ogni anno quasi 400.000 persone.

La sola garanzia in grado di porre fine a questo massacro insensato – a impedire le guerre e a far crollare il numero degli omicidi – è il disarmo globale e totale e perciò la proibizione, come crimini contro l'umanità, della produzione e del commercio di tutte le armi. Si tratta della condizione elementare – un vitale ruolo garantista che va assegnato al diritto e alla giustizia penale – non solo della pace, ma anche della sicurezza contro la criminalità e della civilizzazione delle relazioni interpersonali. Al fine di ottenerne l'attuazione, occorre far crescere nel senso comune e nella pubblica opinione la stigmatizzazione dei produttori e dei venditori di armi come corresponsabili moralmente delle guerre e di tutti i crimini che fanno uso delle armi da essi prodotte o vendute. Occorre generare la consapevolezza che in ogni assassinio, in ogni atto terroristico, in ogni guerra c'è la corresponsabilità di questi produttori di morte. Giacché è da costoro che sono armati gli eserciti, le organizzazioni criminali, le bande terroristiche e gli assassini. Si tratta del crimine tra tutti oggettivamente più grave, perché responsabile non di questo o quell'assassinio, di questa o quella guerra, ma di tutti gli assassinii e di tutte le guerre che con le armi vengono consumati nel mondo, ed anche di un possibile olocausto nucleare che porrebbe fine all'umanità. Senza le armi le guerre

sarebbero impossibili, le organizzazioni criminali e terroristiche perderebbero la loro potenza e il numero degli omicidi crollerebbe.

C'è un aspetto straordinario della questione delle armi che voglio rilevare, perché segnala tutta la nostra irrazionalità. La messa al bando della guerra attraverso il divieto penale della produzione e del commercio delle armi sarebbe, tecnicamente, l'obiettivo più semplice e facile rispetto a tutti quelli richiesti dalle altre grandi sfide – il riscaldamento globale, la crescita delle disuguaglianze e delle violazioni dei diritti umani, lo sfruttamento selvaggio del lavoro e il dramma dei migranti – che pure minacciano l'umanità. Si tratta, semplicemente, di concordare tale divieto e lo scioglimento, auspicato da Kant più di due secoli fa, degli eserciti nazionali. Le difficoltà sono solo quelle rappresentate dai giganteschi interessi delle industrie e del commercio delle armi e dai poteri politici ad essi asserviti o che di essi si servono a fini di potenza.

Ebbene, questa facilità tecnica e questa difficoltà politica della soluzione del problema della guerra sono il segno più clamoroso del contrasto tra ragione e follia, tra società e potere, tra popoli e sistemi di governo, tra gli interessi di tutti gli esseri umani e gli interessi di un piccolo ceto di profittatori. La sicurezza, drammatizzata ed enfaticizzata da tutte le demagogie populiste quando viene invocata a sostegno di inutili inasprimenti punitivi contro la criminalità di sussistenza, viene letteralmente ignorata allorquando riguarda la sopravvivenza dell'intera umanità e richiede la lesione di potenti interessi economici e politici. Al punto che una misura semplice e banale come la messa al bando delle armi viene considerata, non meno del progetto di una Costituzione della Terra, un'irrealistica utopia.

Concludo allora con un'ultima domanda. Che cos'è l'utopia? Io penso che sempre è stata considerato utopistico, prima che avvenisse, qualunque progresso civile successivamente avvenuto: l'abolizione della schiavitù, della tortura e della pena di morte; l'affermazione della libertà di coscienza e di pensiero e degli altri diritti fondamentali; l'uguaglianza e la dignità di qualunque essere umano; la parità di uomini e donne; il valore del lavoro e la garanzia dei diritti dei lavoratori. Utopistico è anche ciò che contrasta con i pregiudizi e con il senso comune, il quale, come scrisse Alessandro Manzoni, è il principale nemico del buon senso.

In concreto, l'utopia è il bene di tutti che il male e l'egoismo di pochi impedisce di realizzare. È ciò che è razionale e che solo la cecità del senso comune giudica irreal e irrazionale. È sempre stato così. Oggi, per di più, l'utopia equivale al futuro di pace e di giustizia dell'umanità, nell'interesse di tutti perché siamo tutti sulla stessa barca, in alternativa alla fine del futuro conseguente alle catastrofi che si produrranno se non torneranno a prevalere il buon senso e la ragione.

7. In questa prospettiva, voglio concludere con una nota di ottimismo. Si sta manifestando una novità: il mondo è sempre più interdipendente. Settanta anni fa eravamo, nel mondo, 2 miliardi di persone, ma ciò che accadeva dall'altra parte del pianeta restava per noi sconosciuto e in ogni caso irrilevante e indifferente. Oggi siamo otto miliardi e tuttavia il mondo è assai più piccolo di allora: basti pensare al virus della pandemia, che è nato in Cina ma non conosce confini ed è dilagato in poche settimane in tutto il mondo. L'umanità è sempre più integrata, più fragile e, ripeto, più interdipendente: perché siamo tutti interconnessi; perché siamo tutti governati da poteri economici e finanziari globali; perché siamo tutti esposti alle stesse minacce e alle stesse emergenze che possono portare all'inabitabilità della Terra e all'estinzione dell'umanità.

Questo vuol dire che per la prima volta nella storia esiste un popolo globale, perché interconnesso e perché unificato dalle medesime sfide e minacce globali. Non solo. Per la prima volta nella storia si sta manifestando un interesse pubblico e generale assai più ampio e vitale di tutti i diversi interessi pubblici del passato: l'interesse di tutti alla sopravvivenza, assicurato oggi dalle cure e dai vaccini e, domani, dalla messa al bando delle armi e degli eserciti e dalle garanzie dei beni comuni e dei diritti fondamentali di tutti, quali limiti e vincoli a tutti i poteri, sia politici che economici. È questa la grande, positiva novità generata dalle emergenze e dalle sfide globali: l'interdipendenza crescente tra tutti i popoli della terra, idonea a generare una solidarietà senza precedenti tra tutti gli esseri umani e a rifondare la politica come politica interna del mondo.

Naturalmente il processo costituente di una Federazione globale basata su una Costituzione della Terra è destinato a incontrare ostacoli potentissimi: nella miopia del ceto politico, interessato a mantenere i propri piccoli poteri, e negli interessi dei grandi poteri economici e finanziari. Ma di fronte alle sfide e alle minacce che accomunano tutti, poveri e ricchi, deboli e forti – la Terra, dice un vecchio slogan, è per tutti l'unico pianeta che abbiamo – un risveglio della ragione è possibile. Alla domanda qual è il soggetto costituente di questo processo possiamo rispondere che esso è il popolo della Terra; e che le sue avanguardie sono i soggetti deboli, vittime delle violazioni – sempre più massicce e sempre più visibili, scandalose e intollerabili – dei diritti fondamentali di cui essi, come tutti, sono titolari.

Torsioni della forma di governo, riflessi sulla forma di Stato, ricerca dei possibili rimedi*

ANTONIO RUGGERI

SOMMARIO: 1. Le “modifiche tacite” della Costituzione e l’attenzione ad esse usualmente prestata con riguardo agli enunciati di organizzazione (e, specificamente, a quelli che connotano la forma di governo), non pure – stranamente – agli enunciati aventi natura sostantiva e, più ancora, a quelli espressivi dei principi fondamentali dai quali nel modo più diretto e immediato risultano i tratti qualificanti la forma di Stato. – 2. Il *trend* vieppiù vistoso all’accentramento del potere in capo al Presidente del Consiglio accompagnato dalla sostanziale deresponsabilizzazione per il suo esercizio, connotandosi pertanto come *a-democratico* l’ordinamento in alcune delle sue più salienti espressioni. – 3. Le insanabili contraddizioni esibite dalla riforma Meloni volta ad introdurre il premierato elettivo, la sostanziale emarginazione che è da attendersi del Parlamento in seno al circuito politico-decisionale, con immediati, negativi riflessi per ciò che concerne la formazione degli organi di garanzia cui il Parlamento stesso concorre. – 4. I riflessi del premierato elettivo sul versante giudiziario: in ispecie la questione se seguirà ad aversi riscontro dell’annosa “supplenza” dei giudici nei riguardi dei decisori politici, in un contesto nondimeno segnato da una crisi lacerante del principio della separazione dei poteri e, per ciò stesso, della Costituzione che in quest’ultimo ha uno dei suoi tratti maggiormente qualificanti ed espressivi. – 5. Cenni a tre questioni di cruciale rilievo: *a)* se la nostra sia davvero una forma di governo parlamentare; *b)* se la Repubblica sia a tutt’oggi democratica; *c)* se si possa, seppur in parte, porre rimedio ai guasti del presente e quale sia la via diritta conducente allo scopo.

1. Delle torsioni della forma di governo si discute – come si sa – *ab antiquo*: ne rende eloquente testimonianza l’attenzione da sempre prestata alle c.d. “modifiche tacite” della Carta costituzionale che, in buona sostanza, fanno a quelle

* Il contributo non è stato sottoposto a valutazione per decisione della Direzione.

L’autore avverte che l’ampiezza di raggio dell’area tematica toccata dalla riflessione qui svolta avrebbe richiesto un consistente numero di richiami di lett., qui tuttavia obbligati a fermarsi all’essenziale. Lo scritto è aggiornato alla data del 26 novembre 2024.

specifico riferimento¹. La qual cosa, faccio notare di passaggio, si giustifica per vero solo in parte, sol che si convenga a riguardo del fatto che non minori, per quantità e qualità, sono le modifiche in parola riguardanti la parte sostantiva e, prima ancora, i principi fondamentali dell'ordinamento², dal cui modo effettivo di tradursi nell'esperienza discende, poi, quello delle disposizioni di entrambe le parti in cui si articola il dettato costituzionale. Vale, tuttavia, anche l'inverso, il modo con cui si affermano le regole, sostantive e di organizzazione, riflettendosi variamente sui principi. Il flusso di suggestioni è, d'altronde, a doppio verso di marcia e, a conti fatti, esibisce carattere circolare, i materiali normativi e fattuali di cui si compone l'esperienza giuridica condizionandosi in rilevante misura a vicenda, al punto di rendersi poi assai arduo stabilire chi più dà ovvero maggiormente riceve in seno a relazioni internamente assai composite.

Sta di fatto che l'attenzione degli studiosi si appunta con particolare insistenza specificamente sulle dinamiche di apparato, restando quindi sullo sfondo i riflessi che possono aversene (ed effettivamente si hanno) al piano dei rapporti tra l'apparato stesso e la comunità governata, ovverosia – come suol dirsi – della forma di Stato. Non a caso, d'altronde, ancora di recente l'associazione dei costituzionalisti ha dedicato proprio allo studio delle dinamiche della forma di governo uno dei suoi convegni annuali, tenutosi a Brescia nell'ottobre del 2023³. Eppure, come anche in quella occasione non si è mancato di far notare, la radice da cui le

¹ *Ex plurimis*, v. AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2020, 17 febbraio 2020, pp. 266 ss.; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2021, 21 maggio 2021, pp. 40 ss.; A. MANGIA, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19/2022, pp. 61 ss.; V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari 2023, e *La democrazia pluralista nei mutamenti dell'esperienza contemporanea*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2024, 26 maggio 2024, pp. 66 ss.; E. OLIVITO, *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2023, 19 ottobre 2023, pp. 26 ss., e, della stessa, *amplius, L'incudine e il martello. Itinerari del pensiero su permanenza e mutamento in un ordine costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, spec. l'ultimo cap.; M.P. IADICICCO, *Modifiche tacite della Costituzione e rigidità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023; A. MORELLI - A. RUGGERI, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza: profili metodico-teorici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, spec. la parte II. Infine, se si vuole, anche il mio Editoriale dal titolo *Fino a che punto possono tenersi distinte le vicende della forma di governo da quelle della forma di Stato?*, che è in *Federalismi* (www.federalismi.it), 24/2024, 9 ottobre 2024, pp. IV ss.

² ... anche a motivo della maggiore duttilità strutturale in generale esibita dagli enunciati aventi carattere sostantivo e più ancora appunto di quelli espressivi dei principi rispetto agli enunciati di organizzazione.

³ Il convegno ha per titolo – com'è noto – *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*; alcuni dei contributi allo stesso sono, peraltro, già apparsi nella *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it).

dinamiche stesse traggono alimento ed orientamento, nel loro non di rado tortuoso ed affannoso cammino, si situa nel corpo sociale, nella struttura ed in certe relazioni che in seno a quest'ultimo prendono forma. Ed è per ciò che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – proprio qui è il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa. Lo è per una duplice ragione: vuoi per il fatto che le vicende della forma in parola sono quelle che maggiormente e più direttamente coinvolgono i valori fondanti dell'ordinamento, a partire – come si vedrà – da quello democratico, e vuoi ancora perché – come pure si preciserà a momenti – i nodi che avvolgono i rapporti di vertice, distogliendoli in significativa misura dal solco tracciato nella Carta, affondano in realtà nella struttura del corpo sociale, nella quale è dunque la causa prima e più rilevante degli scostamenti dell'esperienza dal disegno costituzionale.

Per dare un minimo di concretezza al discorso che si va ora facendo e con riserva di approfondimenti a breve, basti solo tenere a mente l'incidenza che la crisi dei partiti ha nei riguardi delle più salienti espressioni della forma di governo⁴ per avere conferma di quanto pesino talune esperienze maturate in sedi extraistituzionali sul complessivo andamento di quelle che si radicano in ambiti istituzionali, laddove appunto si hanno le più rilevanti espressioni della forma di governo.

Sta di fatto che le torsioni di entrambe le forme in parola si sono col tempo fatte viepiù diffuse e vistose, al punto di rendersi pressoché irriconoscibile la loro genuina connotazione quale traspare dall'immagine che ce ne dà la Carta; la qual cosa, a tacer d'altro, obbliga ad una disincantata riflessione a riguardo della effettiva forza normativa di cui la Costituzione dispone (e, ulteriormente approfondendo, in seno a questa, hanno i principi fondamentali, dal momento che – come si diceva – proprio gli enunciati che li esprimono appaiono essere i più esposti a frequenti e corpose manipolazioni nell'esperienza).

2. Non farò ora l'ennesimo racconto delle torsioni di cui qui si discorre, dal momento che le stesse sono state fatte oggetto di analisi approfondite di vario segno ed orientamento. Mi limito solo a fermare rapidamente l'attenzione su un punto che considero di cruciale rilievo per la questione qui specificamente trattata, in relazione cioè alle ricadute che le vicende caratterizzanti la forma di governo

⁴ Su partiti e forma di governo, per tutti, v. i contributi al convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Napoli il 14 e 15 giugno 2019 su *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, a cura di S. Staiano - G. Ferraiuolo - A. Vuolo, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; v., inoltre, S. STAIANO, *Democrazia dei partiti e forma di governo*, in *Quad. cost.*, 2/2023, pp. 292 ss.; utili indicazioni anche dal convegno di Brescia sopra cit.

hanno nei riguardi di quelle che, nel modo più diretto ed immediato, qualificano la forma di Stato e ne segnano i complessivi sviluppi.

Mi riferisco all'accentramento, col tempo fattosi viepiù vistoso, di poteri presso sedi istituzionali ristrette e, segnatamente, in capo al Governo. Nel tempo a noi più vicino, però, si è registrata una significativa novità, costituita dall'ulteriore, marcata concentrazione di potere a beneficio del Presidente del Consiglio ed a discapito dello stesso Governo quale organo usualmente visto come "complesso", in seno al quale centralità di ruolo è riconosciuta al Consiglio dei ministri inteso quale "collegio": qualifica, quest'ultima, che, per ragioni altrove espresse⁵, non appare ai miei occhi corretta e che, tuttavia, qui non ridiscuterò, muovendo dall'assunto che gode dei maggiori consensi tra gli studiosi. Avverto solo che, anche a non ritenere il Consiglio dei ministri un collegio (nella sua ristretta e propria accezione), ugualmente non può negarsene la centralità di ruolo, avvalorata dalle più accreditate letture prospettate dell'art. 95 della Carta, specificamente laddove si rileva, con dovizia di argomenti, come la definizione della "politica generale del Governo" – quale che sia il significato di questa formula ad oggi, per molti versi, misteriosa – non competa di certo al Presidente del Consiglio, abilitato unicamente a *dirigerla*, non pure a *determinarla*, senza perciò commutarsi in un "Primo Ministro"⁶.

Oggi, però, si assiste ad un marcato spostamento del baricentro del corpo governativo, con riflessi che si dispiegano a raggiera per l'intera trama istituzionale e, quindi, ricadono sul versante dei rapporti tra apparato governante e comunità governata. Ed è appena il caso qui di evidenziare ciò che già è stato messo in chiaro da una nutrita schiera di studiosi, vale a dire che una spinta vigorosa a questo *trend* può venire dalla riforma Meloni relativa al c.d. premierato elettivo su cui tornerò a breve⁷.

⁵ ... nel mio *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano 1981, dal quale possono, volendo, aversi gli opportuni ragguagli.

⁶ Tale, invece, avrebbe dovuto essere, secondo una proposta caldeggiata in sede di lavori preparatori della Carta da autorevoli esponenti democristiani, con in testa C. Mortati ed E. Tosato, che, però, allo scontro con le sinistre, non riuscì ad affermarsi (riferimenti alla vicenda costituente, nuovamente, nel mio scritto per ultimo cit., spec. pp. 53 ss., pp. 90 ss. e pp. 116 ss., nonché, più di recente, in L. DELL'ATTI, *La premiership come mito. Suggerimenti sulle evoluzioni della forma di governo italiana lungo i tentativi di un suo rafforzamento monocratico*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitanel-diritto.it), 1/2022, pp. 7 ss.).

⁷ Ormai incontestabile la mole di commenti di vario segno al disegno in parola: indicazioni possono aversi da A. MORELLI - A. RUGGERI, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza*, cit., 161 ss., in nt. 160; *adde*: i contributi a *Un decalogo di temi e quesiti sul progetto governativo di riforma costituzionale* che sono in *Quad. cost.*, 3/2024, pp. 539 ss. e, pure *ivi*, A. MORRONE, *Oltre il parlamentarismo. Un premierato conflittuale*, pp. 695 ss., e E. BALBONI, *Rifrazioni pre-moderne sull'investitura demo-popolare*, pp. 701 ss., nonché A. MASTROPAOLO - L. REVELLI, *Le parole sono importanti: osservazioni sul testo della proposta di riforma costituzionale per l'introduzione del premierato in Italia*,

Si è avuto un concorso di cause, pure eterogenee e reciprocamente differenziate, che tuttavia hanno finito con il ricaricarsi perversamente a vicenda determinando quindi tutte assieme l'esito di cui ora si discorre.

Si pensi solo al ruolo al riguardo giocato dalla pandemia da covid-19, in occasione della cui virulenta manifestazione si è assistito ad una sovraesposizione della figura del Presidente del Consiglio scandita dalla produzione a getto continuo di atti suoi propri – i discussi (e discutibili) D.P.C.M.⁸ – che, al di là della natura posseduta, hanno di fatto espresso una formidabile forza normativa non soltanto di rango legislativo ma, addirittura, a conti fatti, “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*, sol che si pensi alla sospensione da essi determinata di diritti fondamentali della persona. Né in avverso giova addurre l'argomento per cui gli atti in parola poggiavano pur sempre su una base apprestata da fonti di primo grado, vuoi per la sostanziale inconsistenza concettuale e positiva della base stessa e

in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2024, 7 ottobre 2024, pp. 71 ss., e, nella stessa *Rivista*, AA.VV., a cura di L. MARIANTONI, *I rischi della riforma costituzionale per il c.d. premierato nelle parole (del 1996) di Giuseppe Guarino*, pp. 14 ss.; G. DELLEDONNE, *A modification or an upheaval of the parliamentary form of government? An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*, in *Riv. dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 2/2024; D. CASANOVA, *La proposta di riforma costituzionale del Governo Meloni e la composizione del Parlamento*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitanel-diritto.it), 2/2024; nella stessa *Rivista*, AA.VV., *Il dibattito costituzionale: le audizioni sul premierato*, a cura di G. De Minico e A. Zei; i contributi di M. Gorlani, P.L. Petrillo, A. Sterpa, N. Viceconte, V. Pupo, L. Dell'Atti - P. Melchiorre, A. Fricano, che sono in *Italian Papers on Federalism*, 3/2024; P. MAGARÒ, *Suggerimenti comparate (e anomalie) nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2024, 4 novembre 2024, pp. 1267 ss. Infine, se si vuole, anche il mio *Il premierato elettivo e la decostituzionalizzazione della Costituzione (note minime su una spinosa questione)*, in *Consulta OnLine* www.giurcost.org, 3/2024, 17 ottobre 2024, pp. 1157 ss.

⁸ Non è, dunque, per mero accidente che i decreti in parola abbiano costituito oggetto di una nutrita schiera di contributi scientifici anche di respiro monografico [*ex plurimis*, v. L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e, dello stesso, *Tra «disporre» e «provvedere». I dpcm pandemici al test di normatività*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2022, pp. 37 ss., e M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Giapichelli, Torino 2022. Altre indicazioni in M.A. GLIATTA, *L'uso dei dPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2021, pp. 1191 ss.; C.A. CIARALLI, *Protagonismo governativo ed alterazione del sistema delle fonti del diritto: nuovi equilibri in tempo d'emergenza?*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2022, 4 aprile 2022, pp. 52 ss., e A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna 2023, pp. 193 ss. V., infine, M. SALERNO, *I DPCM di natura normativa tra pluralità di procedimenti e di fonti*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2024, 22 aprile 2024, pp. 161 ss.].

Accenno qui di passaggio al fatto che dei decreti in parola si prefigurava un largo utilizzo da parte della legge n. 86 del 2024, in materia di regionalismo differenziato; sennonché da un comunicato stampa della Corte costituzionale del 14 novembre 2024 risulta che è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la previsione della legge suddetta secondo cui l'aggiornamento della disciplina dei livelli essenziali delle prestazioni avrebbe potuto aversi a mezzo dei decreti in parola. Ne sapremo di più dopo la pubblicazione della decisione della Consulta.

vuoi perché, ad ogni buon conto, il *vulnus* da essi recato ai principi fondamentali dell'ordinamento si rendeva pur sempre manifesto in tutta la sua portata.

Al di là, poi, della giustificazione addotta, con riguardo allo stato di necessità al tempo determinatosi, ciò che qui maggiormente importa mettere in chiaro è che alcuni effetti prodotti da atti venuti alla luce per far fronte all'emergenza hanno dato prova di sapersi trasmettere pur dopo il venir meno di quest'ultima. Si è, insomma, assistito (e si assiste) ad una sorta di effetto di trascinamento esibita da talune pratiche, giuridiche e sociali, idonee a riprodursi anche in un contesto ormai significativamente mutato; e ciò vale sia per esperienze che, per taluni aspetti, si presentano positive che per altre (e sono quelle qui di specifico rilievo) invece di segno opposto. Quanto alle prime, si pensi ad es. alle attività sociali svolte a distanza, avvalendosi delle risorse al riguardo apprestate dalla tecnologia⁹. Delle seconde rileva appunto il ruolo vieppiù marcato giocato dal Presidente del Consiglio in seno al Governo, in primo luogo, e, quindi, nei rapporti esterni a quest'ultimo, segnatamente sul versante su cui vengono ad emersione ed hanno svolgimento quelli con il Parlamento¹⁰.

Si dirà che quest'esito in larga misura si deve a mutati rapporti tra le forze politiche anche rispetto ad un recente passato. Fuor di dubbio che alle regolarità della politica debba riconoscersi un posto di rilievo per ciò che attiene alle dinamiche di cui si fa qui parola. I rapporti suddetti, nondimeno, risentono, per loro indeclinabile vocazione, dei connotati strutturali delle coalizioni di governo, vale a dire, in buona sostanza, del peso specifico di cui ciascuna forza dispone e che può far valere nel corso delle esperienze di governo: esperienze, dunque, varie, specie in occasione di cambi di maggioranza. Eppure, malgrado la diversità dei contesti, il ruolo del Presidente del Consiglio è sempre risultato di primo piano: certo, ora più ed ora meno marcato, anche in ragione degli *accidents of personality* che pure sono – come si sa – non privi di significato, e tuttavia appunto pur sempre particolarmente rilevante, specie a fronte di quello giocato dal Consiglio dei ministri, vieppiù stancamente relegato ai margini del circuito politico-decisionale, obbligato dunque a ratificare decisioni altrove prese con l'apporto di centrale rilievo del Presidente.

⁹ Le attività a distanza – come si sa – non presentano solo risvolti positivi; di tutto ciò, ad ogni buon conto, non giova ora dire.

¹⁰ La figura e il ruolo del Presidente del Consiglio hanno costituito da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina; ai fini qui interessanti, tuttavia, rilevano soprattutto le ricostruzioni messe a punto dalla più recente dottrina: tra gli altri, v., part., i contributi di I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli 2018, e L. DELL'ATTI, *Genesi, evoluzioni ed equivoci dell'organo Presidente del Consiglio dei Ministri*, ESI, Napoli 2022.

Vi è, però, di più; ed al *trend* volto ad appuntare quote vieppiù consistenti di potere in capo al Presidente si accompagna l'altro alla deresponsabilizzazione per l'esercizio del potere stesso. Un fenomeno, questo, di cui si ha riscontro tanto lungo il versante istituzionale, non riuscendo il Parlamento per ragioni varie, peraltro a tutti note, a far valere davanti a sé la responsabilità del Governo (e, per esso, specificamente del Presidente del Consiglio), quanto al piano dei rapporti con la comunità governata, non avendosi parimenti riscontro di manifestazioni tangibili di responsabilità diffusa (e qui – come si vede – torna in primo piano la forma di Stato, in una delle sue più qualificanti espressioni).

Ancora una volta, si è in presenza di “fatti” dalle origini risalenti che però – qui è il punto – vengono ora a manifestarsi in forme particolarmente accentuate, vistose, allarmanti. La dissociazione tra potere e responsabilità mette, infatti, in crisi uno dei pilastri portanti del costituzionalismo; ed è chiaro che, nel momento in cui la responsabilità non segue più il potere, la via è spianata per una involuzione autoritaria delle dinamiche istituzionali ed ordinamentali.

Mi sono, non molto tempo addietro, dichiarato dell'idea che, alla luce di alcune tra le sue più salienti espressioni, il nostro appaia essere un ordinamento *a-democratico*¹¹: per fortuna, ancora oggi non *antidemocratico* e, però, ahimè, neppure *democratico*. Della qual cosa, peraltro, si ha sicura riprova dall'assenteismo crescente alle elezioni: testimonianza inequivoca di una disaffezione diffusa in seno al corpo elettorale nei riguardi degli esponenti dei partiti di qualsivoglia colore.

Prescindendo ora dalla contingenza politica, a riguardo della quale in questa sede nulla mi è consentito di dire, e mantenendo lo studio entro l'ambito istituzionale, al quale soltanto è qui consentito di svolgerlo, molti segni fanno intendere che, seguitando ad affermarsi la tendenza di cui qui si discorre, il rischio della involuzione ordinamentale sia da prendere in seria considerazione.

3. La riforma Meloni – come si faceva poc'anzi notare – alimenta questo timore. Pone, infatti, le basi per una razionalizzazione di quella “*presidenzializzazione di fatto*” della forma di governo – come la si è altrove chiamata – che appare essere una delle cifre maggiormente espressive del tempo presente.

Onestà d'intelletto obbliga, tuttavia, a dire chiaro e tondo che nessuna prova certa si ha dall'articolato di riforma a riguardo del mutamento di forma di governo nel senso appena precisato. E ciò, per la elementare ragione che lo stesso è

¹¹ V., dunque, volendo, il mio *L'assenteismo elettorale e la forma a-democratica di Stato (nota minima su una spinosa ed irrisolta questione)*, Editoriale, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 19 ottobre 2021.

gravato da alcune contraddizioni insanabili, tanto per ciò che in esso si dice quanto per ciò che non si dice, con la conseguenza che, a motivo di siffatto scollamento interno, non è dato al momento di poter stabilire quale possa essere il verso in futuro intrapreso dalle più marcate regolarità della politica (sempre che – beninteso – esse pure non si presentino oltre misura oscillanti e, di contro, risultino sufficientemente radicate assumendo dunque una forma nitidamente visibile).

Due – come si è fatto altrove notare¹² – appaiono essere le maggiori e più vistose contraddizioni: *a*) la previsione, suscettibile di dar vita a non poca confusione, della doppia fiducia di cui viene a godere il Presidente del Consiglio¹³, presentandosi quella parlamentare inutilmente ridondante o, diciamo pure, rafforzativa dell'altra insita nella elezione popolare (quasi che i rappresentanti siano chiamati a sindacare l'operato dei rappresentati...) e *b*) il mancato adeguamento alla elezione diretta delle disposizioni di cui all'art. 95, in ordine ai poteri riconosciuti in capo al Presidente del Consiglio, rimasti dunque tali e quali erano (*rectius*, sono) in forza del dettato costituzionale vigente, fatta eccezione della previsione, ora espressamente posta in coda all'art. 92, nella versione licenziata dal Senato¹⁴, che dà modo al Presidente del Consiglio di proporre al Capo dello Stato la revoca dei Ministri¹⁵.

Qui è il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa. Delle due, infatti, l'una: o i poteri sono destinati a restare inalterati, così come parrebbe a stare alla lettera dell'art. 95, ed allora non si capisce a cosa serva la riforma volta ad introdurre il meccanismo della elezione diretta, dallo stesso Presidente del Consiglio in carica sovente definita la “madre di tutte le riforme”. Oppure, in lineare svolgimento di quest'ultima, i poteri sono da considerare (*rectius*, devono essere considerati) profondamente cambiati, ed allora non si capisce perché mai il dettato costituzionale non sia stato sul punto innovato di una virgola, con la pur rilevante eccezione riguardante però non già il versante endogovernativo ma quello dei rapporti con il Presidente della Repubblica, obbligato – secondo la più accreditata opinione – a patire una vistosa *deminutio capitis* in ordine all'esercizio dei

¹² V., di recente, il mio *Il premierato elettivo e la decostituzionalizzazione della Costituzione (note minime su una spinosa questione)*, cit., e riferimenti di lett. *ivi*.

¹³ Notazioni fortemente critiche sul punto, tra gli altri, in A. MORRONE, *Oltre il parlamentarismo. Un premierato conflittuale*, cit., spec. p. 699, e, ora, P. MAGARÒ, *Suggerimenti comparate (e anomalie) nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., pp. 1279 ss.

¹⁴ ... sulla quale invita ora opportunamente a fermare l'attenzione anche P. MAGARÒ, *op. et loc. cit.*

¹⁵ Un potere, questo, la cui esistenza è stata – come si sa – *ab antiquo* discussa, che nondimeno in larga misura dipende, più che da regole che esplicitamente lo stabiliscano, da condizioni del quadro politico, da regolarità della politica insomma. Di certo, domani la elezione diretta potrà costituire una base solida per il suo esercizio, fermo nondimeno restando il rischio che lo stesso porti diritto all'apertura di una crisi di governo per effetto della “copertura” offerta dal partito di appartenenza al Ministro che il Premier vorrebbe espellere dalla compagine di governo.

suoi due poteri maggiori, la nomina del Presidente del Consiglio e lo scioglimento anticipato delle Camere¹⁶.

Il vero è che l'elezione diretta mira a produrre un effetto di trascinamento idoneo ad aprirsi a raggiera per l'intero campo istituzionale, a partire, ovviamente, dal versante lungo il quale si svolgono i rapporti tra il Presidente del Consiglio e i Ministri (e, di riflesso, tra i *partners* della coalizione di governo). Si fa la riforma perché si vogliono cambiare i poteri e, con essi, la forma di governo. Solo che, perché ciò si abbia, il Presidente del Consiglio si troverà costretto ad uscire allo scoperto, a tracimare dall'alveo tracciato nella Carta o, diciamo pure, a contrapporsi a quest'ultima frontalmente. Il che, poi, la dice lunga su quale sia la considerazione che si ha della lettera della Carta stessa e della sua forza, secondo quanto si faceva per altro verso poc'anzi notare.

La reticenza, per studiata cautela, serbata dall'autore del testo di riforma sul versante dei poteri lascia, dunque, il beneficio del dubbio circa il verso lungo il quale potranno avviarsi le nuove regolarità della politica. D'altro canto, la irragionevolezza di dettato in cui la Carta, senza sua colpa, verrà a trovarsi dà credito all'ipotesi che, specie in situazioni politiche confuse, potrebbe assistersi ad oscillazioni non da poco nell'esercizio dei poteri presidenziali, risultando pertanto la loro consistenza varia a seconda dei contesti (e, perciò, in buona sostanza, dei rapporti tra i *partners* di governo). Se ne ha che è da mettere in conto la eventualità che abbiano ad impiantarsi regolarità allineate alle indicazioni venute dall'art. 95 e, perciò, ad effetto – come dire? – frenante o di contrappeso nei riguardi della regola della elezione diretta.

Se le cose stanno così come sono qui viste, nulla può escludere che, malgrado il meccanismo della elezione diretta, si affermino talune regolarità che non agevolino il raggiungimento dell'obiettivo della stabilità politica: l'autentico *leit motiv*, viepiù stancamente ripetuto (a mo' di *slogan*, appunto), dall'autore della riforma e dai suoi benevoli *laudatores* che appunto lo presentato quale un obiettivo di sicuro centrato grazie alla novità della elezione diretta.

¹⁶ In tema, di recente e per tutti, V. PUPO, *Premierato, prerogative del Presidente della Repubblica ed equilibri istituzionali*, in *Italian Papers on Federalism* (www.ipof.it), 3/2024, pp. 63 ss., e A. FRICANO, *Il premierato claudicante: aspirazioni e incongruenze della riforma Meloni-Casellati*, in *Italian Papers on Federalism*, 3/2024, pp. 156 ss., spec. pp. 170 s. Si è, poi, fatto di recente notare [F. SEVERA, *Un sistema a due vertici? Prospettive della riforma sul premierato?*, in *La Costituzione.info* (www.laCostituzione.info), 4 novembre 2024] che il Capo dello Stato potrebbe, dal suo canto, esercitare un sindacato sulla scelta dei Ministri, opponendosi alla nomina di persone non ritenute adeguate rispetto al ruolo, come peraltro, ancora non molto tempo addietro, si è avuto con il caso Savona. Nessuna garanzia, tuttavia, si ha che ciò potrà seguitare ad aversi anche in un contesto connotato da un ruolo particolarmente forte del Presidente del Consiglio siccome poggianti sul solido fondamento della elezione diretta.

Due sole notazioni al riguardo mi sta qui pure particolarmente a cuore di rappresentare.

La prima è che la stabilità politica non per ciò è garanzia certa di buon governo, vale a dire della maggiore rappresentatività possibile dei rappresentanti, quale attitudine di questi a farsi carico dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale. Buone regole, costituzionali ed istituzionali in genere, possono agevolare il conseguimento di quest'esito; la maggior parte, però, l'hanno da fare al riguardo le regolarità della politica e – ciò che più importa – la qualità del personale chiamato a responsabilità di governo (e – tengo a precisare – anche delle forze politiche di opposizione, esse pure chiamate a responsabilità politica diffusa per il loro operato). Nessuna riforma è in grado, per un suo limite strutturale, di dare garanzie per ciò che attiene alle qualità di cui gli operatori politici devono dare prova di essere dotati. E non è inopportuno qui accennare, sia pure solo di passaggio, che da tempo è ormai dato assistere ad un diffuso e viepiù accentuato *degrado culturale* – come mi è parso giusto di qualificarlo in altri luoghi – del ceto politico, di cui si hanno plurime, convergenti ed inequivoche testimonianze.

La seconda è che, ancora una volta, nessuna garanzia sicura viene offerta dalla riforma in ordine al raggiungimento dell'obiettivo della stabilità, in un contesto quale il nostro segnato da governi di coalizione, dal momento che in ogni tempo può darsi il caso che l'alleanza si sfaldi per iniziativa di uno dei partiti di maggioranza.

Per altro verso, pressoché certi sono alcuni guasti che saranno causati dalla riforma stessa, in primo luogo sul versante su cui vengono a svolgersi le dinamiche che connotano la forma di governo e, quindi, su quello delle dinamiche caratterizzanti la forma di Stato.

Il punto di incrocio tra le dinamiche in parola è dato dal Parlamento che – come si è fatto in più luoghi notare – versa da tempo in uno stato comatoso e che dalla riforma potrebbe avere il classico colpo di grazia¹⁷. D'altronde, come si

¹⁷ Ha, di recente, fatto il punto sullo stato di salute dell'istituto parlamentare F. FABRIZZI, *Il Parlamento nella «democrazia decidente». Il ruolo delle Camere oggi*, Il Mulino, Bologna 2024. Per le ragioni qui pure sinteticamente rappresentate e già altrove espresse (in *Fino a che punto possono tenersi distinte le vicende della forma di governo da quelle della forma di Stato?*, cit., VII, in nt. 7), non sarei tuttavia particolarmente fiducioso circa le concrete possibilità di un pronto ristabilimento dell'organo nel quale più che in ogni altro s'incarna la volontà popolare. Non può, tuttavia, farsi passare qui sotto silenzio lo sforzo encomiabile prodotto dalla Consulta con la decisione sulla legge n. 86 del 2024, in tema di regionalismo differenziato, che per vero, al momento in cui si licenzia per la stampa questo scritto, non si conosce ancora ma della quale si ha un resoconto dettagliato in un comunicato stampa della Consulta del 14 novembre scorso, sforzo proteso a ritagliare a beneficio delle assemblee elettive un ruolo non meramente coreografico o simbolico bensì di sostanziale compartecipazione alla messa a punto delle intese (e, quindi, della legge adottata per darvi seguito), del quale nondimeno si attendono ora le conferme dall'esperienza. Restano, ad ogni buon conto, non rimossi gli

diceva, la causa prima e più rilevante di siffatta condizione si rinviene nella crisi in cui versano i partiti che sembrano aver ormai smarrito la propria identità, la funzione cioè che ne dà e qualifica l'essenza, quella di far luogo alla formazione di un ceto politico in grado di far fronte alla mole imponente di problemi gravanti sulla società e, a un tempo, di elaborare progetti idonei a darne, seppur in parte, la soluzione.

Pochi dubbi possono, dunque, residuare al riguardo del fatto che l'organo immediatamente rappresentativo della volontà popolare resterà viepiù confinato ai margini del circuito politico-decisionale, incapace di concorrere fattivamente e in non secondaria misura alla definizione della direzione politica dello Stato¹⁸.

Il ruolo meramente ancillare delle Camere, al raffronto con quello di primo piano del Presidente del Consiglio, è da temere che possa quindi avere la sua naturale proiezione in sede di formazione degli organi di garanzia cui le Camere stesse – come si sa – concorrono, in primo luogo per ciò che attiene alla elezione del Presidente della Repubblica e di alcuni membri della Corte costituzionale e del Consiglio Superiore della Magistratura.

Il cerchio così si chiude in modo soffocante sulle principali istituzioni della Repubblica, con effetti quindi di tutta evidenza a carico della comunità governata.

4. La concentrazione del potere in capo al *Premier* (ché tale, come si è venuti dicendo, aspira ad essere secondo il disegno Meloni¹⁹) non per ciò – come si è veduto – è garanzia di un buon esercizio del potere stesso. Nulla, infatti, esclude che abbiano ugualmente a rendersi palesi talune annose e vistose carenze in ordine allo svolgimento dell'attività di direzione politica che hanno fin qui determinato un

ostacoli di ordine politico-culturale, cui si accenna nel testo, che segnano profondamente e negativamente la qualità delle attività esercitate dalle assemblee stesse.

¹⁸ È, dunque, nella crisi ormai endemica della rappresentanza la causa e l'effetto, allo stesso tempo, con un moto circolare che da se medesimo si ricarica senza sosta, del vieppiù vistoso smarrimento della tipizzazione dei ruoli istituzionali o – come pure si preferisce ora dire da una sensibile dottrina [S. STALANO, *Nel margine del caos. Trasformazione e conservazione dell'ordinamento costituzionale*, in *AIC* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), *La lettera, Ordinamento costituzionale e dinamiche della complessità*, 11/2024] – del caos ormai diffusamente imperante in seno alla trama istituzionale, con effetti immediati, peraltro, come qui pure si tenta di mostrare, a carico della forma di Stato, obbligata ad andare soggetta a vistose torsioni rispetto al modello per essa delineato nella Carta. In tema, v., ora, le precisazioni svolte da A. RAUTI, *La (sostenibile?) leggerezza dell'essere. Dialogo con il legislatore e "debolezza" nel giudizio di costituzionalità*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2024, 22 novembre 2024, pp. 95 ss.

¹⁹ Anche P. MAGARÒ, *op. cit.*, p. 1279, si sofferma ora giustamente sul carattere improprio del vecchio nome mantenuto dall'organo, con ogni probabilità dovuto – come si è altrove osservato – al bisogno di non connotare come eccessivamente dirompente la riforma rispetto al dettato originario.

grave scollamento tra l'azione dei decisori politici e le aspettative maggiormente diffuse ed avvertite in seno alla comunità governata.

È, dunque, da mettere in conto che, pur dopo la riforma (sempre che risulti confermata dal voto referendario che di sicuro seguirà alla sua approvazione), abbia ad affermarsi e, anzi, a crescere ulteriormente la “supplenza” dei giudici, com'è usualmente chiamata, volta a porre un qualche rimedio alle complessive mancanze dei decisori politici, specie laddove – nel *facere* come nel *non facere* – dovessero mostrarsi maggiormente incompatibili con le indicazioni risultanti dalla Carta costituzionale, a partire da quelle dotate di maggiore carica assiologico-normativa.

I giudici, nondimeno, vanno incontro a limiti strutturali invalicabili. La stessa Corte costituzionale che, più di ogni altro, somiglia ad un legislatore, non soltanto – com'era qualificato da un'accreditata dottrina – “negativo” ma anche, alla bisogna, “positivo”, non può spingersi oltre una certa soglia nella sua opera di sostanziale rifacimento dei testi, per quanto per vero di recente abbia dato mostra di spostarla sensibilmente in avanti, commutando – a mia opinione, inopinatamente – le c.d. “rime obbligate” di crisafulliana memoria in “rime possibili”²⁰. Ogni giudice, ad ogni buon conto, agisce su domanda di altri operatori (sovente di altri giudici) e, pur non trattenendosi a volte dal riformulare secondo occasionali convenienze la domanda stessa, vede pur sempre da quest'ultima tracciato il confine

²⁰ Riferimenti, nella ormai nutrita lett., in S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, pp. 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, pp. 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. pp. 197 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. pp. 101 ss., e *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 2/2021, 3 febbraio 2021, pp. 5 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2020, 23 ottobre 2020, pp. 282 ss., spec. p. 293; I. GOIA, *Una giustificabile «invasione» di campo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 9 dicembre 2021, pp. 1001 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2023, 12 aprile 2023, pp. 103 ss.; R. PINARDI, *Una pronuncia a rime «possibili», ma anche «parziali». Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 5/2023, 5 settembre 2023, pp. 1 ss. In tema, v., inoltre, AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova «stagione» nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, a cura di E. Malfatti, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi e A. Sperti, Pisa University Press, Pisa 2023; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 12 settembre 2023, pp. 815 ss.; M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2023; G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale prosegue la ricerca dell'unità in base ai principi*, in *AIC* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), *La Lettera, La Corte costituzionale nel sistema istituzionale*, 8/2024; A. RAUTI, *La (sostenibile?) leggerezza dell'essere. Dialogo con il legislatore e «debolezza» nel giudizio di costituzionalità*, cit., spec. pp. 135 ss.

entro il quale può svolgere il *munus* assegnatogli. Ciò che, infatti, fa comunque per sistema difetto agli operatori di giustizia, anche a quei peculiari operatori che sono i tribunali costituzionali o altri ad essi per certi versi assimilabili (quali le Corti europee), è la capacità di darsi un previo programma d'azione e di poterlo quindi, seppur in parte, realizzare a mezzo di atti strutturalmente e funzionalmente connessi e, appunto, conducenti agli obiettivi dapprima definiti.

Ora, nessuno è in grado di poter dire quali riflessi l'avvento del c.d. premierato elettivo potrà avere sul versante degli operatori di giustizia, pur dovendosi mettere in conto – come si diceva – che abbia ulteriormente a crescere il tasso di “politicizzazione” dell'attività della Corte delle leggi, specie laddove la mano del *Premier* dovesse lasciare un segno marcato sulla composizione dell'organo.

Anche, però, sul versante della giurisdizione comune potrebbe aversi riscontro di un sensibile innalzamento del tasso suddetto, pur se dovuto – si faccia caso – ad una giusta causa, vale a dire all'obiettivo di porre un qualche argine ad iniziative del *Premier* debordanti dal solco costituzionale.

D'altro canto, non di rado è dato assistere ad usi abnormi degli strumenti processuali, a partire da alcune tecniche decisorie, quale quella dell'interpretazione conforme, per effetto del cui utilizzo si è avuta (e si ha) talvolta la sostanziale riscrittura dei testi di legge²¹. L'aggiustamento di questi ultimi, infatti, va fatto nelle

²¹ Ed è anche a motivo della consapevolezza della varietà degli esiti raggiungibili per effetto della messa in atto della tecnica in parola che la stessa è stata (ed è) ampiamente studiata [di recente, tra gli altri, v. F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2014, 18 aprile 2014, e, dello stesso, *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2015, pp. 461 ss.; M.A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017; G. PARODI, *L'interpretazione conforme. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, fasc. spec. maggio 2019, pp. 555 ss., e, più di recente, M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli 2014, e, dello stesso, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 22 ottobre 2018; *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, 30 ottobre 2019, pp. 37 ss., e spec. *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in AA.VV., *I 70 anni della legge n. 187 del 1953: l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, a cura di G. GRASSO e A. STEVANATO, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, pp. 341 ss.; G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2016, pp. 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), pp. 391 ss., e, dello stesso, ora, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, pp. 154 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, pp. 99 ss.; GIOV. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura dello stesso GIOV. D'AMICO, Giuffrè, Milano 2017, pp. 49 ss., spec. pp. 66 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè

sedi e con i modi giusti, senza battere improprie scorciatoie lungo le quali gli operatori di giustizia si troverebbero obbligati a mutare casacca ed a rivestirsi perciò di quella spettante ai decisori politici.

Il vero è che a trovarsi sotto *stress* è, ormai da tempo, il principio della separazione dei poteri²²; e, se lo è quest'ultimo, lo è anche, per logica conseguenza, la

Francis Lefebvre, Milano 2017, pp. 37 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. soc.*, 4/2018, pp. 633 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2020, 28 gennaio 2020, spec. pp. 292 ss.; F. POLITI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, pp. 155 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, pp. 555 ss.; A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, 5 dicembre 2019, pp. 163 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, spec. pp. 266 ss. e pp. 376 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2020, 26 maggio 2020, pp. 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., GIAPPICHELLI, Torino, 2020, pp. 72 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, pp. 161 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, l'Editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STALANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, pp. 102 ss.; F. MODUGNO, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2/2022, spec. pp. 1118 ss.; S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, pp. 171 ss. Altri riferimenti in F. MODUGNO - T. GUARNIER, *Interpretazione giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024. Per i più salienti sviluppi della giurisprudenza, v., poi, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2022, pp. 247 ss.; D. PICCIONE, *Diritto vivente e interpretazione conforme quali fondamenti argomentativi degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1/2024, pp. 455 ss.; G. PARODI, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 6/2023, pp. 2883 ss., e, dello stesso, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice costituzionale*, in *Lo Stato*, 22/2024, pp. 63 ss.

²² Non a caso esso pure è stato, ancora di recente, fatto oggetto di studi di vario segno [tra gli altri, v. i contributi all'incontro di studi di Siena del 14 marzo 2024 su *La separazione dei poteri nello stato contemporaneo. In ricordo di Giovanni Grottanelli d'È Santi*, e di quello di Messina del 27-28 giugno 2024 su *Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali*; ha reso pubblico anticipatamente il suo contributo a quest'ultimo M. RUOTOLO, *La verticalizzazione del potere. La separazione dei poteri alla prova dell'integrazione europea e di una recente proposta di riforma costituzionale*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2024, 7 giugno 2024, pp. 168 ss.; è parimenti già venuto alla luce il mio *Il mix di normazione e controllo presente in alcune pratiche istituzionali: dal modello alle torsioni dell'esperienza*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2024, 1° luglio 2024, pp. 822 ss. V., inoltre, utilmente, G. SILVESTRI, che è di recente tornato a trattare del tema dopo i suoi approfonditi studi monografici del 1979 e del 1984: v., dunque, la voce *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, I tematici, V (2023), *Potere e Costituzione*, diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, pp. 1122 ss.; e, ancora, G. SCACCIA, *L'etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2/2023, pp. 459 ss.; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Mimesis, Milano 2023; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*,

Costituzione che ha nel principio in parola uno dei connotati che ne qualificano l'essenza. Ebbene, come si è venuti dicendo, tutto fa pensare che, specie a motivo della concentrazione del potere in capo al *Premier*, questo *trend* possa crescere in modo esponenziale ed incontrollabile, al punto da mettere in forse la continuità di un'esperienza ordinamentale risalente – come si sa – alla sofferta ma esaltante stagione risorgimentale.

La crisi dei partiti, cui si è già fatto cenno, unitamente alla personalizzazione della lotta politica da noi come altrove vieppiù diffusa²³, può poi in rilevante misura concorrere all'esito qui paventato dell'impoverimento e dello stesso smarrimento del patrimonio dei valori che sono stati a base della nascita della Repubblica e che *dovrebbero* (condizionale non casuale) accompagnarne costantemente le più salienti movenze, a livello di apparato così come di comunità governata. Non basta – com'è chiaro – che vi sia una pluralità di partiti spontaneamente formati in seno al corpo sociale perché si abbia la democrazia, tanto più poi laddove dovesse aversi riscontro del fatto che i partiti stessi si sono profondamente trasformati al loro interno e che sembrano aver perduto la bussola che ne può orientare il cammino verso la meta, in conformità con la più genuina vocazione degli stessi quali laboratori nei quali far luogo alla progettazione del complessivo sviluppo della società.

5. Le diffuse e gravi torsioni della forma di governo di cui si è qui succintamente discusso, oltre a riproporre la cruciale questione relativa alla forza normativa di cui risulta effettivamente dotata la Costituzione, obbligano a tornare a riflettere su tre parimenti cruciali questioni coinvolgenti il modo di essere complessivo dell'ordinamento: *a)* se la nostra seguiti ad essere una forma di governo parlamentare; *b)* se la Repubblica sia a tutt'oggi davvero “democratica”, così come la qualifica nel suo *incipit* il libro costituzionale; *c)* se, infine, per ciò che qui maggiormente importa, ai guasti del presente possa porsi almeno in parte rimedio.

Non darei per scontata la risposta affermativa, che pure col cuore sarei tentato senza esitazione alcuna di dare ai quesiti in parola, in ispecie all'ultimo che appare essere di non poco impegno in sede di progettazione teorica.

cit., pp. 815 ss.; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, cit.; C. PINELLI, *L'influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2024, 8 maggio 2024, pp. 126 ss.; F. MERUSI, *Separazione dei poteri e organizzazione amministrativa. Mutazioni nell'ordinamento italiano*, in *Lo Stato*, 22/2024, pp. 37 ss.; E. DE GREGORIO, *I nuovi orizzonti dei rapporti fra Corte Costituzionale e Parlamento*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 15 ottobre 2024].

²³ Incisivi rilievi critici sul punto possono, di recente, vedersi in M. LUCIANI, *Questioni generali della forma di governo italiana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2024, 2 gennaio 2024.

Per l'un verso, non basta – a me pare – la perdurante esistenza del rito della fiducia concessa dalle Camere al Governo a giustificare l'etichetta di “parlamentare” apposta al contenitore della forma di governo. Un'etichetta che dice il vero alla sola condizione che l'organo che dà il proprio nome al modo di essere dei rapporti tra gli organi di vertice dello Stato sia messo in grado di svolgere un ruolo di sostanziale rilievo in ordine alla determinazione della direzione politica, non già laddove dovesse trovarsi svilito nella sua funzione di primario artefice della direzione stessa e regolatore delle dinamiche sociali.

Per l'altro verso, dal momento che – come suol dirsi – tutto si tiene, il declasamento di ruolo del Parlamento proietta la propria immagine negativa a tutto campo, concorrendo in rilevante misura alla generale deriva istituzionale ed ordinamentale. È stato detto da un'accreditata dottrina che la crisi non è tanto dei rappresentanti quanto dei rappresentati²⁴. Questa è, però, solo una delle due facce della luna; e il vero è che tra rappresentanti e rappresentati si dà un rapporto di mutuo condizionamento, gli uni riflettendo pregi e difetti degli altri, e viceversa.

Vi è, però, un punto che è sovente trascurato anche negli studi maggiormente accurati ed approfonditi; ed è che “democratico” non può dirsi un ordinamento sol perché si hanno elezioni periodiche, pluralità dei partiti e quant'altro insomma concorre a fare ed incessantemente rinnovare i riti del potere in un ordinamento di tradizioni liberali. “Democrazia”, nell'accezione familiare alle tradizioni in parola, cui – come si sa – si rifà anche la nostra storia, si ha laddove i valori fondanti l'ordinamento risultino vivi, effettivamente sentiti e praticati: da chi detiene il potere così come dall'intera comunità. Non basta, insomma, che sia assicurata la partecipazione di quest'ultima alle dinamiche di apparato, “nelle forme e nei limiti della Costituzione”, com'è scritto nella Carta a riguardo dell'esercizio della sovranità. Occorre che si abbia riscontro dell'inveramento nell'esperienza, in una misura complessivamente apprezzabile, dei valori nel loro fare “sistema” perché la democrazia abbia un senso reale e non suoni piuttosto quale una vera e propria beffa cocente per i componenti la comunità.

Se le cose stanno così come sono qui viste, le questioni fatte ora oggetto di un rapido ed approssimativo esame si riducono ad una sola: di quanta “democrazia” possiamo dire di godere ancora al presente e di quanta potremmo averne laddove dovessero andare in porto talune riforme, a partire da quella del premierato elettivo e di altre ancora concernenti il mondo della giustizia?

²⁴ Il riferimento – com'è chiaro – è ad una nota riflessione teorica di M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 109 ss.; dello stesso, ora, v. lo scritto cit. in nt. prec.

Confesso di aver paura a dare a me stesso la risposta ad un sì impegnativo ed inquietante quesito, tanto più laddove il tema delle riforme seguiti ad essere impostato su basi teorico-ricostruttive assai gracili, per non dire inconsistenti, così com'è stato sin qui.

Ferma, dunque, l'avvertenza che le novità concernenti le regole costituzionali ed istituzionali in genere, pur laddove riscritte nel migliore dei modi, vanno incontro a limiti di rendimento loro propri se non accompagnate e sorrette da ulteriori ed incisive novità riguardanti le regolarità della politica, il vero è che è sbagliato il verso stesso delle riforme in cantiere che non soltanto non risultano idonee a portare buoni frutti ma, all'inverso, come si è tentato per taluni aspetti di mostrare, possono rivelarsi foriere di ulteriori ed ancora più gravi guasti di quelli in atto presenti.

Sul versante istituzionale, la ricetta giusta, infatti, non è quella dell'iperaccanimento del potere in capo al *Premier* ma l'altra volta a ridare nuova linfa vitale al Parlamento, il grande malato del sistema, allo stesso tempo rafforzando ulteriormente il ruolo degli organi di garanzia. A poco (o, forse, a nulla), nondimeno, giova rendere ancora più salda ed incisiva l'azione delle Camere se il ceto politico che vi dà corpo resta afflitto da strutturali carenze per ciò che attiene alla capacità di elaborazione di progetti adeguati ai più diffusi e pressanti bisogni.

Ancora una volta, come si vede, le radici dei guasti di cui si ha riscontro in seno all'apparato si rinvergono negli strati più profondi del corpo sociale: è da questi, dunque, che ha da prendere il via la complessiva opera riformatrice che, quindi, con moto ascendente deve portarsi in alto volgendosi al sostanziale rifacimento, in struttura e funzioni, delle istituzioni governanti, a partire appunto da quello che è (e resta) il cuore pulsante sia della forma di governo che della forma di Stato, il Parlamento.

Abbiamo assistito – secondo una diffusa ed accreditata opinione – ad un progressivo, crescente scadimento della qualità del personale politico. Non desidero qui *pietatis causa* far alcun nome in relazione al presente; quel che è certo che non ci sono più, purtroppo, personaggi della statura di De Gasperi, Moro, Togliatti, Berlinguer, Nenni, La Malfa, Malagodi, Almirante, e via discorrendo: personaggi tutti che, al di là delle divisioni politiche che ne caratterizzavano il pensiero e l'azione, risultavano – quale più quale meno – provvisti di un patrimonio di cultura politica di ragguardevole spessore.

Non mi stancherò di ripetere che il recupero della qualità, per l'aspetto ora considerato, del personale politico debba, dunque, essere ricercato in seno al corpo sociale (e, specificamente, nei partiti, bisognosi di essere rigenerati *ab ovo*, ma non – come si viene dicendo – in essi soltanto); e, poiché il *Begriffskern* della questione è di ordine culturale, è proprio nelle sedi in cui si fa e trasmette cultura che

deve in primo luogo saldamente radicarsi l'opera riformatrice in parola, per quindi diffondersi per l'intero tessuto sociale.

Ora, non è certo di qui rilevare le gravi carenze e responsabilità di cui si ha vistoso riscontro nel mondo della scuola e della cultura in genere. Eppure, da qualche parte il processo di rigenerazione deve avviarsi; ed a me pare che quello appena indicato sia il luogo giusto dal quale prendere le mosse. Che, poi, occorranzo tempi lunghi, molto lunghi, prima di vedere tangibili ed apprezzabili risultati è per vero da mettere in conto. La società e l'ordinamento non sono, però, fatti solo per la generazione presente ma anche (e soprattutto) per quelle a venire, avendo entrambi nel loro DNA la vocazione indisponibile alla integra trasmissione nel tempo, attingendo ad un patrimonio di valori fondamentali creato e custodito da una schiera di persone che man mano si sono date (e devono seguire a darsi) il testimone, in spirito di autentica, costruttiva solidarietà ed intima adesione a quella fedeltà della Repubblica che è la colla resistente, idonea ad assicurare l'incessante, mutua integrazione degli elementi costitutivi sia della società che dell'ordinamento stessi²⁵.

I signori feudali di un tempo sapevano bene, quando avviavano la costruzione dei loro castelli, che quasi certamente non avrebbero visto l'opera finita ma vi ponevano ugualmente mano a beneficio di coloro che sarebbero venuti dopo di loro. A questo spirito anche noi dobbiamo ispirarci, se abbiamo a cuore di preservare l'essenza della Costituzione e darle modo di seguire a farsi valere, ponendo mano ad un'opera approfondita e di sicuro faticosa di scavo nel terreno sociale per rivoltarlo e riseminarlo, confidando quindi in un buon raccolto.

²⁵ Sul dovere in parola, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., quelli di A. MORELLI, del quale v., almeno, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013. Quanto, poi, al dovere di solidarietà, numerosi scritti si rinvergono ora nel volume dal titolo *In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*, a cura di B. Pezzini, Giappichelli, Torino 2024; v., inoltre, i contributi che sono nel numero *Special issue V 2024* di *Dir. comp.* (www.diritticomparati.it) su *I percorsi della solidarietà nello stato costituzionale: nuovi attori e problemi, tra Costituzione e politiche europee*, a cura di A. Buratti. Le mutue implicazioni che tra i doveri in parola si danno, ciascuno di essi per taluni versi risolvendosi nell'altro, attendono nondimeno, a mia opinione, ancora oggi i necessari approfondimenti.

Crisi, transizioni e rotture. Sul futuro del costituzionalismo*

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

SOMMARIO: 1. Crisi, transizioni e rotture. – 2. Crisi. – 2.1 Crisi classiche e crisi inedite. – 2.2 Crisi classiche: la crisi dello Stato liberale e della democrazia rappresentativa. – 2.3. Crisi inedite: la crisi dello Stato e della democrazia *tout court*. – 2.4. Anticorpi contro la crisi. – 3. Transizioni. – 4. Rotture. – 5. Il futuro del costituzionalismo.

1. L'idea di transizione consiste in un progresso rispetto all'analisi delle crisi¹, perché non guarda solo ai cambiamenti in atto, ma anche al loro esito, alla loro possibile portata futura. La crisi ci colloca nel presente, ci fa riflettere sulle difficoltà che stiamo affrontando e che si riflettono nel costituzionalismo, come è successo con la crisi finanziaria² o con la crisi sanitaria³. Mentre analizzavamo questi problemi, non sapevamo come si sarebbero sviluppati, se si sarebbero esauriti nel tempo o se sarebbero continuati nel futuro. Quel che è certo è che entrambe le crisi si sono concluse, anche se non hanno smesso di avere conseguenze e di lasciare un segno importante nell'evoluzione delle nostre società.

Quando parliamo di “transizione” facciamo un passo avanti rispetto alla crisi perché possiamo immaginare il futuro nei suoi tratti essenziali. Mentre nelle situazioni di crisi siamo incerti sulla possibile portata del cambiamento, senza escludere che tutto torni più o meno alla normalità precedente, nelle transizioni

*Il contributo non è stato sottoposto a valutazione per decisione della Direzione. Traduzione dall'originale (in castigliano) di Giacomo Palombino.

¹ A cui abbiamo dedicato altri lavori in relazione alle crisi del XXI secolo. Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2018. *Anticipazioni Convegno: Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*.

² Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KorEuropa*, n° 1/2012 e F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 98, maggio/agosto 2013, pp. 91-107.

³ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Paolo Ridola, Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, 2020 e F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisis sanitaria y derecho constitucional en el contexto global*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 46, 2020, pp. 128-131.

possiamo azzardare il punto di arrivo, l'evoluzione prevedibile e la configurazione più o meno stabile del nuovo ordine o della "nuova normalità" che ci attende. Mentre in una crisi ci si aspetta quale sarà la portata delle trasformazioni, e persino se ci saranno o meno, nelle transizioni possiamo prefigurare questi cambiamenti e visualizzarli, con maggiore o minore certezza, il loro esito.

Le rotture, invece, hanno un significato diverso dalle transizioni. Non ci sono abbastanza elementi per poter immaginare la portata dei cambiamenti e possiamo solo intuire che questi saranno molto rilevanti. Non possiamo conoscere l'esito perché le rotture non sono come un ponte e non ci portano in un luogo che avremmo potuto concepire in precedenza. Le rotture sono caratteristiche dei processi rivoluzionari che possono avere una dimensione storica e che finiranno per prendere forma solo nel corso degli anni per definire un nuovo ordine sociale, economico o politico.

Per capire la differenza tra transizione e rottura possiamo pensare a una porta che dobbiamo aprire. Nelle transizioni sappiamo con maggiore o minore certezza cosa troveremo dietro la porta. È qualcosa di prevedibile, di cui non conosciamo la configurazione concreta, ma che possiamo intuire. Nelle rotture, invece, non sappiamo cosa ci sarà dietro la porta. Semplicemente non conosciamo il percorso che seguiremo e dove ci condurrà.

Nell'evoluzione storica del costituzionalismo abbiamo esempi di transizioni e rotture. L'affermazione stessa del costituzionalismo a partire dalla Rivoluzione francese, nel corso del XIX secolo, corrisponde a un momento di rottura, che ha dato origine al mondo moderno e la cui portata era imprevedibile anche per i settori sociali che lo hanno promosso.

Nel XX secolo, tuttavia, il passaggio dallo Stato legale di diritto allo Stato costituzionale non ha rappresentato una rottura perché era già stato preannunciato dal dibattito dottrinale e politico del periodo tra le due guerre. Il pensiero di H. Kelsen sulla normatività della costituzione, sulla giustizia costituzionale o sulla democrazia pluralista⁴, quello di H. Heller sullo Stato sociale⁵ o quello di F. Neumann⁶ sulla costituzione economica, per fare alcuni esempi rilevanti, hanno contribuito a questa configurazione.

⁴ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2a edizione, Verlag Franz Deuticke, Vienna, ristampa 1967, H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, versione spagnola della seconda edizione del 1929, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcellona, 1934 e H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, 1928, versione spagnola, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 1, Madrid, 2011.

⁵ Cfr. H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, 1929, versione spagnola nella raccolta dello stesso autore *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

⁶ Cfr. F. NEUMANN, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*, 1931, versione spagnola in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 9/2008.

Nel XXI secolo, la terza globalizzazione e l'accelerazione dello sviluppo tecnologico rappresentano una rottura. Le trasformazioni hanno a che fare con il consolidamento di un mercato globale (nonostante le tendenze alla frammentazione della globalizzazione, la cui portata è al momento limitata⁷) e con l'impatto che la configurazione della tecnologia sta avendo su tutti gli ambiti della vita, ma soprattutto per quanto riguarda i processi di comunicazione e la crescente dipendenza dall'intelligenza artificiale.

Siamo di fronte a una nuova era, in cui nuovi fattori di potere globale stanno trasformando non solo la politica, l'economia e la scienza, ma anche le relazioni interpersonali, i modelli culturali che guidano le società. La società nel suo complesso sta subendo cambiamenti di portata storica che non si sono mai verificati prima con la stessa profondità e velocità.

Non sappiamo cosa ci aspetta dietro questa porta che si sta aprendo ora, né possiamo immaginare cosa accadrà al costituzionalismo in futuro. La Costituzione moderna è un prodotto della storia. A differenza della Bibbia, del Corano e di altri documenti religiosi, non collega gli esseri umani a un'autorità che li trascende, in modo che possano rimanere in vigore finché credono in quell'autorità. La Costituzione collega gli esseri umani tra loro, per stabilire le condizioni consensuali delle regole del gioco che rendono possibile una società libera.

Nella rottura che ha dato origine al mondo moderno, la costituzione aveva uno scopo preciso: la liberazione delle forze del capitale e del lavoro per favorire l'instaurazione del nuovo ordine economico e sociale che si sarebbe riflesso nell'ordine giuridico dello Stato di diritto. La costituzione si muoveva nella direzione della storia, a favore del progresso, attraverso la creazione di mercati nazionali che sostituivano il sistema dello Stato. Nello Stato costituzionale che seguì, questi mercati furono regolati attraverso la costituzione economica, favorendo la concorrenza, che nell'ordine economico è l'equivalente del pluralismo politico. La costituzione avrebbe raggiunto la sua pienezza, come necessario punto di riferimento sociale ed economico. Possiamo parlare di un'età dell'oro del costituzionalismo⁸.

Nella terza globalizzazione, la costituzione non ha un ruolo rilevante da svolgere. Di fronte ai nuovi fattori legittimanti globali (economici e tecnologici), la

⁷ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il futuro del costituzionalismo in un mondo (ri)globalizzato: mediazioni negative nella globalizzazione frammentata*, *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2023.

⁸ F. BALAGUER CALLEJÓN, *El final de una época dorada. Una riflessione sulla crisi economica e il declino del diritto costituzionale nazionale*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, *Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 99-122.

Costituzione si muove contro la storia, perché il suo macchinoso sistema di processi democratici e di diritti fondamentali è percepito come un ostacolo alla libera azione dell'economia e della tecnologia globali. D'altra parte, il mercato non è nazionale, ma globale, e questo produce un'asimmetria tra l'ambito di efficacia della costituzione, che è necessariamente statale, e l'organizzazione del mercato, che dovrebbe essere globale.

Che ne sarà della Costituzione nel futuro? Quarant'anni fa, quando ero Visiting Professor negli Stati Uniti, rimasi molto colpito da uno spot televisivo, realizzato dalla Pepsi, in cui un archeologo del futuro spiegava ai suoi studenti alcuni resti noti del passato (una chitarra elettrica, una palla) e all'improvviso appariva una bottiglia di Coca-cola. Uno studente chiese: "Cos'è questa?" e il professore, dopo aver fissato la bottiglia, rispose: "Non ne ho idea". Per alcuni leader populistici del nostro tempo, la Costituzione è già un artefatto fastidioso. Non vorrebbero niente di meglio che un archeologo del futuro potesse dare la stessa risposta alla stessa domanda, davanti a una copia della Costituzione degli Stati Uniti, o dell'Argentina, o di altri Paesi: "Non ne ho idea".

Ma la Costituzione non fa ancora parte della storia, tanto meno dell'archeologia. Resta la manifestazione più alta dello sviluppo della nostra civiltà. Non possiamo pensare che non ci sarà nulla da cambiare in essa: per sopravvivere dovrà adattarsi, dovrà imparare a regolare i nuovi fattori di potere, dovrà sperimentare nuovi modi di proteggere i diritti e la democrazia in un contesto globale sempre più ostile. Il nostro compito, come scienziati del diritto, è quello di contribuire a rendere possibile questo adattamento, in modo che ciò che troveremo dietro la porta che si sta aprendo con lo sviluppo tecnologico e la globalizzazione possa essere paragonato in termini di dignità ai progressi di civiltà che la Costituzione ha reso possibili.

2.

2.1. In questo XXI secolo, iniziato nel suo primo anno di vita con il terribile attentato alle Torri Gemelle, le condizioni di normalità costituzionale sono state scarse⁹. Le crisi, al contrario, sono state frequenti e si sono susseguite senza troppa tregua. Dalle crisi classiche ora riformulate e in una certa misura inedite in questa riformulazione (la crisi della democrazia rappresentativa e dello Stato liberale,

⁹ Le questioni relative alla crisi trattate in questo testo sono state affrontate in precedenza in: F. BALAGUER CALLEJÓN "El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas", in F. BALAGUER CALLEJÓN, E. GUILLÉN LÓPEZ, M. AZPITARTE SÁNCHEZ e J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, (eds.) *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

ora trasformata in crisi della democrazia e dello Stato *tout court*) a crisi davvero inedite nella storia del costituzionalismo, come l'impatto costituzionale della crisi finanziaria del 2008 o la crisi democratica e costituzionale generata dalle imprese tecnologiche attraverso i social network e le applicazioni di internet dal 2016, che hanno avuto un impatto sui processi di comunicazione e in particolare sulla comunicazione politica e sulla configurazione dello spazio pubblico.

I movimenti nazionalisti e populist¹⁰, che mettono in discussione la democrazia costituzionale, contribuiscono a indebolire il costituzionalismo, amplificando l'impatto sul sistema costituzionale delle crisi umanitarie generate da guerre o di-suguaglianze economiche, o utilizzando politicamente il terrorismo per generare xenofobia. L'attenzione ossessiva agli interessi nazionali, con l'esclusione di qualsiasi solidarietà globale o sovranazionale, finisce per essere un fronte di resistenza alla globalizzazione che si manifesta a livello regionale o statale ogni volta che si presenta l'occasione di cantare per la nazione "prima" o al di sopra di tutto. Come è accaduto in altre epoche storiche, non si tratta in realtà di proteggere i beni nazionali o la propria cultura ma, al contrario, di aprire la porta allo sfruttamento delle risorse e delle persone da parte delle oligarchie nazionali, come dimostra la scarsa preoccupazione per l'ambiente o i diritti dei lavoratori espressa da leader populist come Trump o Bolsonaro.

La ragione per cui il costituzionalismo sta affrontando un'ora critica non è la ricomparsa sulla scena delle crisi classiche, ma la loro mutazione genetica, così come lo sviluppo di nuove crisi e, soprattutto, di nuovi contesti critici. Le crisi attuali sono una sorta di virus mutante. Sono sorte in altre epoche storiche all'interno dello Stato, che aveva gli strumenti per gestirle attraverso una costituzione che ordinava lo spazio e il tempo. Questo si rifletteva già nelle connotazioni stesse della legge nello Stato liberale: generalità, come regolazione della totalità dei soggetti del territorio, e astrazione come ordinamento di tutte le situazioni vitali di questi soggetti. Ora i fattori di crisi si sono distaccati dallo Stato in modo tale da non poter più essere pienamente regolati dagli strumenti statali.

Tutto questo fa parte del lato oscuro, delle ombre della globalizzazione. Non perché lo Stato sia la migliore delle organizzazioni possibili, ma perché è un'organizzazione soggetta alla Costituzione e non c'è nulla di simile che possa sostituirla

¹⁰ A proposito di quest'ultimo, come dice giustamente P. HÄBERLE, non dobbiamo permettere che il populismo si appropri di un nome che ha tanto significato per il costituzionalismo: Mi rifiuto di dare la parola *populus* ai populist. Si pensi a Cicerone e alla sua *res publica, res populi*, ai Romani con il loro *senatus populus romanus*, al non meno famoso *we the people*, alla scritta del Reichstag "il popolo tedesco", o al fatto che nella maggior parte degli Stati si ritiene che la magistratura parli "a nome del popolo". P. HÄBERLE, *Il costituzionalismo come progetto scientifico*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 29, Enero-Junio de 2018.

nel tempo e nello spazio della globalizzazione. Ma l'altra faccia di queste ombre sono le luci che questa debolezza dello Stato proietta sulle nuove crisi e sulle vecchie crisi mutanti: la dimensione di queste crisi e la loro capacità di incidere sui diritti costituzionali è potenzialmente minore nella misura in cui la capacità di azione dello Stato e il suo potere politico sono anch'essi minori. Alcuni dei pericoli che apparentemente ci attanagliano sono, in realtà, vuota retorica il cui scopo essenziale è il richiamo elettorale.

In effetti, il primo mandato di Trump è stato permeato da una retorica che non ha attuato nessuna delle sue grandi promesse elettorali, come la costruzione del muro al confine con il Messico o la modifica del corso della globalizzazione economica. In realtà, le misure protezionistiche adottate nel suo primo mandato hanno arrecato meno danni all'economia mondiale di un umile contadino cinese che mangia animali selvatici e diffonde una malattia estremamente contagiosa come il Covid-19. Ma non bisogna nemmeno sottovalutare il significato e la direzione di questa retorica: indebolisce le istituzioni costituzionali forgiate in una lunga lotta costituzionalista per la libertà, come il sistema giudiziario o la stampa libera, contribuisce a minare i diritti delle minoranze e soprattutto degli immigrati, il settore più vulnerabile della società, favorendone lo sfruttamento. Non si tratta di una retorica innocua o priva di significato. È estremamente pericolosa per i valori costituzionali, anche se non ha il potenziale per distruggere l'intero sistema costituzionale come è accaduto in altre epoche storiche.

2.2. La crisi dello Stato liberale si riflette nel dibattito dottrinale sulla legittimità della costituzione che nasce in Germania e in Italia all'inizio del XX secolo. Una manifestazione di questa crisi sarà il tentativo di trovare la fonte ultima di legittimazione dell'ordinamento, che darà origine a diverse teorie. La crisi dello Stato liberale porta alla necessità di cercare nuovi fondamenti per l'ordine costituzionale e i grandi autori dell'epoca costruiscono sistemi concettuali sulla base dei quali ricostruire l'unità. Tra questi, spiccano in particolare quelli di Kelsen¹¹, Schmitt¹² o Mortati¹³. La norma fondamentale, la decisione fondamentale o la

¹¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit. Cfr. sul rapporto tra Kelsen e Schmitt, J. DE MIGUEL BÁRCENA e J. TAJADURA TEJADA: *Kelsen versus Schmitt: política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editore, Madrid, 2018.

¹² C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, Duncker & Humblot, Berlino, edizione 2017. Per quanto riguarda Schmitt, Francisco Ayala nota nella Presentazione della traduzione spagnola della *Verfassungslehre*, realizzata nel 1934, la tensione tra unità ed eterogeneità che esiste tra i presupposti dello Stato nazionale ereditati dalla monarchia assoluta e il pluralismo a cui apre la democrazia liberale: Lo Stato costituzionale deve basarsi sui presupposti creati dalla Monarchia per la Nazione; ma,

costituzione materiale risponderebbero a questa pretesa legittimante e unitaria, essendo il paradigma kelseniano quello che ispirerà le costituzioni normative e lo Stato di diritto costituzionale.

Con la crisi dello Stato liberale nel periodo tra le due guerre, si definiscono le linee teoriche che daranno vita al passaggio dallo Stato legale di diritto allo Stato di diritto costituzionale, che si consoliderà nel secondo dopoguerra, in particolare con la Legge fondamentale di Bonn e la Costituzione italiana del 1948. I grandi nomi che hanno costruito la teoria costituzionale dello Stato in Germania e in Italia avrebbero dato vita a nuovi paradigmi come la normatività della costituzione, lo Stato sociale e la costituzione economica, che sono alla base dei grandi patti che hanno dato vita al costituzionalismo che avrebbe ispirato molti sistemi costituzionali in Europa e nel mondo. Figure come Hans Kelsen o Hermann Heller, ma anche Rudolf Smend, Franz Neumann, Santi Romano, Tomaso Perassi o Costantino Mortati apriranno spazi di dibattito e riflessione sul significato profondo della Costituzione e sull'essenza stessa della democrazia¹⁴.

Erano tempi in cui la tensione politica si manifestava come lotta per la sovranità, per ottenere un potere statale assoluto al fine di imporre il dominio illimitato della maggioranza. Questa peculiarità dell'epoca è ciò che permette di caratterizzarla dal punto di vista costituzionale come un periodo di "costituzionalismo antagonistico". L'apertura del processo politico, con l'estensione del suffragio, superando i limiti del suffragio censitario del primo costituzionalismo, si sarebbe manifestata attraverso un confronto radicale tra settori che percepivano la democrazia come un modo di accedere al potere per imporre la propria ideologia alla società nel suo complesso. Le conseguenze di questo modo di intendere la politica sono ben note e la regressione della civiltà che ha comportato l'arrivo al potere del fascismo e del nazismo è ancora un monito per quei gruppi che concepiscono la politica come volontà incondizionata della maggioranza di governo.

in conseguenza dell'insieme di diritti e libertà in cui consiste il regime liberale, deve rinunciare a ogni tipo di mezzo coercitivo per mantenere e ripristinare quei presupposti; deve acconsentire alla crescita e alla prosperità di tutte le tendenze volte a rompere l'omogeneità nazionale; da qui la teoria schmittiana della *decisione politica fondamentale*, che non è altro che l'incorporazione nello Stato liberal democratico della vocazione omogeneizzante della Monarchia assoluta: "Sotto lo Stato di diritto dorme, in effetti, la Monarchia" dirà Ayala. Cfr. F. Ayala "Presentazione" a C. Schmitt *Teoría de la Constitución*. Su C. SCHMITT si veda G. GÓMEZ ORFANEL, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, CEPC, Madrid, 1986.

¹³ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, 1940, Milano Giuffrè Editore, 1998. Sul rapporto tra Mortati e Kelsen, si veda F. BALAGUER CALLEJÓN, *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, Cedam, 2017, pp. 85-112.

¹⁴ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *La teoria delle fonti del diritto nello Stato costituzionale*, in AAVV, *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021

Dalla crisi dello Stato e della democrazia liberale sono state tratte le necessarie lezioni e il costituzionalismo ha generato anticorpi nella forma della democrazia costituzionale, che oggi dovrebbe aiutarci ad affrontare meglio le grandi crisi del nostro tempo, che per alcuni aspetti sono più importanti, pur presentando profili specifici che forniscono anche anticorpi contro una possibile deriva dello Stato democratico verso regimi totalitari come quello che ha prodotto cento anni fa.

2.3. Rispetto alla crisi dello Stato e della democrazia liberale di cento anni fa, oggi ci troviamo, in un certo senso, di fronte a una crisi inedita o, perlomeno, a una mutazione: la crisi dello Stato e della democrazia *tout court*. Si tratta, ovviamente, di una crisi del liberalismo e della democrazia rappresentativa, ma si svolge in un contesto molto particolare, quello della terza globalizzazione, in cui le condizioni dell'azione statale e quelle della democrazia stessa come meccanismo per articolare ed esprimere la volontà dello Stato sono in gran parte definite dall'esterno dello Stato e dai processi democratici interni. Pertanto, qualunque sia la via d'uscita dalla crisi, dobbiamo essere consapevoli che siamo già di fronte a una crisi dello Stato - e non di un tipo o modello specifico di Stato - e a una crisi della democrazia in tutte le sue possibili manifestazioni.

Gran parte del potere statale si trova attualmente al di fuori dello Stato, nelle mani di agenti globali, manifestando sia un'esternalizzazione del potere statale in relazione alla sfera economica a favore degli speculatori finanziari, sia un'internalizzazione all'interno dello Stato - e in particolare nei processi decisionali dello Stato - a favore delle grandi aziende tecnologiche¹⁵. Mentre gli speculatori finanziari pongono le condizioni economiche per la capacità di azione dello Stato e per la definizione delle sue politiche pubbliche, le grandi aziende tecnologiche intervengono nel già limitato potere decisionale lasciato allo Stato, condizionandolo sia nella definizione delle politiche governative sia negli stessi processi elettorali volti a eleggere i governanti statali.

La crisi della democrazia nel XXI secolo ha quindi origine in due punti focali essenziali legati alla globalizzazione. Da un lato, la crisi economica e, in generale, le trasformazioni economiche che stanno avvenendo nei settori produttivi e, dall'altro, lo sviluppo tecnologico che, a sua volta, influenza anche l'economia, ma che negli ultimi anni sta dando luogo a trasformazioni ancora più intense.

La crisi finanziaria del 2008 e l'evoluzione dell'economia globale che ne è seguita finiranno per provocare un sentimento di impotenza di fronte alla

¹⁵ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, già citato.

globalizzazione, di incapacità dello Stato di gestirla, di inutilità della politica. Quando le istituzioni democratiche non sembrano in grado di risolvere i problemi dei cittadini, perché ciò va oltre le loro possibilità a causa dei condizionamenti della globalizzazione, la reazione naturale di chi si vede oppresso e senza via d'uscita è quella di ricorrere ad approcci irrazionali che promettono l'impossibile attraverso un'azione politica che rompe con le istituzioni e con l'organizzazione razionale della convivenza. La crisi dello Stato e della democrazia generata dalle condizioni esterne della globalizzazione aprirà così la strada, al suo interno, allo sviluppo del nazionalismo e del populismo.

2.4. Il campo d'azione dei movimenti nazionalisti e populistici e il rischio che rappresentano dal punto di vista democratico devono essere misurati proprio in relazione alla globalizzazione, nonché al livello di sviluppo dello Stato costituzionale negli ultimi cento anni. Ci sono almeno tre fattori che hanno cambiato radicalmente il contesto in cui operano i nuovi movimenti reazionari rispetto a quello di cento anni fa, quando si verificò la crisi della democrazia e dello Stato liberale. Il primo ha a che fare con la globalizzazione e la crescente debolezza che ha generato nello Stato, che è sempre più soggetto ad agenti globali che non può controllare e che determinano in larga misura le sue politiche. Il secondo ha a che fare con l'integrazione sovranazionale (nel caso dei Paesi europei) che incorpora limiti all'attività dello Stato, proteggendo i valori democratici, anche se questa protezione non è stata finora efficace come auspicabile. Il terzo ha a che fare con la configurazione interna dell'ordine costituzionale attraverso costituzioni normative che stabiliscono limiti giurisdizionali al potere dello Stato che non esistevano in Europa (anche se stavano emergendo in alcuni Paesi) cento anni fa.

Il primo di questi fattori indica che lo Stato nazionale ha perso gran parte del suo potere politico nell'era della globalizzazione, il che significa che la conquista del potere statale non implica più la possibilità di instaurare un regime totalitario. Gli attori finanziari globali limitano le principali opzioni economiche dello Stato e quindi l'azione dei governi. Allo stesso modo, le aziende tecnologiche globali influenzano la comunicazione politica e i processi democratici, condizionando anche le scelte politiche dello Stato. L'epoca attuale riflette la crisi dello Stato in quanto tale, dello Stato "tout court", senza aggettivi, in modo tale che le possibilità di azione politica delle maggioranze al potere sono ora più limitate.

Questi limiti non derivano solo dai progressi della globalizzazione all'esterno, ma anche dai processi di integrazione sovranazionale quando raggiungono un livello di sviluppo significativo, come nel caso dell'Europa. L'integrazione europea continua a essere una garanzia contro la regressione democratica negli Stati

membri, anche se non è efficace come dovrebbe¹⁶. Non è un caso che i movimenti eurosceettici siano spesso allo stesso tempo quelli che rappresentano più fedelmente queste tendenze costituzionalmente involutive. Con tutte le obiezioni che si possono fare all'Unione Europea, il progetto di integrazione è storicamente uno strumento di limitazione della sovranità statale che genera un nuovo livello di divisione dei poteri e di controllo del potere. Questo livello di controllo sovranazionale, nonostante le carenze che ha mostrato negli ultimi anni nei confronti dei Paesi con governi illiberali, si ispira ai valori e ai principi del patrimonio costituzionale europeo contro cui queste tendenze hanno sempre combattuto, perché rappresentano un limite alla volontà incondizionata della maggioranza parlamentare che difendono. In questa prospettiva, preservare il progetto europeo contribuisce a preservare anche il patrimonio costituzionale europeo.

Ma le limitazioni al potere dello Stato non vengono solo dall'esterno, bensì hanno anche un aspetto interno derivato dallo sviluppo del costituzionalismo dopo la Seconda guerra mondiale, proprio come conseguenza dell'esperienza della crisi dello Stato liberale, che ha dato origine all'introduzione delle nuove costituzioni normative. Le costituzioni normative hanno imparato da questa tragica esperienza storica e hanno rifondato il costituzionalismo su nuove basi.

Questi limiti esterni ed interni rappresentano un ostacolo significativo allo sviluppo totalitario della crisi della democrazia. Tuttavia, non si può trascurare che essi hanno una portata e un valore molto diversi dal punto di vista della democrazia e del costituzionalismo. Quelle derivanti dalla globalizzazione contribuiscono inoltre a indebolire la costituzione e la democrazia stessa, limitando al contempo il potere dello Stato. Coloro chi partono dall'integrazione sovranazionale contribuiscono a garantire la democrazia interna degli Stati, ma a partire da un assetto istituzionale che, paradossalmente, non è ancora pienamente democratico. Quelle derivate dalla normatività della costituzione e dalla democrazia costituzionale che si stabiliscono nelle costituzioni interne degli Stati democratici fanno parte purtroppo di una crescente tendenza alla marginalizzazione della costituzione, generata dal processo di globalizzazione e dal crescente potere dei grandi agenti finanziari e tecnologici globali, che ne limita l'efficacia di fronte alle tensioni involutive.

¹⁶ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *A divisão territorial do poder num contexto supranacional. O exemplo da Espanha na União Europeia*, in A. RAMOS TAVARES, I. WOLFGANG SARLET e G. SALOMÃO LEITE (eds.) *Estado Constitucional e Organização do Poder*, Editora Saraiva, São Paulo (Brasile), 2010.

3. Tra le transizioni del costituzionalismo, ne considereremo due, che sono rilevanti anche per il ruolo che la costituzione ha svolto in relazione alla trasformazione sociale ed economica delle società. Da un lato, il passaggio dallo Stato di legge di diritto allo Stato di diritto costituzionale, che dà origine alle costituzioni normative. In queste, l'organizzazione della società e dell'economia avviene attraverso la costituzione stessa, per mezzo di un consenso fondamentale che stabilisce le regole del gioco che devono poi essere rispettate dai diversi settori sociali. Dall'altro lato, il passaggio dallo Stato costituzionale al diritto costituzionale dell'integrazione sovranazionale, che avviene in ambito europeo e dà luogo a una posizione diversa del costituzionalismo rispetto a quella che aveva ispirato lo Stato costituzionale.

Per quanto riguarda il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale, si può dire con A. López che si tratta di una trasformazione debole, come si manifesta nel suo aspetto di transizione tra Stato liberale e Stato sociale: «debole perché lo Stato sociale è formulato sulla base dello Stato liberale e con l'accettazione di molti dei suoi postulati. Non è stata questa la trasformazione che la borghesia ha intrapreso rispetto alle forme politiche dell'Ancien Régime: le ha tagliato *in radice*. Lo Stato liberale nasce quindi da una grande trasformazione. Una trasformazione rivoluzionaria, per chiamare le cose con il loro nome. Lo Stato sociale, invece, è più che altro il frutto della paura di alcuni della rivoluzione e della paura di altri della dittatura, paure che si cerca di superare trovando una via di mezzo nel riformismo di compromesso, riformismo difensivo per alcuni, unico riformismo possibile per altri»¹⁷.

Lo stesso si può dire per quanto riguarda le fonti del diritto e la configurazione dell'ordinamento giuridico. A differenza della radicale trasformazione operata dalla Rivoluzione francese in tutti gli ambiti della vita sociale e politica e, naturalmente, nel sistema delle fonti, non si può dire che con le nuove costituzioni normative sia avvenuta un'alterazione così sostanziale¹⁸. Non al punto da poter parlare di una nuova era¹⁹, poiché molti dei presupposti ideologici che hanno dato vita alla modernità sono ancora in vigore²⁰.

¹⁷ A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular*, *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996, p. 430.

¹⁸ Cfr. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, CEPC, 2022, pp. 31 ss.

¹⁹ Come disse A. ROSS a proposito della Rivoluzione francese: quando la sovranità viene trasferita dal monarca al popolo, inizia una nuova era. Questa nuova era è caratterizzata, per quanto riguarda la dottrina delle fonti, dalla considerazione della legge, espressione della volontà onnipotente del popolo sovrano, come fonte di tutto il diritto, senza alcun posto per la giurisprudenza o la consuetudine. Cfr. Alf ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Franz Deuticke, Leipzig and Vienna, 1929, pp. 34 ss.

²⁰ Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale di diritto, che è stato anche il passaggio dallo Stato legale allo Stato costituzionale di diritto, non ha comportato tanto l'orientamento verso nuovi valori quanto la configurazione di quelli precedenti con un nuovo significato. Come ha sottolineato

Per quanto riguarda la transizione verso il diritto costituzionale dell'integrazione sovranazionale, per quanto importanti siano i cambiamenti, è necessario tenere conto di diversi fattori modulanti. In primo luogo, per quanto riguarda la rottura con il paradigma kelseniano nelle condizioni del pluralismo costituzionale²¹, non si tratta necessariamente di una trasformazione definitiva, poiché non si può escludere che l'integrazione europea proceda verso la costruzione di uno Stato federale europeo. In secondo luogo, non si tratta di una transizione completa, come quella dallo Stato legale allo Stato costituzionale, perché lo Stato costituzionale continua a esistere a livello statale e condivide lo spazio con un ordine sovranazionale che viene applicato sul territorio di ogni Stato.

Dal punto di vista del costituzionalismo, uno degli aspetti più interessanti della trasformazione operata dall'integrazione europea è la configurazione di un mercato sovranazionale che svolge un ruolo importante nel proteggere il mercato statale dal mercato globale. L'Unione Europea svolge una funzione di *mediazione positiva* tra la globalizzazione e gli Stati membri²², preservando la sfera costituzionale degli Stati attraverso la regolamentazione del mercato europeo, come dimostra, ad esempio, la regolamentazione dell'IA e della tecnologia, che mira a proteggere la democrazia e i diritti.

Da questo punto di vista, anche se le istituzioni europee hanno formalmente rinunciato all'uso del termine "costituzionale" e trasformano i principi e i valori costituzionali in principi "europei"²³, il fatto è che stanno svolgendo una funzione essenzialmente costituzionale - che si collega chiaramente alla funzione che storicamente ha sviluppato la costituzione agli albori del mondo moderno - attraverso la costruzione di un mercato europeo con la dimensione necessaria a rendere praticabile un contesto sociale ed economico in cui si mantengono i progressi della civiltà che il costituzionalismo rappresenta.

il professor García Pelayo, "i valori fondamentali che lo Stato di diritto liberale borghese doveva servire, attraverso il suo ordinamento giuridico, erano i diritti individuali e, più specificamente, la libertà individuale, l'uguaglianza, la proprietà privata, la sicurezza giuridica e la partecipazione dei cittadini alla formazione della volontà dello Stato. Tale criterio coincideva con il sistema di concezioni politiche e di interessi dei gruppi e degli strati dominanti, cosicché la dimensione assiologica della legittimità corrispondeva alla sua dimensione sociologica, cioè c'era una corrispondenza tra l'idea valida del diritto e gli interessi degli strati che, date le condizioni storiche, erano in grado di stabilire il diritto. Lo Stato sociale non nega questi valori, ma dà loro un nuovo significato e li integra con altri criteri assiologico-politici", M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* 1975, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 55.

²¹ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Controllo di costituzionalità e relazioni tra ordinamenti*, in *Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*, 2022.

²² Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il futuro del costituzionalismo in un mondo (ri)globalizzato: mediazioni negative nella globalizzazione frammentata*, cit.

²³ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Democracia y Estado de Derecho en Europa, La cittadinanza europea*, 2020, 2 e F. BALAGUER CALLEJÓN, *Lo Stato di diritto in Spagna. una declinazione assente nell'Unione Europea*, in *Rule of law come costituzionalismo*, a cura di T. E. FROSINI, Bologna, 2023.

4. In un libro recente²⁴, ho avuto modo di analizzare le rotture che si stanno verificando in seguito all'attuale direzione dello sviluppo tecnologico e che hanno un impatto decisivo sulla costituzione, sui diritti e sulla democrazia. Queste rotture sono dovute essenzialmente alla configurazione delle interfacce utente e degli algoritmi progettati dalle grandi aziende tecnologiche, che organizzano i processi comunicativi in larga misura in base ai loro interessi economici. Dal punto di vista del costituzionalismo, questi algoritmi e la realtà virtuale che generano stanno causando le seguenti rotture:

1. La prima rottura è quella del *contesto culturale della costituzione*, con la configurazione di nuovi fattori di legittimazione che corrispondono ai fattori di potere globale del nostro tempo, in particolare quelli tecnologici²⁵. *Nuovi modelli culturali e nuovi paradigmi* si stanno imponendo, trasformando la cultura costituzionale, provocando uno svuotamento della densità costituzionale dei diritti e delle istituzioni e rendendo difficile lo svolgimento delle funzioni della Costituzione: il controllo del potere, la garanzia dei diritti e la canalizzazione dei conflitti sociali e politici fondamentali.
2. La seconda è la rottura della *costituzione come riferimento culturale unitario* (costituzione analogica contro costituzione digitale). Questa frattura genera molte altre rotture che riguardano l'ordinamento giuridico, il sistema delle fonti del diritto e i diritti costituzionali. In generale, non si può trascurare l'esistenza di *una certa incompatibilità* tra gli algoritmi e l'aspetto procedurale della democrazia pluralista e del diritto costituzionale, come processo pubblico, plurale e partecipativo²⁶. Negli ambiti in cui viene utilizzato, *l'algoritmo sostituisce il processo*, il che incide anche sulla concezione stessa del diritto in termini di argomentazione giuridica. Laddove sia necessaria la *partecipazione* alle decisioni o la loro *motivazione*, l'uso dell'Intelligenza Artificiale può sollevare problemi di compatibilità con l'ordinamento giuridico.

²⁴ F. BALAGUER CALLEJÓN, *La costituzione dell'algoritmo*, Le Monnier Università/Mondadori Education, Milano, 2023. Traduzione di Giacomo Palombino.

²⁵ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Constitution, démocratie et mondialisation. La legittimità della Costituzione di fronte alla crisi economica e alle reti sociali*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau. Costituzione, giustizia, democrazia*. L.G.D.J., Parigi, 2020.

²⁶ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *La costituzione dell'algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital*, in: Gomes, Ana Cláudia Nascimento; Albergaria, Bruno; Canotilho, Mariana Rodrigues (Coord.) *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Allo stesso modo, F. BALAGUER CALLEJÓN "La constitución del algoritmo" in F. BALAGUER CALLEJÓN (Coordinador), Gregorio CÁMARA VILLAR, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, José ANTONIO MONTILLA MARTOS, *Introducción al Derecho Constitucional*, 11th ed.

3. La terza cesura è tra *realtà fisica e realtà virtuale*. La prima è ancora regolata dallo Stato attraverso il diritto pubblico. La seconda ha una portata globale ed è essenzialmente regolata dalle aziende tecnologiche attraverso il diritto privato. Pertanto, non si tratta solo di due realtà diverse nella loro configurazione, ma anche nella loro organizzazione: la realtà fisica è essenzialmente *statale e pubblica*, la realtà virtuale è essenzialmente *globale e privata*. Inoltre, la realtà virtuale non riflette la realtà fisica, ma piuttosto la distorce e la assoggetta agli interessi economici delle grandi aziende tecnologiche che la progettano e la configurano in base alle loro esigenze²⁷.
4. La quarta rottura si verifica nella configurazione stessa della realtà, nella *distruzione di una percezione sociale condivisa della realtà*, causata dalle grandi aziende tecnologiche. Queste aziende sono i nuovi mediatori che controllano i processi comunicativi in contrapposizione ai vecchi mediatori, i media tradizionali. Promuovendo fake news e realtà alternative, i nuovi mediatori generano *una tensione sulla realtà* che ha un grande potenziale distruttivo sullo spazio pubblico²⁸.
5. La disgregazione *della costituzione economica*, generata dalla globalizzazione e guidata dallo sviluppo tecnologico, è anch'essa un elemento da considerare nella misura in cui priva lo Stato di una capacità molto importante di organizzare la vita sociale e lo assoggetta ai grandi attori globali. Inoltre, incide anche sullo status dei diritti fondamentali, *privandoli del loro legame con la dignità della persona* e orientandoli verso diritti più strettamente legati alle esigenze del traffico economico (diritti dei consumatori e degli utenti, diritto alla protezione dei dati personali)²⁹.

Tutte queste rotture ci danno un'idea della portata delle trasformazioni storiche che stiamo vivendo. Non si tratta più delle sfide che lo Stato costituzionale ha affrontato finora e che hanno avuto luogo all'interno dello Stato e in relazione all'organizzazione del potere statale. Le rotture che si stanno verificando nel XXI secolo si collocano al di fuori dello Stato e danno forma a un mondo in cui il potere dello Stato non raggiunge più gran parte della realtà da esso precedentemente ordinata.

²⁷ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *La cultura costituzionale nell'era digitale*, in José María Pérez Colados (Coord.) *La cultura giuridica nell'era digitale*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

²⁸ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech* in HINDELANG, S. (curatore) MOBERG, A. (curatore) *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions (Annuario delle Costituzioni Socio-Economiche)*, Springer, 2022.

²⁹ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Costituzione economica e globalizzazione, federalismi.it*, numero speciale, 5/2019, 25 ottobre 2019.

5. Come per la crisi dello Stato liberale, nel contesto della globalizzazione si sono generati anche nuovi discorsi che hanno a che fare con la crisi dello Stato e del costituzionalismo statale, legati alla maggiore densità costituzionale del diritto internazionale³⁰ o alla situazione di pluralismo costituzionale³¹ caratteristica del diritto costituzionale dell'integrazione sovranazionale. Tra questi, spicca l'approccio di Peter Häberle alle costituzioni parziali, che esprimono una realtà costituzionale complessa, come nel caso del processo di integrazione europea. Una teoria che è alla base di molti altri sviluppi dottrinali³².

Certamente, i problemi di legittimità del nostro tempo non si limitano alla sfera dello Stato e ai conflitti che si verificano al suo interno, come nel caso della crisi dello Stato liberale³³. Non si tratta ora di riformulare l'ordine costituzionale dello Stato legale di diritto, come è avvenuto con la transizione allo Stato costituzionale, perché ciò che è in crisi è lo Stato in quanto tale, e non solo uno specifico modello di Stato.

In queste condizioni, la crisi di legittimità si sta estendendo alla costituzione stessa, che si trova incapace di far fronte, nella limitata sfera statale in cui interviene, ai grandi fattori di legittimazione del XXI secolo, che sono di portata globale: l'economia e la tecnologia. Due fattori di legittimazione che si sono staccati dal loro rapporto storico con il costituzionalismo moderno e hanno iniziato a porsi come alternative per il progresso di fronte alla Costituzione³⁴. La Costituzione è emarginata nello spazio pubblico, incapace di rispondere alla trasformazione dei modelli culturali guidata dalla tecnologia e dall'economia.

La possibilità di stabilire nuovi paradigmi per affrontare questa crescente perdita di legittimità è ostacolata dal fatto che la costituzione ha un ambito di applicazione naturale limitato ai confini statali che non corrisponde alla realtà dei

³⁰ Cfr. su questo dibattito, P. HÄBERLE, *El constitucionalismo universal desde las constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis*, in *Dereito Público*, numero 54, novembre-dicembre 2013.

³¹ Cfr. N. MACCORMICK, *The Maastricht Urteil: Sovereignty Now*, *European Law Journal*, Vol. I, No. 3, Novembre 1995, pp. 259-266.

³² Cfr. P. HÄBERLE, *Europa -eine Verfassungsgemeinschaft?*, in P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 84 ss.

³³ Infatti, come dice giustamente E. García riferendosi a Schmitt, "le questioni contenute nella riflessione costituzionale schmittiana si collocano nel contesto della crisi che per tutto il XX secolo ha contrapposto due ideologie opposte. Mentre l'attuale momento post-storico sembra rispondere più a un processo di declino, di decadenza dei nostri principi, delle nostre tecniche sociali e, in definitiva, del modo di intendere il mondo che deriva dall'Illuminismo". E. GARCÍA, *Carl Schmitt y la cultura política post-histórica: una hipótesis acerca de la renaissance anglosajona de Schmitt*, *Historia Constitucional*, n. 14, 2013, p. 532.

³⁴ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux*, cit.

fattori di potere che operano oggi su scala globale. La stessa debolezza dello Stato che porta al fatto che i rischi per la democrazia e la pace sociale sono più bassi oggi rispetto a cento anni fa implica anche, come aspetto negativo, la debolezza della costituzione e il declino della cultura costituzionale.

L'incapacità delle istituzioni democratiche di far fronte ai condizionamenti derivanti dalla globalizzazione ha generato anche una crisi dei presupposti culturali di razionalità su cui si basa l'intero sistema costituzionale. La perdita di razionalità è in gran parte legata agli effetti della crisi finanziaria del 2008 e all'evoluzione dell'economia globale, che genera un senso di impotenza dello Stato di fronte agli agenti globali. Questo sentimento di impotenza porta a un'idea diffusa dell'inutilità della politica e a un orientamento dello spazio pubblico verso approcci irrazionali e dirompenti, tipici dei movimenti populistici e nazionalisti.

La retorica populista e nazionalista che si sta diffondendo in molti Paesi, insieme a fenomeni come le *fake news*, la cosiddetta "post-verità" e simili, sono espressione di un'involuzione che porta a una democrazia di bassissima qualità. Ognuno di questi movimenti tende ad agire su uno degli aspetti della crisi: da un lato, il nazionalismo di fronte alla crisi dello Stato, promettendo di limitare la portata della globalizzazione se non di rovesciarne i risultati in termini di protezione dell'economia nazionale. Dall'altro, il populismo di fronte alla crisi della democrazia, che mette in discussione la democrazia rappresentativa e promuove come alternativa una democrazia "diretta" senza mediatori, che non è reale nelle condizioni attuali.

Il nazionalismo e il populismo si basano su presupposti culturali che tendono a essere incompatibili con quelli dello Stato costituzionale e possono solo contribuire ad aggravare la sua crisi. Gli schemi culturali della democrazia costituzionale non si conciliano con un'idea organica di comunità basata su criteri irrazionali, né con una costruzione in cui il popolo diventa un'entità fittizia che finisce per parlare attraverso la voce di un leader. In entrambi i casi, la politica cessa di essere il luogo del compromesso, dell'integrazione del pluralismo, per diventare l'espressione di una volontà, nazionale o popolare, interpretata esclusivamente dai leader dei movimenti nazionalisti e populistici³⁵.

Di fronte a queste tendenze involutive, esistono degli anticorpi che possono attenuarne l'efficacia e trasformare le loro proposte politiche per lo più in vuota retorica. Come abbiamo indicato sopra, il primo di questi anticorpi ha a che fare con la debolezza stessa dello Stato nel contesto della globalizzazione, che impedisce una deriva totalitaria come quella che si è verificata cento anni fa con la crisi

³⁵ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación constitucional y populismo*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 33, 2020 e F. Balaguer Callejón, *Constitutional interpretation and populism in*

dello Stato liberale. Il secondo di questi anticorpi è stato generato dal costituzionalismo stesso, come conseguenza della tragica esperienza della fine dello Stato liberale, attraverso la normatività della Costituzione e della democrazia costituzionale. Il terzo di questi anticorpi ha a che fare con l'integrazione sovranazionale che, nonostante i suoi difetti, si configura come una nuova dimensione della divisione del potere e una garanzia contro la regressione democratica.

Questi anticorpi possono evitare che la crisi del costituzionalismo si manifesti nella sua versione più tragica, come avvenne cento anni fa con la crisi dello Stato liberale. Ma non risolvono i problemi di involuzione democratica e di marginalizzazione della costituzione che si stanno verificando in questo momento critico del costituzionalismo. Rivitalizzare la democrazia e la costituzione richiede una riconfigurazione del costituzionalismo, non più in relazione esclusiva con lo Stato, ma nel controllo del potere. Oggi il potere è in gran parte esercitato da grandi attori globali al di fuori dello Stato. Nonostante la loro crescente debolezza, lo Stato e la Costituzione hanno ancora molto da dire nel loro ruolo di mediatori tra gli organismi globali e i cittadini, soprattutto quando gli organismi sovranazionali non esistono o non sono in grado di integrare questa funzione di mediazione. Un esempio di questo ruolo di mediazione è il Brasile, che sta difendendo con successo il suo ordine costituzionale contro le grandi aziende tecnologiche³⁶.

Questo successo è legato, non dimentichiamolo, alle dimensioni del suo mercato di oltre 200 milioni di potenziali consumatori e utenti. Per questo motivo, nel caso degli Stati membri dell'Unione europea, è l'Unione stessa che può sviluppare nel modo più efficace questa funzione di *mediazione*, attraverso la regolamentazione del mercato europeo, al fine di proteggere i mercati e i cittadini nazionali. Senza averne l'intenzione e senza riconoscerlo, l'UE svolge quindi *una funzione essenzialmente costituzionale*, che si collega a quella storicamente sviluppata dalla costituzione nel mondo moderno. Una costituzione nata per costruire il mercato nazionale e che ora proietta i suoi principi sull'UE nella costruzione di un mercato sovranazionale che rende possibile la costruzione di un contesto favorevole alla costituzione, alla democrazia e ai diritti.

Ridefinire il potenziale "costituzionale" della regolamentazione del mercato in una prospettiva europea è una delle sfide che il costituzionalismo deve affrontare oggi. In un mondo in cui l'economia globale è sempre meno orientata verso

contemporary Spain, in F. GÁRDOS-OROSZ-Z. SZENTE, (Eds.) *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, Routledge, London and New York, 2021.

³⁶ Così, nel conflitto con Elon Musk, in cui il magnate ha finito per accettare le condizioni stabilite dalla giustizia brasiliana. Cfr. N. GALARRAGA CORTÁZAR, *Brasil ordena reactivar X tras 39 días de cierre por la desobediencia de Musk al juez*, *El País*, 9/10/2024.

i fattori di produzione nazionali e sempre più verso le condizioni di mercato, è necessaria una nuova costituzione economica per far fronte alle attuali condizioni di globalizzazione e per promuovere nuovi equilibri tra i grandi attori globali e i diritti fondamentali, la democrazia e la stessa costituzione.

La Costituzione di oggi e di domani*

VASCO PEREIRA DA SILVA

A partire dagli anni '70, ha avuto senso parlare di Diritto Costituzionale Senza Frontiere¹, come conseguenza della perdita del ruolo esclusivo dello Stato nell'ordine interno e globale. Questa "novità" giuridica si basa sull'emergere di questioni costituzionali "oltre lo Stato" (Cassese²), sul superamento delle distinzioni formalistiche tra diritti umani e diritti fondamentali e sul tentativo di costruire un "costituzionalismo globale" o "costituzionalismo europeo" accanto al costituzionalismo statale. Per questo motivo, le "questioni di moda" nel diritto costituzionale attuale sono se abbia o meno senso parlare di una "costituzione senza Stato", o se sia possibile porre questioni di diritti fondamentali su scala europea o internazionale in termini simili a quelli posti dalle costituzioni statali.

Tutto è iniziato, inoltre, nel campo dei diritti umani e dei diritti fondamentali. Questo perché i diritti fondamentali degli individui non pongono solo problemi di natura storica o temporale, ma anche spaziale. In effetti, la necessità di tutelare i diritti degli individui al di là dei confini degli Stati e delle costituzioni nazionali è stata compresa molto tempo fa, prima adottando e poi superando la classica dicotomia tra la tutela dei diritti umani su scala internazionale e la tutela dei diritti fondamentali su scala statale³.

In precedenza, secondo la logica classica, sia dal punto di vista del diritto costituzionale che del diritto internazionale pubblico, non aveva senso parlare di "costituzionalismo internazionale" o "globale", in quanto le relazioni giuridiche internazionali erano di esclusiva pertinenza degli Stati, da cui dipendeva anche l'applicazione delle fonti del diritto internazionale ai loro cittadini, ed erano quindi considerate "relazioni esterne", mentre le questioni costituzionali sorgevano

* Il contributo non è stato sottoposto a valutazione per decisione della Direzione.

¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Direito Constitucional e Administrativo Sem Fronteiras», Almedina, Coimbra, 2019.

² SABINO CASSESE, «Oltre lo Stato», Editore Laterza, Roma, 2006.

³ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Los Derechos Fundamentales y la Constitución Digital», in F. BALAGUER CALLEJÓN / INGO SARLET, «Derechos Fundamentales y Democracia en el Constitucionalismo Digital», Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 439-460; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The Right to the Environment», in CREMADES / HERMIDA (eds), «Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism». Springer, 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1; VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Cultura a que Tenho Direito». Direitos Fundamentais e Cultura», Almedina, Coimbra, 2007, p. 42.

esclusivamente all'interno di ogni Stato, nel contesto dei legami tra autorità pubbliche e cittadini, ed erano quindi considerate "relazioni interne".

Ora, i presupposti tradizionali sono cambiati a causa delle moderne trasformazioni del diritto internazionale pubblico e del diritto costituzionale, in particolare per quanto riguarda i diritti umani o fondamentali⁴. Da un lato, gli individui sono stati considerati come soggetti autonomi delle relazioni internazionali, ai quali l'ordinamento giuridico internazionale conferisce diritti soggettivi diretti e immediati, nonché diritti di accesso ai tribunali internazionali per la loro difesa, anche contro le azioni degli Stati a cui appartengono. D'altra parte, le Costituzioni hanno recepito il diritto internazionale e stabilito le regole per la sua applicazione interna, recependo o facendo riferimento alle dichiarazioni dei diritti o ad altri strumenti internazionali sui diritti umani, facendone i criteri di interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali nazionali.

Stiamo quindi assistendo a un duplice fenomeno di "costituzionalizzazione": 1) dell'ordinamento internazionale, che crea meccanismi di applicazione e tutela identici a quelli delle costituzioni nazionali; 2) dell'ordinamento costituzionale, che accoglie, riconosce e trasforma le norme internazionali in criteri di interpretazione e applicazione delle norme costituzionali stesse. In altre parole, si tratta di una "internalizzazione" del diritto internazionale e di una "esternalizzazione" del diritto costituzionale (cfr. Herdegen / Massing / Poscher / Gärditz, 2021⁵), entrambe convergenti verso una dimensione costituzionale senza frontiere, che si traduce, tra l'altro, nel superamento della distinzione formale tra "diritti umani" e "diritti fondamentali", tutti ormai trasformati in Diritti Umani Fondamentali⁶.

Inoltre, l'integrazione europea ha introdotto un cambiamento qualitativo rispetto ai tradizionali fenomeni di cooperazione internazionale, ovvero la creazione di un ordinamento giuridico proprio che, da un lato, si sovrappone e si impone agli ordinamenti giuridici degli Stati membri e, dall'altro, si intreccia e dipende da essi. Ha quindi perfettamente senso parlare di Costituzione europea, anche se solo in senso materiale, consentendo di affrontare il problema della "gerarchia delle norme", sia tra le diverse fonti europee, sia tra queste e quelle nazionali, e considerando che alcune di queste fonti europee acquistano un carattere

⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, "A Cultura a que Tenho Direito - Direitos Fundamentais e Cultura", Almedina, Coimbra, 2007, pp. 42 ss.

⁵ HERDEGEN / MASSING / POSCHER / GÄRDITZ, "Vorwort", in HERDEGEN / MASSING / POSCHER / GÄRDITZ, "Handbuch des Verfassungsrechts - Darstellung einer Transnationaler Perspektive", Beck, München, 2021, p. IX.

⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, "Green Constitution: The Right to Environment", in: CREMADES / HERMIDA (eds), "Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism", Springer, 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1.

“fondamentale” per le questioni essenziali di organizzazione politica che trattano, cioè le “eterni” questioni costituzionali del potere e della libertà, dell’organizzazione e della divisione dei poteri e della garanzia dei diritti fondamentali.

In questo modo, lo stesso potere costituente, che agli albori del liberalismo era indissolubilmente legato allo Stato, assume ora anche una dimensione sovranazionale, come nel caso dell’Unione Europea, dove l’esistenza di regole e principi fondamentali sulla “distribuzione dei poteri” (sia tra le istituzioni europee stesse che tra queste e le istituzioni degli Stati membri), nonché sulla garanzia dei diritti fondamentali (cfr. “La Carta Europea dei Diritti Fondamentali”), costituisce una vera e propria “Costituzione europea” (almeno in senso materiale), senza che sia possibile (o necessario) parlare di federazione di Stati o di “Stato europeo”. Da qui la necessità di ampliare oggi il concetto di Costituzione, in modo che possa comprendere e conciliare i diversi “livelli” - statale ed europeo - della regolamentazione essenziale della divisione dei poteri (in particolare secondo il principio di sussidiarietà) e della tutela dei diritti fondamentali su scala europea⁷.

Da un punto di vista giuridico, dobbiamo riconoscere che, dagli anni ‘70 ad oggi, abbiamo assistito all’emergere di queste nuove realtà fondamentali su scala globale, europea e nazionale, che necessitano di un quadro “multilivello” (Pernice⁸), nel quadro di un diritto costituzionale (e anche amministrativo) senza frontiere⁹. Oggi, però, è anche indispensabile affrontare “l’elefante nella stanza” e considerare che queste novità possono essere minacciate, o addirittura messe a repentaglio, dalla crescente ascesa di populismo, illiberalismo, autoritarismo, nazionalismo o patriottismo integralista, razzismo e xenofobia, che portano con sé la nostalgia del “ritorno alle origini” dell’esclusivismo della costituzione statale. A mio avviso, queste tendenze (recenti e crescenti) costringeranno probabilmente a una riconfigurazione del “nuovo” e del “vecchio” costituzionalismo, ma non sono in grado di mettere pienamente in discussione il costituzionalismo globale ed europeo, a causa delle trasformazioni delle relazioni politiche ed economiche

⁷ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Le Gout de Diderot et la Constitution Européenne», in FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN / STÉPHANE PINON / ALEXANDRE VIALA, «Le Droit Constitutionnel Européen à l’Épreuve de la Crise Économique et Démocratique de l’Europe», Institut Universitaire de Varenne, 2015, pagine 27 e seguenti; VASCO PEREIRA DA SILVA / FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «O Constitucionalismo do Séc. XXI na sua Dimensão Estadual, Supranacional e Global» (e-book), ICJP, Lisbona, 2015, <http://icjp.pt/publicacoes/1/5103>.

⁸ Il termine “costituzionalismo multilivello” appartiene a INGOLF PERNICE, cfr. „Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously“, in R. Hofmann & S. Kadelbach (Eds.), „Law Beyond The State. Pasts and Futures“ (pp. 151-205), Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2016; INGOLF PERNICE, „The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action“, Humboldt-Universität zu Berlin, WHI-Paper 2/09, <http://www.whiberlin.de/documents/whi-paper0209.pdf>.

⁹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Direito Constitucional e Administrativo Sem Fronteiras», Almedina, Coimbra, 2019.

su scala internazionale, tanto più a causa delle nuove e inevitabili realtà (pubbliche e private) della digitalizzazione e dell'intelligenza artificiale¹⁰.

Una delle manifestazioni di questo diritto costituzionale senza frontiere riguarda la questione dei nuovi compiti o funzioni pubbliche¹¹. Infatti, le fonti costituzionali nell'ordinamento giuridico globale, così come nell'ordinamento giuridico europeo (ad esempio, oltre al Trattato di Lisbona, in parte anche la "Next Generation EU"¹²), che poi si proiettano a livello di costituzioni statali (attraverso l'efficacia diretta dei Trattati o dei PNRR nazionali), accentueranno l'emergere di nuovi compiti fondamentali, sia attraverso la trasformazione di quelli precedenti (ad esempio, il caso della sicurezza o della difesa), sia attraverso la creazione di nuove missioni statali (ad esempio, la digitalizzazione). In questo modo, si assiste a una commistione di nuovi e vecchi contenuti costituzionali e oggi, nella sua dimensione multilivello o senza confini, che dà origine a cinque "nuovi compiti pubblici in stato di tensione", ovvero: la difesa e la sicurezza, la salute, la lotta al cambiamento climatico, l'adozione di energia sostenibile e le nuove tecnologie della digitalizzazione e dell'intelligenza¹³.

1. La sicurezza interna ed esterna, che è uno dei compiti più antichi dello Stato, ha assunto nuovamente un'importanza primaria con lo scoppio della guerra in Europa a seguito dell'invasione russa dell'Ucraina. Di conseguenza, il compito pubblico di garantire la difesa non è più visto solo dal punto di vista dei singoli Stati, ma ora ha anche una dimensione senza confini e deve essere considerato nella sua triplice dimensione (nazionale, europea e globale). Lo stesso vale per le questioni di polizia (terrorismo, alta criminalità, migrazioni internazionali), che sono anch'esse "vecchi

¹⁰ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Sobre el Futuro Constitucional de Europa», in «Revista de Derecho Constitucional Europeo», anno 20, n.40, luglio-dicembre 2023, https://www.ugr.es/~redce/REDCE40/articulos/13_PEREIRA.htm

¹¹ VASCO PEREIRA DA SILVA / AXEL KÄMMERER / DIANA URANIA-GALETTA, «Neue Öffentliche Aufgaben in Spannungszeiten / New Public Tasks in Time of Tension / Nouvelles Missions Publiques en Période de Tension», *Societas Iuris Publici Europaei (SIPE - XVI. Tagung / XVIth. Congress / XVIème Congrès / Lisbon / Lisbon/Lisbonne, 2023)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, p. 333 ss. (ebook open access: <https://editorialescientifica.it/prodotto/new-public-tasks-in-times-of-tension/>).

¹² VASCO PEREIRA DA SILVA, «I Piani Europei e Portoghesi per la Ripresa e la Resilienza e il Futuro dell'Europa», in «Passaggi Costituzionali», 2021, vol. 2, p. 257-264.

¹³ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Nouvelles Missions Publiques en Période de Tension - Paris vaut Bien une Messe», in VASCO PEREIRA DA SILVA / AXEL KÄMMERER / DIANA URANIA-GALETTA, «Neue Öffentliche Aufgaben in Spannungszeiten / New Public Tasks in Time of Tension / Nouvelles Missions Publiques en Période de Tension», *Societas Iuris Publici Europaei (SIPE - XVI. Tagung / XVIth. Congress / XVIème Congrès – Lisbon / Lisbon / Lisbonne, 2023)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, p. 333 e s. («open access ebook»: <https://editorialescientifica.it/prodotto/new-public-tasks-in-times-of-tension/>).

compiti pubblici” e che ora danno luogo a nuove sfide per le autorità pubbliche e alla ricerca di soluzioni originali, anche “senza frontiere”, enfatizzando l’attenzione al nuovo fenomeno della cybersecurity.

Quindi, se da un lato si può parlare, in un certo senso, di un “ritorno alle origini” dal punto di vista delle questioni costituzionali tradizionali, dall’altro la rinnovata funzione di difesa interna ed esterna assume una dimensione radicalmente moderna, che si manifesta, tra l’altro, nella sua dimensione multilaterale o senza frontiere. La sicurezza di un Paese (sia esterna che interna) si svolge sia all’interno che all’esterno dei confini nazionali, poiché non è possibile parlare di sicurezza del Portogallo senza parlare di sicurezza europea e di sicurezza globale (NATO, Nazioni Unite), assumendo una vera e propria dimensione costituzionale multilivello.

Di conseguenza, sono sorte nuove questioni costituzionali e amministrative di attualità (discusse soprattutto a livello di costituzionalismo europeo), come le seguenti: C’è posto per la NATO nelle costituzioni nazionali e nella Costituzione europea (materiale)? Se debba esistere un esercito europeo autonomo o solo una cooperazione militare, o piuttosto una combinazione dei diversi eserciti nazionali dei Paesi dell’UE? La questione dei “rifugiati” ucraini è una questione nazionale e/o europea, o è anche una questione globale di protezione delle vittime di guerra? O come la sicurezza informatica dovrebbe proteggere gli individui e le società senza mettere a repentaglio i diritti fondamentali?

2. La salute è un altro dei nuovi compiti pubblici essenziali, dopo la COVID-19 e di fronte a tante altre minacce per la salute che verranno¹⁴. Sembra infatti che ci sia sempre qualche “animaletto in rivolta” contro l’aggressione umana nel suo *habitat* naturale, che dà origine a un nuovo virus, seguito da un’epidemia o da una pandemia. E in effetti abbiamo già avuto la mucca pazza, gli uccelli con il raffreddore, l’influenza suina, la follia dei pipistrelli, la combinazione di pipistrelli infetti e pangolini “fuori dagli schemi” ... Così come in futuro ci saranno sempre più “rivolte” della Natura contro le aggressioni umane che distruggono o disturbano la fauna e la flora, generando nuovi virus e nuove pandemie¹⁵.

¹⁴ Per una spiegazione più dettagliata di questa e altre pandemie, si veda MARKS HONIGSBAUM, «The Pandemic Century. A History of Global Contagion from the Spanish Flu to Covid-19», Penguin Books, 2020. Da parte nostra, abbiamo utilizzato la traduzione portoghese intitolata: «O Século das Pandemias - Uma História de Contágios Globais: Da Gripe Espanhola à Covid-19», Vogais - 20/20 Editora, Lisboa, 2021.

¹⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «5 Breves notas sobre o Direito do Ambiente em Estado de Emergência», in «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Lisbon Law Review»

Inoltre, emergono sempre nuovi pericoli e rischi, come quello annunciato dagli scienziati dell'Università di Cambridge, che avvertono che lo scioglimento dei ghiacci, causato o favorito dai cambiamenti climatici, potrebbe riattivare nuovi virus congelati da tempo immemorabile, ma che ora stanno riemergendo in forze, in quello che gli studiosi hollywoodiani potrebbero chiamare “virus dei dinosauri”¹⁶.

E questo nuovo compito di salute pubblica non può essere svolto semplicemente su scala nazionale, ma sta assumendo sempre più una dimensione senza frontiere, in cui le autorità e le politiche pubbliche nazionali, europee e globali devono essere combinate – come abbiamo visto di recente durante il periodo COVID-19 –, con le azioni congiunte delle autorità sanitarie nazionali, europee e globali (da notare l'importanza del coordinamento delle misure europee e dell'OMS nel coordinamento globale della lotta contro la pandemia). Si tratta quindi di un nuovo compito pubblico, già riconosciuto in molte costituzioni nazionali (come quella portoghese¹⁷), ma che ora assume una nuova dimensione multilivello (nazionale, europea, globale) o senza frontiere¹⁸. Ciò rende necessario porre le seguenti domande all'attuale diritto costituzionale e amministrativo, tra le altre: la globalizzazione della tutela della salute è un problema costituzionale nazionale o piuttosto europeo e multilivello? Qual è il ruolo dell'Organizzazione mondiale della sanità nella *governance* delle crisi sanitarie globali? Quanto è globalizzato, armonizzato e flessibile il diritto amministrativo della salute oggi?

3. Il cambiamento climatico è oggi il “nuovo volto” della questione ambientale, emerso nel costituzionalismo degli anni Settanta e che oggi si manifesta

(Número Temático: COVID-19 e o Direito), anno LXI, 2020, n. 1, p. 805-811; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Four Short Notes and a Poem on Portuguese Environmental Law in “State of Emergency”», in «ELPIS v- Law Review», no. 1 / 2020 (Thematic Number: «10 to 15 Minutes on: The Effect of the “Corona Virus” in Global, European and National Law»), <http://www.elpisnetwork.eu/elpis-v-law-review-no-1-2020/>; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Table Ronde: L'État d'Exception, Nouveau Régime de Droit Commun des Droits et Libertés? Du TERRORISME à l' Urgence Sanitaire – Portugal», in INSTITUT LOUIS FAVOREU, «Annuaire Internationale de la Justice Constitutionnelle XXXV (2020)», Economica / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2021, pp. 529 e ss., pp. 527 e ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Four Short Notes and a Poem on Portuguese Environmental Law», in GERMELMANN / PEREIRA DA SILVA, «International Legal Studies V», Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 153-160.

¹⁶ Si veda il sito web del “Centre for the Study of Existential Risks” dell'Università di Cambridge <https://www.cser.ac.uk/>. Si veda anche il video su YouTube di LUKE KEMP, “Foreseeing the End(s) of the World” https://www.youtube.com/watch?v=Y_yMemcSMkg.

¹⁷ RUI MEDEIROS, «Comentário (art. 64 CRP)», in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, volume I, seconda edizione, Wolters Kluwer Portugal / Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1305-1322.

¹⁸ MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, «Direito da Saúde (Lições)», Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, mx. pp. 9 e ss.

soprattutto con questa nuova configurazione costituzionale. Questa nuova dimensione della questione ecologica è di fondamentale importanza poiché, secondo gli studi scientifici, ci troviamo di fronte a un rischio di civiltà, in quanto se non si interviene per scongiurare i prevedibili effetti catastrofici del cambiamento climatico, potrebbe addirittura verificarsi la scomparsa dell'uomo sulla terra (si veda lo studio di Luke Kemp, dell'Università di Cambridge¹⁹). Così, a partire dagli anni '70 del XX secolo, e ancor più oggi, ha senso parlare di costituzionalismo verde, per riferirsi alla consacrazione giuridica di principi fondamentali di natura ecologica, nonché alla consacrazione di un diritto fondamentale all'ambiente, sia nei testi costitutivi dell'ordinamento giuridico globale, la Costituzione (materiale) europea, sia nelle costituzioni nazionali²⁰. Infatti, esiste una successione di fonti di diritto ambientale su scala globale (alcune a livello generale, altre a livello regionale internazionale, dotate di diverso valore ed efficacia giuridica) che sanciscono il diritto umano/fondamentale all'ambiente, di cui sono esempi: la "Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli" del 1967; il "Principio 1" della "Dichiarazione di Stoccolma della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano del 1972"; la "Convenzione americana sugli spazi umani nell'ambito dei diritti economici, sociali e culturali" del 1988, art. 12; la "Convenzione europea sull'ambiente" del 1988, 12; la "Convenzione europea dei diritti dell'uomo" (che, secondo l'interpretazione "creativa" della "Corte europea dei diritti dell'uomo", sancisce il diritto fondamentale all'ambiente, sulla base degli articoli 2, 6, 8); la "Convenzione di Aarhus sui diritti dell'uomo", che sancisce i diritti procedurali fondamentali dell'informazione, della partecipazione procedurale e dell'accesso alla giustizia come parte di un più ampio diritto sostanziale (articoli 4, 6, 7, 8, 9).

¹⁹ LUKE KEMP, "Foreseeing the End(s) of the World", https://www.youtube.com/watch?v=Y_yMemcSMkg; LUKE KEMP / CATHERINE RHODES, "The Cartography of Global Catastrophic Governance", Centre for the Study of Existential Risk, gennaio 2020, <https://www.cser.ac.uk/resources/cartography-global-catastrophic-governance/>.

²⁰ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The Right to the Environment», in J. Cremades/ C. Hermida C. (eds) «Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism». Springer, Cham, 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Table Ronde: Constitution, Libertés et Numérique – Portugal», in INSTITUT LOUIS FAVOREU, «Annuaire Internationale de la Justice Constitutionnelle XXXVI (2021)», Economica / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2022, p. 455 e ss; VASCO PEREIRA DA SILVA, "Los Derechos Fundamentales y la Constitución Digital", in F. BALAGUER CALLEJÓN / INGO SARLET, "Derechos Fundamentales y Democracia en el Constitucionalismo Digital", Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 439-460.

Tutte queste fonti di diritto, di carattere internazionale generale o regionale, alcune di natura convenzionale altre semplicemente dichiarativa e proclamatoria (“*hard law*” e “*soft law*”), a mio avviso, ci permettono già di parlare di un “diritto all’ambiente senza frontiere” come principio generale implicito dell’ordine internazionale, o in alternativa, come principio integrale dello “*ius cogens*”, o anche come “consuetudine internazionale”, come prassi ripetuta dell’ordinamento giuridico internazionale (con un contenuto più generale di quello contenuto nei testi) che va oltre le diverse consacrazioni normative sopra menzionate²¹.

A livello di Unione Europea, la “questione costituzionale” assume una dimensione diversa a causa dell’emergere e del consolidarsi di un autonomo “spazio giuridico europeo”. L’integrazione europea, infatti, ha introdotto un cambiamento qualitativo rispetto ai tradizionali fenomeni di cooperazione internazionale, ovvero la creazione di un “ordinamento giuridico proprio, che combina le fonti comunitarie - le cui norme, essendo “ricevute” dagli ordinamenti giuridici interni, godono di un effetto diretto e di un primato su quelle dei Paesi membri (...) - con le fonti nazionali”²².

Nel quadro dell’Unione europea, come abbiamo già scritto in precedenza, «l’esistenza di regole e principi fondamentali sulla “distribuzione dei poteri” (sia tra le stesse istituzioni comunitarie, in relazione tra loro, sia tra queste e le istituzioni degli Stati membri), nonché sulla garanzia dei diritti fondamentali (si veda “La Carta europea dei diritti fondamentali”) costituisce una vera e propria “Costituzione europea” (almeno in senso materiale), senza che sia possibile (o necessario) parlare di uno “Stato europeo”²³». In quest’ottica, il Trattato di Lisbona può e deve essere inteso come un’integrazione della (maggior parte della) Costituzione materiale dell’Europa.

Così, nel campo dell’ambiente, il Trattato di Lisbona sancisce principi e doveri oggettivi di conservazione dell’ambiente (cfr. articolo 191 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea), che obbligano le autorità pubbliche europee e nazionali ad agire; mentre l’articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea sancisce un diritto fondamentale all’ambiente²⁴. In questo modo,

²¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The R. to the E.», cit. in CREMADES / HERMIDA (eds), «Encyclopedia of C. C.», cit., Springer, Cham., 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1

²² VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Cultura a que Tenho Direito - Direitos Fundamentais e Cultura», Almedina, Coimbra, 2007, p. 45.

²³ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The R. to the E.», cit. in CREMADES / HERMIDA (eds), «Encyclopedia of C. C.», cit., Springer, Cham., 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1

²⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The R. to the E.», cit., in CREMADES / HERMIDA (eds) «Encyclopaedia of C. C.», cit., Springer, Cham., 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1

la Costituzione europea, come insieme di valori fondamentali in termini di organizzazione e azione dei poteri pubblici a livello europeo e come insieme di diritti fondamentali per i cittadini europei, sancisce la protezione oggettiva e soggettiva dell'ambiente. Lo stesso si può dire delle Costituzioni degli Stati membri dell'Unione Europea, che sanciscono almeno l'ampia protezione oggettiva dell'ambiente, a volte anche con l'esplicita affermazione del diritto all'ambiente e alla qualità della vita, come nel caso del Portogallo (cfr. art. 66 CRP), mentre in altri casi ancora tale diritto fondamentale è sancito dalla giurisprudenza creativa delle Corti costituzionali.

Di conseguenza, le Corti costituzionali hanno svolto (e continuano a svolgere) un ruolo fondamentale nel garantire e persino creare (direttamente o indirettamente) un diritto fondamentale all'ambiente (come sembra essere accaduto in Germania). E, ancora più recentemente, per quanto riguarda la scomposizione del diritto all'ambiente nel suo integrale "diritto fondamentale a evitare o almeno a minimizzare i cambiamenti climatici". A questo proposito, si veda l'emblematica decisione della Corte costituzionale federale tedesca sul cambiamento climatico (BVerfG, ordinanza del primo Senato del 24 marzo 2021 - 1 BvR 2656/18 -, parr. 1-270). La sentenza conclude che alcune norme contenute nella legge federale sul cambiamento climatico del 12 dicembre 2019 «sono incompatibili con i diritti fondamentali nella misura in cui mancano disposizioni sull'aggiornamento degli obiettivi di riduzione per i periodi dal 2031 in poi che soddisfino i requisiti costituzionali»²⁵.

A mio avviso, questa sentenza pionieristica e altamente innovativa affronta cinque questioni fondamentali: considera il problema del cambiamento climatico come una questione costituzionale senza frontiere, analizzandolo da una prospettiva multilivello, che combina le dimensioni nazionale, europea e globale; tratta i diritti umani e i diritti fondamentali come realtà giuridicamente identiche; difende l'esistenza della tutela del diritto fondamentale all'ambiente e della tutela del diritto contro il cambiamento climatico nella Costituzione tedesca; concepisce il diritto fondamentale all'ambiente come un diritto di azione degli enti pubblici; ritiene che il diritto all'ambiente sia un diritto al/per il futuro, giustificando così la sua tutela intertemporale. Va notato che, sebbene si tratti di una sentenza emessa da un tribunale nazionale (la Corte costituzionale federale tedesca) sull'incostituzionalità di una legge tedesca, tutto il resto sembra essere globale. La

²⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Commentary to a Multilevel Court Decision for a Multilevel Public Law Professor. An Homage to Jacques Ziller», in DIANE FROMAGE (ed.), «Jacques Ziller a European Scholar», European University Institute, Florence, 2022, p. 244.

sentenza tratta un tema globale (la lotta al cambiamento climatico); applica standard internazionali (gli accordi di Parigi); stabilisce il dovere delle autorità tedesche di agire per proteggere l'ambiente in ambito internazionale; concede a cittadini stranieri (un cittadino del Nepal e un altro del Bangladesh, non residenti in Germania) il diritto di comparire davanti alla Corte Costituzionale per difendere i propri diritti fondamentali, considerando che questi diritti sono tutelati anche dalla Costituzione tedesca²⁶. Cos'altro è necessario per qualificare questa decisione come una decisione giuridica globale, o piuttosto come una decisione giuridica a più livelli o addirittura senza frontiere?

È anche un giudizio aperto al futuro, in quanto la Corte tedesca afferma che il diritto soggettivo all'ambiente (e non una norma oggettiva) è il modo migliore per garantire i diritti delle generazioni future. Ciò significa che è necessario combinare le dimensioni del passato, del presente e del futuro per proteggere l'ambiente, è necessario "proteggere dinamicamente i diritti fondamentali" (§ 5). O, come si dice anche, una «protezione intertemporale della libertà del futuro»²⁷.

1. Anche la politica energetica, e in particolare la transizione dai combustibili fossili alle energie sostenibili e rinnovabili, è un compito pubblico autonomo, anche se strettamente legato alla questione ambientale. Questo fondamentale compito verde si colloca inoltre in una prospettiva costituzionale multilivello o senza frontiere, poiché ha anche una triplice dimensione nazionale, europea e globale.

Si tratta sia di una questione strutturale, derivante dalla ricerca delle soluzioni energetiche più appropriate e sostenibili, sia di una questione congiunturale di politica comune europea in tempo di guerra, divenuta ancora più urgente a causa della forte dipendenza dell'Europa - finora - dall'energia russa (soprattutto nel centro e nell'est dell'Europa). Da qui la recente notizia, emersa dagli ultimi Consigli europei, di un accordo tra Spagna, Portogallo e Francia sul gasdotto tra Barcellona e Marsiglia, che consentirà la creazione di un "Corridoio energetico verde".

Ma se si tratta soprattutto di una questione strutturale, allora dobbiamo fare in modo di optare per vere alternative energetiche verdi (come quelle che derivano dall'utilizzo di risorse naturali come il sole, il vento o le onde), e non

²⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Commentary to a M. C. D. for a M. P. L. Pr. An H. to Jacques Ziller», in DIANE FROMAGE (ed.), «Jacques Ziller a European Scholar», European University Institute, Florence, 2022, p. 245.

²⁷ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Commentary to a M. C. D. for a M. P. L. Pr. An H. to Jacques Ziller», in DIANE FROMAGE (ed.), «Jacques Ziller a European Scholar», European University Institute, Florence, 2022, pp. 252 ss.

tornare alla vecchia opzione dell'energia nucleare (che non può mai essere considerata verde). Credo quindi che ci sia un problema di “idee sbagliate” nell'attuale discussione pubblica quando l'energia nucleare viene definita verde, adottando quella che alcuni chiamano una “concezione eco-modernista” (Luc Férry²⁸). Dal mio punto di vista, un tale uso del termine “verde” non è appropriato per l'energia nucleare, in quanto trascura due questioni: l'impossibilità di un trattamento sostenibile delle scorie nucleari e il rischio di disastri naturali o umani presso gli impianti nucleari, che possono avere effetti devastanti (basti vedere quanto sta accadendo oggi alla centrale atomica di Zaporijja).

2. Oggi la realtà digitale assume contemporaneamente: a) una dimensione verticale, in quanto nuovo compito pubblico che, secondo Hoffman-Rhiem²⁹, implica la «più grande trasformazione dello Stato democratico moderno e dello Stato di diritto», tanto più in una prospettiva senza frontiere (aggiungerei io); b) una dimensione orizzontale, in quanto è anche un mezzo, uno strumento essenziale per l'applicazione e l'esecuzione di tutti gli altri compiti fondamentali.

Per quanto riguarda i diritti dell'informazione e le nuove tecnologie, nell'ambito del costituzionalismo globale, esiste una “Carta dei diritti umani e dei principi per Internet”, creata dalla “*Internet Rights & Principles Dynamic Coalition*” dell’ “*United Nations Internet Governance Forum*”. Si tratta quindi di un testo normativo, emanato da un organismo amministrativo globale, integrato nell'organizzazione delle Nazioni Unite, composto da una molteplicità di soggetti interessati, che vanno dai rappresentanti dei governi e degli organismi amministrativi, alle imprese e ai gruppi della società civile³⁰.

A mio avviso, questa Carta di Internet, a prescindere dalla sua natura e dal suo valore formale, ha un contenuto materialmente costituzionale, che ci permette di parlare di “Diritti digitali fondamentali senza frontiere”, come un insieme di “principi generali impliciti dell'ordine internazionale o globale, pronti per essere applicati nelle relazioni private e pubbliche, nonché attuati e controllati da organi amministrativi e giudici”. Oppure, seguendo una linea di argomentazione alternativa, “si può anche dire che questi diritti

²⁸ LUC FÉRRY, «Les Sept Écologies», Éditions de l'Observatoire, Parigi. 2021. Sugli «éco-modernisti», in cui l'autore è incluso, si veda pp. 181 ss.

²⁹ WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, no«Innovation und Recht - Recht und Innovation. Recht im Ensemble seiner Kontexte», Möhr Siebeck, Tübingen, 2016, pp.1 ss.

³⁰ Vedere https://drive.google.com/file/d/1dyhXJLCLKJ0v_0sUHHRNEaUzKzp2dFr_/view

all'informazione digitale, derivanti da principi giuridici impliciti dell'ordine globale, corrispondono ai valori etici più profondi della comunità internazionale, e fanno quindi parte della cosiddetta 'versione moderna' dello *ius cogens*". O invece, in un altro modo alternativo e dogmatico, si può anche dire che questi diritti digitali fondamentali sono il risultato (o sono in fase di elaborazione procedurale) di "una prassi consuetudinaria internazionale, di un comportamento ripetuto con la convinzione generale della sua obbligatorietà, che va oltre i testi giuridici (anche quando ne deriva)³¹".

In termini di Costituzione europea, abbiamo la "Carta dei diritti fondamentali", che sancisce il diritto alla protezione dei dati personali (articolo 8) e include anche il diritto di accesso e di rettifica dei dati, nonché la garanzia di controllo da parte di un'autorità indipendente³². La Carta europea dei diritti fondamentali fa parte della "Costituzione europea" (almeno in senso materiale), ma, oltre a questa, dobbiamo considerare anche la "Dichiarazione dei diritti e dei principi digitali per tutti nell'Unione europea", o altri testi, formalmente legislativi ma materialmente costituzionali, che stabiliscono i diritti fondamentali sull'informazione e sulle nuove tecnologie³³.

Per quanto riguarda il Portogallo, l'articolo 35 della Costituzione sancisce i diritti fondamentali nel campo dell'informazione e delle nuove tecnologie. In

³¹VASCO PEREIRA DA SILVA, «The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law», in BUCK-HEEB / OPPERMAN, «AUTO MATISIERTE SYSTEME», BECK, MÜNCHEN, 2022, Pp. 425 Ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Los Derechos Fundamentales y la Constitución Digital», in BALAGUER CALLEJÓN / INGO SARLET, «Derechos Fundamentales y Democracia en el Constitucionalismo Digital», Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 439-460.

³²Articolo 8 (Protezione dei dati personali): "1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati personali che la riguardano; 2. Tali dati sono trattati in modo lecito per scopi specifici e sulla base del consenso della persona interessata o di qualsiasi altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e il diritto di rettificarli; 3. L'osservanza di queste norme è soggetta al controllo di un'autorità indipendente".

³³Questi includono, tra gli altri, il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile, relativo al Regolamento generale sulla protezione dei dati (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?Uri=uriserv:OJ.L_.2015.310.01.0001.01.ENG); e la Direttiva 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre, relativa al Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018L1972>). In tempi ancora più recenti, meritano una menzione le seguenti fonti sull'intelligenza artificiale: a) Il Regolamento (UE) 2022/1925, comunemente noto come Digital Markets Act (DMA), è un regolamento dell'UE (<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj/eng>) che mira a rendere l'economia digitale più equa e contendibile (il regolamento è entrato in vigore il 1° novembre 2022 ed è diventato prevalentemente applicabile il 2 maggio 2023); b) Il Digital Services Act (Regolamento (UE) 2022/2065, DSA) è un regolamento dell'UE che mira ad aggiornare la direttiva sul commercio elettronico del 2000 per quanto riguarda i contenuti illegali, la pubblicità trasparente e la disinformazione (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2022.277.01.0001.01.ITA).

realtà, la versione originale del 1976 si limitava a stabilire i diritti in relazione agli archivi manuali, ma da allora è stata estesa agli archivi digitali, in seguito alle revisioni costituzionali del 1982, 1989 e 1997. Così, la Costituzione stabilisce:

- il «diritto di accesso ai dati informatizzati» riguardanti i cittadini, che possono «chiederne la rettifica e l'aggiornamento, nonché il diritto di conoscere lo scopo a cui sono destinati» (art. 35, n. 1, CRP);
- la legge definisce il concetto di dati personali e il suo regime giuridico, garantendone la protezione, «segnatamente attraverso un'autorità indipendente» (art. 35 n. 2, CRP);
- è vietato l'uso di dati personali di qualsiasi tipo (convinzioni filosofiche o politiche, appartenenza a partiti o sindacati, religione, vita privata, origine etnica), salvo «l'esplicito consenso della persona interessata» cosé come l'autorizzazione legale con «garanzie di non discriminazione» o per elaborazioni statistiche (art. 35, n. 3, CRP);
- è vietato «accedere ai dati personali di terzi, salvo i casi eccezionali previsti dalla legge» (art. 35, n. 4, CRP);
- è vietato «assegnare un numero nazionale unico ai cittadini» (art. 35, n. 5 CRP);
- «è garantito il diritto di accesso alle reti informatiche ad uso pubblico, con la definizione da parte della legge del regime applicabile ai flussi transfrontalieri di dati e delle forme appropriate di protezione dei dati personali e degli altri la cui salvaguardia è giustificata da ragioni di interesse nazionale» (art. 35 n. 6, CRP);
- questo regime giuridico è esteso alla protezione dei «dati personali contenuti negli archivi manuali» (art. 35 n. 7, CRP)³⁴.

A questa realtà costituzionale complessa si è aggiunta anche una “Carta dei diritti dell'uomo nell'era digitale”, formalmente una legge ordinaria, ma dal contenuto materiale, che regola i diritti fondamentali digitali dal punto di vista del loro rapporto con altri diritti o principi fondamentali.

È tempo di concludere. Vi lascio le mie osservazioni personali, un “bilancio del presente e proiezione nel futuro” dei “percorsi” della Costituzione, fatte in occasione del “VII Seminario italo-spagnolo”, tenutosi a Napoli dal 2 al 4 ottobre 2024 e ora pubblicate nel 2025. Guardando il calendario, mi rendo conto che siamo alla fine del primo quarto del XXI secolo e all'inizio del secondo quarto. Spero sia un buon segno.

³⁴ Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, vol. I, 2a edizione, Universidade Católica Editora, Lisbona, 2017; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 374.

La stabilità delle Costituzioni nel regime delle transizioni¹

TANJA CERRUTI

SOMMARIO: 1. Le transizioni in corso. – 2. Lo Stato (e la Costituzione) in transizione. – 3. Le garanzie costituzionali: i limiti al procedimento di revisione. – 4. Le garanzie costituzionali: il controllo di legittimità costituzionale. – 5. La “resistenza” della Costituzione nella burrasca della transizione.

1. È opinione largamente condivisa il fatto che l’assetto politico, giuridico e sociale degli ordinamenti nazionali sia oggi protagonista di un fenomeno evolutivo che, più che in altre epoche, li vede assumere connotati diversi dal passato, la cui conformazione, verosimilmente tendente verso ulteriori trasformazioni, pare suscettibile di mettere potenzialmente in discussione le stesse fondamenta sulle quali è basato tutto il sistema.

Per quanto più specificamente attiene al fronte politico-istituzionale, è inevitabile domandarsi se tali mutamenti stiano revocando in dubbio l’idea e soprattutto il ruolo della Costituzione, per come si sono affermati con l’avvento della forma di stato c.d. “sociale di democrazia pluralista”, svolgendo una funzione propulsiva verso modifiche di carattere radicale ovvero se tale ruolo continui a rivelarsi granitico, come una solida ancora che, consentendo un lungo raggio di movimento alla nave che trattiene, ne costituisce il sicuro elemento di stabilità anche nel corso delle più forti tempeste.

Muovendo da questa considerazione preliminare, dopo un breve inquadramento definitorio del concetto di transizione e delle sue principali forme di manifestazione nell’attuale quadro costituzionale, incentrando l’attenzione sull’ordinamento italiano il contributo si soffermerà sui principali strumenti di garanzia della rigidità della Carta costituzionale, interrogandosi sull’idoneità delle modalità e soprattutto dei limiti alla revisione – per quanto in particolare attiene al *discrimen* fra revisioni e momenti di vera e propria rottura – nonché del ruolo del giudice costituzionale ad assicurare non solo il rispetto ma anche la “sopravvivenza”

¹ Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

della Carta stessa, per poi riflettere conclusivamente sul destino delle Costituzioni, con particolare riferimento alla necessità della loro presenza.

La versatilità del vocabolo “transizione” è efficacemente resa dal fatto che la sua definizione («Passaggio da un modo di essere o di vita a un altro, da una condizione o situazione a una nuova e diversa») è accompagnata dalla declinazione in contesti nettamente diversi².

In ambito politico la transizione è stata descritta come «una fase ben specifica dell’evoluzione di una società, la fase in cui questa incontra difficoltà sempre maggiori, interne e/o esterne, nel riprodurre il sistema economico-sociale sul quale si fonda e comincia a riorganizzarsi, più o meno rapidamente e più o meno violentemente, sulla base di un altro sistema che diviene infine a sua volta la forma generale delle nuove condizioni di esistenza»³.

Sulla scia degli studi politologici, anche quelli di carattere giuridico tendono a considerare la transizione come un passaggio di forma di stato ovvero, senza che si incida su tale categoria, come un cambiamento delle regole della convivenza politica (come si sarebbe verificato in Francia nel passaggio dalla Quarta alla Quinta Repubblica).

Altre ricostruzioni pongono l’accento sul contesto di revisione costituzionale, definendo la transizione come un «*processo dinamico* di formazione di una nuova costituzione, con cambiamento o meno della forma di stato (da autocratica a democratica ma anche viceversa), o anche della sola forma di governo», specificando che si può ricorrere a tale categoria sia nel caso di revisioni totali, sia nel caso in cui al mutamento di «istituti sostanziali della Costituzione» non corrispondano modifiche formali della stessa⁴. A detta di altri ancora il termine avrebbe assunto anche un’aura di tipo polemico, o comunque terminologicamente non neutrale, secondo la quale la transizione costituzionale implicherebbe, in particolare, il «passaggio da un regime politico giudicato autoritario ad un regime politico giudicato democratico e liberale»⁵, come proverebbe anche il rifiorire di studi sulle transizioni a partire dagli anni Novanta, dopo la virata verso la liberal-democrazia degli Stati dell’Europa centro-orientale.

² <https://www.treccani.it/vocabolario/transizione/>.

³ M. GODELIER, *Transizione*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. XIV, Torino, 1981, p. 460.

⁴ G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998, pp. 163 e 168.

⁵ P. COSTA, *Le transizioni costituzionali oltre lo Stato. Qualche riflessione giuridica e concettuale*, in *Jus online*, n. 6, 2022, p. 174.

2. Pur essendo difficile stabilire se la fase attuale si collochi agli albori, nel corso o all'esito di una transizione, certo è che alcuni degli elementi di innovazione più o meno condizionati dall'intervento umano che caratterizzano il primo quarto di questo ventunesimo secolo paiono sottoporre a tensione, in modo non sempre diretto, talvolta trasversale, taluni dei pilastri che hanno retto finora i sistemi costituzionali nazionali.

Fra tali fattori si possono sicuramente annoverare la globalizzazione, il cui risvolto più rilevante, sul piano politico-istituzionale, pare essere la compenetrazione fra ordinamenti, con particolare riferimento al rapporto fra i sistemi statali e quello internazionale e, nel contesto europeo, soprattutto sovranazionale; il fenomeno migratorio; il progresso scientifico e tecnologico; i cambiamenti climatici.

Fra i lineamenti somatici caratteristici del modello statale di democrazia pluralista di cui si paventa la possibile incrinatura non si possono non richiamare gli stessi elementi costitutivi dello Stato e, a proposito della sovranità, nel contesto italiano anche le dinamiche della forma di governo e il sistema di tutela dei diritti.

Partendo dal territorio, nella sua definizione si sono tradizionalmente contrapposte ricostruzioni che lo consideravano come uno degli elementi costitutivi, basilari, dello Stato ad altre che lo concepivano come ambito di vigenza di un ordinamento e delle sue regole, contrapposizione che, seppure non in termini di forte antitesi (soprattutto in quanto la prima ricostruzione non esclude la seconda), in Italia emerge tuttora dal confronto fra le definizioni attribuite a tale elemento dalla manualistica moderna⁶.

Oggi, grazie anche ai processi di integrazione sovranazionale, è evidente che la nozione è stata affiancata da quella più fluida di spazio, con cui si allude a un ambiente delimitato in una prospettiva anche funzionalista, prescindendo dall'attaccamento identitario e culturale che lega tradizionalmente un popolo al suo territorio. La rivoluzione digitale accentua ulteriormente la flessibilità del concetto, rendendo raggiungibili mete lontane o prive di una fisicità reale.

Lo stesso concetto di popolo vive una dimensione dinamica, che vede incrementate esponenzialmente quelle dimensioni del fenomeno migratorio che da sempre caratterizzano la storia dell'umanità e sulle quali incidono esigenze di carattere politico ed economico, ma anche di natura climatica e ambientale (si pensi alla categoria dei "migranti climatici") che necessitano una gestione a livello

⁶ Per una rassegna delle posizioni della manualistica italiana sia consentito rinviare a T. CERRUTI, *Le frontiere dell'Unione europea fra divisione e integrazione*, in T. CERRUTI – A. POGGI – M. ROSBOCH (cur.), *"Spazio e frontiera". In ricordo di Giorgio Lombardi*, Torino, 2022, p. 315; per la ricostruzione delle posizioni di Romano e Perassi v. N. CAPONE, *Diritti, Stato e Territorio tra primo e secondo Novecento. I contributi di Santi Romano e Tomaso Perassi e la svolta costituzionale di Alberto Predieri*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2021, pp. 114 ss.

globale. Dall'altro lato se, alla luce della eterogeneità della composizione di molti Stati europei, ci si domanda se popolo è l'insieme dei beneficiari dei diritti sociali o solo di coloro che esercitano anche i diritti politici, non si può non rilevare il crescente disinteresse dei titolari di tali diritti dal loro esercizio⁷.

A subire delle forti erosioni è quindi il concetto di sovranità, "schiacciato" fra una dimensione sovranazionale sempre più pervasiva (tuttavia non sovrana) e una dimensione locale che anela talvolta a forme significative di autonomia.

Quanto alla prima, la progressiva «giuridicizzazione/istituzionalizzazione delle relazioni internazionali» avrebbe indotto la dottrina a parlare di una sorta di «processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale», con esiti valutati in forma spesso critica⁸, mentre la seconda, pur non riuscendo, in molte realtà (fra cui quella del nostro Paese), a estendere le proprie prerogative fino ai limiti massimi consentiti dalle disposizioni costituzionali, costituisce comunque un fattore di erosione della sfera del potere centrale.

Nelle forme di esercizio della sovranità si radicano poi altre due significative trasformazioni che interessano il sistema politico-costituzionale odierno, cioè le dinamiche della forma di governo e le modalità di tutela dei diritti umani.

Per quanto concerne la prima, assecondando la propensione, affermatasi sin dagli anni Novanta, al rafforzamento delle Istituzioni e al parziale allontanamento dall'assemblearismo⁹, viene quasi concordemente rilevata la tendenza alla crescente accentuazione del ruolo dell'esecutivo, con la delineazione del rapporto fra Parlamento e Governo in termini di fungibilità, più che di contrapposizione.

Si sarebbe infatti diradato quel potere di indirizzo e controllo che il Parlamento dovrebbe esercitare sul Governo, il quale, basandosi su fonti di legittimazione esterne al circuito politico statale, radicate nella dimensione infra e sovranazionale, è forte di una sorta di "nuova fiducia europea", che gli deriva dai meccanismi del sistema unionale (nonostante il tentativo del Trattato di Lisbona di recuperare in parte il ruolo dei Parlamenti)¹⁰ e, sul piano interno, della partecipazione alle sedi di concertazione con gli enti territoriali¹¹.

⁷ In proposito M. FIORILLO, *Dalla partecipazione militante, all'astensionismo indifferente. Apunti su origine e linee di sviluppo della forma di governo repubblicana*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2023, p. 88, rileva che nelle elezioni politiche del 2022 la percentuale di astensionismo, assestatasi intorno al 36,2%, è risultata la più elevata dell'intera storia repubblicana.

⁸ A. JR GOLIA – C. GENTILE, *La costituzionalizzazione del diritto internazionale: ascesa e declino di un discorso?*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2024, pp. 83 ss.

⁹ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Varese o Milano, 1962, p. 344.

¹⁰ I. RUGGIU, *Mutamenti della forma di governo e integrazione europea. Gli influssi sulle istituzioni e sul formante patriarcale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2024, pp. 334 ss.

¹¹ L. CASTELLI, *Il Sistema delle Conferenze. Terza Camera o sede di ratifica?*, Bologna, 2023, p. 65.

Questo nuovo schema si ripercuote evidentemente sul sistema delle fonti – messo a sua volta alla prova dall’incidenza di altri fattori, come il peso del diritto sovranazionale o l’apporto degli accordi di diritto privato¹² – in cui si assiste quasi a un’inversione di ruoli fra la legge, che assume spesso i caratteri del provvedimento, e gli atti con forza di legge, che le vengono di fatto preferiti nella disciplina delle materie¹³. Queste dinamiche inducono a ravvisare la messa in discussione di un caposaldo fondamentale dello stato liberale quale la separazione dei poteri, il cui assetto si ritiene ulteriormente modificato per effetto sia dell’inclusione di altri organi, come la Corte costituzionale e il Presidente della Repubblica, sia dell’affermazione di una dimensione orizzontale, data dal carattere federale o regionale dello Stato, sia dell’indipendenza del potere giudiziario dalla politica¹⁴.

Gli effetti dell’erosione della centralità delle fonti statali in generale e della legge, in particolare, si sommerebbero a quelli derivanti dalla «stratificazione dei livelli di legalità, di cui emblematica è la comparsa nel sistema giuridico della *legalità costituzionale*»¹⁵, che, come si dirà *infra*, è considerata talvolta l’ultimo baluardo difensivo del sistema.

Per quanto riguarda invece la tutela dei diritti, due sono i fenomeni che paiono potersi additare come i principali artefici del cambiamento, insieme alla costante emersione dei c.d. nuovi diritti¹⁶. Da un lato il già accennato superamento della dimensione normativa (costituzionale e legislativa) tipicamente statale per la compenetrazione con le forme di protezione predisposte da altri ordinamenti, internazionale e sovranazionali, in un fenomeno circolare al quale non pare fare però da contrappeso la fissazione di altrettanti doveri; dall’altro lato l’attivismo del potere giudiziario, con il passaggio dei vecchi “custodi della legge” a nuovi “custodi dei diritti”¹⁷.

¹² L’influenza di soggetti privati nella produzione normativa è rilevata, fra gli altri, da S. STAIANO, *Nel margine del caos. Trasformazione e conservazione dell’ordinamento costituzionale*, Lettera AIC n. 11, 2024, *Ordinamento costituzionale e dinamiche della complessità*; A. SPADARO, *Libertà, pluralismo e limiti nel discorso pubblico*, relazione al XXXIX Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, La libertà di manifestazione del pensiero, 15.11.2024, in www.associazione-deicostituzionalisti.it.

¹³ In proposito M. FIORILLO, *Dalla partecipazione militante*, cit., pp. 83-85, ricorda come le dinamiche del sistema delle fonti che portano di fatto alla marginalizzazione del Parlamento siano in molti casi frutto delle scelte del legislativo stesso.

¹⁴ C. PINELLI, *L’influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2024, pp. 128 s.

¹⁵ C. COLAPIETRO, *Le sedi dell’indirizzo politico costituzionale e dell’indirizzo di sistema nell’assetto attuale della forma di governo italiana. Le ragioni di una ricerca*, in *Federalismi*.it, n. 26, 2024, p. IV.

¹⁶ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 330.

¹⁷ T. GROPPI – A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2023, p. 374.

L'attuazione del principio di effettività della tutela dei diritti, ribadito dalla Corte costituzionale italiana e imposto agli ordinamenti nazionali anche dal legislatore europeo (art. 19.1 TUE), fornisce il fondamento su cui si sta edificando una «funzione *normativa*» del giudice¹⁸, che, complice anche il peso degli interessi economici, sempre più funge da «istituzione di raccordo fra casi particolari ed istanze generali», acquisendo un ruolo istituzionale centrale nei percorsi di globalizzazione e «conquistando il vertice della piramide politica e sociale»¹⁹.

È stato però giustamente paventato che dall'ipotesi che ai giudici, forti della «domina[zione del]la produzione normativa a ogni livello», anche costituzionale, possa essere affidato il compito di avviare una trasformazione del sistema per evitarne la degenerazione, deriverebbe la conversione della forma di Stato in una di tipo «giurisdizionale policentrico», caratterizzata dal ridimensionamento del Parlamento e dall'affermazione di un tipo di rappresentanza «non legittimata da atti di investitura... [in cui] il popolo in nome del quale è amministrata la giustizia, è un centro vivificatore, che viene reso presente nella sede ove è esercitato il potere»²⁰.

3. Le molteplici spinte che derivano dalle transizioni in atto inducono a ricercare delle garanzie sulla longevità o, perlomeno, sulla continuità del sistema e dell'elemento che ne costituisce il principale fondamento, la Costituzione. Come in altri ambiti, anche in quello politico-costituzionale è difficile ottenere la certezza della resa di tali garanzie, dal momento che neanche i meccanismi istituzionali – di cui pure i sistemi costituzionali si sono dotati, prevedendo un apposito procedimento di revisione e organi di giustizia – possono assicurarle incondizionatamente.

Quanto al primo meccanismo, il procedimento di revisione costituzionale costituisce o dovrebbe costituire infatti una garanzia nella misura in cui da un lato con i suoi aggravii procedurali sottrae il testo della Carta fondamentale al volere della sola maggioranza²¹, dall'altro lato consente l'introduzione di quelle

¹⁸ A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2024, p. 257.

¹⁹ A. LUCARELLI, *Diritto e conflitti nell'incertezza della produzione giuridica*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2024, rispettivamente p. 86 e p. 78.

²⁰ S. STAIANO, *Nel margine del caos*, cit.

²¹ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in G. AMATO - A. BARBERA (cur.), *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, Bologna, 1997, p. 131, ricorda come alcune disposizioni costituzionali consentano delle modifiche con forme diverse da quelle prescritte all'art. 138, es. l'art. 132 per la variazione dell'elenco delle Regioni di cui all'art. 131.

modifiche necessarie per permetterne l'adattamento all'evoluzione sociale senza che questa porti, come sarebbe altrimenti inevitabile, all'invecchiamento della Costituzione e al suo, magari precoce, accantonamento²².

L'idea che si possa procedere a riformare la Costituzione permea d'altronde il pensiero costituzionalista sin dai tempi della Rivoluzione francese. Basti ricordare che nella Cost. del 1793 si leggeva che «un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future» (art. 28)²³. Pur mirando a costituire una guida di lunga durata, la Costituzione deve quindi potersi adattare alle novità, contemplando l'ipotesi di una modifica²⁴ che le consenta di «essere in parte plasmata da quella stessa realtà sociale che ha inteso plasmare»²⁵.

Esiste però un limite all'emendabilità della Costituzione? Può darsi cioè il caso di modifiche che si allontanino dal solco dell'ordine costituito con una portata così dirompente da risultare quasi espressione di un nuovo potere costituente, autorevolmente definito come l'insieme delle «condizioni di originaria validità delle Costituzioni e cioè i presupposti... in base ai quali alle Costituzioni viene riconosciuto il carattere di prima norma giuridica positiva», «proiezione della concezione più alta della politica, intesa come attività capace di imprimere all'organizzazione statale le sue caratteristiche fondamentali»²⁶.

Ora, com'è noto, negli ordinamenti contemporanei il potere costituente deriva da un «patto costituente» fra il popolo e lo Stato²⁷, che in realtà del patto è parte ma che dallo stesso deriva la propria legittimità.

²² Fra gli altri, G. DI COSIMO, *Art. 138*, in S. BARTOLE – R. BIN (cur.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1269. L'idoneità dell'art. 138 a «garantire il carattere condiviso delle riforme e, con esso, il mantenimento della natura pattizia della Costituzione» è messo fortemente in dubbio da T. GROPPI, *Art. 138*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 2730.

²³ Lo riprende S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, 1989, p. 299.

²⁴ C. MORTATI, *Costituzione*, b) *Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 185.

²⁵ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI – G. CAZZETTA (cur.), *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"*, Milano, 2013, p. 32. Nel testo il vocabolo «Costituzione» è utilizzato nella forma plurale.

²⁶ M. DOGLIANI, *Potere costituente*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Vol. IV, Torino, 1989, pp. 283 e 287, il quale rimarca che, in ambito giuridico, il potere costituente è stato descritto come esercizio di un diritto, o potere di fatto, rilevante per il diritto o esercizio di un potere che è contestualmente di fatto e di diritto. Il primo, nella declinazione di diritto naturale, è stato a sua volta definito come «il diritto che tutti i membri della comunità politica hanno di concludere unanimemente il covenant, ossia il contratto di società, su cui si basa lo stato», p. 285.

²⁷ C. GHISALBERTI, *Costituzione. I) Costituzione dello Stato*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, 1962, p. 139, richiama il fatto che nell'Ottocento la lotta per la Costituzione si trasforma in lotta per la libertà, di liberazione dall'assolutismo.

Un nuovo processo costituente prende quindi vita quando le modifiche impongono la messa in discussione di quel patto costituzionale in cui si radicano sia le disposizioni costituzionali, sia, a monte, i principi e valori basilari²⁸ che, fornendo la trama su cui le disposizioni s'intessono, costituiscono l'impianto scheletrico che sostiene tutto il sistema.

Per “proteggere” un ordinamento occorre allora definire quali sono le riforme che, mettendo in discussione la tenuta di tale patto, possono produrre un tal genere di “rottura”²⁹.

Nella valutazione dell'impatto di una riforma, inclusa la possibilità della sua eventuale degenerazione in una minaccia per il sistema, l'elemento discriminante non può essere ricercato nell'entità della riforma stessa, né addirittura nel fatto che avvenga in forma tacita.

In proposito è stato infatti opportunamente osservato come una modifica contenuta della Costituzione italiana, come quella che andasse a incidere sulle disposizioni che prevedono l'elezione del Capo dello Stato trasformandola in diretta, potrebbe cambiare significativamente la forma di governo, con un impatto di non poco conto sul complessivo funzionamento del sistema politico e costituzionale³⁰.

Viceversa una revisione dalle dimensioni ben più significative come quella che, nelle due tappe del 1999 e, soprattutto, del 2001 ha portato alla modifica di quasi tutte le disposizioni del Titolo V, parendo destinata a imprimere cambiamenti rilevanti all'organizzazione complessiva del Paese, è risultata di fatto molto meno dirompente di quanto il suo testo lasciasse intendere, complici una serie di fattori fra cui l'attuazione incompleta che vi è stata data e la funzione di ridimensionamento delle innovazioni introdotte svolta dalla Corte costituzionale.

Neanche la forma tacita di una modifica è necessariamente indicativa del suo impatto o della mancata idoneità a minare le basi del sistema³¹.

²⁸ Sull'ispirazione di tali principi e valori a quelli emersi dalla Resistenza G. CERCHIA, *Memoria, identità storica e i fondamenti del patto costituzionale*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2023, p. 23, ricorda che era così condivisa da non rendere necessario un riferimento espresso a tale momento storico.

²⁹ Parzialmente diversa pare la definizione di C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 191, secondo cui le rotture si verificherebbero nei casi in cui le modifiche, pur approvate nelle forme prescritte, sarebbero volte a «derogare solo per singole fattispecie a determinate norme», che rimarrebbero quindi in vigore continuando a regolare le altre.

³⁰ Q. CAMERLENGO, *Piccole revisioni (fatte) e grandi riforme (mancate) tra domanda di Costituzione e mediazione politica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2023, p. 870.

³¹ Secondo T. GROPPI, *Art. 138*, cit., p. 2726, avrebbero costituito un esempio di modifica tacita in Italia sia la prolungata inattuazione di molti istituti previsti dal testo costituzionale, sia la prassi di derogare alle norme costituzionali. In proposito l'interrogativo sulla “quantità” di modifica tacita che può essere tollerato, in una più generale critica all'utilizzo improprio della categoria della «durtilità costituzionale», è espresso anche da E. OLIVITO, *La retorica delle modifiche*

L'esempio oggi più significativo di questa fattispecie viene ravvisato nell'avanzamento del processo di integrazione europea, avvenuto a Costituzione sostanzialmente invariata, sfruttando gli angusti spazi lasciati aperti dall'art. 11, nella cui stesura i costituenti avevano guardato, com'è noto, ad altri fini. In proposito non manca infatti chi mette in discussione l'idoneità di tale disposizione, volta a consentire la partecipazione dello Stato alle organizzazioni internazionali caratterizzate dal fine di perseguire la pace e la giustizia fra le Nazioni, a giustificarne invece l'ingresso in un ordinamento statuale, pur a carattere federale e pur ispirato a principi democratici³². Benché la definizione dell'Unione europea come ordinamento statuale non sia oggi ancora pienamente condivisibile, è inevitabile constatare come questa riforma tacita abbia inciso molto in profondità sul funzionamento complessivo del sistema, innescando una vera e propria "metamorfosi" della Costituzione³³.

Menzionata incidentalmente, solo dopo diversi anni, dalla già citata riforma del 2001, che ha introdotto i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» fra i limiti alla potestà legislativa di Stato e Regioni, priva tuttora, di fatto, di una valvola di ingresso che taluni ritengono necessaria, l'integrazione europea continuerebbe a fare avvertire i propri effetti sull'ordinamento costituzionale, ispirandone le riforme in modo talvolta espresso, talaltra leggermente più velato. Emblematico della prima ipotesi è il caso dell'inserimento, nel 2012, del riferimento ai vincoli finanziari e del rispetto del pareggio di bilancio, che, al di là della modifica testuale delle quattro disposizioni interessate (artt. 81, 97, 117, 119), sta dispiegando effetti di non poco conto sul sistema, incidendo in modo particolare sulle prerogative degli enti territoriali e, quasi di conseguenza, sulla tutela dei diritti umani (si pensi alla salute).

Emblematiche di un'influenza forse un po' meno esplicita dell'Unione europea sarebbero invece le revisioni che, negli ultimi anni, hanno portato a intervenire sugli artt. 9 e 41 e poi 33 della Costituzione. La l.cost. 1/2022 ha modificato l'art. 41, aggiungendo salute e ambiente fra i limiti all'iniziativa economica privata, ma soprattutto ha inciso, pur senza apportare variazioni al dettato originario, su una delle disposizioni dei Principi fondamentali, l'art. 9, introducendovi un nuovo comma che impone alla Repubblica la tutela dell'ambiente,

tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2023, pp. 26 ss. e Q. CAMERLENGO, *Art. 138*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI (cur.), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, p. 460, che riscontra, in Italia, una prassi di ripetuta attenuazione della rigidità.

³² A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in *costituzionalismo.it*, n. 3, 2020, pp. 5 s., che prefigura la possibilità di una rottura dello stesso patto costituyente.

³³ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 352.

della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future, e demanda a una legge la tutela degli animali, con un intervento privo, secondo molti, di una reale utilità³⁴ e suscettibile di dare vita a problemi di carattere interpretativo³⁵.

La l.cost. 1/2023 ha invece inserito nell'art. 33, dedicato all'istruzione, il riconoscimento del valore educativo, sociale e correlato al benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme, che avrebbe forse trovato una più felice collocazione nell'art. 32, anche a motivo del fatto che, come già quella del 2022, questa riforma parrebbe inserirsi nella scia della forte attenzione riservata al tema della salute con l'implementazione del programma *Next Generation EU*³⁶.

La mancanza di corrispondenza fra l'entità delle riforme e il loro impatto trova una ulteriore conferma nella realtà italiana degli ultimi anni che, anche dal punto di vista della tecnica, dopo che i tentativi di apportare revisioni ampie sono falliti sia nella fase parlamentare (con le bicamerali del 1982, 1992, 1997)³⁷, sia nella fase referendaria (con le consultazioni del 2006 e del 2016), sembra vedere affermata la prassi delle revisioni *puntiformi* del testo costituzionale³⁸, quasi un'attività di "manutenzione"³⁹ che ha coinvolto persino, come già detto, la parte considerata tendenzialmente intangibile, quella dei principi fondamentali.

Ora, proprio il riferimento a questi principi costituisce quella chiave di lettura delle revisioni che consente loro di svolgere la funzione di garanzia della continuità dell'ordinamento, da un lato impedendone trasformazioni arbitrali grazie agli aggravii procedurali, dall'altro lato consentendo gli adeguamenti inevitabili alle tappe dell'evoluzione sociale, senza pregiudicarne la sussistenza. Il revisore costituzionale è infatti consapevole del fatto che la sua volontà, pur espressione di quella del popolo, deve adeguarsi ai limiti inderogabili forniti dalla Costituzione o ricavabili dalla stessa.

³⁴ Fra gli altri G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2021.

³⁵ S. STAIANO, *Nel margine del caos*, cit.

³⁶ I. ROBERTI, *Il problema del ricorso alla revisione costituzionale per l'adattamento al diritto europeo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2024, pp. 401 ss. La scelta dell'art. 33 rispetto all'opzione dell'art. 32 è motivata nel Dossier XIX legislatura, Modifica all'articolo 33 della Costituzione, in materia di attività sportiva, A.C. 715-B Cost., 17.2.2023.

³⁷ Sul punto v. *amplius* P. BONINI, *Enzo Cheli, Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, *Il Mulino*, 2023, in *Diritto pubblico*, 2023, p. 927, che nella recensione al libro di Cheli sottolinea come l'autore contrapponga proprio la forza della Costituzione (intesa come radicamento nel tessuto sociale e capacità di conservare l'unità complessiva) alla fragilità del sistema politico.

³⁸ Q. CAMERLENGO, *Piccole revisioni (fatte) e grandi riforme (mancate)*, cit., p. 869.

³⁹ A. D'ATENA, *Metodo e merito delle riforme costituzionali*, in Lettera AIC n. 9, 2024, *Riformare la Costituzione?*.

Autorevolmente radicati nella dimensione della Costituzione materiale, i limiti danno forma al tentativo di preservare le parti che identificano l'ordinamento⁴⁰, costituendo «quei tratti identitari», alterati i quali il potere di revisione costituzionale «perderebbe legittimazione... e darebbe vita ad un “mutamento costituzionale”, trasformandosi da “costituito” in “costituente”»⁴¹.

A prescindere dal fatto che l'impatto di ogni revisione è poi concretamente determinato dalle forme della sua attuazione, che possono variare per l'interrelazione fra le leggi successive, le interpretazioni giurisprudenziali, la prassi politica ed amministrativa⁴², sarebbe allora la tenuta dei limiti a costituire la linea di demarcazione fra le modifiche che rientrano nell'ordine costituito e quelle che lo travalicano, rischiando di trasformarsi in atti eversivi.

Nel sistema italiano questi limiti sono determinati sia dalla Costituzione, che subito dopo il procedimento per apportare le modifiche al suo testo, lo riconduce nella invalicabile cornice della forma repubblicana, sia dalla Corte costituzionale che, come si ribadirà nel prossimo paragrafo, ha individuato nei “principi supremi” dell'ordinamento il confine che i rappresentanti del popolo, anche a maggioranza molto elevata, non possono oltrepassare, in quanto derivano da quel patto costituente su cui si fonda la Costituzione.

Dopo i primi anni, del limite della forma repubblicana è prevalsa un'interpretazione estensiva che vi riconduce non solo l'assegnazione del ruolo di Capo dello Stato a un soggetto eletto per un periodo delimitato anziché a un monarca, ma anche il principio democratico⁴³, da cui derivano, come corollari, la garanzia dell'elettività e della rappresentatività delle istituzioni, la libertà e l'eguaglianza del voto e una serie di libertà personali il cui esercizio presuppone e consente il carattere democratico dell'ordinamento⁴⁴.

4. Se la garanzia della protezione della Costituzione dal rischio della sua violazione o, addirittura, della messa in discussione della sua stessa vigenza non può essere assicurata dall'apposizione di aggravii e limiti al procedimento di revisione costituzionale, alla stessa funzione non può assolvere fino in fondo neanche l'altro

⁴⁰ C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 204.

⁴¹ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 268.

⁴² V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014, pp. 20 s.

⁴³ A. BURATTI, *Art. 139*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI (cur.), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, p. 463.

⁴⁴ R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, p. 59.

istituto che la nostra Carta fondamentale disciplina nel titolo delle garanzie costituzionali, cioè la giustizia costituzionale.

Il controllo di costituzionalità muove infatti proprio dall'intento di salvaguardare la normatività che la Costituzione deve mantenere, rispettando al contempo gli spazi di interpretazione, il margine di scelta che molte disposizioni costituzionali consentono.

Tale controllo darebbe vita a «momenti di verifica obbligata» spesso negati dai costituzionalisti in seguito ai quali la giurisprudenza costituzionale entra nel «corpo del diritto costituzionale»⁴⁵, con toni e modalità che sono a loro volta variati nel tempo. Negli anni le Corti avrebbero infatti «espanso la giuridificazione attraverso un'interpretazione estensiva della Costituzione», assumendo un ruolo sempre più al confine fra diritto e politica, in cui gli effetti e oggetti delle loro sentenze sono politici, ma la loro attività (consistente nell'«applicazione del diritto costituzionale alla condotta politica») è giuridica⁴⁶.

In Italia in particolare sarebbe in corso un processo di ridefinizione della funzione della giustizia costituzionale che, nell'intento di garantire l'effettività della tutela dei diritti fondamentali, è sempre più incline a intervenire su disposizioni considerate lesive degli stessi⁴⁷, anche quando questo la porta a uscire dallo schema delle rime obbligate, assumendo il ruolo del legislatore o del giudice ordinario più che quello del giudice delle leggi. Fra le innumerevoli pronunce emblematiche di tale prassi, sulla «sostituzione» del legislatore si possono richiamare le due recenti decisioni sul reato di istigazione e aiuto al suicidio, in occasione delle quali la Corte ha anche recato un'importante innovazione al profilo della tecnica decisoria, istituendo la prassi di una sorta di prima messa in mora del Parlamento, al cui perdurante silenzio ha fatto seguito, un anno dopo, la vera e propria risoluzione della questione (ord. 207/2018 e sent. 242/2019). Sulla parziale sovrapposizione fra la Corte costituzionale e il giudice si può ricordare, fra le altre, la decisione sull'illegittimità costituzionale di alcuni dei meccanismi elettorali previsti dalla normativa allora vigente (sent. 1/2014 e 37/2017⁴⁸).

Se la giustizia costituzionale è sicuramente uno dei principali strumenti di conservazione dei sistemi costituzionali e delle Carte fondamentali che vi sono

⁴⁵ S. BARTOLE, *Costituzione (Dottrine generali e diritto costituzionale)*, cit., p. 320.

⁴⁶ G. BISOGNI, *La giurisdizione costituzionale: diritto o politica? Intervista a Dieter Grimm*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2024, pp. 2 e 8.

⁴⁷ G. VASINO, *Evoluzioni e rivoluzioni del giudizio sulle leggi nel prisma dell'indirizzo politico costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2024, p. 128.

⁴⁸ Le criticità relative al giudizio sull'ammissibilità della questione sono rilevate, fra gli altri, da A. POGGI, *La Corte e la legge elettorale*, in *Federalismi.it*, n. 15, 2016.

alla base, non si può pertanto negare che essa presenti altresì aspetti di elasticità di fronte alle spinte della transizione o ne risulti addirittura protagonista, arrivando talvolta ad anticipare lo stesso legislatore o, di fatto, a sostituirsi a lui nell'adeguamento all'evoluzione sociale, tecnologica e scientifica.

Tornando invece al ruolo di salvaguardia dell'ordine costituito di fronte a eventuali spinte "eversive", in questi casi le Corti sono notoriamente chiamate a contenere il legislatore ordinario ma anche quello costituzionale per esplicitare la loro funzione di freno e di difesa dell'ordine costituito. Posto che il primo tentativo è quello di cercare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni sottoposte a giudizio, è noto che nel caso in cui siano le leggi ordinarie a violare una disposizione costituzionale, pur interpretata con la massima flessibilità, la Corte provvede al loro annullamento, eliminando così un fattore di rischio per la "salute" dell'ordinamento. Nel più complesso caso in cui a mettere in pericolo la legittimità costituzionale sia una legge costituzionale, i giudici costituzionali intervengono quando sono messi in discussione quei principi considerati incompressibili, in quanto tratti identitari dell'ordinamento, che la Corte italiana ha definito supremi. Tale categoria, elaborata nella sent. 30/1971 in riferimento all'ingresso del diritto di un altro ordinamento, nella fattispecie a quello prodotto dal Concordato con la Chiesa cattolica, è stata estesa alla stessa revisione costituzionale dalla nota sent. 1146/1988, in cui la Consulta avrebbe ricavato «l'esistenza di un nucleo duro di valori irriducibile ed irrinunciabile, a pena dell'alterazione dell'identità stessa dell'ordinamento»; a partire da tale decisione la Corte costituzionale avrebbe altresì ampliato la propria sfera di azione e accentuato l'importanza del proprio ruolo nel sistema⁴⁹, divenendo quasi il «convitato di pietra», titolare del potere di pronunciare «l'ultima parola», in ogni processo di revisione costituzionale⁵⁰.

Gli stessi principi sono stati opposti, in sintonia del resto con quanto si verifica in altri ordinamenti europei, anche all'ingresso della normativa sovranazionale o internazionale, così come alle possibilità di attuazione di una Costituzione "aperta"⁵¹. A proposito dei primi, già con la sent. 98/1965 la Corte aveva peraltro prefigurato l'esistenza di limiti all'ingresso del diritto europeo, identificandone in particolare uno nella tutela dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti all'art. 2 Cost., ai quali andava ricondotto, nel caso specifico, «il diritto del singolo alla tutela

⁴⁹ S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, pp. 5572 ss.

⁵⁰ A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2024, pp. 218 s.

⁵¹ V. COCOZZA, *Costituzione. II) Costituzione italiana*, in *Enciclopedia Treccani*, p. 3.

giurisdizionale», che gli effetti dell'attività degli organi comunitari non avrebbero potuto quindi pregiudicare⁵².

Ora, con tali pronunce la Corte si è arrogata non solo la facoltà di elaborare la categoria dei principi supremi, ma anche quella di individuarli caso per caso⁵³, difendendo così, oltre ai capisaldi dell'ordinamento, le sue stesse prerogative sia dall'eventuale deriva del potere di revisione costituzionale, sia dalla progressiva estensione dell'influenza delle Corti esterne, portato di quel processo di integrazione di cui si è già parlato.

La stessa efficacia delle decisioni del giudice costituzionale è però assicurata solo se ci si pone in un'ottica di continuità dell'ordinamento, in quanto questo ricava la propria legittimazione dalla Carta costituzionale. Se si verifica invece una rottura, è inevitabile che una Costituzione non più vigente non riuscirebbe a legittimare neanche l'organo che della sua difesa si fa carico, tornando ad avvalorare la tesi per cui non è dagli organi di giustizia costituzionale, che pur «se ci sono, qualcosa possono», ma dalla «permanenza delle forze politiche e culturali... che hanno creato la medesima Costituzione, o, forse meglio, dal radicamento nella coscienza giuridica collettiva dei principi in essa consacrati» che può dipendere la durata di un testo fondamentale⁵⁴.

5. Per tornare alla domanda posta in apertura, le transizioni del XXI secolo hanno una portata così dirompente da implicare la messa in discussione delle Costituzioni nazionali, travolgendo anche quei principi supremi che ne costituiscono il baluardo o non ne richiedono piuttosto la riscoperta, la rinnovata condivisione e promozione da parte dei consociati?

⁵² A commento della decisione M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Osservazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, p. 1336, sostiene che come l'ordine pubblico costituisce un limite all'ingresso delle norme straniere richiamate dal diritto privato, così i principi costituzionali e i diritti dell'uomo possono essere considerati limite di «ordine pubblico costituzionale» all'ingresso del diritto comunitario, mentre F. DURANTE, *Diritto interno e diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1966, p. 62, ritiene che nel rapporto fra i due ordinamenti la presenza di tali limiti sia implicita, in quanto lo Stato avrebbe consentito a una limitazione, ma non a un'abdicazione, dalla sovranità statale. Più in generale G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria (1964-1976) e superamento della sovranità nazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 1213, ribadisce che il superamento dello stato nazionale è lecito solo se funzionale alla realizzazione dell'armonia fra i popoli, dell'eguaglianza di diritti, fermo restando il rispetto dei valori democratici e liberali.

⁵³ F. MODUGNO, *La Corte costituzionale di fronte ai Patti lateranensi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, p. 413, che rileva come la Corte volesse deliberatamente sottrarre tale prerogativa al legislatore.

⁵⁴ V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni*, cit., p. 33. Secondo G.L. CONTI, *Il feticcio ancestrale: il potere costituente dal tramonto all'alba*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2024, p. 35, sarebbe il loro ruolo di contenimento delle regole del mercato a garantire la sopravvivenza delle Costituzioni.

Per quanto specificamente concerne la Costituzione italiana, la sua resa e la sua tenuta sono state oggetto di giudizi positivi, pur magari non a tutto tondo. Se già nel 1990 la longevità della nostra Carta è stata attribuita alla «idoneità a sorreggere l'evoluzione dell'ordinamento», idoneità suscettibile di prestarsi anche in futuro, con la necessaria elasticità, a rimanere «il quadro di riferimento fondamentale per la vita istituzionale di un Paese cresciuto e trasformato, certo, ma che forse più di ieri ha fatto propri, nella cultura e nel senso comune della gente che lo popola, i valori di fondo in esso espressi»⁵⁵, ancora di recente è stata affermata la forza della Costituzione italiana, che nonostante la fragilità del tessuto politico e le grandi divisioni interne, nel complesso «ha funzionato bene e tuttora seguita a funzionare bene», continuando a garantire l'unità del sistema. Tre elementi in particolare concorrerebbero a questa longevità. Il primo viene ravvisato nel «valore profondo dell'originario patto costituente», scaturito dal dialogo non solo fra le diverse forze politiche ma anche fra le culture cui queste si ispiravano; il secondo nel «tono» garantista dell'impianto, che riesce a contenere le spinte disgregatrici del sistema; il terzo deriva dall'elasticità del modello, che, pur a fronte della rigidità costituzionale, è suscettibile di adattarsi alle dinamiche del sistema⁵⁶.

Visioni più riduttive ravvisano invece la vitalità della Costituzione soprattutto nella difesa della legalità costituzionale, identificata con la democrazia, lo stato di diritto, le libertà, mentre meno forte sarebbe la sua resa dal punto di vista patriottico, della «forza valoriale e programmatica» che i cittadini tendono a non sentire come propria⁵⁷.

I fattori della transizione accennati *supra* (par. 2) e in particolare la globalizzazione, con la trasformazione degli ordinamenti nazionali in stati-regione⁵⁸, sembrerebbero però suggerire scenari diversi, in cui lo stesso «bisogno di Costituzione» potrebbe mutare. I concetti di sovranità nazionale e persino popolare sembrano destinati a essere sostituiti da quello di «sovranità dei valori», con il rischio che, delegittimata la politica, si affermino centri di potere tecnocratico affidati alla Corte costituzionale, in una sorta di rivitalizzazione del monismo del costituzionalismo ottocentesco piegato a favore del potere giudiziario⁵⁹.

⁵⁵ V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 322 e 338.

⁵⁶ E. CHELI, *Il rendimento storico della costituzione italiana*, in *Diritto pubblico*, 2021, pp. 185 e 191.

⁵⁷ B. BARBISAN, *Cultura della stabilità e patriottismo costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2024, p. 294.

⁵⁸ A. BARBERA, *Prefazione*, in G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998, p. 7.

⁵⁹ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., pp. 357 ss.

Non pare però verosimile la tesi per cui tali cambiamenti implicherebbero la necessità di una riforma generale o della sostituzione delle Costituzioni statali con Costituzioni per così dire universali, anche con specifico riferimento al caso italiano, in cui la prospettiva di una riforma generale della Carta fondamentale risulta non solo non necessaria ma finanche foriera di sviluppi incerti.

Le grandi trasformazioni che interessano il mondo, sia dal punto di vista dei fenomeni naturali, sia dal punto di vista dell'evoluzione della tecnologia e della scienza, sfuggono almeno al momento alla necessità di essere specificamente ricondotte nei testi costituzionali nazionali.

Il processo di integrazione sovranazionale si è già realizzato. Potrebbe certo ricevere una più diretta menzione in Costituzione, ma è indiscutibile che abbia esplicato i suoi effetti a prescindere da questa. Le alterazioni della forma di governo, così come le modifiche concernenti lo svolgimento del proprio ruolo da parte degli organi giudicanti, si sono affermate a costituzione vigente, grazie all'elasticità delle sue disposizioni. Potrebbero essere sì accompagnate da una revisione, qualora si cercassero modifiche radicali come quella attualmente in esame sulla formazione dell'esecutivo, ma senza mettere in discussione le basi del sistema con l'innescio di un nuovo processo costituente. I c.d. nuovi diritti hanno trovato o stanno trovando riconoscimento grazie all'interpretazione delle disposizioni costituzionali vigenti, unita alla previsione nei cataloghi internazionali e alla giurisprudenza delle rispettive Corti, senza necessariamente richiedere interventi di manutenzione.

Altrettanto irrealizzabile ma anche non opportuna pare la prospettiva dell'assenza delle Costituzioni nazionali, eventualmente sostituite da una sorta di Costituzione europea, o condivisa da una più vasta area del mondo, magari non scritta e incentrata prevalentemente sulla tutela dei diritti. Se alla base di un testo costituzionale c'è infatti una condivisione di valori, quali i valori di un ordinamento universale? Sarebbero anzi proprio gli scenari di crisi attuale come i focolai bellici di Israele e dell'Ucraina, a far riflettere sulle difficoltà che le organizzazioni internazionali incontrano nell'esercitare la propria influenza al fine di contrastare le derive dei conflitti e garantire la sicurezza, facendo così valutare l'opportunità di «recuperare il senso istituzionale della cellula di partenza – lo Stato e la sua originaria sovranità – dalla quale sono scaturite proprio le organizzazioni internazionali, quale che sia la rispettiva scala di riferimento»⁶⁰.

⁶⁰ A. D'ANDREA, *Punti fermi da mantenere nel caos costituzionale (e non solo)*, in Lettera AIC n. 11, 2024, *Ordinamento costituzionale e dinamiche della complessità*.

I documenti e le carte internazionali altro non sono, del resto, che il frutto di una contrattazione fra Stati che trova fondamento nelle Costituzioni, l'assenza delle quali priverebbe anche i primi del fondamento giuridico⁶¹.

Né i tempi sono maturi per ipotizzare una soluzione del genere al livello europeo. La storia degli ultimi anni ci insegna infatti che di fronte a fenomeni che vengono percepiti come pericolosi per l'incolumità dei cittadini o la tutela dei propri interessi, gli Stati tendono a riappropriarsi, per quanto possibile, di quella sovranità di cui hanno ceduto alcune porzioni e a decidere autonomamente, applicando le proprie regole, prima fra tutte la Costituzione, che rimane la principale guida e di cui è quindi necessario il presidio.

Come garantire allora la tenuta delle Costituzioni, il radicamento dei loro principi in una società che, complici la globalizzazione e il fenomeno migratorio, pare prendere le distanze dalla sua base valoriale, dall'idea del legame con il territorio e dell'inscindibile nesso fra l'appartenenza a una collettività e la titolarità di doveri individuali, nonché dall'identificazione nelle istituzioni?

Senza cadere nel paternalismo, è inevitabile constatare che il ruolo delle istituzioni dovrebbe essere quello di far sì che tutti i consociati tornino a percepire tale base come propria, instillando il senso del dovere della sua difesa e promozione. Pur nella consapevolezza dei risvolti irenici di questa prospettiva, ai fini della realizzazione della stessa potrebbero risultare efficaci gli strumenti della formazione, da erogare innanzitutto attraverso i canali dell'istruzione, che si rivolge specificamente ai giovani di oggi, cittadini di domani, e dell'informazione, nei cui mezzi, pur nel rispetto di tutte le condizioni imposte dal pluralismo, dovrebbe trovare spazio una rinnovata narrazione di quei principi morali che, a partire dalla dignità e dalla solidarietà, sono alla base della nostra Costituzione e che dovrebbero costituire il collante della convivenza sociale, resistendo a tutte le spinte della transizione.

⁶¹ J. GIL, *Costituzione*, in R. ROMANO (cur.), *Enciclopedia Einaudi*, vol. IV, Torino, 1978, pp. 16 s., ricorda che secondo Kelsen il fondamento del diritto è nella Costituzione positiva, dalla quale lo Stato è autorizzato a produrre le leggi. Ogni ordine giuridico si fonda su una Costituzione, alla cui base sta una norma fondamentale, che non trova un'altra alla propria origine.

¿Hacia dónde van las constituciones en el tiempo de las transiciones?¹

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

SUMARIO: 1. Presentación. – 2. El impacto de las transiciones en los presupuestos del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX. – 3. El papel de los tribunales, constitucionales o no, en el escenario de las transiciones. – 4. Sobre los improbables procesos constituyentes. – 5. ¿Qué nuevos rasgos o elementos debería incorporar una Constitución del siglo XXI?

1. Los días 2 a 4 de octubre de 2024 se celebró en Nápoles el VII Seminario Italo-español de Derecho constitucional dedicado a “La Constitución en los tiempos de las transiciones”. En dicho Seminario tuve la oportunidad de participar, junto con la profesora Tanja Cerruti, de la Universidad de Turín, y el profesor Fernando Pérez Domínguez, de la Universidad de Huelva y que actuó como moderador/entrevistador, en una “entrevista” o diálogo sobre a dónde van las constituciones en la época en la que nos ha tocado vivir (literalmente, “Quo vadis, Constitutio?”).

Las cuestiones que nos planteó el profesor Fernando Pérez fueron cuatro; en primer lugar, si de las transiciones o retos analizados en el Congreso, ¿hay alguna que alcance a poner en cuestión algunos de los presupuestos de la Constitución que hemos conocido hasta ahora?

En segundo lugar, se debatió sobre el papel (y el límite) del control de constitucionalidad ante el escenario de las transiciones: dado que la respuesta del Legislador a algunas de las transiciones planteadas tensiona mucho, a veces, la letra de la Constitución. ¿Cómo valorar el papel del control de constitucionalidad en este escenario? ¿Está en riesgo la normatividad de la Constitución?

En tercer término, hablamos sobre los nuevos procesos constituyentes y las reformas constitucionales y si es suficiente la reforma constitucional

¹ Il saggio non è stato sottoposto a referaggio per decisione della Direzione.

Quiero agradecer el enorme esfuerzo y entusiasmo de todas las personas que organizaron, en Università degli Studi di Napoli “Parthenope” el VII Seminario Italo-español de Derecho constitucional dedicado a “La Constitución en los tiempos de las transiciones” y, en particular, mostrar mi gratitud a los profesores Anna Papa, Antonio Pérez Miras, Silvia Romboli y Giacomo Palombino. Este trabajo es uno de los resultados del Proyecto de investigación PID2022-136548NB-I00 Los retos de la inteligencia artificial para el Estado social y democrático de Derecho financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación

para dar respuesta a las transiciones y retos planteados o si alguno de ellos (por su dimensión global) requiere un verdadero nuevo proceso constituyente. Finalmente, se nos preguntó sobre qué nuevos rasgos o elementos debe incorporar, en nuestra opinión, una Constitución del siglo XXI.

Como cuestión preliminar, apunté que, al igual que se ha sostenido en el ámbito de la Historia por Eric Hobsbawm², también en el Derecho constitucional europeo se puede defender que el siglo XX tuvo una menor duración que la estrictamente cronológica -un siglo XX “corto”-y podríamos situar ese fin entre el año 1986, cuando ocurrió la catástrofe nuclear de Chernóbil y se publicó el conocido libro de Ulrich Beck *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, y el año 1991, que el de la desintegración de la URSS. Las constituciones de nuestro entorno (Alemania, Italia, Francia, Portugal, España) pertenecen a la segunda mitad de ese corto siglo XX y están articuladas para sostener un Estado social y democrático de Derecho que ha cambiado profundamente a partir de los años 90 del siglo XX y en los primeros 24 del presente siglo XXI.

2. En relación con las transiciones estudiadas en el Congreso³ me parece que hay varias que ponen en cuestión los presupuestos de las Constituciones del siglo XX: respecto del tradicional principio estructural del Estado de Derecho, lo más destacable es la progresiva decadencia de la Ley como fuente de derechos y obligaciones y como expresión de la “soberanía” parlamentaria. En la Constitución italiana se habla de ley o leyes en 208 ocasiones y de legislación en otras 10 (218 en total); la Constitución española utiliza las palabras ley o las leyes 207 veces y el término legislación 58 (265 en total).

Ni una ni otra Constitución mencionan “la autonomía de la voluntad” o la “contratación”; sin embargo, como explica muy bien el profesor Esteve Pardo en un reciente libro⁴, el contrato privado ha ido ocupando posiciones que tradicional

² E. HOBSBAWM, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, Pantheon Books, 1994.

³ En palabras de la organización del Seminario, cabe recordar la crisis financiera, que llevó a la aprobación del Pacto Fiscal e inauguró una temporada de revisiones constitucionales, especialmente en Italia y España; la emergencia sanitaria, que obligó a la Unión Europea y a los distintos Estados miembros a replantearse sus modelos económicos y productivos ante la imprevisibilidad de una pandemia; en general, pero en estrecha relación con lo anterior, no pueden dejar de mencionarse los retos tecnológicos y medioambientales y, sobre todo, los relacionados con la inteligencia artificial y el cambio climático; por último, en esta dirección, deben considerarse también las guerras y las emergencias humanitarias que afectan a partes del mundo cada vez más cercanas a Europa.

⁴ J. ESTEVE PARDO, *El camino a la desigualdad* subtitulado “*del imperio de la ley a la expansión del contrato*”, Marcial Pons, 2024.

y constitucionalmente corresponden a la ley y eso tanto en el ámbito de la Administración -ocupación de servicios públicos por la contratación privada- como en el aún más llamativo del Poder Judicial -por medio de los arbitrajes-, incluida la jurisdicción penal, donde son tan frecuentes como llamativos los acuerdos de conformidad sobre la pena, hasta el punto de que no es extraño que una persona que podría haber sido declarada no culpable acepte una pena menor para, entre otras razones, evitar el riesgo de una condena injusta mayor, reducir los costes del proceso, evitar perjuicios a terceras personas...⁵

Otro ejemplo de la decadencia de la “ley formal” es la cada vez mayor presencia del Decreto-Ley tanto en Italia como en España y no siempre en los casos y con los presupuestos que exigen las respectivas constituciones⁶.

Esta tendencia se inserta en una más amplia de creciente protagonismo de los gobiernos en detrimento de los parlamentos, que han ido renunciado en la práctica al ejercicio de sus facultades de iniciativa legislativa con el propósito evidente, en el caso de la mayoría que respalda al Gobierno, de que sea éste el que exteriorice política e institucionalmente su liderazgo en las acciones de impulso y transformación, y de esta manera obtenga el correspondiente rédito político y es que la ley ha pasado de ser un límite a la acción del Gobierno en el instrumento principal de la acción del “partido en el Gobierno”, de manera que el procedimiento legislativo ordinario y el reglamentario no son sino las diferentes vías jurídicas que el Gabinete utiliza para la realización de su orientación política, siempre claro, que cuente con el apoyo parlamentario necesario.

En segundo lugar, y en lo que se refiere al Estado democrático, parece claro que el protagonismo que han sido asumiendo los partidos políticos, tanto en el plano legal como en el aspecto institucional, es mucho mayor que el que aparentemente le reservan las Constituciones y, parafraseando a Gramsci, no nos cabe duda que son hoy el “Príncipe moderno”⁷. En el panorama constitucional contemporáneo el partido político mayoritario no sólo “reina y gobierna de hecho”, sino

⁵ J. A. LASCURAÍN/F. GASCÓN, *¿Por qué se conforman los inocentes?*, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2018, <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/341930/432992>

⁶ A fecha 13 de octubre de 2024, en Italia se aprobaron 152 leyes en la XIX Legislatura, de las que 63 fueron leyes de conversión de decretos-leyes; también se promulgaron 73 decretos-leyes. Sobre el abuso del Decreto-ley véase, en Italia, A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. I) Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, Cedam, 1997; en España, M. ARAGÓN, *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Iustel, 2016; P. GARCÍA MAJADO, *Del uso al abuso: el Decreto-Ley en la España democrática*, en *Diálogos jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2, 2017, pp. 217-244.

⁷ Sobre esta cuestión nos hemos ocupado en M. Á. PRESNO LINERA, *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000.

también “de derecho”, merced a su protagonismo normativamente reconocido en el proceso de formación de la voluntad del Estado. Esta entronización se ha producido, esencialmente, en el ámbito de las normas cuyo objeto es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos. Los casos paradigmáticos de normas que han propiciado el “reinado y gobierno jurídico” de los partidos son las leyes electorales y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, aunque posteriormente el citado protagonismo se ha visto reforzado a través de diferentes disposiciones jurídicas: las que regulan la propia organización y financiación de los partidos, las que articulan el proceso de designación de los componentes de instituciones del Estado de extracción no política...

Siguiendo con el Estado democrático, la transición, en particular en Europa, a sociedades de composición cada vez más heterogénea como expresión de las libertades comunitarias de residencia y circulación, convierte en anacrónicas las previsiones constitucionales que condicionan la participación política de ámbito general a las personas nacionales del Estado de que se trate, incluso cuando son nacionales no residentes en el territorio del Estado, excluyendo con carácter general la participación política en los procesos electorales y de referéndum de las personas extranjeras residentes, incluidas las de residencia de larga duración.

Finalmente, y en relación con la forma de gobierno, nuestros sistemas formalmente parlamentarios se han ido aproximando hacia un creciente presidencialismo, más o menos evidente, y es que la dinámica política, electoral y partidista de los gobiernos parlamentarios también está centrada en fórmulas de liderazgo que los aproximan a lo que ya en 1908 diagnosticó Woodrow Wilson que ocurría en los sistemas presidenciales: el Presidente/Primer Ministro lidera a uno o varios partidos y es quien guía a la nación en cuestiones políticas y, por tanto, en la acción legal. Hoy diríamos que quien lidera al partido o coalición de partidos de la mayoría es quien puede aspirar a la jefatura del Gobierno y, por tanto, a orientar al país en cuestiones políticas. Como resultado de todo ello, la caída de los Gobiernos se suele producir más por conflictos internos entre las formaciones políticas que integran el Gabinete que por los instrumentos de control parlamentario constitucionalmente previstos, lo que demuestra que el núcleo efectivo del poder de control se ha trasladado desde el Parlamento a los partidos.

3. Como es bien conocido, la normatividad de la Constitución está en riesgo en algunas ocasiones por actuaciones de los poderes legislativos, Parlamento y Gobierno, pero, en otras, también por la propia respuesta de algunos tribunales, incluidos los constitucionales.

Como se acaba de indicar, cuando hablo de las respuestas legislativas no me refiero exclusivamente al Parlamento sino también al propio Gobierno y al apuntado problema del uso exorbitante del Decreto-Ley: al Gobierno no le importa mucho que años después de aprobarse se declare inconstitucional un Decreto-Ley que regula cuestiones de las que está excluido o sin que concurran los presupuestos constitucionales que lo justifican. Sería, por tanto, necesaria una respuesta rápida por parte de la jurisdicción constitucional en estos casos, lo que no es frecuente en España.

Frente al riesgo que suponen estas actuaciones legislativas, una posible vía de control efectivo es el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad preventivo, es decir, de un recurso previo de constitucionalidad, que en España ahora está previsto para el texto definitivo de los Proyectos o de las Propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía, una vez aprobado por las Cortes Generales. El plazo para la interposición del recurso es de 3 días desde la publicación del texto en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», quedando en suspenso con su interposición los trámites de sanción y promulgación, incluida, en su caso, la convocatoria de referéndum de aprobación. Debe ser resuelto en seis meses desde su interposición.

Como es obvio, una eventual generalización del control previo respecto de todo tipo de disposiciones de rango legal implicaría el riesgo de obstruccionismo de la oposición parlamentaria y grandes dificultades para el Tribunal Constitucional de dar respuestas rápidas.

En relación con el papel de los tribunales, se pueden destacar muchas cosas pero aquí mencionaremos dos: una sobre los tribunales internos y otra sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La primera cuestión tiene que ver con una cierta disolución valorativa de la normativa constitucional cuando los tribunales constitucionales acuden a criterios interpretativos no previstos en la propia Constitución, cosa que hizo, por citar un ejemplo conocido, el Tribunal Constitucional español cuando, al enjuiciar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 198/2012, de 6 de noviembre), llevó a cabo una “lectura evolutiva..., que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, [y] nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa”.

Este recurso de índole sociológica, además de carecer de fundamento constitucional, era innecesario para considerar compatible con la Constitución española el matrimonio entre personas del mismo, sexo puesto que una interpretación constitucionalmente adecuada del matrimonio conduce a

entenderlo como un derecho cuyo objeto es una esfera vital protegida no como una garantía institucional sino a través de la técnica de los derechos de libertad, que otorga amparo a cualquiera de los posibles comportamientos que en principio se puedan encuadrar en la definición abstracta de la mencionada esfera vital establecida por la norma iusfundamental, entre ellos casarse con una persona del mismo sexo.

La segunda cuestión para finalizar este apartado en muy pocas palabras está relacionada con la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha consolidado en su jurisprudencia la obligación de los Estados miembros de aceptar estándares de protección de los derechos fundamentales incluso aunque sean menos garantistas que los previstos en la propia Constitución nacional; a este respecto son bien conocidos, no solo en España e Italia, los casos “Melloni” y “Taricco”⁸.

4. La tercera pregunta nos interrogó sobre si basta la reforma constitucional para dar respuesta a las transiciones y retos planteados o si alguno de ellos (por su dimensión global) requiere un verdadero nuevo proceso constituyente?

Aquí no me cabe otra opción que mostrar mi total escepticismo sobre las posibilidades de que tengan lugar con éxito procesos constituyentes en los próximos años; creo que no hay un contexto político ni social que los favorezca y un ejemplo lo hemos encontrado recientemente en Chile, que fracasó doblemente en los años 2022 y 2023.

En el caso de Islandia, y a pesar de las condiciones propicias (poca población, sociedad homogénea y muy movilizada...) tampoco culminó con éxito el intento de aprobar una nueva Constitución⁹.

La propia Constitución alemana vigente es otra muestra de un proceso constituyente, el que debía tener lugar después de la unificación, que no prosperó.

En definitiva, creo que los procesos constituyentes no van a ser la respuesta a las transiciones a corto o medio plazo.

Tampoco soy muy optimista con las reformas constitucionales, al menos en España, por la propia complejidad del proceso de reforma y por la falta de acuerdos políticos sobre qué reformar y en qué dirección: sin objetivos claros, acuerdos políticos y cooperación entre sociedad y representantes políticos es imposible una reforma profunda.

⁸ Un estudio exhaustivo de ambos casos en la tesis doctoral de S. ROMBOLI, *Protección de derechos fundamentales y control incidental de constitucionalidad: Italia y España*, Sevilla, 2016.

⁹ Sobre estas cuestiones, véase el libro de V. CUESTA LÓPEZ, *Espacios de democracia deliberativa en contextos de reforma constitucional*, Marcial Pons, 2022.

Por supuesto, lo dicho no quiere decir que no crea que sean necesarias las reformas constitucionales y en España habría que hacer varias: en materia de fuentes, para especializar a las dos cámaras parlamentarias, sobre la descentralización política, a propósito del propio sistema de revisión constitucional y en orden a facilitar su ejercicio...

5. Finalmente, se nos preguntó qué nuevos rasgos o elementos debería incorporar la Constitución del siglo XXI en el supuesto de que llegara a aprobarse un texto de esta naturaleza.

Se me ocurren diez posibles nuevos contenidos o contenidos reformados respecto al vigente texto constitucional español:

- a) un nuevo proceso de reforma constitucional no tan rígido como el vigente, al menos para la reforma total de la Constitución o de la parte que está especialmente protegida (artículo 168);
- b) un tratamiento nuevo de los llamados “estados de crisis”, ajustado a las crisis más probables en el siglo XXI;
- c) el reforzamiento del Estado de Derecho frente al resurgimiento de ciertas inmunidades del poder;
- d) un nuevo diseño del sistema de fuentes, con especial atención a los requisitos que deben cumplir los decretos-leyes;
- e) el establecimiento de los mecanismos institucionales propios de los Estados federales;
- f) garantías de los derechos de las personas mayores y las generaciones futuras;
- g) el fortalecimiento de los derechos de la parte más débil en las relaciones entre sujetos privados;
- h) la reducción de la mayoría de edad a los 16 años;
- i) un concepto de la ciudadanía y de la participación política vinculados a la residencia continuada y no meramente a la nacionalidad
- j) y la garantía efectiva de los derechos ambientales.

Costituzione economica e diritti. Riflessioni su una possibile (e definitiva?) attuazione di un'Europa sociale

ANDREA NAPOLITANO

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra intervento statale ed economia nella Costituzione Repubblicana. Cenni. – 2. L'impatto dell'integrazione europea sulla Costituzione economica. – 3. Verso una (definitiva) consacrazione di un'Europa dei diritti sociali?

1. La Costituzione Italiana, si caratterizza, come è noto, per uno schema economico¹ che si basa sulla necessità di garantire un bilanciamento tra esigenze pubbliche e private, nei rispettivi ambiti, attraverso la chiara definizione del sistema economico e di mercato².

¹ Cfr. G. BOGNETTI, *Il modello economico della democrazia sociale e la Costituzione della Repubblica italiana*, in AA. VV. *Verso una nuova Costituzione*, a cura del "Gruppo di Milano", Milano, 1983, I, p. 138; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 1; M. LUCIANI, *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Digesto*, V, Torino, 1991, p. 376; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. e dir.*, 1995, 1, p. 566; N. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di) *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato*, I, Torino, 2010, p. 13; G. LUCHENA V. TEOTONICO, (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Bari, 2015; V. TEOTONICO, *La nuova dimensione "giuridica" dei processi economico-sociali. Brevi note su costituzionalismo (moderno), Costituzione (del '48) e costituzionalisti (d'oggi)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, disponibile all'indirizzo www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 31 maggio 2017; V. TEOTONICO, (a cura di), *La parabola dello Stato sociale e il monito della storia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on-line*, disponibile all'indirizzo www.serena.unina.it, 2 agosto 2019.

² Sul punto parte della dottrina ha evidenziato come l'insieme delle disposizioni costituzionali dedicate ai rapporti economici costituzionali, non costituiscano un sistema chiuso, potendosi desumere dal testo costituzionale una precisa e rigida indicazione in materia di rapporti economici. Per questo motivo, quindi, risulterebbe difficoltoso attribuire alla nozione di Costituzione economica uno specifico ed autonomo contenuto assiologico, potendo conferire alla stessa un mero valore descrittivo dello specifico settore disciplinato. Cfr. G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, 2000, p. 152. In riferimento alla necessità di considerare la Costituzione economica quale determinazione interna all'unità complessiva della Costituzione si veda C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 149 secondo cui "inesattamente si può parlare di una Costituzione sociale ed economica, separando l'uno dall'altra, nel modo tramandato dal XIX secolo, Stato e società, politica ed economia e considerandoli come distinti ambiti oggettivi. Ma una simile "Costituzione" economica o sociale non è precisamente la Costituzione dello Stato".

La necessità di dare attuazione al principio di uguaglianza sostanziale e ampia realizzazione dello Stato sociale di diritto³, ha, inoltre, legittimato una disciplina delle attività economiche altamente strutturata e sofisticata, in grado di adattarsi, al contempo, ai cambiamenti sociali, politici ed economici che influenzano l'evoluzione sia della forma di Stato⁴.

L'analisi delle norme costituzionali dedicate ai rapporti economici permette altresì di evidenziare come il rapporto tra il sistema giuridico e quello economico risulti contraddistinto da un bilanciamento armonioso tra il bisogno di tutela di un'area inviolabile di libertà e autonomia per i diversi attori economici e l'esigenza di un intervento da parte dell'autorità pubblica⁵, nei casi di fallimenti

³ Sul punto parte della dottrina ha osservato come “il concetto di Stato sociale non avrebbe nessun significato se isolato da quello di Stato di diritto, che è la linfa vitale della Costituzione. Lo Stato sociale è strettamente legato allo Stato di diritto, del quale costituisce l'ultima evoluzione, sul quale si fonda. La garanzia dello Stato sociale è costituita dallo Stato di diritto”, V. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980, p. 30; A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi “costituzionali” europei. Dalla Carta europea dei diritti fondamentali al Progetto di Trattato costituzionale*, in *Democrazia e diritto*, “Populismo e Democrazia”, 2003; P. BILANCIA - E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004. È quindi chiaro come la c.d. Costituzione economica si caratterizzi per un nesso indissolubile e forte fra produzione di ricchezza ed eliminazione delle disuguaglianze economiche e sociali quale «modo di essere del testo costituzionale in ordine al fondamento della posizione del cittadino nei confronti della società e dello Stato, per ogni situazione intersoggettiva, per ogni tipo di rapporto» V. G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, p. 1089. Cfr. inoltre P. GUARINI, *Note in tema di concorrenza e giustizia economica nel processo di integrazione europea* in F. GABRIELE - M.A. CABIDDU (a cura di) *Governance dell'economia e integrazione europea. Processi di decisione politica e sovranità economica*, I, Milano, 2008, p. 93.

⁴ Cfr. sul punto C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, p. 420 che evidenzia il “valore integrativo” dell'articolo 3 comma 2 rispetto agli altri principi e norme della Costituzione e, in particolare, in relazione alle fattispecie di cui agli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione. Al tempo stesso, viene sottolineato l'imprescindibile dovere di intervento del soggetto pubblico nelle ipotesi in cui, l'esercizio delle libertà individuali e sociali, il c.d. dinamismo del libero mercato, non si presenti idoneo ad offrire tutela ad istanze giuridicamente rilevanti o, addirittura, si manifesti lesivo degli stessi. Il modello costituzionale si mostra pienamente conforme al canone della sussidiarietà anche sotto tale profilo in quanto, la mancata (o quanto meno inadeguata) protezione degli interessi di rango costituzionale da parte della libera e spontanea dinamica del sistema economico porterebbe, in alcuni casi, al “fallimento del mercato”. L'esigenza di prevedere forme di intervento e di ingerenza nella sfera economica è ampiamente soddisfatta da una molteplicità di disposizioni costituzionali, le quali trovano un eccezionale punto di sintesi nell'articolo 3 comma 2 della Costituzione, che impone all'ordinamento repubblicano, nelle sue diverse articolazioni, di attivarsi positivamente al fine di rimuovere gli ostacoli presenti in ambito sociale che, limitando la libertà e l'eguaglianza astrattamente riconosciute dal sistema costituzionale, a vantaggio di ogni essere umano, precludono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i consociati alla comunità civile e politica. Per questo motivo, l'intervento pubblico si colloca nella prospettiva segnata dall'esigenza del sistema costituzionale di inserirsi nell'ambito dei rapporti economici, allo scopo di tutelare determinati interessi socialmente deboli che non sono adeguatamente assicurati dallo spontaneo dinamismo economico. Cfr. L. D'ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org, 8 febbraio 2014.

⁵ È noto, infatti, come anche prima dell'entrata in vigore della Costituzione, gli interventi pubblici siano stati motivati dal salvataggio di imprese private in crisi o di erogazione di servizi pubblici essenziali. Prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e, ancor prima, della crisi dello Stato

del mercato⁶. Da questo scaturiscono, di conseguenza, diverse tipologie di intervento statale⁷ orientate e organizzate per obiettivi sociali, fondate anche su decisioni politiche legittimate democraticamente, a salvaguardia dei numerosi principi costituzionali in vario modo interessati dalla dimensione economica.⁸

L'assetto costituzionale, fondato sul principio di sussidiarietà orizzontale, esclude, pertanto, visioni unilaterali e assolutistiche orientate a favorire inclinazioni prevalenti di singoli valori assiologici e, allo stesso tempo, scelte autoritarie rigide e astratte, distanti dalle numerose dinamiche che caratterizzano la dimensione economica e sociale⁹.

Particolarmente rilevante per comprendere appieno tale modello sono, come è noto, l'articolo 41 Cost., secondo il quale la disciplina delle attività produttive, oltre a garantire un beneficio in ambito economico, deve caratterizzarsi per la creazione di lavoro e la redistribuzione del profitto¹⁰, e l'articolo

di diritto classico, caratterizzata dalla grande depressione economica del 1929, si ricorda come lo Stato non fosse libero di incidere sulla materia economica e, per questo motivo, eventuali misure pubbliche nella sfera dei rapporti economici erano poste in subordine all'iniziativa economica dei privati. Nello specifico, quindi, lo Stato si considerava legittimato ad intervenire nelle diverse forme del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta, solo in presenza di specifiche condizioni. Come è noto questi principi erano stabiliti in epoca fascista nella Carta del Lavoro all'interno della quale era stabilito che "l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto o quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta", V. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 45.

⁶ Cfr. sul punto G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione* in AA.VV. *La Costituzione economica*, Padova 1997, p. 7 ss. e ora in ID, *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, 2014, p. 302; A. PACE, *Libertà del mercato e nel mercato*, in *Pol., dir.*, 1993, p. 327; L. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazione della Costituzione e principi, comunitari*, Torino, 1997; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, p. 24.

⁷ Cfr. A. PAPA, *Le imprese pubbliche tra Costituzione ed ordinamento comunitario*, in S. LABRIOLA - A. CATELANI (a cura di), *La Costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001.

⁸ Sul difficile rapporto tra democrazia e libero mercato cfr. M. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, 2009; M. SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Bologna, 2009. Cfr. inoltre R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 846.

⁹ Al riguardo può ricordarsi parte della dottrina che definisce il principio di sussidiarietà "autentico cardine della Costituzione economica delineata nella Carta Costituzionale", in quanto elemento di sintesi tra istanze squisitamente liberali di limitazione del potere, da rinvenirsi nel diritto di ingerenza nella vita dei singoli e delle formazioni sociali, e modello solidaristico che caratterizza l'intervento dello Stato nei casi di incapacità dei singoli e delle aggregazioni sociali, cfr. L. D'ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, cit., p. 9. Sul ruolo del principio di sussidiarietà nei rapporti tra diritto ed economia cfr. A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in AA.VV., *Trasformazione della funzione legislativa*, a cura di F. MODUGNO, Milano, 1999, p. 245; L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2006; L. D'ANDREA, *Il principio di sussidiarietà tra radice personalistica e funzione conformativa del sistema normativo*, in *Iustitia*, 2011, 2, p. 249.

¹⁰ Si tratta quindi di una norma, considerata perno centrale della c.d. Costituzione economica che rientra a pieno titolo tra quelle che maggiormente sono state oggetto di attenzione da parte della dottrina che si è interrogata in merito alla identificazione dell'oggetto tutelato dalla stessa. Cfr.

43 Cost.¹¹, che legittima l'intervento pubblico per la regolazione, la produzione e la crescita dei settori strategici dell'economia, gestiti da imprenditori privati o in maniera diretta dagli stessi soggetti pubblici¹².

tra i tanti E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, p. 335; U. BELVISO, *Il concetto di iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 163; A. BALDASSARE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 599; F. GALGANO, *Art. 41*, in *Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982, pp. 1 ss.; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie* in *Quad. cost.*, 1, 1992, p. 21; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; AA.VV., *La Costituzione economica, Atti del convegno AIC*, 11-12 ottobre 1991, Padova, 1997; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, p. 19; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento nazionale* in *Associazione italiana dei Costituzionalisti, La Costituzione economica, Atti del convegno- Ferrara, 11-12 ottobre 1991*, Padova, 1997, p. 69; R. BIFULCO, *Costituzioni pluraliste e modelli economici* in AA.VV., *Governi ed economia. La transizione istituzionale nell'XI Legislatura*, Padova, 1998, p. 505; N. IRTI, *Diritto e mercato. Introduzione*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999; G. U. RESCIGNO, voce *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 2001, pp. 1 ss. Questa disposizione è stata, come è noto, oggetto di una recente modifica ad opera della legge costituzionale n°1/2022 con la quale si è riconosciuto un espresso rilievo alla tutela dell'ambiente, sia nella parte dedicata ai Principi fondamentali, sia tra le previsioni della cosiddetta Costituzione economica. Non potendo in questa sede approfondire tale questione si rinvia tra i tanti a L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 2 febbraio 2022.

¹¹ Si tratta di una norma, quest'ultima, caratterizzata, nella fase di approvazione del testo del 1948, da una straordinaria innovatività in ambito politico-economico, del sistema ponendosi in stretto legame non solo con l'articolo 41 ma anche con l'articolo 42 della Costituzione, «ossia con lo statuto costituzionale dell'impresa da un lato e con quello della proprietà dall'altro» cfr. F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 193. *Contra* cfr. U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 107, il quale escludeva che l'attività di cui all'art. 41 Cost. coincidesse con i casi previsti dall'art. 43 Cost. Secondo Pototschnig, sarebbero state possibili attività in mano pubblica, anche al di fuori dai casi previsti dall'art. 43 Cost. Cfr. inoltre V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 338.

¹² Il riferimento è, come è noto, alla previsione di riserve di imprese ed espropriazioni di singole imprese immaginando, inoltre, tre figure collettivizzazioni (statalizzazioni nazionali e socializzazioni), che hanno consolidato, di fatto, un sistema che ha contribuito alla crescita economica ed allo sviluppo sociale del Paese. Nel definire un modello economico, caratterizzato dall'esigenza di garantire il rispetto dei principi di solidarietà ed uguaglianza, all'interno del quale i diritti sociali sono da considerarsi elementi imprescindibili, i Costituenti stabilirono infatti, un irrinunciabile collegamento tra l'articolo 41 e l'articolo 43 della Costituzione. In modo particolare si decise di scegliere uno schema economico contrapposto sia ad un'idea di collettivismo "puro", caratterizzato da pubblici poteri o collettività di produttori gestori di tutte le attività produttive, sia ad un sistema in cui il soggetto pubblico fosse chiamato a ricoprire il solo ruolo di regolatore di attività produttive riservate interamente ad imprenditori privati. Cfr. A. LUCARELLI, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 304. Nonostante la disposizione avesse riconosciuto allo Stato la facoltà di riservare a sé le attività produttive in un determinato numero di settori, l'iniziativa economica privata era riconosciuta e legittimata ai sensi dell'articolo 41 Cost., nella maggior parte dei settori produttivi dell'apparato economico. Cfr. G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Milano, 1983, p. 53 secondo cui l'attività economica dei privati rimaneva una colonna portante nell'edificio complessivo dell'economia del Paese. Nell'analizzare la portata garantista ed interventista della disposizione, la Corte Costituzionale ha inoltre evidenziato come la funzione della stessa debba rinvenirsi nella «eliminazione dell'eventualità che il privato, col peso della propria impresa possa direttamente

Il perseguimento degli obiettivi di interesse sociale- autentico punto di equilibrio tra l'intervento dello Stato e la salvaguardia della libertà di iniziativa economica, corrispondente al corretto funzionamento del sistema economico e, in particolare, alla tutela diretta dei principi fondamentali sanciti dall'articolo 3, comma 2, della Costituzione- ha giustificato, quindi, la presenza pubblica nell'economia con lo scopo di eliminare barriere di natura economica e sociale e garantire la soddisfazione di specifici bisogni della comunità.

2. L'interpretazione delle disposizioni costituzionali in materia, favorevoli ad un importante ruolo statale nell'economia, ha subito un significativo ridimensionamento a causa di una nuova concezione del mercato, inteso come elemento propulsore dello sviluppo economico e sociale di uno Stato, da cui è scaturita l'epoca delle cosiddette privatizzazioni¹³ e l'adozione, a livello nazionale, del principio dell'economia sociale di mercato¹⁴.

Si tratta, come è noto, di una diretta conseguenza del processo di integrazione europeo¹⁵ proiettato, per la materia in esame, verso la costruzione di un mercato unico e la scelta di limitare la partecipazione pubblica ed il mantenimento di situazioni di forte interventismo da parte di Stati membri¹⁶, facendo emergere, allo stesso tempo, una rinnovata visione di intervento pubblico nell'economia caratterizzata da un nuovo dirigismo tramite la regolazione del mercato¹⁷.

e profondamente influire su interi settori economici, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a tale influenza sono connesse» cfr. Corte cost. 6 luglio 1965, n. 58, in *Giur. cost.*, 1965, p. 727.

¹³ Per un inquadramento generale delle privatizzazioni cfr. P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995; E. BANI- C. CARCELLI- M. B. PIERACCINI, *Privatizzare*, Padova, 1999; F. BONELLI- M. ROLI, voce *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, IV, agg. Milano, 2000, p. 994; M. CLARICH - A. PISANESCHI, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2000, p. 432. Cfr. inoltre G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, p. 19; P. DAMIANI, *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Roma, 2009, p. 17; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Catanzaro, 2009, p. 75; G. LUCHENA, *Economia sociale di mercato*, cit., p. 81.

¹⁴ Cfr. sul punto G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, p. 19; P. DAMIANI, *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Roma, 2009, p. 17; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Catanzaro, 2009, p. 75; G. LUCHENA, *Economia sociale di mercato*, in C. IANNELLO (a cura di) *Neoliberalismo e diritto pubblico*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2020, p. 81.

¹⁵ Il riferimento è, come è noto, all' Atto Unico Europeo del 1986 ed al Trattato di Maastricht del 1992.

¹⁶ Cfr. in particolare G. DI PLINIO, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 4, pp. 1780 ss., l'Autore parla di un "work in progress" che parte da Roma e arriva a Maastricht ed oltre" per evidenziare l'evoluzione sovranazionale in materia che ha avuto come "spartiacque" proprio il Trattato di Maastricht.

¹⁷ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. e soc.*, 2010, p. 339.

A tal proposito, è stata altresì rilevata la compatibilità tra il ruolo regolatore dello Stato e i processi di liberalizzazione, contraddistinti dall'eliminazione delle norme mirate a restringere la competizione e, al contempo, dall'assoggettamento delle attività economiche a incisivi interventi pubblici volti a salvaguardare e promuovere lo stesso principio della concorrenza¹⁸.

Si consideri, inoltre, come le disposizioni europee siano orientate verso un sistema economico di mercato improntato alla protezione della concorrenza all'interno del mercato unico e al raggiungimento della "coesione economica europea"¹⁹, che deve essere continuamente adeguato in relazione al processo di integrazione basato sulla prevalenza del diritto europeo, e quindi del principio della concorrenza²⁰, rispetto a quello nazionale²¹.

Successivamente, inoltre, lo scoppio della crisi economica e le misure di *austerità*²², risultate devastanti per i sistemi di erogazione di servizi e prestazioni sociali²³, hanno imposto una nuova riflessione sull'intervento pubblico

¹⁸ La Corte costituzionale, chiamata in più occasioni a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del "principio concorrenziale", ha sottolineato che "la concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quella accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri e favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali". V. Corte cost. 13 gennaio 2004 n° 14, in *Giur. cost.*, 1, 2004, p. 237.

¹⁹ Cfr. A. LUCARELLI, *Scritti di Diritto Pubblico Europeo dell'economia*, Napoli, 2016.

²⁰ Cfr. A. LUCARELLI, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, cit., 310. Secondo parte della dottrina spetta, quindi, al diritto europeo stabilire in quali casi è eccezionalmente ammesso il conferimento dei diritti speciali ed esclusivi ad uno o più operatori. Cfr. sul punto G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in *Dieci anni di riforme amministrative. Il diritto amministrativo tra XX e XXI Secolo*, Atti del convegno, 27 maggio 2004, in *Giornale dir. amm.*, 2004, p. 805.

²¹ Cfr. sul punto P. BILANCIA, *Il modello dell'economia sociale di mercato tra Costituzione italiana e trattati europei*, in M. MELICA- M. MENZETTI- V. PIERGIGLI (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Assago- Padova, 2015, p. 2223; P. BILANCIA, *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in P. BILANCIA, *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 25 novembre 2019.

²² La sempre maggiore rilevanza e centralità del mercato quale caratteristica di un nuovo modello di costituzionalismo ha "svilito", come è noto, quelle norme costituzionali poste a fondamento dello Stato sociale. Cfr. tra i tanti P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 12 settembre 2014, 7; F. SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo*, Torino, 2022, p. 25 il quale ricorda come "il nascente governo comune dell'eurozona si è affermato all'insegna dell'introduzione di rigide regole di bilancio, peraltro, non scarsamente legittimate da un punto di vista democratico che hanno imposto politiche nazionali di rigore che a loro volta hanno impattato negativamente sui sistemi di welfare e protezione sociale nazionale".

²³ Al riguardo parte della dottrina, ritenendolo necessario, ha, in parte, auspicato il ricorso alla riserva o alla ri-pubblicizzazione di alcune attività produttive di servizi pubblici, per garantire il perseguimento di quelle finalità proprie dell'economia sociale di mercato, caratterizzanti la Costituzione Repubblicana, e dare rilievo alle garanzie sociali mortificate dall'attuale situazione economico-sociale. Secondo tale visione, quindi, la tutela dei diritti garantiti mediante l'erogazione dei servizi pubblici di interesse economico generale, sarebbe svilita da ottiche meramente imprenditoriale

nell'economica, per garantire il perseguimento di quelle finalità proprie dell'economia sociale di mercato, che nel corso degli anni aveva perso centralità in seguito al Trattato di Maastricht²⁴.

3. L'intervento pubblico dello Stato nell'economia, orientato al soddisfacimento di obiettivi sociali era stato al centro di un ampio dibattito, sia a livello nazionale che europeo²⁵, volto alla definizione di un'Europa sociale anche alla luce della proclamazione del Pilastro europeo dei diritti sociali²⁶.

La necessità di rispondere delle sfide di questi ultimi anni, a partire dallo scoppio della pandemia, ha intensificato questa riflessione, costringendo l'Unione europea a intervenire, legittimando, anche se in maniera temporanea, misure straordinarie non del tutto in linea con le «regole del mercato»²⁷, destinate a sostenere i singoli Stati membri.

Nello specifico, negli ultimi anni le politiche europee si sono caratterizzate per la definizione di strumenti democratici adeguati, attraverso politiche

finalizzate al mero profitto. Anche per una ricostruzione della problematica cfr. A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 2 novembre 2016. Cfr. inoltre F. GABRIELE, *Premessa introduttiva*, in F. GABRIELE (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*, Bari, 2005, p. 10 secondo il quale, anche se in ambito europeo l'intervento pubblico non sia stato mai effettivamente messo in discussione per quanto riguarda i principi lo è, senza dubbio, in riferimento alle "sue forme, nella sua pienezza e nella sua consistenza, nella sua intensità, nella sua efficienza e nella sua efficacia, nella corrispondenza agli obiettivi prefigurati e da perseguire nei suoi limiti e, magari, nelle garanzie comunque da assicurare".

²⁴ Cfr. N. IRTI, *Andato in desuetudine*, in N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998. Contra A. LUCARELLI, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO E M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 310.

²⁵ Come è noto, infatti, si era iniziata a riconsiderare l'idea di superare un modello governato esclusivamente dalle logiche del mercato in favore di un intervento dei poteri pubblici a sostegno di politiche sociali. Cfr. sul punto R. MICCÙ, *Le trasformazioni della Costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?* in P. BILANCIA (a cura di), *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 25 ottobre 2019.

²⁶ Quest'ultimo, pur con alcune limitazioni legate alla sua natura giuridica, era stato considerato un punto di riferimento essenziale per inaugurare una nuova fase del modello sociale europeo, rafforzata dalla previsione di adeguate risorse finanziarie, in grado di consolidare «uno dei tradizionali pilastri» del processo di integrazione europea. Cfr. sul punto S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni cost.*, 4, 2017, p. 953; F. SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio*, Torino, 2022, p. 20 il quale ricorda come il Pilastro rimanda agli strumenti del *soft law* non consentendo un effettivo ampliamento sui diritti sociali dal punto di vista della loro diretta applicabilità. Cfr. inoltre R. BALDUZZI, *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica*, in P. BILANCIA (a cura di) *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 14 settembre 2018.

²⁷ Cfr. sul punto F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, p. 7.

economiche²⁸ destinate a sostenere gli stessi Stati nell'affrontare le difficoltà permettendogli, altresì, di valorizzare il «*proprio ruolo politico e storico di promotore dell'uguaglianza, di garante dei diritti sociali e di attore dello sviluppo*»²⁹.

Ad avvalorare e rendere maggiormente visibile questo cambio di paradigma improntato verso un intervento pubblico nell'economia connesso a finalità di carattere sociale ricopre, senza dubbio, un ruolo fondamentale l'approvazione del Piano «*Next Generation EU*»³⁰ e della applicazione su scala nazionale ad opera del c.d. PNRR³¹.

²⁸ Il riferimento è, come è noto, alla sospensione temporanea del Patto di stabilità e crescita ed all'allentamento dei vincoli esistenti in ambito europeo derivanti dalla scelta di derogare alla rigida disciplina dell'Unione sugli aiuti di Stato. Si tratta di scelte cruciali che hanno permesso agli Stati membri di fornire sostegni alle imprese colpite dalla crisi anche in un'ottica di tutela dell'occupazione e dei diritti sociali che sono stati considerati preminenti rispetto alle logiche di bilancio. Per un'analisi più approfondita si rinvia, tra i tanti, a P. BILANCIA, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in G. DE MINICO - M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia, Consulta on line*, disponibile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it, 4 agosto 2020; C. MARCHESI, *Il ruolo dello Stato a fronte dell'emergenza pandemica e le risposte elaborate in sede europea: la garanzia dei diritti ed il rilancio economico alla luce del rapporto tra condizionalità e solidarietà*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 27 gennaio 2021.

²⁹ Cfr. A. PAPA, *Passato e (incerto) futuro delle "nazionalizzazioni" tra dettato costituzionale e principi europei*, in P. BILANCIA, *Costituzione economica, integrazione sovranazionale effetti della globalizzazione*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 25 ottobre 2019.

³⁰ Come si è avuto modo di evidenziare si tratta dello strumento più innovativo e ricco di potenzialità e dalla cui applicazione su scala nazionale può evincersi un importante nesso con i principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale della nostra Costituzione, cfr. F. SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio*, cit., p. 30.

³¹ È altresì fondamentale ricordare come il sostegno finanziario immaginato dal *Next Generation EU* sia vincolato non solo al rispetto del principio di solidarietà ma anche, e soprattutto, a quello di condizionalità che obbliga gli Stati a presentare piani di riforme in settori strategici e a specificare le modalità di utilizzo dei fondi ricevuti. Nonostante la presenza di numerose condizionalità sia stata oggetto di critiche appare ormai evidente l'esigenza di riconoscere il nesso inscindibile tra il raggiungimento di obiettivi di carattere sociale, ragione di fondo del piano, ed il rispetto dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità degli interventi. Tale aspetto può, infatti, essere considerato perno fondamentale di un nuovo modello di crescita e sviluppo di lungo periodo capace di permettere agli Stati membri una ripresa duratura ed attenta all'utilità sociale ed all'eguaglianza sostanziale. Si tratta di un principio strettamente connesso a quello di leale collaborazione che, nell'ordinamento europeo, impone obblighi di azione a carico degli Stati membri nell'esecuzione delle decisioni e della normativa adottata dall'UE. Cfr. sul punto F.G. PIZZETTI, *Riflessioni sul principio di leale collaborazione nell'ordinamento comunitario*, in P. BILANCIA - F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 91. Per una analisi approfondita delle condizionalità previste dal Piano cfr. F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery fund e il containment americano verso la Cina Condizionalità, debito e potere*, disponibile all'indirizzo www.costituzionalismo.it, 10 settembre 2021; F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano, 2021. Per una analisi dell'impatto del PNRR in riferimento all'inclusione sociale, ed in modo particolare alla parità di genere, alla protezione ed alla valorizzazione dei giovani ed al superamento dei diversi territoriali cfr. A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-sud)*, in *Le Regioni*, 1, 2, 2021, p. 199; G. LUCHENA, *Programmazione multilivello dell'economia e condizionalità*, disponibile in www.federalismi.it, 2 febbraio 2022.

Si tratta, come è noto, di un nuovo approccio³² dell'Unione europea indirizzato al sostenimento ed al rafforzamento della tutela dei diritti sociali in una dimensione sovranazionale³³ nell'ottica di una rinnovata visione dell'intervento pubblico nell'economia incentrato sulla solidarietà tra Stati³⁴ e sulla costruzione di una politica comune europea³⁵, capace di dare definitiva e concreta attuazione ad un modello di economia sociale di mercato in grado di rispondere alle molteplici sfide derivanti da parte dei processi di globalizzazione e dalle attuali crisi di sistema.

Queste ultime hanno messo in risalto l'impossibilità di ritornare ad una *governance* europea, focalizzata solo su aspetti finanziari a discapito di istanze sociali, per addivenire ad una non più rinviabile definizione di un intervento pubblico connesso a finalità di carattere sociale³⁶ nell'ottica di un governo europeo

³² Per una significativa analisi si rinvia a R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008. L'Autore intende la responsabilità intergenerazionale come "le possibili forme di tutela giuridica, azionabili dagli uomini appartenenti alla generazione vivente, a favore degli interessi degli uomini ancora non esistenti si noti come la problematica della tutela dei diritti delle generazioni ancora non esistenti". Cfr. inoltre sul punto F. BALAGUER, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016; A. PAPA - G. PALOMBINO, *Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire*, in L. CARPENTIERI (a cura di), *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, Torino, 2018.

³³ Cfr. sul punto L. PASQUI, *Un'altra emergenza per l'Unione europea: tra intervento pubblico e governance*, in *Dir. Pubbl. europeo Rassegna on line*, disponibile in www.serena.unina.it, 1 luglio 2020; M. MAZZUCCATO, *Missione economica. Una guida per cambiare il capitalismo*, Bari-Roma, 2021. Al riguardo l'Autore auspica lo sviluppo di una nuova economia politica fondata su un ruolo di protagonista dello Stato nella "co-creazione" e nell'orientamento dei mercati, andando oltre l'idea di poter solo porre rimedio ai loro fallimenti.

³⁴ Cfr. F. SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio*, cit., p. 120 secondo il quale "questo cambio di paradigma rappresenta un'occasione epocale per ripensare il ruolo dello Stato (e dell'UE) nell'economia e per rendere strutturale un nuovo approccio dell'Unione che non sia più orientato prevalentemente (se non esclusivamente) al mercato e alla tutela delle quattro libertà ma che legghi l'intervento pubblico alle esigenze di equità sociali e a tutela dei diritti sociali. Se si andasse effettivamente in questa direzione si tratterebbe di una nuova, fondamentale, tappa del processo di integrazione europea che avvicinerebbe, peraltro, i principi fondanti della nostra Costituzione economica orientati al progresso sociale a quelli della Costituzione economica europea in cui l'impianto dell'economia sociale di mercato delineato dai Trattati acquisirebbe una centralità che sino ad oggi non è stata riconosciuta".

³⁵ Cfr. sul punto G. LUCHENA, *Il c.d. decreto liquidità è una minaccia per il liberismo? Brevi note sul "nuovo" golden power*, cit., p. 7. Secondo l'Autore, infatti, l'esercizio dei poteri speciali non dovrebbe essere «vissuto come una minaccia alle libertà economiche ma come uno strumento di politica economica comune».

³⁶ Al riguardo è stato inoltre correttamente sottolineato come "la ripresa del processo costituente europeo non può non passare anche dalla costituzionalizzazione dell'Europa sociale", in quanto "proprio nella congiuntura della crisi economica il salto di qualità dell'integrazione politica e sociale è ancora più necessario dal momento che unità economica ed unità politico-sociale costituiscono un'endiadi poiché non possono reggere l'una senza l'altra" cfr. A. PATRONI GRIFFI, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, disponibile all'indirizzo www.serena.unina.it, 2 agosto 2020. Cfr. inoltre S. PRISCO - M. TUOZZO, *Dalle crisi nuove opportunità per l'Unione Europea. Programmazione economica, solidarietà sociale, coesione territoriale*, in *Italian Papers on Federalism*, disponibile all'indirizzo www.ipof.it, n.2-2022.

dell'economia in ambito sovranazionale³⁷ basato, altresì, sull'attribuzione all'Unione europea di competenze specifiche in tema di diritti sociali al fine di sviluppare un assetto istituzionale capace di promuovere istanze sociali³⁸ destinando attenzione alle generazioni future³⁹.

In conclusione, il contesto attuale, caratterizzato da crescenti disuguaglianze economiche, crisi climatica e trasformazione digitale in continua evoluzione, un'economia globalizzata fortemente competitiva e contraddistinta da politiche aggressive da parte di alcuni Paesi⁴⁰, rendono indispensabile un intervento

³⁷ Cfr. sul punto A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. LUCARELLI - A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, in *Quad. Rass. Dir. pubbl. eur.*, 2009, p. 299, che sottolinea "un deficit genetico alla base di diritti sociali e del diritto sociale europeo che risente dell'incertezza del modello organizzativo e funzionale del potere".

³⁸ Cfr. F. SCUTO, *Il Governo dell'economia nello Stato regionale italiano tra riforme costituzionali e crisi economica: L'indissolubile legame con i principi di solidarietà, eguaglianza e tutela dei diritti sociali. Possibili "spunti" per una costruzione federale europea*, in: (a cura di): F. BALAGUER CALLEJÓN et al., *The reform of the European Union economic governance and the progress of political integration - La reforma de la gobernanza económica de la Unión Europea y el progreso de la integración política*, Thomson Reuters, 2017, p. 300, secondo l'Autore "l'intervento dell'Unione si potrebbe inizialmente configurare come un intervento armonizzante, volto ad individuare una soglia minima di tutela di determinati diritti sociali al di sotto della quale non sarebbe consentito agli Stati membri di comprimere detti diritti, indipendentemente dalla congiuntura economica più o meno favorevole".

³⁹ Cfr. sul punto R. BIFULCO, A. D'ALOJA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOJA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008; G. PALOMBINO, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Firenze, 2022.

⁴⁰ In altri termini gli Stati sono chiamati a salvaguardare il proprio controllo e l'efficiente funzionalità di quelli che vengono comunemente considerati settori strategici al fine di garantire e tutelare l'unità giuridica ed economica delle stesse anche sul piano della sicurezza e del posizionamento internazionale. Tale circostanza impone, infatti, una imprescindibile e necessaria predisposizione di una "adeguatezza strutturale" da parte dello Stato che dovrà farsi trovare pronto nell'affrontare le nuove sfide e l'emersione di nuove tipologie di minacce, diretta conseguenza delle rapide ed inesorabili trasformazioni tecnologiche, rendendo al tempo stesso, opportuno ed equilibrato l'intervento pubblico al fine di scongiurare un'utilizzo degli stessi in chiave prettamente dirigistica. Cfr. sul punto S. ALVARO - M. LAMANDINI - A. POLICE - I. TAROLA, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quad. giur. Consob*, pp. 7 ss. disponibile all'indirizzo www.consob.it, 20 febbraio 2019; P. MACCARRONE, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, disponibile all'indirizzo www.osservatorioaic.it, 3 marzo 2020, che giustamente ricorda come «la tutela di alcuni interessi fondamentali non possa essere sacrificata in nome del libero mercato e delle sue dinamiche, sempre più globali e difficilmente governabili». Lo Stato è quindi chiamato a ricoprire non solo la veste di regolatore del mercato ma anche quella di stratega in quanto il «ruolo dello Stato, nell'esercizio dei poteri indicati, è non più quello di semplice regolatore, non dovendo mancare nei decisori pubblici una capacità di analisi strategica di tipo anche geoeconomico e geopolitico, naturalmente saldamente poggiante su verifiche e valutazioni tecniche complesse», cfr. R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 18 settembre 2019. Secondo l'Autore «la casistica di sicurezza nazionale è destinata ad avere crescente importanza, principalmente per il cambio di paradigma attuale, in cui sia le telecomunicazioni che le reti di trasmissione energetiche e di trasporto, acquistando maggiore profondità tecnologica con le nuove modalità di connessione, divengono, allo stesso tempo, più vulnerabili del passato».

pubblico⁴¹ funzionale ad evitare, altresì, effetti distorsivi e lesivi di interessi nazionali.

La necessità di contrastare la sempre più incontrollata polarizzazione economica della ricchezza richiede politiche redistributive e investimenti nei servizi pubblici, la transizione energetica e impone non solo infrastrutture sostenibili ma anche e soprattutto azioni volte ad evitare che i costi della stessa ricadano in modo sproporzionato sulle fasce più vulnerabili della popolazione ed, infine, la rivoluzione digitale, nel trasformare il mondo del lavoro e le dinamiche economiche, prescrive interventi una equa distribuzione dei benefici della digitalizzazione⁴².

Si tratta di strategie che necessitano di un intervento unitario e coordinato a livello europeo per affrontare minacce che trascendono i confini nazionali e garantire il rispetto dei principi di eguaglianza e dignità sociale in Europa⁴³.

Emerge quindi, con forza, l'esigenza di rafforzare un'Europa sociale che non solo sia in grado di rispondere con efficacia alle grandi sfide globali, ma che ponga al centro i diritti sociali dei cittadini⁴⁴.

Solo attraverso politiche inclusive, solidali e sostenibili, l'Unione potrà affrontare le trasformazioni in atto, promuovendo coesione e garantendo un futuro equo per tutti i suoi popoli⁴⁵.

⁴¹ Cfr. F. COVINO - V. DE SANTIS - E. PAPARELLA, *L'intervento pubblico nell'economia tra solidarietà, vincolo esterno e questione ambientale*, Napoli, 2024.

⁴² F. COVINO, *Solidarietà e intervento pubblico nell'economia tra Costituzione e Unione Europea*, in F. COVINO - V. DE SANTIS - E. PAPARELLA, *L'intervento pubblico nell'economia tra solidarietà, vincolo esterno e questione ambientale*, Napoli, 2024, pp.9 ss.

⁴³ Cfr. sul punto G. CAVAGGION, *Principio di solidarietà e processo di integrazione europea nella prospettiva della crisi economico sanitaria*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 2 febbraio 2022; S. GIUBBONI, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Napoli, 2022.

⁴⁴ Cfr. sul punto A. RIVIEZZO, *Solido principio. Un percorso costituzionale per la solidarietà*, Roma, 2023; A. JR. GOLIA, *Il principio solidaristico*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO, *Trattato di diritto costituzionale*, Torino, 2024.

⁴⁵ Cfr. sul punto F. BALAGUER, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, pp. 14 ss.; G. PALOMBINO, *La solidarietà generazionale alla luce della sentenza n. 18 del 2019 della Corte Costituzionale*, disponibile all'indirizzo www.deiustitia.it, 1 aprile 2019, secondo il quale "appare condivisibile affermare che la tutela delle generazioni future sia un principio insito nel concetto stesso di Costituzione rigida e non possa, pertanto, che trovare una autonoma tutela anche all'interno della Costituzione italiana; infatti, imponendo un vincolo al legislatore rispetto alla modificabilità dei valori cristallizzati nella Carta repubblicana, il Costituente ha disposto anche – e, forse, soprattutto – per il futuro".

Il ruolo dei *caregiver* nell'assistenza sanitaria agli anziani*

LEANDRA ABBRUZZO

SOMMARIO: 1. La nozione di vulnerabilità. Cenni. – 2. Gli anziani e la telemedicina. – 3. La tutela dei *caregiver* nell'Unione europea. – 4. Il riconoscimento dei *caregiver* in Italia. – 5. Conseguenze dell'assenza di una legge statale. – 6. Note conclusive.

1. La protezione nei confronti di persone che versano in una situazione di svantaggio ha rappresentato uno degli scopi del costituzionalismo, evidente nelle Costituzioni che hanno gettato le basi del modello di Stato sociale. In particolare, nella Costituzione italiana vi sono numerose disposizioni che descrivono molteplici situazioni di bisogno meritevoli di tutela, condizioni da cui traspare vulnerabilità¹. Al riguardo possono menzionarsi, oltre gli artt. 2 e 3 Cost., la garanzia ai non abbienti dell'accesso alla giustizia (art. 24, co. 3, Cost.), il diritto degli indigenti alle cure gratuite (art. 32, co. 1, Cost.), il diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi da parte dei capaci e meritevoli privi di mezzi (art. 34, co. 3, Cost.), la speciale protezione nei confronti della madre lavoratrice e del minore lavoratore (art. 37 Cost.) e di coloro che si trovano in una situazione di svantaggio in ambito lavorativo (art. 38 Cost.).

La protezione delle persone vulnerabili è connessa all'inviolabilità della dignità umana, che ne giustifica un trattamento diverso. La pari dignità sociale *ex art.* 3, co. 1, Cost. è un elemento importante, ma non esauriente del principio del rispetto della dignità umana desumibile dall'art. 2 Cost. e, infatti, particolarmente rilevante è anche il secondo comma. Con il tempo, appunto, l'attenzione per i soggetti vulnerabili si è spostata dall'ambito lavorativo per focalizzarsi, in particolare, sui diritti sociali: «attraverso il canone dell'eguaglianza sostanziale», tali posizioni giuridiche soggettive vengono intese «proprio in funzione del superamento di quelle situazioni di svantaggio e difficoltà che sono nei fatti d'impedimento alla inclusione, nel sistema costituzionale democratico e pluralista, del soggetto che ne è vittima»². L'art. 3, co. 2, Cost., dunque, rappresenta il fondamento dei diritti

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ F. PIZZOLATO, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in *Ars interpretandi*, 2019, n. 2, pp. 25 ss.

² P. SCARLATTI, *Soggetti deboli, Costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2023, n. 1, p. 268.

sociali, sulla cui base si rinviene uno dei compiti dello Stato sociale nella tutela dei soggetti più fragili. La vulnerabilità, infatti, contraddistingue le relazioni tra le persone e lo Stato.

Le sollecitazioni legate alla salvaguardia delle persone vulnerabili possono intendersi come una reazione alla crisi dello Stato sociale: la tensione tra il rispetto degli equilibri economico-finanziari *ex art.* 81 Cost. e il dovere di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni uniformi in tutto il territorio nazionale ha inciso sul godimento dei diritti sociali comportando l'esclusione di alcune categorie dalla tutela statale.

Nonostante le disposizioni sopra richiamate, è opportuno chiarire che la nozione di vulnerabilità non è di facile definizione e in una prospettiva giuridica si concretizza «nell'immagine di una soglia ultima dinanzi alla quale innalzare un limite estremo di difesa»³. Preliminarmente bisogna specificare che la categoria giuridica della vulnerabilità non può ricondursi ai soli diritti soggettivi: non potendosi possedere la vulnerabilità, che rappresenta un elemento strutturale dell'essere umano, alla condizione giuridica in questione non può corrispondere una forma positiva, ragion per cui solo la forma dell'iscrizione può rappresentare il rapporto tra un soggetto e la sua vulnerabilità⁴.

Nonostante sembri esservi una coincidenza tra soggetti deboli e soggetti vulnerabili, la vulnerabilità rappresenta un concetto ampio, presentando un'«apertura semantica»⁵ legata all'emersione di valori della persona umana ritenuti meritevoli tutela, la cui salvaguardia si è affermata attraverso la giurisprudenza, soprattutto della Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio per forme di svantaggio non concepibili astrattamente.

Il diritto manifesta una particolare attenzione per i soggetti fragili: «l'età, l'handicap, la condizione di salute fisica o mentale non sono condizioni oggettive da registrare una volta per tutte, e davanti alle quali arrestarsi. Sono situazioni da scandagliare, identificando i casi in cui il sostegno di un terzo può accompagnare la volontà debole verso una decisione che ritrovi come protagonista il soggetto interessato»⁶. Attraverso la vulnerabilità assumono autonoma rilevanza nell'ordinamento giuridico diverse figure soggettive, espressive di molteplici condizioni

³ S. ROSSI, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 2, p. 1.

⁴ M. GENSABELLA Furnari, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Soveria Mannelli, 2008, pp. 120 ss.

⁵ F. LONGATO, *La felicità: un diritto dell'uomo? Sul rapporto tra felicità, benessere, vita buona e diritti umani nella filosofia pratica contemporanea*, in *Ragion Pratica*, 2001, pp. 174 ss.

⁶ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Fil. pol.*, 2007, n. 3, pp. 375 ss.

esistenziali: trattasi di composite categorie sociali verso cui le tutele giuridiche si sono mostrate inidonee e che per tale motivo richiedono garanzie.

La vulnerabilità suggerisce dunque che «sarebbe bene porre rimedio a questa situazione, garantendo a quell'individuo una particolare protezione, o eliminando una discriminazione cui è soggetto, o riducendo uno svantaggio di cui soffre, ecc.»⁷.

La vulnerabilità, in cui si evince il punto di contatto tra il diritto e la vita, si presenta anche come una risorsa per la nascita del legame sociale, il cui sviluppo suppone quella «comune vulnerabilità umana, una vulnerabilità legata alla vita stessa, (...) [che rappresenta] il segno di una condizione primaria di necessità e bisogno»⁸. Per tale ragione la vulnerabilità si associa alla cura, intesa come esempio di solidarietà orizzontale, poiché, come «un moto ascendente che dal basso va verso l'alto»⁹, deriva dal reciproco soccorso. La persona, dunque, diviene il fulcro di una rete di relazioni di assistenza e cura finalizzate a tutelare il soggetto vulnerabile di cui si occupa.

2. Tra i soggetti vulnerabili rientrano sicuramente gli anziani. Il fenomeno dell'invecchiamento della popolazione è dovuto al miglioramento della qualità della vita e ai progressi quotidiani della medicina e, infatti, si associa parallelamente a un cambiamento nei bisogni di salute, considerata la sempre più crescente percentuale di anziani affetti da patologie croniche e limitazioni funzionali. Si comprende quindi l'avvicinamento degli anziani al digitale.

Durante l'emergenza epidemiologica è stato necessario erogare prestazioni sanitarie a distanza alle persone in quarantena o in isolamento. In particolare, nel settore sanitario la necessità di erogare servizi sanitari a persone in quarantena nonché di garantire cura e assistenza nei confronti di persone anziane e vulnerabili ha imposto il ricorso alla prestazione sanitaria a distanza, da distribuire «prioritariamente attraverso le tecnologie digitali e di telecomunicazione moderne, che offrono le migliori opportunità operative rispetto all'uso delle tecnologie precedenti»¹⁰.

⁷ Così E. DICIOTTI, *La percezione e i problemi della vulnerabilità*, in *Etica & Politica*, XXII, 2020, pp. 239 ss.

⁸ J. BUTLER, *Violenza, lutto, politica*, in *Vite precarie. Contro l'uso della violenza in risposta al lutto collettivo*, Roma, 2004, pp. 52 ss.

⁹ S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, pp. 10 ss.

¹⁰ Istituto superiore di sanità, *Indicazioni ad interim per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19*, 2020, p. 2.

Il processo di trasformazione digitale in Italia sin dal 2008 si è concretizzato in una serie di misure idonee a diffondere l'*e-Health*, strumento volto al miglioramento della qualità dell'assistenza e del sistema sanitario. L'ampio utilizzo delle tecnologie nel campo medico permette la delocalizzazione della prestazione sanitaria, collocando in uno spazio virtuale il rapporto tra medico e paziente, che si trasforma in una relazione filtrata dalla condivisione telematica di dati clinici. Nonostante la *Digital Health Interventions* (DHI) ponga quindi questioni etiche inerenti al rapporto medico-paziente, essa determina effetti positivi sulla struttura e sull'organizzazione dei sistemi sanitari e, infatti, l'emergenza sanitaria da Covid-19 ha conferito un forte impulso alla telemedicina, forma di prestazione sanitaria erogata a distanza mediante tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) che ha garantito la continuità della cura a coloro che non potevano recarsi nei luoghi di cura.

La telemedicina viene definita negli anni Settanta in letteratura come «la pratica della medicina senza l'usuale confronto fisico tra medico e paziente, utilizzando un sistema di comunicazione interattivo multimediale»¹¹. Sul punto interviene anche la Commissione europea che identifica la telemedicina nella «prestazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso alle TIC, in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località», prestazione che «comporta la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico grazie a testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti»¹².

Secondo le Linee di indirizzo nazionali sulla telemedicina, invece, la telemedicina è «una modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in particolare alle *Information and Communication Technologies* (ICT), in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località»¹³.

Nelle diverse definizioni riportate emerge chiaramente il tratto distintivo della telemedicina ovvero lo spazio telematico in cui si «incontrano» medico e paziente, che determina «la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico nella forma di testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti»¹⁴.

¹¹ K. BIRD, *Telemedicine; concept and practice*, Springfield, 1975.

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni *sulla telemedicina a beneficio dei pazienti, dei sistemi sanitari e della società*, COM(2008)689 del 4.11.2008.

¹³ Ministero della salute, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, 2014, p. 10.

¹⁴ *Ibidem*.

Nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) la Missione 6, dedicata alla «Salute», è nata per «colmare il divario tra le disparità territoriali ed offrire maggiore integrazione tra i servizi sanitari nei diversi ambiti assistenziali», la cui Componente 1, «Reti di prossimità, strutture intermedie e telemedicina per l'assistenza territoriale», si propone, tra i vari obiettivi, di «sviluppare la telemedicina e superare la frammentazione e la mancanza di omogeneità dei servizi sanitari offerti sul territorio; sviluppare soluzioni di telemedicina avanzate a sostegno dell'assistenza domiciliare»¹⁵. In attuazione di tale Missione è stato adottato il decreto 21 settembre 2022¹⁶, con cui sono state approvate le linee di indirizzo per i servizi di telemedicina che definiscono i requisiti tecnici necessari per assicurare l'omogeneità e l'efficienza dei servizi.

Nell'Accordo Stato-Regioni del 2020¹⁷ la telemedicina «rappresenta un approccio innovativo alla pratica sanitaria», perché permette l'erogazione di servizi a distanza attraverso l'uso di dispositivi digitali, internet, *software* e delle reti di telecomunicazione, assicurando «la fruizione di servizi senza che il paziente o l'assistito debba recarsi presso le strutture sanitarie» e rendendo «accessibili le cure attraverso uno scambio sicuro di dati, immagini, documenti e videochiamate tra i professionisti sanitari e i pazienti».

La telemedicina, pertanto, potenziando l'accesso in termini di uguaglianza territoriale alla sanità, rende maggiormente efficiente il servizio sanitario e il godimento del diritto fondamentale alla salute *ex art.* 32 Cost. e, al contempo, concorrendo a ripensare l'assistenza sanitaria, rappresenta applicazione della c.d. amministrazione digitale: secondo l'art. 9 del Codice dell'amministrazione digitale, infatti, lo Stato promuove «ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi».

Nonostante la telemedicina rappresenti una grande opportunità, tuttavia, l'avvicinamento alla tecnologia¹⁸ in ambito sanitario non è privo di problemi

¹⁵ Decreto 30 settembre 2022, recante «Procedure di selezione delle soluzioni di telemedicina e diffusione sul territorio nazionale, nonché i meccanismi di valutazione delle proposte di fabbisogno regionale per i servizi minimi di telemedicina e l'adozione delle Linee di indirizzo per i servizi di telemedicina».

¹⁶ Decreto 21 settembre 2022, recante «Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina. Requisiti funzionali e livelli di servizio».

¹⁷ Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, Accordo, ai sensi dell'art. 4, co. 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sul documento recante «Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina», 17 dicembre 2020.

¹⁸ A. PAPA (a cura di), *Comunicazione e nuove tecnologie*, Roma, 2011.

soprattutto in riferimento alle persone anziane. L'ultimo Rapporto BES dell'ISTAT 2023 fotografa, infatti, la scarsa digitalizzazione nelle fasce di età più alte della popolazione italiana, evidenziando anche come le competenze digitali siano spesso prerogative di coloro che posseggono titoli di studio elevati. Questi dati sono confermati anche a livello globale poiché da alcuni studi pubblicati su *Jama internal medicine* è emersa l'impreparazione del 38% dei soggetti a sostenere una video-visita e l'inidoneità del 20% a gestire una visita telefonica: i più impreparati alla telemedicina (72%) avevano un'età superiore agli 85 anni.

Un altro fattore che ostacola la telemedicina è costituito, inoltre, dal *digital divide* ovvero il limitato accesso al digitale da parte dei nuclei familiari con over 65: un terzo delle famiglie in Italia non ha né un computer né un tablet e tale percentuale passa dal 14,3% tra le famiglie con almeno un minore al 70,6% per le famiglie con over 65¹⁹.

Sulla base di queste considerazioni, si comprende quindi la necessità che nel percorso di cura intervenga qualcuno che faciliti la comunicazione tra l'anziano e il digitale ovvero il *caregiver*, figura spesso presente anche durante la televisita.

3. Circa 6,4 milioni di persone anziane necessitano di forme di aiuto nello svolgimento di attività quotidiane non essendo completamente autosufficienti. All'offerta pubblica dei servizi per la non autosufficienza si accosta la fornitura informale di cura da parte dei *caregiver* familiari²⁰, termine con cui si indica chi abitualmente in ambito domestico si occupa volontariamente e gratuitamente di una persona non autosufficiente, prestando attività assistenziali in maniera continuativa. Tale condizione dipende da una serie di variabili connesse, oltre alle specificità dei singoli casi, al funzionamento del sistema di *welfare* e al sostegno del sistema pubblico alle persone non autosufficienti.

La situazione in cui versa il *caregiver* è molto delicata: il carattere empatico di questa relazione, considerata la «reciproca dipendenza tra l'anziano e il responsabile di cura», rende complicato «conciliare tra loro le esigenze del malato, della famiglia propria e, quando c'è, del lavoro retribuito»²¹.

¹⁹ Fonte: elaborazione *The European House-Ambrosetti* su dati ISTAT 2020.

²⁰ Sul ruolo del sistema di cura familiare M. CAMPEDELLI, *Nuovi scenari sull'integrazione socio-sanitaria per le disabilità e le non autosufficienze*, in *Ricerca&Pratica*, 2019, n. 35, pp. 4-6. Si vedano anche le riflessioni di M. ARLOTTI, *Le politiche per la non autosufficienza: il caso italiano in prospettiva comparata*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2012, n. 3, pp. 559-560; F. PALLANTE, *La non-autosufficienza tra diritto alla salute, discrezionalità politica e limitatezza delle risorse: la normativa illegittima della Regione Piemonte*, in *Democrazia e diritto*, 2018, n. 2, pp. 78-87.

²¹ F. MONTEMURRO, A. PETRELLA, a cura dell'Ires Morosini, *Le politiche per gli anziani non autosufficienti nelle regioni italiane*, Torino, 2016, p. 13.

La tutela dei *caregiver* familiari è uno degli obiettivi perseguiti dall'Unione europea. Ciò si evince dall'art. 3 del TUE, dall'art. 9 del TFUE e dall'art. 151 del TFUE. Anche la Carta dei diritti fondamentali riconoscendo molteplici principi e diritti²², tra cui la parità tra uomini e donne²³, diritti degli anziani²⁴ e inserimento dei disabili²⁵, richiede la tutela sia dei soggetti vulnerabili che di coloro che li assistono. In proposito, il Pilastro europeo dei diritti sociali (PEDS) del 2017 prevede un sostegno ai *caregiver* familiari²⁶: per la parte che qui rileva, infatti, il principio 9 si occupa di regolare l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare, mentre il principio 18 riconosce il diritto all'assistenza a lungo termine. Per attuare il PSDE, in particolare, la Commissione europea ha presentato un piano di monitoraggio della realizzazione del Pilastro²⁷ e previsto l'elaborazione di un piano d'azione²⁸. La Commissione, inoltre, ha ribadito l'esigenza di attuare il PSDE soprattutto dopo l'emergenza epidemiologica²⁹: ragion per cui, considerate anche le conseguenze della precedente crisi economico-finanziaria, l'Unione ha stanziato nuovi fondi con il *Next generation EU*.

Riferimenti ai *caregiver* sono presenti anche in alcuni documenti, tra cui la Relazione sui servizi di assistenza nell'UE per una migliore parità di genere (2018/2077(INI)) della Commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere che riflette sui sistemi di cura.

Nel 2022 il Comitato economico e sociale europeo (CESE) ha pubblicato un parere sul ruolo del *caregiver* nell'Unione Europea³⁰, in cui sono stati riportati i dati dell'indagine condotta nel 2018 dall'Eurostat sulla "Conciliazione tra vita

²² Sul Trattato di Lisbona si veda P. BILANCIA, *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law. The European Union after the Lisbon Treaties*, Milano, 2012.

²³ Art. 23.

²⁴ Art. 25.

²⁵ Art. 26.

²⁶ Per un'analisi dei diritti sociali in Europa nella prospettiva del PEDS, si rimanda a P. BILANCIA, *Per uno spazio europeo dei diritti sociali*, in Id. (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, Torino, 2019, pp. 1 ss.

²⁷ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Monitorare l'attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali*, 13 marzo 2018, COM(2018) 130 final.

²⁸ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, 14 gennaio 2020, COM(2020) 14 final. In proposito G. GOTTI, *L'implementazione partecipata del Pilastro europeo dei diritti sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 1, pp. 166 ss.

²⁹ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, 27 maggio 2020, COM(2020) 456 final.

³⁰ Il documento è intitolato "Il ruolo dei familiari che prestano assistenza alle persone con disabilità e alle persone anziane: l'esplosione del fenomeno durante la pandemia" ed è elaborato dalla Sezione Occupazione, affari sociali e cittadinanza del CESE.

lavorativa e familiare”³¹. Dalla stessa, emerge che nel periodo esaminato il 34% della popolazione di età tra i 18 e i 64 anni aveva responsabilità di assistenza. Tra coloro che prestavano assistenza, il 12% si occupava di familiari non autosufficienti. L'indagine, altresì, conferma l'asimmetria di genere, prestando assistenza il 63% delle donne rispetto al 37 % di uomini.

Dopo aver manifestato preoccupazione per le condizioni di vita dei *caregiver*, peggiorate durante la pandemia, il CESE ha evidenziato l'esigenza di definire in maniera univoca la figura di chi presta assistenza, delineandone peculiarità e interventi. In particolare, il CESE ha rimarcato l'importanza di garantire servizi di tutela della salute, servizi e sostegni per l'abitare, servizi di domiciliarità e servizi di sostegno psicologico.

La Commissione europea ha presentato la Strategia europea per l'assistenza nel 2022 per assicurare servizi di qualità, accessibili in tutta l'Unione europea e per migliorare la situazione sia dei beneficiari dell'assistenza sia di coloro che prestano assistenza³². Per quanto concerne il tema dell'assistenza a lungo termine, la Commissione raccomanda agli Stati membri di elaborare piani d'azione nazionali per rendere l'assistenza nell'UE più accessibile, garantendo che essa sia tempestiva e a prezzi accessibili; incrementando la varietà dei servizi professionali di assistenza a lungo termine; assicurando criteri di qualità per i prestatori di assistenza a lungo termine; sostenendo i prestatori di assistenza informale e stanziando finanziamenti adeguati.

Si evince dunque l'attenzione dell'ordinamento europeo incentrata sui *caregiver* al fine di garantire un equilibrio tra il lavoro di cura, la vita privata e professionale.

4. In Italia non è prevista una specifica tutela per coloro che si occupano di un proprio familiare che versa in uno stato di bisogno, ma, essendo più di sette milioni di persone impegnate nel caregiving, il riconoscimento giuridico di questa categoria non è più differibile.

La tutela del *caregiver* è richiesta dall'interpretazione dei principi costituzionali, in particolare dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., rientrando nel compito di rimozione degli ostacoli che si frappongono alla realizzazione dell'individuo, ed è importante per attuare la difesa e la promozione della dignità umana, in tutte le sue proiezioni.

³¹ *Reconciliation between work and family life Labour Force Survey (LFS) ad-hoc module 2018 — Quality report.*

³² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *sulla strategia europea per l'assistenza*, COM(2022) 440 final.

L'esigenza della tutela effettiva dei *caregiver* è necessaria anche per escludere che la cura di un familiare ne pregiudichi i diritti³³, tra cui il diritto al lavoro (art. 4 Cost.), la partecipazione alla vita sociale e istituzionale (artt. 2 e 51 Cost.); il diritto alla salute (art. 32 Cost.), l'istruzione, nel caso di *young caregiver* (art. 34 Cost.); la formazione professionale (art. 35 Cost.) e il diritto a una adeguata tutela previdenziale (art. 38 Cost.).

È opportuno altresì riflettere su un ulteriore tema ovvero quello dell'asimmetria di genere: sono per lo più le donne a ricoprire il ruolo di *caregiver* rinunciando spesso al proprio lavoro ed accentuando conseguentemente il divario di genere nell'occupazione.

In merito al principio di eguaglianza sostanziale rileva anche la pari dignità sociale, la quale sottolinea la contrapposizione tra la precarietà dei *caregiver* e il contributo fornito da tale categoria alla collettività.

Sul piano delle politiche legislative, il riconoscimento giuridico del lavoro di cura informale, che spesso supplisce all'assenza del soggetto pubblico, sottintende la possibilità di soddisfare alcune istanze di tutela connesse all'esercizio di tale attività, tra cui un'adeguata informazione e formazione, la prevenzione di disturbi fisici e psichici causati dallo stress nonché il riconoscimento di tutele previdenziali, coperture assicurative, pensionistiche e di agevolazioni fiscali.

Nonostante alcuni tentativi, il Parlamento ancora non ha adottato una legge statale che tuteli la figura del *caregiver* familiare; vi sono solo previsioni frammentate come la legge n. 104/1992 che attribuisce il diritto a tre giorni di permesso al mese, a un congedo straordinario fino a 2 anni per i casi più gravi e la possibilità di pensione anticipata.

La figura del *caregiver*, invece, è stata definita per la prima volta dall'art. 1, co. 255, della legge di bilancio per il 2018 (l. n. 205/2017), che ha anche istituito il Fondo per il sostegno del ruolo di cura e assistenza del *caregiver* familiare (art. 1, commi 254-256), le cui risorse con il d.l. n. 86/2018 sono state indirizzate al finanziamento di interventi finalizzati al riconoscimento del valore dell'attività di cura non professionale del *caregiver* familiare. Dal 2020 Il Fondo è stato ripartito tra le Regioni per la realizzazione di servizi di sostegno per i *caregiver*, stabiliti sulla base della programmazione degli interventi di integrazione sociosanitaria e delle misure per i soggetti non autosufficienti, consentendo agli enti territoriali regionali di distribuire risorse agli Ambiti Territoriali Sociali (ATS). Il Legislatore è intervenuto nuovamente istituendo un secondo fondo con la legge di bilancio per il

³³ Sul difficile compito del *caregiver* M. TRABUCCHI, *I caregiver: un ruolo importante, complesso, gravoso*, in F. PESARESI (a cura di), *Il manuale dei caregiver familiari. Aiutare chi aiuta*, Santarcangelo di Romagna, 2021, pp. 11 ss.

2021 (l. n. 178/2020, art. 1, co. 3³⁴), per il finanziamento degli interventi legislativi indispensabili al riconoscimento della attività non professionale del prestatore di cure familiari.

Con l'approvazione nel marzo della legge delega n. 33/2023 recante «Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane»³⁴, che ha consentito il raggiungimento del primo obiettivo della riforma dell'assistenza alle persone anziane non autosufficienti, sancito dalla Missione 5, Componente 2, del PNRR, il Parlamento ha risposto alle istanze emerse dalla società. I concetti fondamentali dell'azione statale sono "integrazione" e "sistema": la legge prevede strumenti di integrazione della programmazione e della *governance* tra Stato, Regioni e Comuni volti all'assistenza sanitaria, sociosanitaria e sociale. L'integrazione si basa altresì sull'individuazione dei LEA e i LEPS per la non autosufficienza. Al fine di rafforzare la rete dell'intervento pubblico e privato la legge ricerca un nuovo equilibrio tra le istanze dell'uniformità e quelle della differenziazione: sono rafforzate le funzioni del Terzo settore e contestualmente viene riconosciuto il ruolo della famiglia e del *caregiver* nella fornitura di cura. Il Parlamento ha inoltre disposto la ricognizione delle agevolazioni fiscali per il sostegno della regolarizzazione del rapporto di cura prestato a domicilio e la definizione della formazione per lo svolgimento delle attività professionali esercitate nell'ambito della cura e dell'assistenza alle persone anziane non autosufficienti.

L'attuazione della legge delega, tuttavia, mostra frizioni con la riforma della sanità territoriale, in particolare in merito al potenziamento dell'assistenza domiciliare integrata (ADI)³⁵, ed è inoltre indispensabile il coordinamento delle norme d'attuazione con la legge statale sulla condizione giuridica del *caregiver* familiare in discussione.

Per quanto concerne le proposte di legge inerenti a questa figura, invece, finora non sono state ancora approvate³⁶. Attualmente è in discussione il d.d.l. n. 1461³⁷,

³⁴ T. ANDREANI, *L'assistenza continuativa e integrata alle persone anziane non autosufficienti: prime considerazioni d'insieme intorno alla legge delega 33 del 2023*, in *Corti supreme e salute*, 2024, n. 1.

³⁵ La legge delega dispone l'integrazione tra ADI e SAD, ma il DM 77/22 prevede la sola estensione dell'offerta dell'ADI per il raggiungimento della presa in carico del 10% della popolazione anziana entro il 2026.

³⁶ Cfr. F. PESARESI, *Le proposte di legge di riforma in Italia*, in Id. (a cura di), *Il manuale dei caregiver familiari*, cit., pp. 75 ss. e G. MARCHETTI, *La tutela multilivello dei diritti dei caregiver familiari anche nella prospettiva di rimuovere le asimmetrie di genere*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 4, pp. 532 ss.

³⁷ Atto Senato n. 1461, «Disposizioni per il riconoscimento ed il sostegno del *caregiver* familiare», presentato in data 7 agosto 2019; annunciato nella seduta n. 144 del 7 agosto 2019. Assegnato alla 11ª Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) in sede redigente il 23 ottobre 2019. Per un commento F. PESARESI, *Le proposte di legge di riforma in Italia*, in Id. (a cura di), *Il manuale dei caregiver familiari*, cit., pp. 76 ss.

che definisce «*caregiver* familiare la persona che gratuitamente assiste e si prende cura in modo continuativo del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, anche oncologica, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18» (art. 2). In particolare, il *caregiver* è colui che «assiste e si prende cura della persona, la sostiene nella vita di relazione, concorre al suo benessere psico-fisico e la aiuta nella mobilità e nel disbrigo delle pratiche amministrative, rapportandosi e integrandosi con gli operatori del sistema dei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari professionali che forniscono attività di assistenza e di cura» (art. 1, co. 2).

Per favorire l'accesso ai servizi sociali, il d.d.l. prevede mediante d.p.c.m la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) sociali da garantire ai *caregiver* familiari su tutto il territorio nazionale nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e l'introduzione nei livelli essenziali di assistenza (LEA) di servizi e prestazioni per i *caregiver* e gli assistiti, come la domiciliarizzazione di visite e prestazioni specialistiche.

Nel testo sono previste tutele di natura previdenziale (art. 5), misure a favore della conciliazione tra l'attività di cura e lavorativa (art. 7), il riconoscimento delle competenze apprese in qualità di *caregiver* per un reinserimento o un nuovo accesso lavorativo (art. 8) e detrazioni per carichi di famiglia (art. 9). Tuttavia, nel d.d.l. manca il riconoscimento di un diritto soggettivo autonomo rispetto ai diritti dell'assistito né quello a percepire un'indennità³⁸.

Anche le Regioni³⁹, «soggetti costruttori di eguaglianza e di opportunità concrete per un'esistenza dignitosa»⁴⁰, sono intervenute in proposito e infatti, hanno già predisposto forme di tutela dei *caregiver* familiari. Tra queste

³⁸ G. CUZZOLA, *Lo sviluppo delle politiche di assistenza ai non autosufficienti in Italia nel quadro del metodo aperto di coordinamento per la protezione e l'inclusione sociale*, in E. ROSSI, V. CASAMASSIMA (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance. L'impatto sull'ordinamento italiano*, Pisa, 2013.

³⁹ Per un'analisi approfondita del ruolo delle Regioni nell'ambito del sistema multilivello si veda, tra i tanti, A. PAPA, *Le Regioni nella multilevel governance europea*, in A. PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Torino, 2017.

⁴⁰ A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e Regioni. Note di sintesi*, in *Le Regioni*, 2023, n. 2-3, p. 574.

Emilia-Romagna⁴¹, Abruzzo⁴², Veneto⁴³, Campania⁴⁴, la Provincia autonoma di Trento⁴⁵, Puglia⁴⁶ e Lombardia⁴⁷ hanno adottato leggi per realizzare una rete di sostegno al lavoro di accudimento del *caregiver* familiare. La Regione Molise in materia ha adottato una delibera della Giunta recanti «Linee guida regionali per il riconoscimento ed il sostegno del *caregiver* familiare»⁴⁸.

Più dettagliatamente Emilia-Romagna, Abruzzo, Puglia e Campania hanno disposto il riconoscimento dei *caregiver* familiari, la valutazione dei loro bisogni⁴⁹, e una loro partecipazione alla programmazione sociale, socio-sanitaria e sanitaria; la possibilità di accedere, limitatamente alle risorse disponibili, ai servizi pubblici integrati⁵⁰; l'elaborazione di Piani di assistenza individuali⁵¹, in cui sono stabilite i contributi, i supporti e le prestazioni da fornire ai *caregiver* da parte dei servizi sociali e sanitari; la formazione e il riconoscimento delle competenze dei *caregiver* nonché misure di supporto di tipo psicologico. Inoltre, Abruzzo, Molise, Campania, Lazio, Lombardia e Veneto hanno previsto analoghi aiuti economici⁵².

Alcune Regioni hanno sviluppato programmi che prevedono interventi

⁴¹ Legge regionale 28 marzo 2014, n. 2, «Norme Per il riconoscimento e il sostegno del *caregiver* familiare (persona che presta volontariamente cura ed assistenza)».

⁴² Legge regionale 27 dicembre 2016, n. 43, «Norme per il riconoscimento ed il sostegno del *caregiver* familiare (persona che presta volontariamente cura e assistenza)».

⁴³ Legge regionale 17 ottobre 2017, n. 38, «Norme per il sostegno delle famiglie e delle persone anziane, disabili, in condizioni di fragilità o non autosufficienza, per la qualificazione e il sostegno degli assistenti familiari».

⁴⁴ Legge regionale 20 novembre 2017, n. 33, «Norme per il riconoscimento ed il sostegno del *caregiver* familiare».

⁴⁵ Legge Provincia autonoma di Trento 13 giugno 2018, n. 8, «Modificazioni della legge provinciale sull'handicap 2003, della legge provinciale sulle politiche sociali 2007, della legge provinciale 24 luglio 2012, n. 15 (Tutela delle persone non autosufficienti e delle loro famiglie e modificazioni delle leggi provinciali 3 agosto 2010, n. 19, e 29 agosto 1983, n. 29, in materia sanitaria), della legge provinciale sulla tutela della salute 2010 e della legge provinciale di recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici 2016».

⁴⁶ Legge regionale 27 febbraio 2020 n. 3, «Norme per il sostegno del *caregiver* familiare».

⁴⁷ Legge regionale 30 novembre 2022, n. 23, «*Caregiver* familiare».

⁴⁸ D.G.R. dell'11 agosto 2017, n. 310, «Linee guida regionali per il riconoscimento ed il sostegno del *caregiver* familiare».

⁴⁹ Le leggi regionali dell'Abruzzo e della Campania prevedono una relazione biennale al Consiglio regionale sull'attuazione della legge, mentre l'Emilia-Romagna ha introdotto nel d.G.R. n. 858/2017 un monitoraggio degli interventi realizzati al fine di attuare la l.r. n. 2/2014.

⁵⁰ Le legge regionale della Campania ha previsto l'istituzione di un registro dei *caregiver* familiari (art. 8).

⁵¹ Le leggi regionali della Puglia e dell'Emilia-Romagna prevedono il Progetto assistenziale individualizzato (PAI), mentre Abruzzo e Campania disciplinano rispettivamente un Piano personalizzato di assistenza (PPA) e un Progetto individuale per le persone disabili.

⁵² La Lombardia, con delibera della Giunta n. 4443 del 22 marzo 2021, ha stanziato oltre 10 milioni di euro per potenziare gli interventi a sostegno dei *caregiver* familiari per il 2021; il Veneto, nel marzo 2021, ha approvato la delibera nella quale vengono stabiliti i criteri per la destinazione dei fondi per il sostegno dei *caregiver* familiari; la Toscana, nel marzo 2021, ha previsto un contributo di quasi 5 milioni di euro per assegni mensili di cura per i *caregiver* che assistono familiari in

socioassistenziali e sanitari per sostenere i *caregiver*: per esempio le Regioni Lombardia e Liguria sperimentano le cd. “RS aperte”, ossia RSA (Residenze Sanitarie Assistenziali) accreditate dalla Regione. La Regione Veneto ha intrapreso, invece, un’azione di monitoraggio dei bisogni dei *caregiver*, mentre talvolta altre hanno erogato contributi per riconoscere il suo lavoro di assistenza⁵³.

5. L’assenza di una disciplina legislativa che tuteli e riconosca i *caregiver* familiari crea diverse frizioni con l’ordinamento giuridico, sia sotto il profilo dei diritti individuali che della struttura del *welfare*. I *caregiver* svolgono un ruolo fondamentale nella società, fornendo assistenza a familiari disabili o anziani, spesso a tempo pieno e senza compenso. Tuttavia, la mancanza di una normativa specifica che li tuteli può essere vista come una violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione. Si può operare, per esempio, un riferimento al diritto alla dignità personale, riconosciuto dall’art. 2. Per i *caregiver*, infatti, l’assenza di una disciplina che riconosca il loro ruolo e i loro diritti porta a una compressione della loro dignità in vari modi. Il lavoro dei *caregiver*, per esempio, pur essendo essenziale per il benessere dei loro assistiti e per l’intera società, non viene riconosciuto né retribuito, relegandolo a una sfera invisibile e svalutata. Questo incide profondamente sulla dignità della persona, che si trova a dedicare gran parte della propria vita a un’attività che non ha alcun riconoscimento economico o sociale. Si incide negativamente sul diritto all’autorealizzazione: l’impegno richiesto spesso costringe chi assiste i propri familiari a rinunciare a carriere professionali, attività sociali e personali, limitando la loro libertà di realizzarsi pienamente come individui. La mancanza di congedi retribuiti, flessibilità lavorativa o altre forme di supporto impedisce a chi presta lavoro di cura informale di conciliare vita privata e assistenza, sacrificando così il loro diritto all’autodeterminazione.

Vi è altresì una violazione dell’art. 3, poiché l’assenza di una disciplina specifica per i *caregiver* crea evidenti disparità, in particolare disuguaglianze economiche, poiché non potendo conciliare il loro ruolo con un lavoro remunerato, subiscono un grave impoverimento economico. Questo problema si aggrava per le famiglie con meno risorse, che non possono permettersi assistenza privata poiché la

condizione di disabilità gravissima o che non hanno potuto accedere alle strutture residenziali a causa della pandemia, nonché un supporto psicologico telefonico offerto da un centro di ascolto regionale. La Provincia autonoma di Trento prevede, invece, nella legge n. 8/2018 la promozione di misure di sostegno ai contributi per la prevenzione integrativa e complementare.

⁵³ Il Piemonte nel 2021 ha stanziato complessivamente 11 milioni di euro per sostenere i *caregiver*.

manca di sostegni economici adeguati accentua le disuguaglianze tra chi può contare su risorse esterne e chi deve fare affidamento esclusivamente sull'assistenza familiare.

Meritevole di considerazioni sono anche le disuguaglianze di genere. La maggior parte di coloro che assiste i propri familiari sono donne e la mancanza di riconoscimento giuridico ed economico per il loro ruolo amplifica le disuguaglianze di genere già presenti nel mercato del lavoro e nella società. Le donne *caregiver* si trovano così in una posizione di doppia esclusione: non solo sono penalizzate economicamente e socialmente rispetto agli uomini, ma la mancanza di riconoscimento formale del loro ruolo rafforza questa condizione di emarginazione, precludendo loro possibilità di avanzamento professionale e personale.

L'assenza del riconoscimento di tale categoria si riverbera sul diritto al lavoro, considerata la frequente rinuncia dei *caregiver* a opportunità lavorative, cui consegue una probabile condizione di precarietà economica e previdenziale, esponendoli a un rischio di povertà in età avanzata, quando non avranno accesso a una pensione adeguata al lavoro svolto. Il tempo dedicato all'assistenza rappresenta una lacuna contributiva che riduce sensibilmente l'importo della pensione futura e questo crea un ulteriore svantaggio economico a lungo termine. Sempre nel mondo del lavoro si registrano altre criticità, come l'assenza di congedi retribuiti sufficienti e la difficoltà di molti *caregiver* di mantenere un'occupazione stabile.

Un altro aspetto sfavorevole è la precarietà economica imputabile all'assenza di retribuzione per il lavoro di cura, che incide negativamente sul reddito familiare. Le famiglie si trovano a dover far fronte non solo alla perdita di un reddito, ma anche ai costi diretti legati alla cura del familiare, come spese mediche o di assistenza incrementando il divario economico tra nuclei che hanno la possibilità di accedere a servizi di assistenza privati e quelli che invece devono fare affidamento esclusivamente su *caregiver* non retribuiti.

Il mancato riconoscimento giuridico e previdenziale dei *caregiver* comporta ugualmente implicazioni negative per il sistema di *welfare* nel suo complesso: la mancanza di supporto istituzionale aumenta la pressione sui servizi pubblici determinando un sovraccarico del sistema sanitario alla luce della richiesta di cure ospedaliere o servizi di assistenza esterni che, in molti casi, potrebbero essere gestiti in modo più efficiente con il giusto sostegno ai *caregiver*.

Da menzionare sono anche le frizioni con il diritto alla salute e con i diritti di partecipazione politica e sociale. Coloro che prestano lavoro di cura informale spesso si trovano esclusi da questi processi partecipativi per vari motivi, tra cui isolamento sociale e la mancanza di rappresentanza: senza un riconoscimento giuridico, i *caregiver* non hanno una voce istituzionale che possa rappresentare i loro interessi nelle decisioni politiche. Questo li rende invisibili nelle politiche

pubbliche e priva di forza le loro richieste di tutela.

Un'altra conseguenza importante concerne il diritto ai servizi sociali, garantito dall'articolo 38. L'assenza di uno *status* giuridico chiaro rende difficile l'accesso a molti servizi di assistenza e sostegno, tra cui bonus e agevolazioni fiscali, con gravi ripercussioni sulla qualità della vita dei *caregiver* stessi e dei loro assistiti.

6. Dal quadro brevemente descritto, è chiaro che nell'ordinamento italiano manchi una visione complessiva sui bisogni delle famiglie di cui faccia parte una persona non autosufficiente, nonostante gli interventi legislativi menzionati indichino la volontà di colmare tale lacuna, anche in una prospettiva di tutela dei diritti multilivello. È imprescindibile l'adozione di una legge che tuteli i *caregiver*, assicurando non solo un riconoscimento economico e una copertura previdenziale, ma anche un diritto soggettivo autonomo rispetto ai diritti dell'assistito.

In assenza di una legge statale, infatti, le Regioni potrebbero approvare decisioni diverse determinando discriminazioni nel godimento di strumenti di protezione e promozione della dignità umana. Il sostegno deve concretizzarsi in misure che alleggeriscano il lavoro di cura evitando pregiudizi alla qualità della vita e al benessere psico-fisico; che garantiscano servizi di formazione e di supporto psicologico. In sostanza, la legge statale dovrebbe determinare i livelli essenziali delle prestazioni (LEP) e i livelli essenziali di assistenza (LEA) da garantire e, successivamente, le Regioni, sulla base di questa cornice e considerando le proprie specificità territoriali, dovrebbero intervenire nuovamente per apprestare ulteriori forme di garanzia.

È altresì necessario realizzare un sistema di *welfare* che redistribuisca i compiti di cura tra Stato, società e famiglia e che valorizzi l'assistenza territoriale e domiciliare e il ruolo delle RSA e RSD per eliminare gli ostacoli al pieno sviluppo della personalità dei *caregiver* familiari e i pregiudizi ai propri diritti. Attualmente, infatti, il *welfare* è presente solo in caso di assenza della famiglia e di necessità poiché l'assistenza domiciliare integrata eroga prestazioni medico-infermieristiche solo per brevi periodi e i servizi domiciliari dei Comuni offrono servizi a persone non autosufficienti sole e prive di risorse finanziarie.

In questo contesto si inserisce il PNRR. Per la parte che qui rileva, questo strumento rappresenta un'opportunità per redistribuire i compiti di cura fra Stato, società e famiglie e per assicurare un maggior sostegno ai *caregiver*, anche per eliminare l'asimmetria di genere nel lavoro di cura. La Missione 5, dedicata a «Inclusione e coesione», infatti, si prefigge obiettivi quali la promozione dell'*empowerment* femminile, il contrasto alle discriminazioni di genere, l'adozione di misure finalizzate a diminuire il sovraccarico del lavoro di cura che preme sulle donne. Anche

la Missione 6, incentrata sulla «Salute», si propone il rafforzamento e la creazione di strutture e presidi quali Case della comunità, il potenziamento dell'assistenza domiciliare; lo sviluppo della telemedicina e dell'integrazione tra i servizi socio-assistenziali e sanitari. In particolare, la riforma dei servizi domiciliari comprende interventi fondati sul *care* multidimensionale in cui i *caregiver* familiari godono di molteplici servizi (di sostegno e informazione anche usufruendo di tecnologie, come la telemedicina).

Al fine di attuare il PNRR e riconoscere i *caregiver*, è importante osservare due coordinate ovvero rafforzare le autonomie locali e l'assistenza domiciliare integrata senza indebolire i servizi locali comunali. Le politiche volte a fornire maggiore assistenza alle persone vulnerabili e alle loro famiglie devono considerare anche gli interventi regionali che già si inseriscono nelle previsioni del PRNN. Sulla base di queste considerazioni è imprescindibile una riforma del sistema assistenziale aumentando la disponibilità di strutture residenziali a costi più accessibili e rafforzando i servizi di assistenza domiciliare e *long term care*. Dovrebbe quindi essere prevista la realizzazione di reti territoriali di servizi integrati sociosanitari di assistenza (previsti anche dalla legge n. 328/2000); un consolidamento dei servizi territoriali e un incremento delle ore di assistenza domiciliare. È inoltre importante determinare misure di conciliazione della vita familiare con quella professionale per i *caregiver*, ad esempio promuovendo lo *smart working* e aumentando le ore di permesso.

Un ulteriore principio da osservare concerne la distribuzione ottimale dei fondi, considerata la scarsità delle risorse disponibili, che impediscono l'incremento degli interventi nel campo dei servizi socio-assistenziali. Oltre le risorse pubbliche è necessario attirare anche quelle private che possono contribuire al finanziamento degli interventi. In merito, l'art. 1, co. 210, della legge di bilancio per il 2024 (l. n. 213/2023) istituisce dal 1° gennaio 2024 il Fondo unico per l'inclusione delle persone con disabilità, che presenta molteplici fini, in cui sono confluiti i precedenti fondi abrogati, ma in realtà le risorse finanziarie non sono state implementate. Non essendo stati previsti degli investimenti specificamente dedicati al sostegno dei *caregiver*, viene rimarcata un'asimmetria che trascura il lavoro informale di cura, spesso capace «di evitare o ritardare l'istituzionalizzazione della persona non autosufficiente, con un notevole risparmio di risorse pubbliche»⁵⁴.

Alla luce di queste riflessioni, dunque, nonostante il Legislatore abbia compreso di dover colmare la lacuna inerente alla tutela dei *caregiver*, l'attuazione del PNRR e del PSDE richiede un maggiore impegno da parte dello Stato e delle

⁵⁴ P. TORRETTA, *Costituzione, non autosufficienza e nuove vulnerabilità: il caso dei caregiver familiari*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 5, p. 219.

Regioni ad incrementare le risorse per evitare che si trascuri la rilevanza del lavoro informale di cura, idoneo spesso a escludere o posticipare l'istituzionalizzazione della persona non autosufficiente.

Tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos abreviados: análisis comparado de Colombia y España*

LAURA DANIELA USECHE ACEVEDO

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El poder de reforma en las constituciones española y colombiana – 3. Los límites procedimentales a la reforma constitucional – 4. El control de constitucionalidad formal de la reforma – 5. La tramitación de las reformas constitucionales mediante procedimientos legislativos abreviados – 6. Conclusiones.

1. Las constituciones rígidas son aquellas que establecen un procedimiento de reforma constitucional distinto, especial y más exigente que aquel para la promulgación de leyes ordinarias. Esta previsión implica que existen límites procedimentales que deben ser observados por el poder de reforma.

Sin embargo, la limitación procedimental presenta escenarios de indeterminación. Esto ocurre en eventos en los que el parlamento, al llevar a cabo el procedimiento de reforma, utiliza procedimientos legislativos abreviados cuya aplicación reduce el tiempo de tramitación.

En este escenario, el presente trabajo pretende determinar si existe un límite procedimental que impida la tramitación de reformas constitucionales utilizando procedimientos abreviados cuando la normativa no se refiere expresamente a esta posibilidad. Como consecuencia de ello, se busca establecer si existe competencia de los órganos jurisdiccionales para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una eventual tramitación que haga uso de mecanismos abreviados.

El estudio de estos asuntos es relevante en tanto pone de manifiesto la tensión alrededor del procedimiento de reforma constitucional y su control. En este sentido, cuestiona el margen de libertad procedimental del poder de reforma en el marco de constituciones rígidas.

Para abordar ambas cuestiones, se realizará una comparación entre la reforma parlamentaria en los ordenamientos colombiano y español, en tanto en ambos existe (i) regulación del trámite de reforma constitucional; (ii) ausencia de

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

referencias normativas sobre la tramitación mediante procedimientos abreviados; (iii) ausencia de límites materiales al poder de reforma; y (iv) realización de trámites de reforma constitucional mediante procedimientos abreviados.

2. Con el fin de sentar las bases teóricas que orientarán el debate posterior, se busca se busca (i) identificar el poder de reforma como un poder constituyente o constituido; y (ii) determinar la categoría que en el sistema de fuentes se reconoce a la norma resultante del trámite de reforma parlamentario. Así mismo, se esbozarán las principales diferencias y similitudes en las regulaciones nacionales.

En primer lugar, el poder de reforma parlamentario es entendido como un poder que se diferencia del constituyente primario y, como tal, se encuentra limitado en ambos ordenamientos.

La Constitución española (CE) regula únicamente la reforma parlamentaria y consagra dos procedimientos específicos. Al respecto, para TUDELA “resulta preciso señalar que *el poder de reforma se anuda, necesariamente, al poder constituido*. Un poder limitado por las disposiciones del poder constituyente, único auténticamente soberano y capaz de subvertir radicalmente un orden político con premisas totalmente nuevas” (énfasis añadido)¹. De esta manera, la CE únicamente regula aquello que puede ser limitado.

Por el contrario, en el caso colombiano, el artículo 374 constitucional incluye la Asamblea Constituyente como una vía para *reformular* la Constitución. Sin embargo, se regula únicamente su convocatoria y se señala que “la Asamblea adoptará su propio reglamento”. En consecuencia, no puede decirse que se ha equiparado el poder de reforma con el constituyente originario.

Esta distinción ha sido desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-544/92, en la cual se demanda la inconstitucionalidad de un artículo permanente y uno transitorio de la Constitución. La Corte declara que carece de competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de actos que fueron *promulgados por el constituyente primario*. Como fundamento, señala que “las fuentes de legitimidad son diferentes en cada caso. Entre la [Asamblea] constituyente y el pueblo hay un nexo directo, mientras que entre el parlamento y el pueblo hay un nexo indirecto, ya que la relación se encuentra mediatizada por la existencia de una Constitución”².

¹ J. TUDELA ARANDA, *Una reflexión crítica sobre la regulación de la reforma constitucional en Cortes: Anuario de derecho parlamentario*, núm. Extra 31, 2018, p. 632.

² Corte Constitucional de Colombia, 1 octubre 1992, C-544/92, par. 10.

Así, tanto en el caso colombiano como en el español, cuando el parlamento ejerce su poder de reforma lo hace de manera limitada. A partir de ello, en cada ordenamiento se asignó de manera distinta la categoría de la norma resultante. Por un lado, el constituyente colombiano adoptó un nuevo concepto que diferencia la norma de reforma constitucional de la ley y de la Constitución: el acto legislativo³. Esta diferenciación de categorías ha facilitado el control jurisdiccional de la norma de reforma.

Por otro lado, en el caso español el constituyente no dotó de categoría específica al resultado de la reforma. De este modo, aunque se excluye la posibilidad de un control material⁴ y se diferencia de la ley al no incluirse en la función legislativa, no es claro si es posible controlar la adecuación al procedimiento, pues de la regulación en el título X no se refleja la distinción entre el poder constituyente y el constituido⁵.

Una vez identificados estos elementos, es preciso señalar las principales diferencias en la regulación de la reforma en ambos ordenamientos: (i) la capacidad de iniciativa; (ii) la flexibilidad del proceso; y (iii) la previsión de un control posterior.

En primer lugar, en España se excluye la posibilidad de iniciativa popular en la reforma constitucional. Esta exclusión ya se encontraba prevista en la Constitución española de 1931⁶, y sobre sus orígenes la profesora BIGLINO identifica causas de carácter técnico y político: “las causas que motivaron la exclusión de la iniciativa popular en este tema *fueron algunas de carácter técnico*. Así, DE VEGA ha puesto de manifiesto cómo resultaba superfluo atribuir iniciativa para la reforma de la Constitución a las Asambleas de los territorios autónomos si se reconocía la iniciativa popular. (...). Pero *fueron motivaciones también políticas* las que incidieron en este fenómeno. PÉREZ ROYO, resaltando el carácter esencialmente representativo de nuestra democracia, considera que el problema real en estos (...) [es] incrementar el grado de madurez alcanzado por la sociedad civil para poder autodirigirse en el Parlamento”⁷.

Estos dos argumentos no tienen cabida en el caso colombiano. Por un lado, en Colombia no es excluyente que se prevea la iniciativa de las entidades territoriales

³ Este concepto se deriva de los artículos 241.1, 375 y 379 de la Constitución Política. Así mismo, se encuentra definido en el artículo 221 de la Ley 5 de 1992.

⁴ En el artículo 168 se prevé expresamente la posibilidad de una reforma constitucional *total*.

⁵ J. TUDELA ARANDA, *Una reflexión*, cit., p. 647.

⁶ “Artículo 125. La Constitución podrá ser reformada: a) A propuesta del Gobierno; b) A propuesta de la cuarta parte de los miembros del Parlamento”.

⁷ P. BIGLINO CAMPOS, *La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal* en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 19, 1987, p. 110.

y a la vez se permita al pueblo ejercer de manera directa esta facultad. Por otro lado, aunque en el caso colombiano la Constitución no es el resultado de una transición a la democracia, tampoco existía en la Constitución de 1886 una amplia capacidad de participación popular⁸.

El ordenamiento colombiano además extiende la iniciativa a dos instituciones: (i) el Consejo de Estado, cuya capacidad de iniciativa fue promovida al interior de la Asamblea Constituyente y defendida por la doctrina al considerar que “resultaba indispensable, que en el desarrollo de una de las más importantes funciones estatales, como lo es la expedición de las leyes y la reforma a la Constitución, participaran, en colaboración con el Congreso, organismos especializados”⁹; y (ii) el Consejo Nacional Electoral en asuntos de su competencia.

En segundo lugar, la tramitación en la Constitución colombiana es más sencilla que la desarrollada por la CE. Ello porque la tramitación en el ordenamiento colombiano (i) plantea un único procedimiento, con la posibilidad de llevar a cabo un referendo cuando se trate de materias especialmente protegidas; (ii) establece como diferencia central entre el procedimiento de reforma y el procedimiento legislativo ordinario el trámite en dos periodos ordinarios y consecutivos; y (iii) impone dos límites a la tramitación en segundo periodo: la aprobación por mayoría absoluta de los miembros de cada cámara y el debate sólo de aquellas iniciativas presentadas en el primer periodo.

En este sentido, no se incluye (i) un procedimiento en caso de que no se alcance acuerdo en las cámaras; (ii) el referendo facultativo para todos los casos de reforma; (iii) un procedimiento diferenciado y con mayor dificultad para los asuntos especialmente protegidos.

Además, de la regulación de la reforma en ambos ordenamientos también es posible identificar una diferencia que determinará el examen posterior: mientras que en el ordenamiento colombiano cobra especial importancia el requisito de trámite en dos periodos consecutivos¹⁰; en el ordenamiento español la rigidez gira en torno a la consecución de unas mayorías más exigentes¹¹, aunque en ambos casos estos elementos se acompañen de otros requisitos.

⁸ No se consagraba la iniciativa legislativa popular en el artículo 79, que señalaba “Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros o de los Ministros del Despacho”, ni se preveían las figuras de referendo o plebiscito.

⁹ Corte Constitucional de Colombia, 12 julio 2012, C-535/12, par. 4.13

¹⁰ Siguiendo la tradición del primer constitucionalismo liberal según el cual la reforma debía realizarse en dos legislaturas sucesivas para asegurarse de la bondad de sus frutos. V. J. GARCÍA ROCA, [ed.], *Introducción en Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, (Pamplona: Aranzadi), 2014, p. 17.

¹¹ Se exige mayoría de 3/5 en cada una de las Cámaras para la reforma según el artículo 167 CE y una mayoría de 2/3 en cada Cámara en el procedimiento previsto en el artículo 168 CE.

Finalmente, es importante reseñar una última diferencia. Una vez promulgada la norma resultante de la reforma parlamentaria el constituyente colombiano, en el artículo 379, consagró la posibilidad de control de la Corte Constitucional con dos limitaciones: (i) los vicios que se pueden analizar, pues la declaración de inconstitucionalidad solo es posible por la violación de los requisitos previstos en el título XIII, los cuales son relativos al *procedimiento*; y (ii) un límite temporal, pues la acción pública de inconstitucionalidad solo procede un año después de su promulgación. Por el contrario, la CE guardó silencio sobre la posibilidad de control jurisdiccional de la norma resultante de la reforma.

A pesar de estas diferencias, en su origen existe un punto en común: la construcción del texto constitucional como el resultado de un amplio consenso entre fuerzas sociales. Además, otras similitudes que propician la comparación son: (i) el constituyente ha optado por no limitar el contenido de la reforma, lo cual ha sido reconocido por ambos tribunales constitucionales¹²; (ii) se identifican elementos que merecen una protección reforzada; (iii) la soberanía reside en el pueblo. Como reflejo de este principio, se recurre al referendo como mecanismo para dotar de legitimidad la reforma. Sin embargo, es posible reformar la Constitución sin ninguna participación popular.

3. La importancia de las normas de procedimiento puede ser abordada desde dos perspectivas: a partir de su importancia lógica *per se* y desde su relevancia como un medio para lograr objetivos sustanciales. A partir de las dos visiones, es posible considerar que la no observancia del procedimiento tiene como consecuencia la exclusión del ordenamiento jurídico de la norma resultante.

Siguiendo una evaluación lógica de las normas procedimentales, diversos autores han defendido que ocupan un lugar superior respecto de aquellas normas que son producidas conforme a ellas. Es decir, si existe en el ordenamiento jurídico una norma que indique el procedimiento conforme al cual se producirá el derecho, es el cumplimiento de este procedimiento lo que dotará de carácter jurídico a la norma resultante. Estas consideraciones se derivan del planteamiento de KELSEN, quien considera que “una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico”¹³. En esta línea, autores como BIGLINO y PIZZORUSSO

¹² V. Corte Constitucional de Colombia, 19 octubre 2005, C-1040/05, par. 7.10.4, reiterado en las sentencias C-303/10, 28 abril 2010, par. 11.3.1 y C-332/17, 17 mayo 2017, par. 5; y STC 48/2003, 12 marzo 2003, par. 7.

¹³ H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, (Buenos Aires: Eudeba), 1960, p. 112.

defienden una jerarquía normativa basada en una relación de instrumentalidad lógica en la que las normas de procedimiento deben ocupar un rango superior¹⁴.

A esta misma conclusión se llega si se analiza el procedimiento como un medio para lograr objetivos sustanciales. Este ha sido el criterio adoptado por los órganos de control constitucional de España y Colombia.

En el caso del Tribunal Constitucional español (TC), identificó que: “Aunque el artículo 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la ley, no es dudoso que, tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el *carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político* (artículo 1 CE), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley *cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad* en el seno de las Cámaras” (énfasis añadido)¹⁵.

En igual sentido, en la STC 247/2007 el Tribunal señaló que “los Reglamentos parlamentarios, (...) en algunos supuestos *pueden ser considerados como normas interpuestas entre la Constitución y las leyes* y, por ello, en tales casos, son condición de la validez constitucional de estas últimas, cumplen una función ordenadora de la vida interna de las Asambleas parlamentarias, *íntimamente vinculada a su naturaleza representativa y al pluralismo político del que son expresión y reflejo*” (énfasis añadido)¹⁶.

En el ordenamiento jurídico colombiano, por su parte, ubica el reglamento del Congreso como ley orgánica de acuerdo con el artículo 151 constitucional¹⁷. Pero más allá de esta categoría, la Corte Constitucional ha desarrollado la importancia del procedimiento al considerarlo como un instrumento al servicio del Estado constitucional y democrático, planteando con ello el *principio de instrumentalidad de las formas*.

De acuerdo con este principio, la regulación del procedimiento de formación de las leyes “pretende precisamente potenciar el principio democrático y preservar

¹⁴ V. P. BIGLINO CAMPOS, *Los vicios en el procedimiento legislativo: La postura del Tribunal Constitucional en la sentencia 99/87* en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Núm. 24, 1988, pp. 221- 222; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, (Bologna: Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano), 2011, p. 31.

¹⁵ STC 99/1987, 26 junio 1987, par. 1(a).

¹⁶ STC 247/2007, 29 noviembre 2004, par. 2.

¹⁷ Forma de ley especial que para su aprobación requiere la mayoría absoluta y que se considera parámetro de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

el contenido esencial del régimen institucional diseñado por el constituyente”¹⁸. Así, “las formas procesales no tienen un valor en sí mismo y deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo”¹⁹. Esta visión impacta la evaluación que realiza la Corte, pues se ha entendido que los “requisitos constitucionales y legales que regulan el proceso de formación de las leyes no tienen como finalidad obstruir o dificultar tal proceso, sino que *deben interpretarse al servicio del fin sustantivo que cumplen*” (énfasis añadido)²⁰.

De los extractos citados, se evidencia que en ambos ordenamientos no cualquier desconocimiento procedimental da lugar a la invalidez de la norma, por lo que el juez deberá tener en cuenta el impacto que tiene sobre los fines sustanciales²¹.

La concepción del procedimiento como un medio para la garantía de fines sustanciales reconoce al procedimiento como elemento estrechamente relacionado con los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho y permite diferenciar aquellos límites que resultan causantes de inconstitucionalidad de aquellos de menor entidad. Ello, sin desconocer la importancia del procedimiento como criterio lógico de validez.

El procedimiento como un medio adquiere una importancia mayor al tratarse de la reforma constitucional, dado que la previsión de un procedimiento agravado salvaguarda elementos identitarios de la forma de Estado constitucional, en tanto pretende (i) acoplar la Constitución al cambio histórico; (ii) realizar este acoplamiento dentro de la continuidad jurídica; y (iii) impedir que la constitución se ponga al servicio de una mayoría²². Por ello, su observancia es más exigible y el análisis de aquellos yerros que dan lugar a la inconstitucionalidad deviene más estricto.

Así lo entiende VILLAVERDE al establecer que “el Título X de la CE no regula una competencia del poder legislativo para reformar la CE, sino un poder de reforma constitucional que se sirve del legislativo para elevarlo a la condición de poder constituyente-constituido *capaz de producir normas constitucionales cuya*

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, 11 julio 2001, C-737/01, par. 5.

¹⁹ *Ibid.*, par. 7.

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, 10 octubre 2012, C-786/12, par. 8.1

²¹ En la STC 99/1987, F.J. 2(c) el TC consideró que para identificar el vicio de inconstitucionalidad era necesario determinar si se había alterado “de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno del órgano parlamentario”. Del mismo modo, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-985/06, F.J. 3.4.4 estableció los elementos que debe tener en cuenta el juez constitucional para determinar si el error de procedimiento tiene importancia tal para afectar la constitucionalidad de la norma.

²² P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, (Madrid: Tecnos), 1985, pp. 87-88.

validez deriva de su adecuación a los procedimientos de reforma regulados en el Título X de la CE” (énfasis añadido)²³.

De la obligatoriedad del procedimiento se desprende que son *límites procedimentales expresos* al poder de reforma: (i) las normas constitucionales que regulan el procedimiento, incluyendo aquellas fuera del Título de reforma constitucional que hacen referencia a ella; (ii) las normas que en el reglamento parlamentario regulan el procedimiento de reforma; y (iii) las normas que regulan el procedimiento legislativo ordinario y que por remisión son aplicables al procedimiento de reforma²⁴.

Ahora bien, además de estos límites expresos, existen *límites procedimentales implícitos* que se originan “de una interpretación sistemática de las normas constitucionales y parlamentarias que regulan el modo de producción legislativa, [de las cuales] pueden deducirse otras limitaciones que condicionan la tramitación parlamentaria de la revisión de la Constitución”²⁵. Así, puede inferirse que, por los presupuestos mismos de la reforma, esta resulta incompatible con algunos trámites del procedimiento legislativo ordinario.

Esta idea de límites procedimentales implícitos se encuentra respaldada en el artículo 227 de la Ley 5 de 1992 en Colombia, que señala “Las disposiciones contenidas en los capítulos anteriores referidas al proceso legislativo ordinario *que no sean incompatibles con las regulaciones constitucionales*, tendrán en el trámite legislativo constituyente plena aplicación y vigencia” (énfasis añadido).

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos objeto de análisis se ocupan del cumplimiento de los límites procedimentales de maneras disímiles. Por un lado, la Constitución colombiana establece, en dos artículos distintos²⁶, la competencia de la Corte Constitucional de controlar la observancia del procedimiento seguido por parte del órgano legislativo cuando ejerce su potestad para reformar la Constitución.

De estos dos artículos se identifica que: (i) el constituyente reconoce la importancia de mecanismos que aseguren el cumplimiento del procedimiento de reforma; (ii) el control de estos actos no es automático; y (iii) restringe el ámbito de control al análisis de los vicios de procedimiento.

²³ I. VILLAYERDE MENÉNDEZ, *El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales ¿un oximoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012*, en *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 30, 2012, p. 494.

²⁴ En ambos ordenamientos existen cláusulas de remisión al procedimiento ordinario: (i) Artículos 146 y 147 del Reglamento del Congreso de los Diputados en España; (ii) Artículo 227 de la Ley 5 de 1992 en Colombia.

²⁵ Y. GÓMEZ LUGO, *La tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos legislativos abreviados: un problema de límites procedimentales en UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, p. 407.

²⁶ Artículos 241 y 379 de la Constitución.

En el derecho español, dado que el constituyente estableció dos procedimientos diferenciados para la tramitación de la reforma, GÓMEZ identifica la existencia de un límite procedimental en un doble sentido: “Teniendo en cuenta que el art. 168 somete una serie de materias a la reserva procedimental prevista en dicha disposición constitucional, este mecanismo extraordinario de reforma actúa como un límite procedimental frente a las materias no reservadas a dicho cauce. Por otro, y como consecuencia de ello, el procedimiento ordinario del artículo 167 queda vedado para la modificación de las materias sometidas a la técnica más agravada prevista en el art. 168”²⁷.

En este sentido, TAJADURA señala que “ninguna duda cabe de que, como consecuencia de la previsión de un doble procedimiento de reforma en el Título X de la Constitución, pueden plantearse dos tipos de supuestos de inconstitucionalidad formal de una reforma. Por un lado, puede ocurrir que se utilice el procedimiento previsto en el art. 167 para reformar preceptos cuya modificación sólo es posible a través del art. 168. Por otro, puede suceder que la reforma se lleve a cabo (...) sin cumplir puntualmente los requisitos y condiciones exigidos en los correspondientes procedimientos”²⁸.

A pesar de ello, no es claro cómo se garantiza la observancia de estos procedimientos. Ni en la CE ni en la Ley Orgánica del TC se contempla el control jurisdiccional de vicios procedimentales en la reforma constitucional. Además, dado que en el ordenamiento español no se le otorga al resultado de la reforma la categoría de “ley”, se descarta la aplicación del recurso de constitucionalidad y la cuestión de constitucionalidad. Esta ambigüedad respecto del control de la observancia del procedimiento genera que en el ordenamiento español se cuestione la efectividad de la rigidez constitucional.

4. Como fue mencionado, en el caso español no existe ninguna norma que prevea la competencia del TC para el control de constitucionalidad de la reforma. Ante este vacío normativo, se abordarán en primer lugar las aproximaciones al control que se han planteado desde la jurisprudencia.

De las tres reformas realizadas a la CE²⁹, las dos primeras han sido objeto de pronunciamientos del TC:

²⁷ Y. GÓMEZ LUGO, *La tramitación*, cit., p. 407.

²⁸ J. TAJADURA TEJADA, *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, (Madrid: Marcial Pons), 2018, p. 158.

²⁹ Reforma al artículo 13.2 en 1992, reforma al artículo 135 en 2011 y reforma al artículo 49 en 2024. Todas llevadas a cabo mediante el procedimiento ordinario previsto en el artículo 167 y todas tramitadas simultáneamente a través de los procedimientos de urgencia y lectura única.

(i) En la primera reforma, el TC analizó la “constitucionalidad” del artículo 8 B (1) del tratado de Maastricht. El gobierno abogaba por una integración de la Constitución con el tratado sin necesidad de reforma, es decir, por vía de una interpretación amplia del artículo 93 constitucional. Este argumento fue rechazado por considerar que “los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa (por los cauces del Título X)”³⁰. En este mismo sentido, “ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, *ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidos* y mediante la modificación expresa de su propio texto” (énfasis añadido)³¹.

(ii) La segunda reforma, mediante la cual se modificó el artículo 135 de la CE para introducir el principio de estabilidad presupuestaria, dio lugar al ATC 9/2012. Este Auto se produce como respuesta al recurso de amparo parlamentario en contra de varios actos de trámite, por considerar que (a) la reforma debió ser tramitada mediante el procedimiento del artículo 168; y, subsidiariamente (b) la reforma no debió ser tramitada utilizando simultáneamente los procedimientos de urgencia y lectura única.

Aunque se trata de un Auto inadmisorio porque, a juicio del TC, no existía violación de derecho constitucional amparable, en sus consideraciones ofrece un análisis de fondo: respecto a la tramitación mediante el artículo 167, señala que “la Mesa del Congreso de los Diputados, con escrupulosa sujeción a lo dispuesto en los arts. 167 y 168 CE, únicamente podía calificar la reforma del art. 135 CE como objeto del procedimiento ordinario de reforma constitucional recogido en el art. 167 CE”³²; además, sobre la tramitación mediante el uso de procedimientos abreviados también ofrece un análisis sustancial que será abordado en el acápite posterior.

De estos pronunciamientos del TC se extraen dos conclusiones. En primer lugar, la obligatoriedad del procedimiento de reforma contenido en el Título X de la CE³³. En segundo lugar, que en la actualidad solo existe una vía por la cual

³⁰ DTC 1/1992, 24 julio 1992, par. 4

³¹ *Ibid.*

³² ATC 9/2012, 11 febrero 2012, par. 2.

³³ Este planteamiento, que puede deducirse de la DTC 1/1992, es explícitamente adoptado en la STC 103/2008, en la que el TC señala que la CE no contiene ningún límite material a la reforma constitucional, “pero el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable”.

es posible cuestionar el procedimiento seguido durante el trámite de reforma constitucional: el recurso de amparo parlamentario.

Sin embargo, esta única vía presenta dos limitaciones. Por un lado, implica que no basta con que se evidencien infracciones al procedimiento, sino que además habrá que demostrar que con esas infracciones se afectaron gravemente derechos fundamentales. Por otro lado, condiciona los efectos del fallo, pues no se podrá declarar la nulidad. Así lo ha manifestado el TC al señalar que “una declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* es propia de un recurso de inconstitucionalidad, no de un recurso de amparo”³⁴.

La conciliación de estas dos conclusiones es problemática: si bien el TC señala la necesidad de observar el procedimiento de reforma, no existe ningún recurso mediante el cual podría cuestionarse su incumplimiento de forma autónoma. Por ello, son varios los doctrinantes que han planteado la necesidad de establecer un mecanismo autónomo que permita el control jurisdiccional de los vicios de procedimiento en la reforma constitucional³⁵.

En el caso colombiano y dado que existe una competencia expresa de la Corte Constitucional para conocer de la constitucionalidad formal de la reforma, del ejercicio de esta competencia es posible destacar: (i) los principios de consecutividad e identidad flexible como principales herramientas para evaluar la existencia de vicios procedimentales; y (ii) la identificación de un límite competencial implícito derivado del artículo 374 constitucional que da lugar a la “teoría de la sustitución”.

En primer lugar, del artículo 375 la Corte identificó dos límites expresos al procedimiento de reforma: (i) la exigencia de que el trámite suceda en *dos periodos ordinarios y consecutivos*; y (ii) la obligación de debatir en el segundo periodo *únicamente las iniciativas presentadas en el primero*.

A partir de ello, la Corte desarrolla: (i) el *principio de consecutividad*, que se garantiza cuando se llevan a cabo de forma sucesiva los 8 debates exigidos y el cual se desdobra en dos dimensiones: una relativa a “las condiciones para que pueda considerarse que en una determinada etapa del trámite se han cumplido las exigencias de votación y deliberación”, y otra que exige que “el tema objeto de debate legislativo sea examinado a lo largo del trámite en el Congreso, de forma que no se debatan y aprueben en etapas posteriores asuntos que no lo fueron en las etapas precedentes”³⁶; y (ii) el *principio de identidad relativa o flexible*, de acuerdo

³⁴ STC 167/1986, 22 diciembre 1986, par. 9.

³⁵ V. P. DE VEGA, *La reforma*, cit., 1985, pp. 299-302; J. TAJADURA TEJADA, *La reforma*, cit., 2018, pp. 157-158; Y. GÓMEZ LUGO, *La tramitación*, cit., 2019, p. 417.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, 13 julio 2016, C-373/16, par. 182.

con el cual las modificaciones deben guardar conexidad con los asuntos tratados en etapas previas, con lo que no se impide al legislador la modificación pero se exige preservar la unidad temática³⁷.

La evaluación a partir de estos principios ha sido consistente y poco debatida. Este examen va frecuentemente acompañado del estudio de las votaciones y las mayorías.

En segundo lugar, la Corte ha desarrollado la tesis del juicio de sustitución. Esta tesis se formula en la sentencia C-551/03, en la cual, por tratarse de la primera vez que la Corte lleva a cabo un control automático sobre una de las modalidades de reforma constitucional, determina el alcance de su competencia.

La Corte parte por reconocer que su competencia se concentra en a los límites posible un control material. Seguidamente, la se concentra en sentencia plantea que “tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que *la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia*, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable” (énfasis añadido)³⁸.

En consecuencia, la sentencia analiza el alcance de la competencia que ha otorgado el constituyente al parlamento, respecto a lo cual resalta: “una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado – lo cual está autorizado pues en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana – y otra cosa es que *so pretexto de reformar la Constitución en efecto ésta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente – lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder*” (énfasis añadido)³⁹.

Así, la Corte reconoce un *límite competencial implícito*, deducible a partir del artículo 374 constitucional, de acuerdo con el cual se otorga únicamente la capacidad de *reformar* el texto constitucional. A partir de ello, la Corte señala lo que va a constituir el planteamiento central del juicio de sustitución:

“De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser *sustituida* por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder

³⁷ *Ibid.*, par. 184.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, 9 julio 2003, C-551/03, par. 22.

³⁹ *Ibid.*, par. 33.

reformatorio a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. *Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el título XIII habla de la “reforma” de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario*” (énfasis añadido)⁴⁰.

Así mismo, la Corte identifica que “el argumento precedente muestra que un poder de reforma sin límites competenciales elimina también la distinción básica entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma”⁴¹, pues “el poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que *es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado, por la imposibilidad de sustituir la Carta*, ya que ello implicaría que el poder de reforma se erige en poder constituyente originario” (énfasis añadido)⁴². Así, la sentencia citada constituye un hito en la jurisprudencia colombiana que ha modificado el control de las reformas constitucionales realizado desde entonces y ha significado un cambio en la teoría del control.

Se evidencia que en ambos ordenamientos se reconoce la necesidad de que exista una vía que permita el control jurisdiccional de la reforma constitucional. Sin embargo, cuando esta competencia no se encuentra establecida expresamente y mediante un recurso autónomo, el control se realiza desde escenarios inadecuados que distorsionan su alcance. Por el contrario, cuando existe tal competencia, el órgano jurisdiccional tiende a desarrollar teorías que incluso pueden exceder lo inicialmente previsto.

5. En ambos ordenamientos jurídicos existen mecanismos a través de los cuales se puede agilizar la tramitación de un proyecto o proposición de ley, siendo relevantes para la reforma constitucional la urgencia y lectura única en el caso español, y urgencia y votación en bloque en el caso colombiano. Así mismo, en Colombia se reformó la Constitución para incluir un procedimiento

⁴⁰ *Ibid.*, par. 34.

⁴¹ *Ibid.*, par. 37.

⁴² *Ibid.*, par. 40.

abreviado especial y transitorio para la tramitación de reformas constitucionales relacionadas con la implementación del Acuerdo Final de Paz, en el cual se reduce a 4 el número de debates exigidos, debiendo contar con mayoría absoluta en las Cámaras y control automático de la Corte Constitucional.

La previsión de procedimientos legislativos abreviados en ambos ordenamientos tiene como objetivo “simplificar los trámites y actos propios del *iter legis* con la pretensión de que la Cámara adopte una decisión adecuada a las circunstancias que se reclaman y en el menor tiempo posible”⁴³. A pesar de que en la normativa no se excluye de manera expresa la posibilidad de su uso en la tramitación de la reforma y por lo tanto no existe ningún límite procedimental explícito que lo impida, se ha planteado la existencia de un eventual límite implícito.

Las tres reformas constitucionales en España fueron presentadas por los dos grupos parlamentarios mayoritarios, por lo que la propuesta de tramitación directa y en lectura única fue aprobada por estas mismas mayorías. Sin embargo, al interior del parlamento se ventilaron las primeras objeciones a su uso. Si bien en la reforma de 1992 no existió protesta dado el amplio consenso parlamentario, en la segunda y tercera reforma sí se plantearon argumentos en contra de la reducción de los plazos⁴⁴.

Como reflejo de estos argumentos, en 2011, se presenta un recurso de amparo en contra de actos de trámite de la reforma, el cual da lugar al ATC 9/2012 previamente referenciado. En el Auto se justifica la utilización de procedimientos abreviados a partir de dos consideraciones:

- (i) un análisis normativo, que concluye que “ni de la lectura del texto constitucional en su conjunto, ni de modo especial del título X dedicado por la propia Constitución a su posible reforma, ni del art. 146 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) se advierte que la aprobación de la reforma constitucional haya quedado excluida del procedimiento de lectura única”. Además, insinúa su aprobación tácita cuando encuentra que “no es un dato menor el que *la única especialidad procedimental vetada por la Norma Fundamental, en relación con la reforma constitucional, es la eventual atribución de la aprobación de la misma a una comisión legislativa permanente* (art. 75.3 CE), asegurando así, precisamente, la intervención del Pleno de la Cámara. *Intervención que sí se produce durante la sustanciación del procedimiento de lectura única* que tiene lugar exclusivamente en sesión plenaria” (énfasis añadido)⁴⁵.

⁴³ Y. GÓMEZ LUGO, *La tramitación*, cit., 2019, pp. 394-395.

⁴⁴ V. Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2011, IX legislatura, núm. 269, p. 11; Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2024, XV legislatura, núm. 17, p. 11 y 23.

⁴⁵ ATC 9/2012, 11 febrero 2012, par. 3.

(ii) un análisis sustancial, a partir de la eventual afectación del derecho en el artículo 23.2. En este punto, a partir de la limitación de su capacidad de participación alegada por los recurrentes, el TC afirma que “éstos han tenido la oportunidad de intervenir en la fase plenaria durante el trámite de toma en consideración y de oponerse mediante el oportuno voto a la misma, en la tramitación de la proposición mediante el controvertido procedimiento y, ulteriormente, en la propia aprobación de la iniciativa de reforma”⁴⁶.

Este análisis es opuesto al realizado por la Corte Constitucional colombiana. Desde el punto de vista normativo, de acuerdo con la sentencia C-222/97⁴⁷, el uso de procedimientos abreviados constituye una excepción al trámite legislativo, y como tal su aplicación debe interpretarse estricta y taxativamente. En este sentido, “son inaplicables, entonces, al trámite de reformas constitucionales los artículos 169 a 173 del Reglamento del Congreso [relativos a las sesiones conjuntas], válidos únicamente para los *proyectos de ley* allí contemplados” (énfasis añadido)⁴⁸. En línea con este argumento, tampoco se considera válida la aplicación del mensaje de urgencia en tanto en esa disposición también se hace referencia a los *proyectos de ley*. Para la Corte, entonces, donde la norma hace referencia a *proyectos de ley*, debe entenderse que se excluye la tramitación de actos legislativos.

La Corte colombiana también ha tomado una posición distinta al evaluar el problema desde un punto de vista sustancial. En sus consideraciones, resalta que la Constitución “exige, para los proyectos de Acto Legislativo, un total de ocho debates, que *deben darse completos e integrales para que lo aprobado tenga validez*” (énfasis añadido), y más adelante continúa “lo dicho excluye, en consecuencia, la votación en bloque de todo un proyecto de ley o de Acto Legislativo compuesto por varios artículos, y por supuesto la votación fundada exclusivamente sobre la base de acuerdos políticos externos a la sesión misma, celebrados por grupos, partidos o coaliciones, con la pretensión de imponer una mayoría sin previo debate, *atropellando los derechos de las minorías o impidiendo el uso de la palabra o la discusión a los congresistas no participantes en tales formas de concierto previo*” (énfasis añadido)⁴⁹.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Reiterada en la Sentencia C-387/97 del 19 agosto 1997, par. 4; y en la Sentencia C-1053/05 del 19 octubre 2005, par. 6.3.2.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, 29 abril 1997, C-227/97, par. 2

⁴⁹ *Ibid.*

Es importante tener en cuenta la naturaleza del recurso que se está resolviendo, pues mientras en España se trata de un recurso de amparo, en Colombia se trata de un control abstracto de constitucionalidad. En este contexto, el TC encuentra que aun cuando los plazos del procedimiento se reducen, ello no implica que se impida la participación de las minorías parlamentarias. Esto se enmarca, además, en el hecho de que el principal elemento de rigidez de la CE radica en la *consecución de las mayorías*.

En el caso colombiano, el eje central del procedimiento agravado es el *número de debates exigidos*, que han sido interpretados por la Corte como dotados de un contenido que asegura la correcta formación de la voluntad parlamentaria⁵⁰. Así, aun cuando el proyecto tenga un consenso tal que le permita la consecución de las mayorías necesarias, es fundamental un debate que permita la deliberación de todas las fuerzas políticas.

Además de estas consideraciones, es preciso reseñar el estudio que realizó la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad del procedimiento especial para la paz. La Corte lo consideró constitucional luego de llevar a cabo el juicio de sustitución, en tanto:

“(i) su objetivo es lograr la paz,(...); (ii) constituye un mecanismo especial, excepcional y transitorio de reforma, que adiciona un procedimiento a los previstos en las cláusulas de enmienda constitucional, que no son intangibles; (iii) dentro del marco de la reforma, los procedimientos de expedición de actos legislativos y de leyes se diferencian entre sí por sus distintos niveles de dificultad; y (iv) fuera del Acto Legislativo, el mecanismo especial de enmienda constitucional mantiene el nivel de resistencia al cambio de las normas constitucionales por encima del de las leyes, no petrifica las cláusulas de reforma de la Constitución, no suprime ni reduce la diversidad en los mecanismos de enmienda o sus formas de activación, ni tampoco equipara el poder constituyente a la competencia de revisión constitucional. *Estas variaciones en modo alguno rempazan por uno distinto el principio de resistencia constitucional relativa, variable, diversa y funcionalmente diferenciada. Por el contrario, se ajustan al marco constitucional preexistente*” (énfasis añadido)⁵¹.

La Corte resaltó además la importancia de que la implementación normativa del Acuerdo se realizara rápidamente. Así, recoge que “el mecanismo busca “agilizar y

⁵⁰ De acuerdo con la Corte Constitucional, “es inherente al debate la exposición de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos; el examen de las distintas posibilidades y la consideración colectiva, razonada y fundada, acerca de las repercusiones que habrá de tener la decisión puesta en tela de juicio”, V. 29 abril 1997, C-227/97, par. 2.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, 13 diciembre 2016, C-699/16, par. 54.

garantizar la implementación” del Acuerdo final (*ídem* art 1). Lo cual se justifica en el marco de negociaciones de paz, según los antecedentes parlamentarios, *por cuanto otras experiencias comparadas han demostrado la necesidad de una implementación oportuna que no ponga en riesgo lo acordado*” (énfasis añadido)⁵².

Pese a esta declaración de constitucionalidad, considera que no es admisible la competencia gubernamental contenida en los literales “h) Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno nacional” (énfasis añadido); y “j) En la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, *con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación*” (énfasis añadido), pues estas previsiones “desvirtúan las competencias de deliberación y de eficacia del voto de los congresistas, las cuales conforman el núcleo esencial de la función legislativa”⁵³.

Sobre la votación en bloque, considera que su procedencia depende de una evaluación del caso concreto en tanto “supone la existencia de consensos sobre la iniciativa pero, en particular, la obligatoriedad de que se hubiera contado con la oportunidad de debatir, *la cual se hubiese declinado por parte de la mesa directiva ante la comprobación de dicho consenso*” (énfasis añadido)⁵⁴.

A partir de estas consideraciones se intentará plantear una respuesta al primer interrogante. Para empezar, no cabe duda que el procedimiento establecido es de obligatorio cumplimiento para el ejercicio del poder de reforma. Sin embargo, el uso de procedimientos abreviados en la tramitación no implica un desconocimiento de los límites procedimentales expresos, pues se desarrollan de manera simultánea a ellos y su aplicación no afecta los dos elementos esenciales que caracterizan la rigidez.

Pese a esta aplicación simultánea, se han expuesto importantes argumentos en contra en los dos ordenamientos jurídicos: en Colombia, la Corte Constitucional identificó la imposibilidad de hacer extensiva una norma que exceptúa el procedimiento legislativo ordinario y afecta los derechos de las minorías políticas, mientras que en España los grupos parlamentarios minoritarios han manifestado la inconveniencia de la tramitación abreviada.

A partir de estas consideraciones, que además han sido desarrolladas por la doctrina española⁵⁵, es posible identificar dos argumentos principales a favor

⁵² *Ibid.*, par. 42.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, 17 mayo 2017, C-332/17, par. 10, conclusión.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ V. E. ARANDA ÁLVAREZ, *La «sustancialidad» del procedimiento para la reforma constitucional en UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 29, 2012, p. 400; Y. GÓMEZ LUGO, *La tramitación*, cit., 2019, p. 409.

de la existencia de un límite procedimental implícito: (i) la imposibilidad de adecuar la reforma constitucional, de especial complejidad, a los procedimientos legislativos abreviados; y especialmente, (ii) la afectación a la participación de las minorías políticas.

De este modo, es posible concluir que el uso simultáneo de procedimientos abreviados con el trámite de reforma constitucional, aunque conserva los elementos esenciales de rigidez, conlleva una afectación al debate deseado cuando se tramita una reforma constitucional, que por tratarse de la norma de mayor importancia del ordenamiento jurídico debe ser modificada en circunstancias excepcionales y con rigor especial. En consecuencia, puede hablarse de que existe, *por regla general*, un límite procedimental implícito que impide la tramitación de las reformas constitucionales mediante procedimientos legislativos abreviados.

Ahora bien, en ambos ordenamientos jurídicos existe una coincidencia importante: la inexistencia de cláusulas pétreas. En este sentido, la ausencia de valores absolutos implica que, aun los elementos sustanciales pueden verse afectados cuando las circunstancias lo ameriten, siempre que tal afectación se encuentre plenamente justificada y no conlleve la eliminación total de dicho elemento.

Esto se refleja en los casos en los que se ha permitido una tramitación abreviada de reformas constitucionales atendiendo a su contexto. Así, en España no existió debate sobre la tramitación abreviada de la reforma de 1992, que introducía un cambio menor y necesario para la adopción del tratado de Maastricht, y por tanto generaba consenso total en el parlamento. Del mismo modo, en el ordenamiento colombiano, la Corte Constitucional admitió el procedimiento abreviado para la paz teniendo en cuenta las especiales circunstancias de su expedición, sus características y fines.

A partir de ello, se identifica que pueden darse circunstancias excepcionales que permiten e incluso exigen una reforma constitucional ágil. Ante tales eventos, es preciso que se permita la adaptación a la realidad.

En este sentido, los procedimientos abreviados son una herramienta útil para agilizar el trámite de la reforma cuando (i) existe un amplio consenso que incluye a todas las fuerzas parlamentarias y se refleja a nivel social; o (ii) se exige una tramitación rápida, pues existe una necesidad objetiva y comprobable de que se incorpore la enmienda en el menor tiempo posible.

Esta flexibilización tiene como límites: (i) los principios que se protegen con la rigidez, esto es, el principio democrático y la supremacía constitucional, por lo que debe evidenciarse el apoyo de *todas* las fuerzas políticas; y (ii) la naturaleza limitada del poder de reforma, que en ningún caso podría igualarse al poder constituyente originario.

Estas consideraciones, que tienen un contenido sustancial, no implican una revisión material de la reforma sino una evaluación procedimental estricta, entendida a partir de los fines sustanciales que protege el procedimiento de reforma y conforme al cual, solo cuando estos fines se afectan de manera considerable es posible hablar de una invalidez de la norma resultante⁵⁶. Esto teniendo en cuenta, además, que en la práctica es imposible aislar la corrección procedimental de su impacto en la sustancialidad.

En síntesis, se concluye que existe, por regla general, un límite procedimental implícito que impide el uso de los procedimientos legislativos abreviados en el trámite de la reforma constitucional dado que (i) afecta la participación y el debate democrático en el parlamento; y (ii) resulta en principio incompatible con la naturaleza superior de la Constitución.

Sin embargo, dada la imposibilidad de prever todos los escenarios, se reconoce que pueden ocurrir circunstancias excepcionales en las que sea necesaria una tramitación ágil de la reforma. En estos casos, el uso de procedimientos legislativos abreviados no dará lugar a un vicio procedimental que genere la nulidad siempre que con ello no se afecten de manera sustancial los elementos protegidos con el procedimiento agravado.

Ahora bien, para garantizar la observancia de este límite es recomendable que (i) exista un recurso jurisdiccional autónomo que permita el control de la reforma; y (ii) en su ejercicio, el tribunal no se limite a un análisis de los límites procedimentales explícitos. Así, se exige un ejercicio activo de la competencia por parte de los tribunales, que como tal son los encargados de proteger la voluntad del constituyente primario y adaptar los mandatos constitucionales a la realidad social. En este sentido, es a partir de la actividad judicial que resultará posible identificar y proteger los límites procedimentales implícitos.

En materia de tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos legislativos abreviados, este control permitiría además identificar aquellos eventos excepcionales en los que la utilización de estos procedimientos no da lugar a la nulidad de la reforma.

6. En el presente trabajo se buscaba determinar la existencia de un límite procedimental implícito que impidiese la tramitación de reformas constitucionales utilizando procedimientos abreviados, pese a que en ninguna

⁵⁶ Esta consideración se encuentra en línea con lo planteado en el apartado tercero sobre la visión del procedimiento como un medio para la consecución de fines sustanciales.

norma se encuentra tal prohibición. Así mismo, se planteó el rol de los órganos jurisdiccionales. La respuesta, a su vez, estuvo enmarcada en los ordenamientos jurídicos de Colombia y España.

A partir del análisis realizado se encontró: *(i)* que el poder de reforma es limitado explícitamente por la normativa que desarrolla el procedimiento de reforma constitucional; *(ii)* que, del análisis de esta normativa y de la naturaleza misma de la reforma se pueden derivar límites procedimentales implícitos; *(iii)* que el control jurisdiccional procedimental que recae sobre el procedimiento de reforma resulta conveniente para hacer exigibles las limitaciones del poder de reforma.

A partir de estas conclusiones, se plantean las respuestas a las preguntas formuladas: *(i)* por un lado, se encontró que, por regla general, existe un límite procedimental implícito que impide la tramitación de la reforma constitucional utilizando procedimientos legislativos abreviados, aunque excepcionalmente pueda ser aceptado en aquellos casos en los que exista amplio consenso o una urgencia manifiesta en su tramitación, siempre que se evite cualquier afectación sustancial de los principios protegidos a través del procedimiento; y *(ii)* es conveniente la existencia de un recurso jurisdiccional autónomo que permita el análisis del procedimiento de reforma. Además, en su labor interpretativa es aconsejable que el tribunal actúe activamente, interactuando de manera efectiva con el parlamento en aras de proteger la supremacía constitucional aun cuando ello implique la restricción de las mayorías políticas.

Referencias bibliográficas

- A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, (Bologna: Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano), 2011.
- Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2011, IX legislatura, núm. 269.
- Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2024, XV legislatura, núm. 17.
- E. ARANDA ÁLVAREZ, *La «sustancialidad» del procedimiento para la reforma constitucional en UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 29, 2012, p. 389-408.
- H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, (Buenos Aires: Eudeba), 1960.
- I. VILLAYERDE MENÉNDEZ, *El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales ¿un oximorón constitucional? Comentario al ATC 9/2012*, en *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 30, 2012, pp. 483-498.
- J. GARCÍA ROCA, [ed.], *Introducción en Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, (Pamplona: Aranzadi), 2014.
- J. TAJADURA TEJADA, *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, (Madrid: Marcial Pons), 2018.
- J. TUDELA ARANDA, *Una reflexión crítica sobre la regulación de la reforma constitucional en Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. Extra 31, 2018.
- P. BIGLINO CAMPOS, *La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal en Revista española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 19, 1987, pp. 75-130.
- P. BIGLINO CAMPOS, *Los vicios en el procedimiento legislativo: La postura del Tribunal Constitucional en la sentencia 99/87 en Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Núm. 24, 1988, pp. 211-228.
- P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, (Madrid: Tecnos), 1985.
- Y. GÓMEZ LUGO, *La tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos legislativos abreviados: un problema de límites procedimentales en UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 389-419.

Referencias jurisprudenciales

- Corte Constitucional de Colombia, 1 octubre 1992, C-544/92.
- Corte Constitucional de Colombia, 12 julio 2012, C-535/12.
- Corte Constitucional de Colombia, 17 mayo 2017, C-332/17.
- Corte Constitucional de Colombia, 11 julio 2001, C-737/01.
- Corte Constitucional de Colombia, 10 octubre 2012, C-786/12.
- Corte Constitucional de Colombia, 28 abril 2010, C-303/10.
- Corte Constitucional de Colombia, 13 julio 2016, C-373/16.
- Corte Constitucional de Colombia, 9 julio 2003, C-551/03.

Corte Constitucional de Colombia, 29 abril 1997, C-227/97.
Corte Constitucional de Colombia, 13 diciembre 2016, C-699/16.
Corte Constitucional de Colombia, 19 octubre 2005, C-1040/05.
Corte Constitucional de Colombia, 29 noviembre 2006, C-985/06.
Corte Constitucional de Colombia., 19 octubre 2005, C-1053/05.
Corte Constitucional de Colombia., 19 agosto 1997, C-387/97.
STC 48/2003, 12 marzo 2003.
STC 99/1987, 26 junio 1987.
STC 247/2007, 29 noviembre 2004.
DTC 1/1992, 24 julio 1992.
ATC 9/2012, 11 febrero 2012.
STC 167/1986, 22 diciembre 1986.
STC 103/2008, 11 septiembre 2008.

Il regionalismo italiano alla prova dello *European Green Deal**

IGNAZIO SPADARO

SOMMARIO: 1. La spinta dell'Unione europea verso la «transizione verde». – 2. Il *green public procurement* nel nuovo *Codice dei contratti pubblici*. – 3. L'evoluzione della *governance* del PNRR in senso accentrato. – 4. Le possibili ricadute sull'autonomia regionale. – 5. *Segue*. Ulteriori fattori di debolezza delle Regioni: fiscalità, contribuzione alla finanza pubblica, sussidiarietà. – 6. Sulla possibile insorgenza di disparità inter-territoriali. – 7. Considerazioni conclusive sulla necessità di un maggiore coinvolgimento delle Regioni (anche) in prospettiva europea.

1. Le *Political guidelines* pubblicate dalla Presidente della Commissione europea all'indomani della sua rielezione, nel luglio 2024, danno ampio risalto all'esigenza di abbracciare un modello di sviluppo economico che sia ecologicamente «sostenibile». Tale obiettivo, oltre ad essere coerente con molteplici disposizioni di diritto primario (artt. 3 TUE, 21 TUE, 11 TFUE, 37 CDFUE), si pone in continuità con le linee programmatiche del quinquennio precedente¹. Com'è noto, esse si sono già concretizzate nello *European Green Deal*², ambizioso «pacchetto» di atti normativi destinati a mitigare la cd. impronta ecologica di molte attività antropiche e raggiungere la neutralità climatica entro il 2050, con una riduzione del 55% dei gas serra rispetto al 1990 già nel 2030, e del 90% entro il 2040. Invero, si tratta di obiettivi ambiziosi, che nel 2021 hanno acquisito piena vincolatività per effetto del regolamento 2021/1119 (cd. *European Climate Law*). Benché a fine 2023 la Commissione abbia constatato «lacune» e «ritardi» da parte di diversi Stati membri³, nel febbraio 2024 il progetto si è ulteriormente consolidato con la *Antwerp*

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Comunicazione COM(2019) 640 final dell'11 dicembre 2019, su cui v. il commento di M. C. CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *Eurojus*, 2020, n. 4, pp. 54 ss.

² Per approfondimenti si rinvia a G. MARCHETTI, *Il «principio fondamentale ambientalista» nella prospettiva multilivello e il suo impatto sull'assetto costituzionale*, Torino, 2024, pp. 54 ss.

³ V. la comunicazione *Stato dell'Unione dell'energia 2023*, COM(2023) 650 final del 24 ottobre 2023, § 2, cui cfr. la stretta complementarietà tra diritto europeo e legislazione nazionale argomentata da K. KULOVESI - S. OBERTHÜR - H. VAN ASSELT - A. SAVARESI, *The European Climate Law: Strengthening EU Procedural Climate Governance?*, in *Journal of Environmental Law*, 2024, n. 1, pp.

Declaration for a European Industrial Deal, in cui le settantatré maggiori imprese europee, alla presenza della Presidente della Commissione, hanno assunto l'impegno ad investire cospicue risorse nello sviluppo e nell'implementazione di sistemi produttivi e tecnologie più ecosostenibili⁴.

Non a caso, nel testo del regolamento 2021/241 la *green transition* è in cima agli interventi finanziabili mediante il dispositivo per la ripresa e la resilienza (art. 3)⁵. Inoltre, ad essa si affiancano la previsione del principio “*do not significant harm*” per l'approvazione dei progetti (art. 5, § 2)⁶ e l'obbligo, per gli Stati membri, di destinare al perseguimento della neutralità climatica «almeno» il 37% delle risorse (art. 16, § 2).

In Italia, esigenze di speditezza hanno spinto verso una gestione normativa della transizione di tipo *top-down*, ossia controllata dagli organi di governo e dalle Amministrazioni statali. Ciò appare evidente se si prendono in esame alcune disposizioni del nuovo *Codice dei contratti pubblici*, introdotte proprio su impulso dell'UE⁷, insieme a quelle che, dopo molteplici rimaneggiamenti, delineano oggi la *governance* del *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR). Su di esse ci si soffermerà, quindi, nei paragrafi successivi, per poi saggiarne l'effettiva compatibilità con le garanzie apprestate all'autonomia regionale dalla Costituzione.

2. A partire già dal *Codice dei contratti pubblici* del 2006, Parlamento e Governo hanno introdotto una disciplina sempre più rigorosa in tema di ecosostenibilità delle acquisizioni di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni, ivi comprese quelle delle Regioni.

26 ss., e, anche per alcuni spunti in prospettiva *de iure condendo*, I. SAMKHARADZE, *The Regional Energy and Climate Governance*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2023, n. 3-4, pp. 237 ss.

⁴ Cfr., solo per richiamare uno dei settori produttivi maggiormente interessati dalle nuove normative, E. VERDOLINI, *Verso un diritto alla mobilità sostenibile? L'impatto dell'European Green Deal nel settore dei trasporti*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 19, pp. 394 ss.

⁵ Com'è noto, il dispositivo si inserisce nel più ampio programma *Next Generation EU*, su cui v. l'attenta disamina di N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, in *Federalismi.it*, febbraio 2023, pp. 1 ss.

⁶ Per approfondimenti v. A. BARTOLINI, *Green Deal europeo e il c.d. principio DNSH*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 15, pp. 53 ss.

⁷ Sulla matrice europea delle disposizioni sul *GPP* contenute nel Codice vigente, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, così come di quelle inserite nei due Codici previgenti, v. l'ampia ricostruzione di G. CREPALDI - R. MICALIZZI, *Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 14, pp. 62 ss., cui cfr., sul piano normativo, almeno le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, entrambe del 31 marzo 2004, la direttiva 2009/33/CE del 23 aprile 2009 e, più di recente, le direttive 2014/24/UE, 2014/23/UE e 2014/25/UE, del 26 febbraio 2014.

Pur nell'impossibilità di esaminare in dettaglio tutte le previsioni in tema di "appalti verdi" contenute nel Codice vigente, sembra opportuno segnalarne alcune, che più di altre paiono espressive dell'indirizzo politico in esame. La prima è contenuta nell'art. 95, co. 1, lett. a), a norma del quale le stazioni appaltanti sono tenute ad escludere dalle procedure di gara tutti gli operatori che abbiano commesso «gravi infrazioni [...] agli obblighi in materia ambientale». L'ampiezza della formula utilizzata induce a ritenere che tale causa di esclusione operi anche in assenza di un preventivo accertamento giudiziale, come potrebbe essere, ad esempio, la condanna per uno dei reati *ex artt.* 452-bis ss. c.p. Del pari, sono da ritenersi compresi nella fattispecie i meri illeciti amministrativi, anche se mai contestati in precedenza. È evidente l'aggravio che può derivarne in sede istruttoria, ed il conseguente rischio di impugnazioni.

La seconda disposizione su cui è d'uopo soffermarsi è l'art. 57, co. 2, il quale impone di inserire nei bandi alcuni «criteri ambientali minimi» (CAM), ossia «specifiche tecniche» e «clausole contrattuali», fissati a livello ministeriale con l'obiettivo di escludere le imprese i cui processi produttivi o organizzativi abbiano un impatto eccessivo sull'ecosistema, p. es. per la quantità degli scarti di lavorazione o per l'impiego di materiali non riciclabili. Le relative verifiche possono essere agevolate dal ricorso alle cd. eco-etichette, che attestano la conformità di singoli prodotti e servizi a determinati *standard* di sostenibilità ambientale. Tuttavia, l'Allegato II.5 al Codice stabilisce che, qualora un concorrente dimostri di non potersi procurare l'etichettatura richiesta nel bando per «motivi ad esso non imputabili», le Amministrazioni debbono valutare caso per caso, alla luce di ogni altro mezzo di prova eventualmente prodotto dall'interessato (pt. II, sez. A, punto 3). Analogo orientamento è maturato in giurisprudenza con riferimento alle «certificazioni di sistemi di qualità», che concernono, invece, la capacità tecnico-professionale dell'impresa ed il cui possesso è anch'esso previsto, all'art. 100, co. 5, lett. c) cod. contr. pubbl., tra i requisiti di selezione degli offerenti⁸.

Infine, deve senz'altro richiamarsi quella che è, forse, la novità più significativa introdotta dal Codice del 2023, ossia l'aggiudicazione secondo il solo criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa», da individuarsi, tuttavia, sulla base del «miglior rapporto qualità/prezzo», del «costo» o dell'«elemento prezzo», *ex art.* 108, co. 1. La medesima disposizione, al comma 4, precisa che qualora l'Amministrazione scelga di valorizzare il rapporto qualità/prezzo, deve valutarlo alla luce di indici oggettivi, tra cui, per l'appunto, «gli aspetti [...] ambientali

⁸ V., seppur con riferimento al testo previgente, TAR Puglia, 5 gennaio 2023, n. 34, e Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2455. In particolare, l'Allegato II.13 menziona le certificazioni ambientali UNI EN ISO 14001 e EMAS.

connessi all'oggetto dell'appalto»⁹. Quanto, invece, al costo, l'Allegato II.8, § III, n. 5, lo riconduce al «ciclo di vita» del prodotto e, per tal via, consente di tenere in considerazione le risorse necessarie a compensare le eventuali «emissioni di [...] sostanze inquinanti» o, comunque, ad «attenua[re i] cambiamenti climatici» che possano esserne provocati.

Previsioni *ad hoc* regolano, infine, l'appalto dei servizi di ristorazione, per i quali l'art. 130, co. 1 cod. contr. pubbl. impone di verificare, al fine di preferirle in sede di aggiudicazione, quali offerte diano maggiori garanzie di conformità alle «disposizioni ambientali in materia di economia sostenibile» ed ai «pertinenti criteri ambientali minimi».

3. Nella sua attuale formulazione¹⁰, il PNRR italiano dedica alla *green transition* due intere missioni, rubricate «Rivoluzione verde e transizione ecologica» e «RePowerEU»¹¹, i cui interventi si collocano, in buona parte, all'interno di materie di competenza legislativa regionale. Così è, ad esempio, per la irreggimentazione delle acque piovane (M2C4-11 bis) e per l'istituzione di percorsi formativi nel campo della cd. *green expertise* (M7-9, M7-10), riconducibili, la prima, a «protezione civile» e «governo del territorio» (art. 117, co. 3 Cost.) e, la seconda, alla «formazione professionale», che dottrina pressoché unanime colloca nell'alveo dell'art. 117, co. 4 Cost.¹².

Senonché, è un dato di fatto che il coinvolgimento delle Regioni alla redazione del Piano è stato marginale, perché limitato ad interlocuzioni informali o meramente informative¹³. Anche il ruolo da esse svolto nella fase attuativa ha subito un progressivo ridimensionamento. Per effetto di reiterate novelle, infatti, la *governance* del Piano si è evoluta in senso sempre più accentrato¹⁴, finendo per essere attribuita ad organi posti alle dirette dipendenze della Presidenza del Consiglio

⁹ Questa prescrizione era stata di fatto anticipata dalla delibera n. 5/2008 dell'allora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

¹⁰ Il PNRR è stato approvato dal Consiglio con decisione di esecuzione 2021/0168 del 13 luglio 2021, successivamente aggiornata con decisioni di esecuzione 2023/0295 del 19 settembre 2023 e 2023/0442 dell'8 dicembre 2023.

¹¹ V. al riguardo l'ampia disamina di A. PAPA, *Transizione ecologica e transizione digitale: due milestone nella prospettiva della ripresa e resilienza del Paese*, in P. BILANCIA (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, Bologna, 2024, pp. 228 ss.

¹² Cfr., anche per i corposi rinvii, M. CARRER, *La potestà legislativa residuale delle Regioni: dal riparto per materie all'assetto costituzionale dei rapporti Stato-Regioni*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016, n. 2, pp. 12-13.

¹³ Cfr. M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 3, pp. 290-291.

¹⁴ V., *ex multis*, A. DIRRI, *La leale cooperazione nell'asestamento del PNRR: un regionalismo "esecutivo" per il superamento dei divari territoriali*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, n. 1, pp. 152 ss.

(Cabina di regia per il PNRR, Struttura di missione PNRR) e del Ministero dell'Economia (Ispettorato generale per il PNRR), quando non addirittura allo stesso Consiglio dei ministri, investito di penetranti «poteri sostitutivi» e di «superamento del dissenso», esercitabili anche nei confronti degli enti territoriali¹⁵.

I meccanismi di raccordo politico-istituzionale, che pure esistono, sono «piuttosto blandi»¹⁶, perché slegati dall'assunzione di decisioni giuridicamente vincolanti. Ai sensi degli artt. 2 e 3 d.l. 77/2021, nella generalità dei casi essi contemplano l'intermediazione del Ministro per gli Affari regionali e, per quanto attiene alla «cooperazione con il partenariato economico, sociale e territoriale», anche quella del Presidente della Conferenza delle Regioni, che di fatto tende ad esprimere le sole posizioni condivise dalla maggioranza degli enti ivi rappresentati. La partecipazione diretta dei Presidenti regionali alla Cabina di regia è limitata alle sedute che trattino questioni di loro diretta «competenza» o «interesse», mentre l'intervento ai lavori del Comitato interministeriale per la transizione ecologica alle sole materie di interesse «specifico» della Regione di volta in volta invitata.

Quanto, poi, alla concreta erogazione delle risorse, va evidenziata la primazia mantenuta dall'Amministrazione statale tanto per i progetti «a titolarità», in cui lo Stato è anche soggetto attuatore, quanto per i progetti «a regia», la cui attuazione è, invece, demandata a terzi. Nella prima ipotesi le Regioni possono figurare solo come beneficiarie; nella seconda, pur potendo aspirare alla gestione diretta degli interventi, esse concorrono all'ottenimento dei fondi sul medesimo piano di ogni altro ente, sia pubblico che privato. In nessun caso, comunque, è data loro l'ultima parola su tipologia e caratteristiche dell'opera o del servizio da realizzare¹⁷.

4. Invero, sulla base delle previsioni appena richiamate può affermarsi che, già nel breve termine, la transizione verde è destinata a gravare in misura considerevole sui bilanci regionali. È noto, infatti, che le tecnologie innovative e meno

¹⁵ V. rispettivamente l'art. 12 e l'art. 13 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77; in dottrina, almeno A. TABACCHI, *Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 9, pp. 128 ss., e A. LERRO, *Governance del PNRR e rapporti fra centro e autonomie territoriali*, in *ITALIAN PAPERS ON FEDERALISM*, 2022, n. 2, pp. 148 ss., cui *adde*, problematicamente, L. FERRARO, *Il potere sostitutivo nei casi di inadempienza*, in P. BILANCIA (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, Bologna, 2024, pp. 297 ss.

¹⁶ In questi termini C. MAINARDIS, *PNRR e Regioni: sovrapposizione di materie, supremazia del potere centrale e leale collaborazione al confine tra diritto e politica*, in *Le Regioni*, 2022, n. 5, p. 899.

¹⁷ L'art. 9, co. 1 d.l. 77/2021 riserva ai vari Enti territoriali solo l'esercizio delle «specifiche competenze istituzionali»: una formula, invero, concettualmente al limite della tautologia, se non addirittura priva di reale portata normativa, come osservato da F. BAILO - M. FRANCAVIGLIA, *L'attuazione del PNRR nella Regione Liguria*, in *Le Regioni*, 2022, n. 5, p. 964.

inquinanti presentano spesso maggiori costi di acquisto e manutenzione, per effetto dei cospicui investimenti in ricerca e sviluppo che ne sono alla base. Ciò si riverbera, a cascata, sui prezzi praticati dalle imprese in sede di *GPP* e, con buona probabilità, diventerà un banco di prova a partire dal 2027, quando, in forza del principio di sussidiarietà cd. verticale (art. 108, co. 1 Cost.), gli enti territoriali dovranno sobbarcarsi agli oneri di mantenimento e gestione delle opere e dei servizi ora realizzati grazie ai finanziamenti PNRR.

Sempre in tema di appalti, potrebbero rivelarsi onerose le attività di valutazione e verifica dei requisiti prescritti dal Codice (es. assenza di pregresse condotte aziendali anti-ecologiche, rispetto dei criteri ambientali minimi, conformità di imprese e prodotti agli *standard* di certificazioni di qualità ed etichette, esternalità ambientali incidenti sul costo del ciclo di vita e sul rapporto qualità/prezzo). Invero, è quantomeno improbabile che a questi adempimenti le Amministrazioni regionali saranno sempre in grado di provvedere senza ricorrere a consulenti esterni, i cui pareri, proprio perché frutto di discrezionalità tecnica (si pensi alla stima delle predette esternalità), potranno dar adito ad impugnazioni e richieste risarcitorie.

Ebbene, il reperimento delle risorse necessarie a fronteggiare tali esborsi potrebbe richiedere la riduzione di altre poste di bilancio, determinando così una compressione, seppur indiretta, della libertà di programmazione politico-amministrativa degli enti territoriali. Compressione che, nel caso delle Regioni, si sommerebbe alle interferenze già prodotte in via diretta dagli interventi PNRR in materie di loro competenza. La questione non è di poco conto, specie se si considerano, da una parte, l'obbligo di copertura delle leggi di spesa posto dall'art. 81, co. 3 Cost.; dall'altra, i vincoli risultanti dal novellato art. 119 Cost., nelle parti in cui esso impone alle Autonomie di garantire «l'equilibrio dei relativi bilanci» (comma 1) e ne ammette l'indebitamento solo a condizione che sia volto a «finanziare spese di investimento», che sia corredato da «piani di ammortamento» e che «per il complesso degli enti di ciascuna Regione» sia comunque «rispettato l'equilibrio di bilancio» (comma 7)¹⁸.

Nella medesima prospettiva, ulteriori interrogativi potrebbero scaturire dall'attuazione del regionalismo differenziato *ex* art. 116, co. 3 Cost. L'art. 5 della

¹⁸ Su tali considerazioni non sembra incidere in maniera significativa la previsione, contenuta nell'art. 1, co. 466 della legge 11 dicembre 2016, n. 232, che ha fini del pareggio basti il conseguimento di un «saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali»; anche se è oggettivo che tale prescrizione ha superato la più complessa disciplina inizialmente dettata dal Patto di stabilità interno (ossia, per le sole Regioni, dall'art. 1, co. 463 della legge 23 dicembre 2014, n. 190, e, poi, anche per gli altri Enti territoriali dall'art. 1, co. 710 ss. della legge 28 dicembre 2015, n. 208).

legge n. 86/2024, infatti, prevede che, per ogni nuova funzione attribuitale, la Regione ha diritto a ricevere dallo Stato un adeguato *pattern* di risorse «finanziarie, umane, strumentali e organizzative», da alimentarsi mediante «compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale». Ne deriva un tendenziale assottigliamento delle entrate statali, peraltro in assenza di un obbligo restitutorio di eventuali eccedenze. Benché parte della dottrina sembri ritenere tale assetto coerente con la *ratio* filo-autonomista dell'istituto¹⁹, è lecito domandarsi quante risorse possano concretamente residuare allo Stato per la perequazione fiscale e per la «promozione dello sviluppo» delle aree in difficoltà, pur testualmente previste dall'art. 9, co. 3 e dall'art. 10, co. 1 della legge medesima²⁰. Tanto più se si considera che, per espresso disposto dell'art. 9, co. 1, ogni concessione di autonomia è soggetta a vincolo di invarianza finanziaria, né può comportare una riduzione dei fondi destinati alle altre Regioni.

La problematicità di tali previsioni è confermata dal fatto che la Corte costituzionale, con sentenza 3 dicembre 2024, n. 192, ha avvertito l'esigenza di elaborarne un'interpretazione costituzionalmente orientata, secondo la quale i predetti trasferimenti di risorse debbono determinarsi adottando il criterio della «gestione efficiente», tenendo conto «del quadro generale della finanza pubblica, degli andamenti del ciclo economico, del rispetto degli obblighi eurounitari» e, se possibile, anche dell'opportunità di «liberare risorse» a favore dello «Stato», a «copertura delle spese che, nonostante la devoluzione, restano comunque a suo carico» (§ 22.1 cons. dir.). La sentenza ha fornito elementi utili a circoscrivere, altresì, numero ed ampiezza delle competenze trasferite, allorché ha chiarito che ogni deroga al riparto operato dall'art. 117 Cost. dev'essere «giustificata e motivata con precipuo riferimento alle caratteristiche della funzione e al contesto (sociale, amministrativo, geografico, economico, demografico, finanziario, geopolitico ed altro) in cui avviene la devoluzione», in modo da evidenziarne i vantaggi «in termini di efficacia e di efficienza, di equità e di responsabilità» (§ 4.3 cons. dir.)²¹.

¹⁹ Di questo avviso, in particolare, A. GIOVANARDI, *Dalla timida e incompleta attuazione del federalismo fiscale ai non riusciti tentativi di differenziazione: riflessioni in merito agli effetti dell'attuale situazione di stallo sulla sostenibilità economica degli odierni flussi di prelievo e spesa nei diversi territori*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2022, n. 1, pp. 132-133.

²⁰ Cfr., condivisibilmente, F. MANGANARO, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, in *Federalismi.it*, aprile 2024, p. 11, secondo il quale si prospetterebbe solo una «pseudo-perequazione», insufficiente a rimuovere gli odierni «divari di cittadinanza».

²¹ Tale assunto, successivamente ribadito e dettagliato in motivazione (§ 8.3 e § 8.4 cons. dir.), conduce all'annullamento dell'art. 2, co. 1 della legge impugnata «nella parte in cui non prescrive che l'iniziativa regionale sia giustificata alla luce del principio di sussidiarietà». Invero, la tesi era stata ampiamente sostenuta in dottrina anche sulla base del principio di non discriminazione, applicato alle singole comunità locali: cfr. G. TESAURO, *Autonomia regionale differenziata, sistema sanitario*

Senonché, tali orientamenti non sembrano superare del tutto le criticità poc'anzi prospettate. Infatti, la scelta di “cosa” e “quanto” concedere, volta per volta, a ciascuna Regione presenta un elevato tasso di politicità e, quindi, di libertà, che la stessa giurisprudenza costituzionale ritiene sindacabile solo nei casi-limite dell'irragionevolezza «manifesta» e dell'«arbitrarietà»²². Nella pratica, molto dipenderà, quindi, dalla misura in cui ciascuna compagine governativa si mostrerà più o meno sensibile, per così dire, alle esigenze dell'autonomia o, all'inverso, a quelle dell'unità nazionale.

5. Anche a prescindere dall'attuazione dell'art. 116, co. 3 Cost., lo sforzo richiesto alle Regioni per finanziare la *green transition* potrebbe rivelarsi arduo per via della condizione di strutturale debolezza in cui tali enti già versano sul piano dell'approvvigionamento finanziario.

L'art. 119 Cost., come riformato nel 2001, al fine di valorizzare il ruolo degli enti sub-statali ha conferito ad essi «autonomia finanziaria di entrata e di spesa» (comma 1), da esercitarsi anche mediante l'imposizione di «tributi [...] propri» e la previsione di «compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio» (comma 2). Al comma 4, Regioni ed enti locali sono chiamati a «finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite» mediante risorse proprie, salve, tuttavia, la facoltà dei territori con minore capacità fiscale di attingere ad un fondo perequativo statale «senza vincoli di destinazione» (comma 3) e quella, generale, di accedere a «risorse aggiuntive» per il perseguimento di scopi specifici: promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale; rimozione degli squilibri economici e sociali; effettivo esercizio dei diritti della persona; eventuale perseguimento di scopi eccedenti le funzioni ordinarie (comma 5); rimozione degli svantaggi derivanti dall'insularità (comma 6)²³.

nazionale e oltre, in *Diritto pubblico europeo - Rassegna online*, 2019, n. spec. 2, pp. 61-62, e D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 1, pp. 342 ss. Nel medesimo senso sia consentito segnalare, anche per ulteriori rinvii e per alcune conferme in prospettiva comparata, I. SPADARO, *Regionalismo differenziato e forma di Stato. Riflessioni sull'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. alla luce dell'esperienza spagnola*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2023, n. 2, pp. 167 ss.

²² V. in questo senso, *ex multis*, Corte cost., 8 maggio 2019, n. 155, § 6.1 cons. dir., ed ulteriori rinvii, cui cfr. già. Corte cost., 14 dicembre 1988, n. 1130, § 2 cons. dir., che si sforza di tenere concettualmente distinte le valutazioni sulla ragionevolezza (costituzionalità) da quelle che intercettano, invece, il merito delle scelte legislative. In dottrina, restano attuali le considerazioni a suo tempo svolte da M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, ottobre 2013, *passim*, accessibile da www.cortecostituzionale.it.

²³ L'odierno riferimento all'insularità risale all'art. 1, co. 1 della legge costituzionale 7 novembre 2022, n. 2, ma già prima del 2001 l'art. 119 Cost. prevedeva che «per provvedere a scopi

Senonché, a ben vedere il legislatore ordinario non ha mai posto le Regioni nella condizione di disporre di fonti di finanziamento autonome²⁴. A ventitré anni dall'entrata in vigore del nuovo Titolo V, le Regioni traggono ancora la quasi totalità delle risorse da «tributi propri *derivati*», nonché da un complesso di addizionali e sovrapposte a tributi «erariali»²⁵, su cui i Consigli hanno un margine d'intervento limitato. L'art. 7 legge n. 42/2009, che detta i principi generali della materia, stabilisce che nel primo ordine di casi la legge regionale può «modificare le aliquote» e «disporre esenzioni, detrazioni e deduzioni», mentre con riguardo alle addizionali può soltanto «introdurre variazioni percentuali» delle aliquote e «detrazioni». In sostanza, la Regione è abilitata a «rinunciare» ad una parte dei prelievi, ma non anche ad incrementarli. I «tributi propri» in senso stretto, posti nella libera disponibilità di ciascuna Regione, sono ancora un'eccezione²⁶, anche per l'impossibilità di sottoporre a doppia imposizione manifestazioni di capacità contributiva già tassate a livello statale²⁷.

Come già accennato, il principio di sussidiarietà tende a riversare sulle Regioni anche una parte delle difficoltà sperimentate dai livelli di governo inferiori. Province, Città metropolitane e Comuni, oltre ad essere sprovvisti di autonomia legislativa e, quindi, impositiva, registrano lacune in sede di accertamento e riscossione²⁸. Da ultimo, il decreto legislativo n. 110/2024²⁹ ha tentato di porvi rimedio

determinati, e particolarmente per valorizzare il Mezzogiorno e le Isole, lo Stato assegna per legge a singole regioni contributi speciali». Sul tema v. per tutti T. E. FROSINI, «Insularità» e Costituzione, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2020, n. 1, pp. 247 ss.

²⁴ Cfr. di recente G. RIVOSECCHI, *Regioni, finanza, livelli essenziali e principio democratico*, in *Le costituzionaliste*, ottobre 2024, pp. 7 ss.

²⁵ Enfasi aggiunta. V. l'art. 1, co. 1, lett. b) legge n. 42/2009, che peraltro sembra ricomprendere nella categoria delle addizionali anche le sovrapposte, nonostante si tratti di istituti tecnicamente diversi: cfr. L. PEVERINI, *Addizionali e sovrapposte*, 2015, *passim*, in *www.treccani.it*.

²⁶ Eccezione limitata, di fatto, a (pochi) tributi commutativi ed imposte di scopo, come osserva F. GALLO, *I principi del federalismo fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 1/2012, p. 7. Per approfondimenti v., rispettivamente, C. RICCI, *Tributi di scopo tra giustificazioni politiche e categorie giuridiche*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2021, n. 2, pp. 358 ss., e L. DEL FEDERICO, *Autorità e consenso nell'imposizione tributaria: riflessioni sui tributi paracommutativi e sulle tasse facoltative*, in *Ragion Pratica*, 2008, n. 1, pp. 6 ss. In questa sede non sembra utile soffermarsi sull'ulteriore categoria dei tributi cd. «assimilati» a quelli propri, su cui v. comunque L. LETIZIA, *Lineamenti dell'ordinamento delle Regioni. Ragioni e limiti del federalismo fiscale*, Torino, 2020³, pp. 85-86.

²⁷ V. puntualmente l'art. 67, co. 1 DPR 29 settembre 1973, n. 600, e l'art. 163 TUIR; in dottrina, S. MARINONI, *La clausola del "beneficiario effettivo" nella fiscalità internazionale ed europea*, Torino, 2023, p. 15, nt. 55, ed ulteriori rinvii. Al riguardo, è appena il caso di ricordare che le deleghe contenute nella legge n. 42/2009, volte per l'appunto a ridurre l'imposizione statale a favore di una «più ampia autonomia di entrata di regioni ed enti locali» (art. 2, co. 2, lett. ee), sono rimaste largamente inattuuate.

²⁸ V. in questo senso, sulla base di alcuni rilevamenti ministeriali aggiornati all'esercizio 2022, A. DE TONI, *Lo stato di crisi degli Enti locali: evoluzione e prospettive*, giugno 2024, p. 35, reperibile in *www.fondazionenazionalecommercialisti.it*.

²⁹ Decreto legislativo 29 luglio 2024, n. 110 (cd. decreto Riscossione), decimo decreto attuativo della riforma fiscale disposta dalla legge 9 agosto 2023, n. 111.

trasferendo tali adempimenti all'Agenzia delle Entrate-Riscossione (art. 2), ma alcune delle nuove previsioni potrebbero rivelarsi inefficaci o, addirittura, controproducenti. In particolare, l'art. 6 del decreto non solo limita la responsabilità dell'Agenzia ai casi di dolo o colpa grave, ed inoltre consente all'ente creditore di verificare la correttezza della riscossione solo dopo che il credito si sia deteriorato o che siano trascorsi cinque anni senza che sia stato soddisfatto, con l'ulteriore sbarramento rappresentato dalla soglia massima del 6% dei crediti soggetti a discarico su base annua³⁰. Il risultato, per certi versi paradossale, è che gli enti locali che subiscano eventuali inefficienze del sistema di riscossione sono di fatto impossibilitati a porvi rimedio, finendo per dipendere dallo Stato per il soddisfacimento dei propri crediti e sulla Regione, quale ente più prossimo, per provvedere ai fabbisogni di spesa incompressibili (es. servizi pubblici essenziali).

Per altro verso, è evidente come la circostanza che le Regioni si reggano su una fiscalità sostanzialmente derivata le esponga al rischio di ripensamenti da parte del legislatore statale, suscettibili di creare "buchi" nei rispettivi bilanci. A questo proposito, basti richiamare l'imminente soppressione dell'IRAP, prospettata dall'art. 8 della legge n. 111/2023 dopo anni di crescenti esenzioni³¹, nonché, da ultimo, la facoltà concessa dall'art. 13 d.lgs. 110/2024 ai contribuenti in «difficoltà economico-finanziaria», di rateizzare i pagamenti fino a dieci anni³².

Ed ancora, tutte le Autonomie territoriali sono tenute a contribuire alla tenuta dei conti pubblici, mediante il contenimento delle spese³³ e delle esposizioni debitorie³⁴, la rinuncia a trasferimenti statali o l'effettuazione di versamenti diretti all'Erario. Per ciascun livello di governo, ivi comprese le Regioni, le modalità e l'entità del contributo sono stabilite annualmente dallo Stato in forza della propria competenza concorrente sul «coordinamento della finanza pubblica»³⁵, salva

³⁰ Più precisamente, tale disposizione, nel demandare l'esatta determinazione della quantità e dei criteri delle verifiche ad un successivo decreto ministeriale, stabilisce che la (mancata) riscossione dei tributi erariali potrà essere oggetto di controllo in una misura compresa tra il 2% e il 6%, mentre quella dei tributi regionali e locali nella misura massima del 5%.

³¹ Cfr. in particolare la recente esenzione totale concessa a tutte le persone fisiche esercenti attività commerciali, artistiche o professionali dall'art. 1, commi 8 e 9, della legge 30 dicembre 2021, n. 234.

³² Il nuovo testo dell'art. 19 DPR 29 settembre 1973, n. 602, come modificato dall'art. 13 d.lgs. 110/2024, prevede ratei differenziati sulla base dell'importo, del momento della richiesta e del fatto che la difficoltà economico-finanziaria sia documentata, presunta o soltanto dichiarata. In precedenza, la dilazione non poteva superare i sei anni, salvo casi eccezionali.

³³ Cfr., pur con qualche perplessità, D. CONTE, *I rischi del regionalismo differenziato: profili fiscali e finanziari*, in L. CARPENTIERI - D. CONTE (a cura di), *Dal federalismo al regionalismo: prospettive nazionali ed esperienze europee*, Torino, 2020, p. 104.

³⁴ Questo, in particolare, in funzione dei «vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea», secondo la formula introdotta dall'art. 4 della legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, nel testo dell'art. 119, co. 1 Cost.

³⁵ Sull'interpretazione data dalla giurisprudenza costituzionale a tale lemma, particolarmente favorevole al legislatore statale, v. l'ampia disamina operata da F. GALLO, *Attualità e prospettive del*

soltanto la possibilità, per gli enti territoriali, di negoziare condizioni meno gravose in sede Conferenza Unificata e, per le sole Regioni speciali, anche nel testo di apposite intese bilaterali³⁶.

6. Se si conviene che autonomia e solidità finanziaria sono, per così dire, due lati della medesima medaglia, non sembra azzardato ipotizzare che le dinamiche appena delineate non graveranno su tutte le Regioni misura identica, bensì penalizzeranno soprattutto quelle che, trovandosi in una condizione di svantaggio economico-occupazionale, dispongono di minori fonti di approvvigionamento fiscale.

A rigore, tale rischio dovrebbe essere disinnescato dall'istituto della perequazione, previsto al comma 3 dal già menzionato art. 119 Cost. Tuttavia, tale forma di sostegno, che già oggi sconta il limite dell'orizzontalità³⁷, in futuro potrebbe indebolirsi ulteriormente, per almeno due motivi. Il primo è rappresentato dal margine di approssimazione insito nei concetti di "costo" e "fabbisogno *standard*", che com'è noto stanno sostituendo progressivamente il criterio, fattuale, della spesa storica (art. 15, co. 1 d. lgs. 68/2011).

Il secondo motivo è che l'art. 22 della legge n. 111/2023 prevede che alla "fiscalizzazione" degli odierni trasferimenti statali, necessaria all'attuazione del federalismo fiscale, non dovranno derivare né «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica», né alcun «incremento della pressione tributaria». Si profila, così, un depauperamento delle entrate erariali, a cui la maggioranza di governo, pur di evitare l'impopolarità derivante da un peggioramento dei servizi pubblici statali, potrebbe essere tentata di reagire riducendo le somme erogate ad altri enti.

Invero, la riserva al «Mezzogiorno» di «almeno il 40 per cento delle risorse allocabili territorialmente», introdotta nel testo del decreto-legge n. 77/2021 in sede di conversione (art. 2, co. 6-*bis*), potrebbe rivelarsi utile per colmare l'odierno *gap* fiscale e la conseguente dipendenza delle Regioni in discorso dalla perequazione. Tuttavia, trattandosi di criticità strutturali e storicamente sedimentate, è realistico ipotizzare che gli interventi PNRR non avranno un effetto immediato, mentre immediata sarà l'esigenza di darvi continuità – come già osservato – dopo l'esaurimento degli odierni finanziamenti europei.

coordinamento della finanza pubblica alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Rivista AIC*, 2017, n. 2, pp. 2 ss., cui cfr. di recente Corte cost., 14 maggio 2024, n. 87, § 4 ss. cons. dir.

³⁶ Va segnalato che tutte le intese di questo tipo oggi in vigore riconoscono o al Presidente del Consiglio, o ai Ministri dell'Interno e dell'Economia, il potere di incrementare unilateralmente il contributo al verificarsi di determinate circostanze. Per approfondimenti v. CAMERA DEI DEPUTATI - SERVIZIO STUDI, *La finanza regionale*, settembre 2024, p. 8, accessibile da www.camera.it.

Una seconda disparità, seppur, forse, meno incisiva, potrebbe ravvisarsi a scapito delle Regioni speciali. L'art. 11, co. 2 legge n. 86/2024, infatti, consentiva anche ad esse di acquisire nuove competenze e, per quanto rileva in questa sede, anche le ulteriori fonti di finanziamento ad esse correlate mediante le intese *ex art.* 116, co. 3 Cost.. La Consulta, però, ha giudicato questa previsione in contrasto con la *ratio* stessa della specialità³⁷. Di conseguenza, per tali Regioni l'unica via per conseguire tali risultati resta la revisione dei rispettivi Statuti, che però presenta un livello di aggravamento procedimentale complessivamente più elevato³⁹.

7. In conclusione, sembra corretto affermare che le misure attraverso cui si sta dando svolgimento alla *green transition*, se da un lato sono opportune a fronte delle minacce generate dall'inquinamento ambientale e dai cambiamenti climatici, dall'altro impattano negativamente sull'autonomia delle Regioni, a livello sia finanziario che politico-amministrativo. Ciò appare distonico tanto con quella spiccata sensibilità per il decentramento politico-amministrativo che traspare dal testo dell'art. 5 Cost., quanto con lo svolgimento che si è inteso dare ad essa con la Riforma del 2001. Senza contare le ulteriori tensioni col principio costituzionale di non discriminazione (art. 3, co. 1), inteso con riferimento alle comunità locali.

Invero, non sembra che le suddette criticità siano sanate dalla configurabilità di una competenza statale esclusiva nelle materie «rapporti internazionali», «rapporti dello Stato con l'Unione europea» e «tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema». Quanto ai primi due lemmi, è appena il caso di osservare, a mente della sentenza

³⁷ Contrariamente alla *ratio* dell'art. 119 Cost., il meccanismo in esame opera per lo più come re-distribuzione delle risorse già presenti su ciascun livello di governo, anziché come canale per nuove immissioni di ricchezza da parte dello Stato: cfr., criticamente, A. MONDINI, *Le imposte e il sistema tributario multilivello*, in ID. (a cura di), *Corso di diritto della finanza pubblica*, Milano, 2021, p. 253, e già L. LETIZIA, *Lineamenti dell'ordinamento delle Regioni*, cit., p. 291.

³⁸ Sentenza n. 192/2024, cit., § 6 cons. dir., VII cpv. In precedenza, la dottrina si era divisa sul punto, come analiticamente ricostruito da A. MORELLI, *Fonti e procedimenti dell'asimmetria*, in A. ARABIA - A. IACOVIELLO - G. NAPOLITANO (a cura di), *Differenziazione e asimmetria nel regionalismo italiano*, Milano, 2020, pp. 120 ss. In particolare, contro l'accesso delle Regioni speciali alla differenziazione «ai sensi dell'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3» si era espresso A. RUGGERI, *Attuazione dell'art. 116, III Corte cost. e prospettive di specialità regionale*, in *Diritti regionali*, 2020, n. 1, pp. 21 ss.

³⁹ Benché la legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2, preveda che le modifiche agli Statuti speciali non siano sottoposte a *referendum* confermativo «nazionale» (cfr. artt. 103 St. Trentino-Alto Adige, 41-ter St. Sicilia, 54 St. Sardegna, 63 St. Friuli-Venezia Giulia, 50 St. Valle d'Aosta), e malgrado la maggioranza richiesta per la seconda deliberazione sui disegni di legge costituzionale sia uguale a quella prevista per le leggi di differenziazione dall'art. 116, co. 3 Cost., sulle prime può comunque chiedersi la celebrazione di un *referendum* confermativo a livello regionale e resta l'aggravamento della doppia votazione «ad intervallo non minore di tre mesi», cui la Riforma stessa ha aggiunto la necessità di un parere preliminare da parte dei rispettivi Consigli, da approvarsi entro un ulteriore termine di due mesi.

della Corte costituzionale n. 223/2023⁴⁰, che la necessità di assolvere agli impegni assunti nei confronti dell'UE, così come, potrebbe aggiungersi, quella di realizzare gli obiettivi fissati nell'Agenda 2030 e nei molteplici altri accordi internazionali di settore, non può avere effetti «totalizzant[i]». In altri termini, secondo i Giudici essa non può invocarsi per giustificare eventuali «vanifica[zioni]» delle «competenze regionali», poiché all'art. 117, co. 5 Cost. queste ultime sono «chiamate in causa», e quindi fatte salve, proprio ai fini dell'«attuazione» e dell'«esecuzione» degli «accordi internazionali» e degli «atti dell'Unione europea» (§ 5.2.2 cons. dir.).

Per quanto riguarda, invece, il terzo lemma, l'orientamento sempre più «stato-centrico» assunto nel corso degli anni dalla giurisprudenza costituzionale⁴¹ oggi andrebbe, forse, mitigato alla luce dell'art. 9 Cost., come novellato nel 2022. Tale disposizione, infatti, mentre riserva alla «legge dello Stato» la «tutela degli animali», attribuisce quella dell'«ambiente», della «biodiversità» e degli «ecosistemi» ad un soggetto giuridicamente diverso, la «Repubblica», tra i cui elementi costitutivi l'art. 114, co. 1 Cost. colloca anche Regioni⁴². Ciò sembra legittimare una lettura restrittiva dell'art. 117, co. 2, lett. s) Cost., che valorizzi le molteplici interferenze esistenti tra la protezione dell'ambiente, da una parte, e le numerose materie di competenza regionale, sia concorrente che residuale, che con essa si intersecano (es. governo del territorio, protezione civile, produzione e trasporto dell'energia; agricoltura, allevamento, geotermia).

In questa prospettiva, per finanziare i costi di una transizione verde pienamente rispettosa del principio autonomistico il legislatore potrebbe, quindi, valutare la creazione di un apposito fondo, formalmente nazionale ma sostanzialmente «repubblicano», perché gestito dal Ministero dell'Ambiente sulla base di criteri condivisi con la Conferenza Unificata ed alimentato da tutti i livelli di governo, in proporzione alle rispettive entrate.

Con specifico riferimento al PNRR, inoltre, potrebbe essere utile introdurre una presunzione di preferibilità per la formula «a regia», insieme al

⁴⁰ Sentenza 22 dicembre 2023, n. 223, con nota di G. LANEVE, *La Corte ridimensiona il dimensionamento scolastico regionale (e rinsalda l'autonomia delle istituzioni scolastiche)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, n. 4, pp. 223 ss.

⁴¹ Dopo una prima fase in cui aveva di fatto inquadrato la materia «ambiente» tra quelle di competenza concorrente (cfr. le sentenze del 14 luglio 1976, n. 175, § 2 cons. dir., e del 22 maggio 1987, n. 183, § 2 cons. dir.), la Corte ha progressivamente ridotto gli spazi dell'intervento regionale, in nome del «preminente interesse nazionale» all'«unitarietà» e all'«omogeneità» dell'ordinamento, garantite dalla legge statale (sentenza del 7 ottobre 2003, n. 307, § 7 cons. dir., II cpv., cui cfr. più di recente le sentenze del 17 febbraio 2021, n. 21, § 4.1 cons. dir., e del 5 maggio 2021, n. 86, § 8 cons. dir., II cpv.).

⁴² Per considerazioni più approfondite in questo senso sia consentito rinviare a I. SPADARO, *Tutela dell'ambiente, aree protette e governo del territorio: spunti comparatistici e prospettive dopo la modifica dell'art. 9 Cost.*, in *Ambientediritto.it*, 2024, n. 2, pp. 13 ss.

riconoscimento di punteggi aggiuntivi ai progetti che, essendo proposti da enti territoriali, possano ragionevolmente presumersi rispondenti alle esigenze delle rispettive popolazioni⁴³. Si realizzerebbe così, seppur per tramite di procedure di finanziamento formalmente statali, quell'«effettivo coinvolgimento delle autonomie» nell'attuazione del Piano che, sino ad ora, è mancato⁴⁴.

Del resto, nel 2024 è stata la stessa Agenzia europea dell'Ambiente a raccomandare che la *green transition* sia «giusta» e che, a tal fine, essa si basi su «un'attenta considerazione delle specificità, delle disuguaglianze e delle sfide del contesto locale», nonché sul coordinamento tra le *policies* propriamente «ambientali» con quelle di altri settori⁴⁵; ivi compresi – nell'ottica di queste riflessioni – quelli eventualmente assegnati dalle Costituzioni nazionali alla competenza di enti sub-statali.

Può, infine, osservarsi che una condivisione programmatica degli interventi con i rappresentanti dei territori in cui essi debbano attuarsi contribuirebbe a prevenire possibili fenomeni di “rigetto” da parte della società civile⁴⁶. Essa, cioè, potrebbe deflazionare quella parte della cd. *climate change litigation* che sempre più spesso vede gruppi organizzati di cittadini avversare alcune misure *green* nelle aule di giustizia, paventandone ricadute negative sul piano economico o occupazionale⁴⁷. Si pensi, ad esempio, alla diffusione di nuove tecnologie industriali che, insieme al consumo di energia, riduca il fabbisogno di manodopera, ove ciò avvenga in assenza di idonei ammortizzatori sociali, piani di riqualificazione e ricollocamento dei lavoratori in esubero *etc.*

⁴³ Sul regionalismo come strumento in grado di «dare risposte alle specificità territoriali» cfr. in generale A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, in L. CARPENTIERI - D. CONTE (a cura di), *Dal federalismo al regionalismo. Prospettive nazionali ed esperienze europee*, Torino, 2020, p. 49.

⁴⁴ N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 1, p. xi.

⁴⁵ *Just sustainability transitions. From concept to practice*, report n. 12/2024 del 5 novembre 2024, p. 5, cui si rinvia diffusamente anche per ulteriori riferimenti, anche dottrinali. Nel medesimo senso, in Italia, già P. GIANGASPERO - A. CONZUTTI, *La c.d. “Sessione Europea” dei Consigli Regionali: un passaggio importante per le Assemblee legislative*, in *Queste Istituzioni*, 2022, n. 2, pp. 35-36, che evidenziano l'esistenza di uno stretto nesso tra «radicamento territoriale» ed efficacia di qualunque programmazione.

⁴⁶ Trattasi di una questione non ignota al legislatore, che infatti ha adottato norme *ad hoc* per contenere il rischio che gli interventi PNRR fossero rallentati o, addirittura, bloccati dalla proposizione di impugnazioni: v. per tutti M. INTERLANDI, *I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (e del nuovo schema del codice dei contratti)*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 8, pp. 21 ss., cui *adde* più di recente A. MAGLIARI, *I contratti pubblici per le infrastrutture nel prisma del PNRR: alcune considerazioni critiche su una “semplificazione difficile a farsi”*, *ivi.*, 2024, n. 16, pp. 96 ss.

⁴⁷ V., anche con riferimento ad altri Paesi, A. SAVARESI ET AL., *Conceptualizing just transition litigation*, in *Nature Sustainability*, novembre 2024, pp. 1379 ss.

Notarelle sul *Digital Services Act**

ERIKA LA FAUCI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il nuovo volto della libertà di espressione ai tempi della società digitale. – 3. Alcuni punti di forza e di debolezza del *Digital Services Act*. – 4. Conclusioni.

1. Il diritto, in quanto scienza sociale, non può che risentire – in alcuni momenti, forse, più di altre discipline – delle evoluzioni e dei cambiamenti che attraversano la società: tanto di natura antropologica e sociale quanto economica, politica e, nel caso che in questa sede più interessa, tecnologica. In effetti, quando l'avvento di Internet ha iniziato a fare capolino nella seconda metà del secolo scorso, era assai difficile prevedere la portata rivoluzionaria che una simile invenzione avrebbe avuto sul mondo e immaginare la capacità che questa avrebbe avuto di incidere in modo tanto capillare e pervasivo su pressoché ogni aspetto della vita di ciascuno.

È evidente, pertanto, come una tale *vis expansiva* propria del progresso tecnologico abbia profondamente influenzato anche e soprattutto alcune delle tradizionali categorie giuridiche sulle quali gli ordinamenti liberal-democratici si sono storicamente fondati. Concetti come quello di popolo, territorio e sovranità (tanto per richiamare soltanto alcuni dei cardini del costituzionalismo contemporaneo), sono spesso apparsi inadeguati e svuotati di significato dinanzi ai mutamenti sociali vertiginosi causati dall'avvento di Internet¹. Quale popolo, territorio o sovranità può, infatti, essere rinvenuto e teorizzato all'interno del mondo digitale?² Un mondo, quello anzidetto, in cui ogni fenomeno e relazione diventa spesso inafferrabile, imprevedibile e “liquido”³ mal si concilia, evidentemente, con categorie giuridiche “analogiche”: concepite e teorizzate avendo a mente una realtà fisica determinata sulla quale insisteva la sovranità statale⁴.

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Non a caso, a tal proposito, S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, n. 3, p. 339, già da tempo evidenziava come ormai il “quadro «costituzionale» dovrebbe consentire una nuova «narrazione» dei diritti nel tempo di Internet”.

² N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, p. 65 ha considerato Internet come un non-luogo proprio muovendo dall'assunto che i “luoghi appartengono a terra, mare, aria”.

³ Tale espressione è mutuata da Z. BAUMAN, *Modernità liquida* (ediz. italiana), Roma-Bari, 2002, che, com'è noto, la ha coniata al fine di descrivere la società moderna.

⁴ In questo senso, *ex plurimis*, M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, Torino, 2023, p.

Rebus sic stantibus, non sorprende, pertanto, constatare come in dottrina si sia cominciato a teorizzare l'esistenza di un c.d. "Stato digitale"⁵, ovvero di uno Stato che "ha affrontato e regolato l'avvento del digitale per adeguare, migliorare o addirittura sostituire le tecniche di governo tradizionali"⁶. È all'interno di tale cornice concettuale, dunque, che sempre più nitidi si stanno delineando i tratti del "costituzionalismo digitale"⁷, ovvero di un costituzionalismo vocato a "promuovere l'adattamento dei principi fondamentali del costituzionalismo contemporaneo nel contesto della società digitale"⁸. Ciò con l'auspicio, evidentemente, di renderlo sempre più in grado di "ampliare, completare e rafforzare gli strumenti del costituzionalismo tradizionale" in ragione delle "trasformazioni che la scienza e la tecnica hanno determinato nella sfera fisica, psichica e relazionale della persona umana"⁹.

Certo, che vi sia una tensione (forse "irrisolvibile"¹⁰) fra diritto e innovazione scientifica è ormai sin troppo evidente¹¹. Tuttavia, muovendo da tale consapevolezza, uno fra i numerosi quesiti che si ritiene non ci si possa più esimere dal porsi è

69; M. R. BURNSTEIN, *Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, n. 29, p. 8; P. COSTANZO, *Lo "Stato digitale"*, in P. COSTANZO – P. MAGARÒ – L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, 2022, Napoli, p. 12 e N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., *passim*.

⁵ Così, *ex multis*, M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, op. cit.; P. COSTANZO, *Lo "Stato digitale"*, cit.; N. LUPO, *Lo «Stato digitale». Il Parlamento e la sfida della digitalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, n. 2; L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023.

⁶ P. COSTANZO, *Lo "Stato digitale"*, cit., p. 12.

⁷ Sul costituzionalismo digitale si sono versati i proverbiali fiumi d'inchiostro. V., *ex plurimis*, E. CELESTE, *Digital Constitutionalism. The role of Internet Bills of Rights*, Londra, 2022 e ID., *Costituzionalismo digitale e piattaforme: verso una costituzionalizzazione della lex digitalis*, in M. SANTANIELLO (a cura di), *Lower the Top – La sfida alle piattaforme digitali, tra sovranità statale e saperi sociali*; E. CELESTE – N. PALADINO – D. REDEKER – K. YILMA, *The Content Governance Dilemma: Digital Constitutionalism, Social Media and the Search for a Global Standard (Information Technology and Global Governance)*, Londra, 2023; G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional of digital constitutionalism in the European Union*, 2021, n. 19; O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Toward Digital Constitutionalism* e ID., *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, n. 3; D. REDEKER – L. GILL – U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, 2018, n. 80; M. SANTANIELLO – N. PALADINO – M. C. CATONE – P. DIANA, *The language of digital constitutionalism and the role of national parliaments*, in loc. cit.; L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit.

⁸ E. CELESTE, *Costituzionalismo digitale*, cit., p. 107.

⁹ E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, n. 2, pp. 955 s.

¹⁰ M. LUCIANI, *Relazione conclusiva*, in *Gruppo di Pisa*, 2021, n. 3, p. 2.

¹¹ A tal proposito, una parte della dottrina ha sostenuto che, sebbene l'avvento delle nuove tecnologie abbia inciso fortemente sulla tradizionale "fisionomia" degli ordinamenti, ciò non determinerebbe necessariamente la perdita della loro dimensione statale e l'abbandono delle categorie giuridiche tradizionali sulle quali gli stessi si fondano. In questo senso v. M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, p. 94 ss. e P. CIARLO, *Un'idea sbagliata: la fine dello Stato*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale. Torino, 27-29 ottobre 2011*, Napoli, 2014, pp. 377 ss.

quello relativo all'ipotesi secondo la quale le nuove tecnologie avrebbero dato vita a "nuove forme di diritti di libertà" oppure se queste ultime possano "essere incardinate e quindi riconosciute nell'alveo delle tradizionali libertà costituzionali"¹². È indubbio, d'altronde, che la risposta che ciascun interprete darà a una simile domanda assumerà un'importanza dirimente per tentare di comprendere quale possa essere buona parte dell'*ubi consistam* del costituzionalismo digitale.

Tuttavia, non potendo in questa sede – com'è ovvio – affrontare *funditus* un tema di tale amplissima e assai complessa portata teorica, si è ritenuto opportuno qui circoscrivere l'analisi a una delle tradizionali libertà fondamentali su cui si fondano gli ordinamenti liberal-democratici e che ne costituisce la "pietra angolare"¹³: la libertà di espressione. Ciò, evidentemente, al fine di comprendere se realmente l'avvento di Internet ne abbia sconvolto la "morfologia"¹⁴ e se lo abbia fatto al punto da dovere portare il costituzionalismo contemporaneo a ripensare quelle garanzie che storicamente lo stesso aveva accordato a tale diritto al fine di assicurare una libera e democratica manifestazione del pensiero da parte dei cittadini.

Muovendo dall'analisi di alcune disposizioni del *Digital Services Act* (che, com'è noto, è stato approvato dall'Unione Europea¹⁵ proprio per riconoscere una maggiore e più pervasiva tutela ai diritti degli utenti delle piattaforme digitali), si svolgeranno alcune considerazioni relative alla salvaguardia della libertà di espressione "analogica" e digitale cercando di evidenziare i punti di forza e di debolezza di tale disciplina europea.

2. La libertà di manifestazione del pensiero può essere considerata, senza eccessive esitazioni, come la pietra angolare di uno Stato democratico e ciò, evidentemente, in ragione del fatto che la stessa contribuisce (probabilmente più di ogni altra) a delineare i tratti fondamentali della forma di Stato di un paese¹⁶. Non è un caso, infatti, che tale diritto sia uno dei primi a essere "aggregato" e fortemente limitato da parte degli ordinamenti autocratici o totalitari al momento della loro

¹² T. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Consulta Online – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, vol. I, p. 1.

¹³ Così tale libertà è stata definita dalla Corte cost., sentenza 2 aprile 1969, n. 84, par. 5 del considerato in diritto.

¹⁴ M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 218.

¹⁵ L'Unione Europea il 19 ottobre 2022 ha, infatti, approvato il regolamento 2022/2065 contenente il *Digital Services Act*.

¹⁶ Come evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza 24 marzo 1993, n. 112 (par. 7. del considerato in diritto), "i principi fondanti la forma di Stato delineata dalla Costituzione [...] esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione di tutti alla volontà generale".

instaurazione¹⁷. *A contrario*, come appena evidenziato, la libertà di espressione assurge invece a “valore centrale” di ogni ordinamento democratico configurandosi quale “presupposto e condizione di ogni altro istituto”¹⁸. Muovendo da tale consapevolezza, pertanto, e considerando che il diritto in questione caratterizza finanche il “modo di essere” e lo “sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico e sociale”¹⁹, va da sé che le limitazioni sostanziali che tale libertà incontra “non possano che essere poste se non per legge e [...] trovare fondamento in precetti e principi costituzionali”²⁰.

Pertanto, è l'esistenza di una riserva assoluta di legge e di una riserva di giurisdizione a serrare a doppia mandata, nel nostro ordinamento, la disciplina della libertà di manifestazione del pensiero e a consentire, così, che non vi siano limitazioni arbitrarie e autoritarie di tale diritto da parte dei pubblici poteri. In effetti, simili garanzie (che, com'è noto, sono state tradotte in norme costituzionali all'interno dell'art. 21 Cost.) avevano finora dato buona prova di sé, dimostrando di essere in grado di accordare una salvaguardia efficace e pervasiva alla libertà di espressione: sia che questa fosse esercitata “con la parola” o “lo scritto”²¹, sia che essa lo fosse tramite “ogni altro mezzo di diffusione”²² (*analogico*, n.d.r.).

Tuttavia, tale architettura costituzionale ha iniziato a mostrare alcuni segni di cedimento (tanto in Italia quanto, in verità, all'interno di buona parte degli ordinamenti liberal-democratici) nel momento in cui ha fatto capolino nella società contemporanea il c.d. “sesto potere”²³ (*i.e.*, il potere di Internet). Quale legge e quale giudice possono garantire, infatti, l'esercizio di una libera manifestazione del pensiero in uno spazio digitale dai confini incerti, astrattamente illimitati e vocato all'«anarchia»²⁴? Come attuare il diritto statale all'interno di un'«agorà» potenzialmente “aperta e libera”²⁵ e “capace di «autogovernarsi» grazie all'applicazione

¹⁷ A tal proposito C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013, p. 98 afferma che la libertà di manifestazione del pensiero si configura quale “vera e propria «valvola di sfogo» delle pulsioni eversive presenti nel sistema”. In questo senso v. anche C. FIORE, *I reati di opinione*, Milano, 1972, p. 161 s. e H. LASKI, *La libertà nello Stato moderno*, Bari, 1931, p. 72.

¹⁸ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Torino, p. 464.

¹⁹ Corte cost., sentenza 19 febbraio 1965, n. 9, par. 3 del considerato in diritto.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Art. 21, primo comma, Cost.

²² *Ibidem*.

²³ Z. BAUMAN – D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma-Bari, 2014.

²⁴ S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, cit., p. 338 a tal proposito parla dell'esistenza di un'«invincibile natura di Internet, libertaria fino all'anarchia, coerente con il progetto di dar vita ad una rete di comunicazione che nessuno potesse bloccare o controllare».

²⁵ R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, n. 3, p. 1375.

di norme tecniche, idonee a consentire a chiunque di connettersi con altri, diffondendo messaggi e ricevendone, senza limiti territoriali e senza interferenze da parte delle pubbliche autorità”²⁶? Invero, come è stato efficacemente sottolineato da una parte della dottrina, “se il diritto ha bisogno del «dove»”²⁷, la difficoltà degli ordinamenti contemporanei sta proprio nel trovare tale spazio atteso che “il problema col cyberspazio è che lì non c’è un là”²⁸ e che “il diritto nazionale di formazione statale si rivela inadeguato a fronteggiare fenomeni, come quelli indotti dalla globalizzazione, che ne trascendono i confini”²⁹.

Peraltro, se di per sé il mutamento del tipo di mezzo di diffusione del pensiero maggiormente utilizzato dai cittadini può apparire, *prima facie*, un aspetto secondario rispetto a quello relativo alla garanzia della libertà di espressione intesa in senso stretto, in realtà, svolgendo una più approfondita analisi, è possibile comprendere come tali due profili rappresentino due facce della stessa medaglia. Come è stato da tempo chiarito dalla Corte costituzionale, infatti, vi è un “nesso di indispensabile strumentalità”³⁰ che lega la divulgazione del pensiero alla sua manifestazione atteso che le garanzie disciplinate dall’art. 21 Cost. sono apprestate tanto alla “manifestazione quanto alla diffusione del pensiero”³¹. Ne consegue, pertanto, che “la libertà di diffusione in definitiva appare come null’altro che un ulteriore «aspetto sostanziale» della libertà di pensiero”³² e che il mancato accesso da parte dei cittadini a determinati mezzi di comunicazione (così come l’assenza di una disciplina statale relativa all’utilizzazione degli stessi da parte degli utenti) incide eccome sulla libertà di espressione dei consociati.

Muovendo da tali premesse teoriche, dunque, è opportuno adesso chiedersi come l’invenzione di Internet abbia concretamente inciso su tali due “volti”³³ della libertà di manifestazione del pensiero. Invero, come a più riprese si è avuto modo di rilevare, l’avvento delle nuove tecnologie e, segnatamente, la creazione di piattaforme digitali in grado di trasmettere in pochi secondi le opinioni di

²⁶ *Ibidem*. Non a caso, infatti, P. SCHIFF BERMAN, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to ‘Private’ Regulation*, in *University of Colorado Review*, 2000, n. 71, p. 1305 ha considerato il cyberspazio come una vera e propria “Constitution-free zone”.

²⁷ N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 3.

²⁸ M. R. BURNSTEIN, *Conflicts on the Net*, cit., p. 8.

²⁹ M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 69.

³⁰ Corte cost., sentenza 16 giugno 1964, n. 48, par. del considerato in diritto.

³¹ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. XXIV, 1974, p. 427.

³² P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 428. In questo senso anche M. PEDRAZZA GORLERO, *Libertà di stampa e ordine dei giornalisti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, n. 3, *passim*.

³³ M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 62.

miliardi di *users* potenzialmente in tutto il mondo, ha fatto sì che il diritto in questione possa essere esercitato “in ogni sua declinazione, con una facilità e una rapidità assolutamente sconosciute a ogni altro periodo della storia”³⁴. Il discorso democratico, pertanto, “ha traslocato in questo nuovo mondo che sta progressivamente affiancandosi alle forme più tradizionali di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero”³⁵.

Se così è, dunque, non si può che assistere a un’insolita – e, invero, potenzialmente pericolosa e imprevedibile – intercambiabilità fra utenti e *providers*, dal momento che “senza mediazioni di sorta [...] tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori”³⁶. Pertanto, mentre un tempo il “carattere finito delle risorse su cui si basavano certe forme di comunicazione, come la radio e la televisione”³⁷ rappresentava delle “importanti barriere all’ingresso nei mercati dell’informazione”³⁸, al giorno d’oggi, le piattaforme digitali “*provide avenues for historically unprecedented amounts of speech, including speech by government actors*”³⁹. Una tale facilità di accesso a simili potentissimi mezzi di comunicazione ha portato con sé, dunque, l’illusione che Internet fosse in grado di rifuggire dalle regole che “i legislatori avevano dettato in relazione ai diversi, meno accessibili, mezzi di comunicazione del pensiero e di informazione (stampa, radiotelevisione)”⁴⁰ per dare vita a uno spazio nuovo e, come accennato, finanche a tratti “anarchico”⁴¹.

Tuttavia, è stato ben presto chiaro come l’apparente e tanto inneggiata neutralità di Internet fosse in realtà, per dirlo nei termini propri di tale materia, un colossale *fake*⁴². Infatti, soltanto pochissimi soggetti (non a caso definiti comunemente quali “*gatekeepers*”) detengono le chiavi di accesso alla rete e disciplinano

³⁴ G. L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c’è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 4, p. 203.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ T. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, cit., p. 4. Come è stato efficacemente evidenziato da R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Torino, 2019, p. XVIII, si assiste, così, alla “singolare situazione per cui gli stessi soggetti che si sono trovati a gestire gli strumenti tecnologici che rendono possibile la più ampia partecipazione all’accesso e alla diffusione dell’informazione sugli spazi digitali sono allo stesso tempo coloro i quali controllano il flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete, in quanto presiedono alla loro rimozione, selezione e organizzazione”.

³⁷ G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *Media Laws*, 2018, n. 1, p. 1.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Queste le parole del giudice J. Thomas riportate in una *concurring opinion* relativa alla sentenza 5 aprile 2021, n. 20-197, p. 2 emessa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti.

⁴⁰ R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione*, cit., p. 1375.

⁴¹ G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012. In questo senso, D. SCOPELLITI, *Poteri privati e responsabilità pubbliche dei social network al tempo della democrazia digitale*, in *federalismi.it*, 2024, n. 7, p. 232 definisce la rete come il “*New England* della libertà di espressione”.

⁴² M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 55 definisce, infatti, la neutralità dei poteri privati che operano su Internet come un “mito che è stato definitivamente superato”.

i famigerati “termini e condizioni di utilizzo” che ogni utente deve accettare per potere *liberamente* usufruire dei servizi che tali piattaforme forniscono. Da ciò consegue che la libertà di espressione dipende, in realtà, “dal tipo di infrastrutture [tanto dalla rete quanto dal tipo di *software* utilizzato, evidentemente, n.d.r.] che sono utilizzate per rendere accessibile il pensiero” cosicché “controllare la diffusione del pensiero significa controllare queste infrastrutture”⁴³.

Per tali ragioni, pertanto, come è stato efficacemente evidenziato da una parte della dottrina, la rete “da mero mezzo (*i.e.*, «architettura») di comunicazione” si è trasformata nello “spazio entro il quale agiscono i soggetti (*i.e.*, «architetti») che consentono l’esercizio di questo diritto fondamentale”⁴⁴. Se così è, dunque, non possiamo che assistere al dispiegarsi di un moto uguale e contrario: da un lato, gli utenti sono portatori di spinte centrifughe determinate “dal massimo decentramento delle informazioni e dei contenuti”⁴⁵ in capo agli stessi; dall’altro, i pochi soggetti proprietari delle piattaforme digitali esercitano altrettante forze centripete in ragione dell’accentramento in capo ad essi della titolarità di tali mezzi di comunicazione.

Ecco che, allora, la venuta a esistenza di una simile “oligarchia” ha fatto sì che vi fossero sempre più privati chiamati a svolgere funzioni tradizionalmente riservate ai pubblici poteri mentre, di contro, questi ultimi si sono spesso svuotati della propria precettività dinanzi a fenomeni, che fino a qualche anno fa⁴⁶, erano regolamentati pressoché unicamente da norme privatistiche. Il rapporto che si instaura fra un utente e il *provider* di una piattaforma digitale è, infatti, di per sé disciplinato da un contratto contenente i c.d. *terms of service* accettati da tutti coloro che intendono registrarvisi. Un contratto, questo, che, sebbene dalla natura giuridica controversa⁴⁷, appare essere contraddistinto dal carattere della gratuità e

⁴³ G. L. CONTI, *Manifestazione del pensiero*, cit., p. 209.

⁴⁴ M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 113.

⁴⁵ M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 66.

⁴⁶ Si ritiene che, in questo senso, l’approvazione del DSA da parte dell’Unione Europea abbia determinato un significativo cambiamento rispetto alla regolamentazione delle piattaforme digitali e all’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero dei propri utenti.

⁴⁷ Specificamente, si discute in dottrina circa il riconoscimento della natura autorizzatoria o negoziale dell’atto con il quale gli utenti apprestano il proprio consenso al trattamento dei dati personali da parte delle piattaforme. A favore della prima, *ex plurimis*, M. R. ALLEGRI, *Ubi societa ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social networks e profili giuridici della responsabilità dei providers*, Milano, 2018, pp. 99 ss.; M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, op. ult. cit.; F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno e responsabilità*, 2014, n. 12; H. SCHULTE – NÖLKE, ‘Personal data is not a counter-performance!’ *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2018, n. 2; G. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *European Review of Contract Law*, 2018, n. 4. A sostegno della seconda, invece, v. *ex multis* A. METZGER, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties Do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property*,

dall'assenza di sinallagmaticità⁴⁸ atteso che, quantomeno apparentemente, l'utente non è tenuto a rendere alcuna controprestazione in cambio del diritto accordatogli di usufruire dei servizi offerti dal *gatekeeper*.

Tuttavia, è stato ben presto evidente come una simile regolamentazione dei rapporti fra *users* e *providers* non fosse del tutto appropriata vista la rilevanza para-pubblicistica dell'attività svolta dai proprietari delle piattaforme digitali e tenuto conto dell'importanza che una simile attività ha avuto e ha per il corretto esercizio della libertà di manifestazione del pensiero degli utenti delle stesse. Se sono, infatti, i *gatekeepers* a fissare le condizioni di utilizzo e a decidere quale contenuto pubblicato da un *user* sia o meno conforme ai c.d. "*standards della community*" (che, *ça va sans dire*, è lo stesso *provider* a stabilire) non ci si trova più dinanzi a un semplice e innocuo esercizio della libertà imprenditoriale da parte di un soggetto privato⁴⁹. Privare un utente della possibilità di condividere la propria opinione tramite un *post* o un messaggio equivale, ormai, a spegnere il microfono di chi che si trova a parlare su un palco di fronte a una piazza gremita di gente. Con la differenza, però, che una piazza "analogica" – per quanto grande possa essere – non sarà mai in grado di contenere la quantità di utenti che una piattaforma digitale è in grado di ospitare cosicché, evidentemente, il danno che la chiusura di un profilo o l'interdizione della diffusione di determinati *posts* può avere sull'esercizio della libertà di espressione di un utente presenta potenzialmente una gravità di gran lunga superiore rispetto a quella cui tradizionalmente eravamo abituati nel momento in cui una simile misura era adottata solo dai pubblici poteri⁵⁰.

Proprio in virtù di tali ragioni si ritiene, dunque, che l'approvazione del *Digital Services Act*⁵¹ da parte dell'Unione Europea abbia rappresentato una vera e propria rivoluzione copernicana all'interno del "groviglio" teorico anzidetto. Infatti, dinanzi all'indifferenza che per lungo tempo ha contraddistinto le istituzioni del

Information Technology and Electronic commercial law, 2017, n. 8; G. RESTA – V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2018; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018.

⁴⁸ In questo senso M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, op. cit., p. 97; F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice*, cit., p. 1111; M. R. ALLEGRI, *Ubi societa ibi ius*, cit., p. 99.

⁴⁹ A tal proposito, S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, p. 7, definisce la democrazia elettronica una "schizofrenia tecnologica" in quanto questa dispensa, da un lato, libertà pubbliche e, dall'altro, controlli privati.

⁵⁰ In questo senso, evidenzia efficacemente F. MOSTERT, 'Digital' due process': *a need for online justice*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2020, n. 15, p. 379 che "*the near-omnipotent reach and global influence of the Big Tech players like Facebook, YouTube and Twitter give them unprecedented power to monitor and moderate our speech and public discourse*".

⁵¹ V. nota n. 11.

nostro continente rispetto a tali fenomeni, finalmente l'UE sembra avere mostrato e dato seguito all'intenzione di riappropriarsi della propria "sovranità digitale"⁵² al fine di "raggiungere una efficace protezione dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione"⁵³ e di "promuovere i valori e i principi delle democrazie liberali"⁵⁴. Certo, come si avrà modo di evidenziare nel prossimo paragrafo, il cammino per addivenire a una pervasiva tutela della libertà di manifestazione di pensiero degli utenti delle piattaforme digitali da parte dell'ordinamento europeo appare ancora impervio e lungo. Nondimeno, si ritiene che il *Digital Services Act*, se pur con alcuni limiti di cui si dirà a breve, rappresenti – al netto di tutto – un prezioso documento normativo da cui muovere al fine di tentare di superare e governare l'«anomia» che per troppo tempo ha contraddistinto l'esercizio della libertà di manifestazione all'interno delle *agorà* digitali.

3. Il *Digital Services Act* rappresenta un esempio significativo del metodo di co-regolazione che il nostro ordinamento europeo ha deciso di adottare per fronteggiare quell'anomala «ibridazione»⁵⁵ fra diritto pubblico e privato che informa di sé la disciplina delle piattaforme digitali. Si è tentato, pertanto, di addivenire a un compromesso fra l'eteroregolazione da parte dell'UE dell'uso di tali mezzi di comunicazione e l'autonormazione (e, forse, finanche l'«autocostituzionalizzazione»^{56?}) delle stesse da parte dei rispettivi *gatekeepers*. Ebbene, il risultato derivante dal ricorso a tale modello regolativo ci consegna una disciplina "a doppio binario" data, da un lato, dall'adozione di norme europee relative ai c.d. "contenuti illegali" presenti all'interno delle *digital platforms* e, dall'altro, dall'auto-regolamentazione da parte dei *providers* dei c.d. "contenuti dannosi".

Pertanto, conformemente a quanto previsto dall'art. 3, lett. h) DSA, si può adesso qualificare contenuto illegale "qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro conforme con il diritto dell'Unione, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tale diritto". Da ciò consegue, ad esempio, che se le c.d. "*Very Large Online Platforms*"⁵⁷ (VLoPS)

⁵² M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 192.

⁵³ M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet Governance*, in *Rivista italiana di Informatica e Diritto*, 2022, n. 1, p. 50.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. XVIII.

⁵⁶ M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 78.

⁵⁷ Ad esse è specificamente dedicata la quinta sezione (artt. 33-43) del DSA.

dovranno vigilare sulla “diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi” (art. 34, primo comma, lett. a), DSA), parimenti, la Commissione europea potrà esercitare dei poteri di controllo e vigilanza (art. 56, secondo comma, DSA), di indagine (art. 65 DSA), di audizione (art. 68 DSA), di ispezione (art. 69 DSA) e di vigilanza rafforzata (art. 75 DSA) sulle stesse.

Pertanto, è importante qui sottolineare come nei confronti delle VLoPS, a differenza di quanto avviene per le altre piattaforme digitali che anche sono disciplinate dal regolamento in questione⁵⁸, l’esercizio di tali poteri di vigilanza è di esclusiva titolarità della Commissione. Una scelta, questa, che se indubbiamente risponde alla necessità avvertita dall’Unione di recuperare la propria sovranità in tale ambito, fa suscitare qualche perplessità circa la sua opportunità. Essendo, infatti, tale istituzione un organo politico, questa potrebbe non essere in grado di esercitare le anzidette funzioni in modo del tutto imparziale (quando, invece, per la delicatezza dei valori e dei diritti coinvolti, si ritiene che tale aspetto dovrebbe rappresentare un presupposto irrinunciabile e imprescindibile). Preferibile sarebbe stato, forse, affidare un simile compito a un’autorità indipendente che, più di tutte, avrebbe probabilmente rappresentato una garanzia di neutralità nello svolgimento di tale complesso ruolo⁵⁹.

Pertanto, anche la scelta assunta dall’Unione Europea di disciplinare unicamente i contenuti illegali diffusi dagli utenti sulle piattaforme digitali e non anche quelli dannosi (ovvero quelli non conformi agli *standards* della *community* propri della piattaforma digitale nella quale sono stati pubblicati) non appare del tutto condivisibile⁶⁰. Se è vero, infatti, che – conformemente al modello della co-regolazione – si può condividere la scelta di addivenire all’adozione concertata delle disposizioni che disciplinano simili mezzi di comunicazione, è altresì vero che affidare, ancora una volta, la regolamentazione dei contenuti dannosi ai *providers*, continuerà a lasciare un pericoloso cono d’ombra all’interno di tale cornice normativa. Ciò, evidentemente, in quanto saranno sempre i singoli *gatekeepers* a valutare se un *post* rispetti o meno gli *standards* della *community* e, pertanto, il giudizio circa il mantenimento o meno di quel contenuto nella piattaforma ricadrà

⁵⁸ L’art. 49, primo comma, DSA prevede, infatti, che gli Stati membri designino “una o più autorità competenti incaricate della vigilanza dei fornitori di servizi intermediari e dell’esecuzione del presente regolamento”.

⁵⁹ In questo senso E. MANCINI, *Digital Services Act e libertà di espressione, non ci siamo: ancora troppo potere alle big tech*, in *Agenda digitale*, 28 marzo 2024, p. 13.

⁶⁰ V. a tal proposito; J. BARATA, *Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act*, 29 luglio 2020, *passim*; E. MANCINI, *Digital Services Act*, cit., *passim*; G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell’UE*, in *federalismi.it*, 2022, n. 1, p. 119.

nuovamente nell'arbitrio di tali compagnie. Per di più, proprio in ragione del controllo pervasivo svolto dalla Commissione sul rispetto da parte dei *gatekeepers* del DSA, le VLoPS potrebbero essere "più propense rispetto al passato a rimuovere i contenuti generati dagli utenti, rischiando però di non limitarsi solo a quelli chiaramente illegali ma lasciando che siano rimossi anche quelli «dubbi» per non risultare in qualche modo inadempienti"⁶¹. Si ritiene, pertanto, che qualora fosse stata dettata una tassonomia più completa e ampia del tipo di contenuti vietati all'interno delle piattaforme (ovvero, qualora l'Unione Europea avesse definito anche quelli dannosi oltre a quelli illegali⁶²) ciò avrebbe aiutato – in modo probabilmente ben più significativo – a fronteggiare l'«anomia» propria della disciplina in questione.

Da ultimo, è opportuno svolgere qualche ulteriore considerazione con riferimento al sistema interno di gestione di reclami che le piattaforme digitali sono tenute ad istituire ai sensi dell'art. 20 DSA. Invero, si ritiene che tale disposizione accordi una tutela significativa agli utenti delle VLoPS atteso che questa consente loro di presentare un reclamo contro la decisione assunta da un *provider* di sospendere o chiudere, ad esempio, i loro relativi profili⁶³. Peraltro, il terzo comma dell'art. 20 DSA prevede, altresì, che l'accesso a simili sistemi debba essere per gli *users* "facile" e consentire loro "la presentazione di reclami sufficientemente precisi e adeguatamente motivati". Inoltre, il quarto comma della medesima disposizione dispone che la gestione di simili controversie debba avvenire "in modo tempestivo, non discriminatorio, diligente e non arbitrario" e consente agli utenti di ottenere l'annullamento della decisione adottata dalla piattaforma qualora venga dimostrato che il profilo in questione non abbia trasmesso informazioni "illegali né incompatibili con le condizioni generali" della *community*. Una tutela, questa,

⁶¹ G. MORGESE, *Moderazione e rimozione*, cit., p. 117.

⁶² In realtà, dell'opportunità e della necessità di definire anche i c.d. "contenuti dannosi" si è discusso in fase di approvazione del regolamento n. 2022/2065 (contenente, appunto, il DSA). Tuttavia, se alcuni paesi come la Germania ritenevano che "*even if a content is not illegal, it can be harmful and recipients should have the possibility to ask the provider to delete the harmful content based on its Community Standards*" (Council of the European Union, Interinstitutional file n. 2020/0361 (COD), 18 maggio 2021, p. 116), altri Stati (quali, ad esempio, il Lussemburgo, la Croazia e i Paesi Bassi) credevano che un "*harmful (but legal) content justifies a more nuanced approach than illegal content*" così che "*any attempts at defining harmful content EU-wide would fail*" (p. 111). Per tali ragioni, pertanto, si è reputato che "*the attempt to reach an agreement on the definition of harmful content on the EU level would only prolong the discussion on the DSA*" al punto da non rendere sicuri gli Stati che la "*compromise definition would really solve the problems in practice*" (p. 2). Il documento qui riportato è consultabile sul sito <https://councildsa.reset.tech/pdf/wk05155-re02.en21.pdf>.

⁶³ Specificamente, l'art. 20, primo comma, DSA prevede che un utente possa presentare un reclamo contro le decisioni che: "a) indicano se rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso alle stesse o se limitarne la visibilità; b) indicano se sospendere o cessare in tutto o in parte la prestazione del servizio ai destinatari; c) indicano se sospendere o cessare l'account dei destinatari; d) indicano se sospendere, cessare o limitare in altro modo la capacità di monetizzare le informazioni fornite dai destinatari".

che invero appare essere assai efficace e pervasiva per il “popolo” digitale che abita simili *agorà*.

Ciò che, invece, suscita più di una perplessità è quanto previsto dall’art. 21 DSA in merito alla risoluzione extragiudiziale delle controversie che potrebbero sorgere fra *users* e *providers*. Ancorché, infatti, tale disposizione preveda che l’organismo incaricato di dirimere simili casi⁶⁴ debba essere “imparziale e indipendente” (terzo comma, lett. a), in possesso delle “competenze necessarie” (lett. b) per adempiere alle proprie funzioni e che debba esercitarle “in modo rapido, efficiente ed efficace sotto il profilo dei costi” (lett. d), stupisce l’assenza di vincolatività che le sue decisioni hanno nei confronti delle piattaforme. Il secondo comma dell’art. 21 DSA prevede, infatti, che “l’organismo di risoluzione *non ha il potere di imporre* una risoluzione della controversia vincolante per le parti”. Ora, sebbene sia facile comprendere che l’adozione di tale disposizione muova presumibilmente dall’esigenza avvertita dall’Unione Europea di rispettare in queste circostanze l’autonomia decisionale dei titolari delle *digital platforms*, una simile scelta non convince del tutto.

Cui prodest, infatti, l’esistenza di un organismo di risoluzione extra-giudiziale assistito da pervasive garanzie se, concretamente, il *gatekeeper* di turno può deliberatamente decidere di non riconoscere la vincolatività della decisione emessa senza che l’utente possa agire per impedire che ciò avvenga? Anche in tale circostanza, ancora una volta, l’ago della bilancia fra l’eteroregolazione delle piattaforme da parte dell’Unione Europea e l’autonormazione delle stesse da parte dei *providers* pende verso il secondo dei due bracci (con buona pace, evidentemente, della salvaguardia dei diritti degli utenti lesi dall’eventuale irragionevole esercizio dei poteri “censori” dei *gatekeepers*).

Ad ogni modo, al netto di tali considerazioni, non essendo possibile in questa sede soffermarsi ulteriormente sulle disposizioni qui analizzate (che si ritiene siano, invero, le più critiche e “deboli” della complessiva cornice normativa tratteggiata dal *Digital Services Act*), è bene sottolineare come il documento normativo in questione rappresenti, in ogni caso, un significativo e notevole passo avanti dell’Unione Europea lungo l’impervio cammino della regolamentazione delle piattaforme digitali. L’aver, infatti, previsto la possibilità per l’UE di esercitare dei poteri di vigilanza e controllo sul rispetto del regolamento del DSA da parte

⁶⁴ L’art. 21, primo comma, DSA prevede che gli utenti abbiano il diritto di scegliere qualunque organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie certificato in conformità al paragrafo 3 del medesimo articolo. Il paragrafo in questione prevede, specificamente, che “il coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro in cui è stabilito l’organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie certifica tale organismo, su sua richiesta, per un periodo massimo di cinque anni rinnovabile” se il medesimo ha dimostrato di soddisfare le condizioni enunciate alle lettere a-f del medesimo paragrafo.

dei *providers*; l'avere, ancora, apprestato delle significative garanzie agli utenti che ricorrono a tali mezzi di comunicazione (si pensi, ad esempio, all'obbligo per le VLoPs di istituire al proprio interno dei sistemi interni di gestione dei reclami⁶⁵); l'avere, infine, disciplinato i contenuti illegali che potrebbero essere diffusi in tali *agorà* digitali, rappresentano alcuni dei più significativi punti di forza del documento qui analizzato.

Nondimeno, come rilevato, muovendo dall'opera indubbiamente meritoria compiuta dall'Unione Europea per tentare di riaffermare la propria sovranità all'interno di una dimensione, quale quella digitale, assai complessa e difficile da disciplinare, si ritiene che si potrebbe incidere in modo ancora più pervasivo ed efficace su tali piattaforme e sul microcosmo che è in esse racchiuso. Ciò, evidentemente, al fine di evitare di giungere al paradosso per il quale sono dei soggetti privati a svolgere, in modo a volte quasi del tutto indisturbato, "funzioni tradizionalmente proprie dei pubblici poteri"⁶⁶ e che, di contro, sono le istituzioni stesse a essere "costrette a rivolgersi a privati [...] per poter continuare ad assolvere le proprie funzioni"⁶⁷.

4. Dinanzi al "più grande esperimento di anarchia della storia"⁶⁸, quale è Internet, è assai arduo teorizzare delle categorie giuridiche in grado di governare un fenomeno tanto rivoluzionario quanto imprevedibile. Come a più riprese si è qui sottolineato, infatti, pressoché ogni disciplina (e non soltanto il diritto) attraversa ormai da alcuni anni un periodo di profonda crisi proprio perché costretta, in una qualche misura, a reinventarsi continuamente dinanzi all'avanzare repentino dell'evoluzione tecnologica⁶⁹.

All'interno di tale panorama, non sorprende constatare – pertanto – come il costituzionalismo contemporaneo sia spesso in affanno nel tentativo di "trovare nuove geometrie di azione [...] per mantenere fede alla sua missione originaria di limitazione del potere"⁷⁰. Ecco che, allora, alcune delle classiche categorie sulle

⁶⁵ Art. 20 DSA.

⁶⁶ A. SIMONCINI – E. CREMONA, *La AI fra pubblico e privato*, in *DPCE online*, 2022, n. 1, p. 256.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ E. SCHIMDT – J. COHEN, *La nuova era digitale. La sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni*, Milano, 2013, p. XI.

⁶⁹ A tal proposito, sottolinea S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, cit., come "proprio al «diritto del mare» si sono rifatti in molti quando hanno dovuto affrontare le sfide istituzionali di Internet, tornando con la memoria alla costruzione, all'«estrazione» dall'esperienza di principi e regole che avrebbero consentito di avere un mare libero e sicuro".

⁷⁰ A. MORELLI – O. POLLICINO, *Le metafore della rete, linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 1, p. 4.

quali lo Stato moderno di diritto si era fondato (soprattutto, si ritiene, quella di popolo, territorio e sovranità) hanno iniziato a sbiadirsi sempre di più dinanzi ai repentini e continui “cromatismi” del cyberspazio. Gli ordinamenti liberal-democratici, pertanto, rischiano seriamente di perdere la bussola e, con loro, si ritiene corrano il medesimo pericolo anche i diritti fondamentali e i principi sui quali questi si basano.

Ebbene, la libertà di espressione, come più volte si è evidenziato in questa sede, non è affatto esente da tale fenomeno. Al contrario, forse è proprio tale diritto uno di quelli la cui “morfologia”⁷¹ ha risentito maggiormente dell’avvento di Internet in ragione della complementarità che vi è fra la libertà di manifestazione del pensiero e quella di avvalersi dei mezzi necessari per renderlo pubblico fra i consociati. D’altronde, già da tempo un’autorevole dottrina avvertiva che “anche nel silenzio dei testi costituzionali, la garanzia della libertà di espressione deve comprendere quella del libero uso dei mezzi [...] nel senso che debba esserne assicurata la libera utilizzazione in condizioni di uguaglianza”⁷².

Se di condizioni di uguaglianza si tratta, allora, è sin troppo evidente come il c.d. “*free market place of ideas*”⁷³ cui avrebbero presumibilmente dato luce le piattaforme digitali, abbia ben poco a che fare con tale accezione liberal-democratica di libertà di manifestazione del pensiero. Quale “libera” libertà vi può essere all’interno di un mercato gestito da un ristrettissimo ed elitario oligopolio che ne detiene l’accesso e che ne condiziona le modalità di esercizio? E quale libera espressione del pensiero può essere esercitata in uno spazio digitale cui si accede solo a condizione di accettarne previamente le condizioni stabilite in modo unilaterale da una sola delle parti e alla cui formazione l’altra non può in alcun modo prendere parte?

È nell’«asimmetria delle posizioni»⁷⁴ fra *user* e *provider*, pertanto, che sta il vero *punctum crucis* dell’esercizio della libertà di espressione all’interno di simili piattaforme. Si badi, però, che ciò che mette in crisi la tradizionale accezione liberal-democratica di tale diritto non è dato dalla proprietà privata dei mezzi di

⁷¹ M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 218.

⁷² V. CRISAFULLI, *Problematica della «libertà di informazione»*, in *Il Politico*, 1964, pp. 297 s.

⁷³ A. I. GOLDAM – J. C. COX, *Speech, Truth, and the Free Market for Ideas*, in *Legal Theory*, 1996, n. 2, *passim*.

⁷⁴ B. CAROTTI, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, n. 4, p. 998. In questo senso v. anche, *ex plurimis*, E. BIRRITIERI, *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*, in *MediaLaws*, 2023, n. 2, p. 64; E. CREMONA, *I poteri privati nell’era digitale: libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, 2023, pp. 181 ss.; A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, n. 1, pp. 80 ss. e Id. – E. CREMONA, *La AI fra pubblico e privato*, cit., pp. 264 ss.

comunicazione. È fin troppo evidente, infatti, che la privata titolarità della stampa, della radio e della televisione è fenomeno ormai noto da tempo negli ordinamenti liberal-democratici. La disciplina dei mezzi, infatti, può “indifferentemente disporre un sistema privatistico come uno almeno in parte pubblicistico, «purché, beninteso, il mezzo sia legalmente (e *potenzialmente*) a disposizione di tutti»⁷⁵. Si tratta, allora, piuttosto di evitare che una simile circostanza sia in grado di dare vita a “condizioni discriminatorie di carattere politico e ideologico”⁷⁶.

Se questa è la cornice teorica al cui interno si colloca la disciplina della libertà di manifestazione del pensiero, va da sé che tutte le volte in cui ci si trova dinanzi a un arbitrario esercizio di poteri di “censura privata” da parte dei *gatekeepers* ci si allontana fortemente dal perimetro teorico anzidetto. Per tali ragioni, pertanto, la privatizzazione della censura non può che apparire “irragionevole sul piano dei principi costituzionali”⁷⁷ in quanto “non solo la censura è costituzionalmente inconcepibile se non in casi limitatissimi, negli schemi del diritto costituzionale d’occidente, e oggetto di una riserva di legge e di una riserva di giurisdizione, ma immaginare che si possa affidare la censura a organizzazioni private secondo modelli che ricordano lo scandirsi orizzontale del principio di sussidiarietà appare impossibile”⁷⁸.

Ecco perché, allora, il “*free market place of ideas*” non è un mercato come tutti gli altri. Questo non ha affatto ad oggetto dei semplici “beni materiali”⁷⁹ ma, piuttosto, “opinioni e pensieri”⁸⁰ e incidere su questi ultimi non può che significare incidere “anche sugli altri diritti fondamentali che, eventualmente con essa (l’attività imprenditoriale dei *providers*, n.d.r.), devono essere bilanciati”⁸¹. È una logica economica che muove l’attività dei *gatekeepers* ed è sempre in virtù di tale logica che gli stessi possono essere spinti a “modulare le proprie risposte in conformità alle pulsioni economiche ritenute più efficienti”⁸² senza la garanzia, però (e qui si può plasticamente rinvenire la differenza con il ruolo assunto dallo Stato e della tutela apprestato dallo stesso alla libertà di espressione “analogica”), che “questo sia eziologicamente corrispondente al corretto bilanciamento fra diritti e interessi sottostanti”⁸³.

⁷⁵ V. CRISAFULLI, *Problematica della «libertà di informazione»*, cit., p. 297 s.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ G. L. CONTI, *Manifestazione del pensiero*, cit., p. 216.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 223.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell’agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2019, n. 1, p. 41.

⁸³ *Ibidem*.

Insomma, la differenza fra la libertà di manifestazione del pensiero “analogica” e digitale sta soprattutto in questo scontro continuo (e forse irrisolvibile?) fra la logica assiologico-costituzionale e quella privatistica-imprenditoriale sottese e sostanziali a tali diverse forme di esercizio della manifestazione del pensiero. Certo, si è consapevoli che un simile contrasto non fosse affatto sconosciuto all’epoca antecedente all’avvento di Internet, atteso che una frizione fra poteri pubblici e privati vi era già, in effetti, quando esistevano i tradizionali mezzi di comunicazione. Nondimeno, si crede che il sopraggiungere delle nuove tecnologie abbia di gran lunga estremizzato e accentuato tale fenomeno.

D'altronde, è evidente come l'opera di bilanciamento compiuta da un ordinamento impegnato a trovare un punto archimedeo fra i diritti in conflitto al momento dell'adozione di una misura restrittiva della libertà di espressione non potrà mai essere svolta (o, comunque, difficilmente potrà essere la medesima) di quella compiuta da un imprenditore proprietario di una piattaforma il cui principale interesse è, com'è ovvio, quello di ottenere il massimo profitto dalla propria attività. Se a tale scopo si aggiunge, poi, l'interesse che i *gatekeepers* potrebbero avere di utilizzare le *agorà* digitali di cui sono proprietari per condizionare gli orientamenti politici e culturali degli utenti ricorrendo, di volta in volta, a nuove e profilate *filter bubbles*⁸⁴ in grado di selezionare i contenuti visualizzabili, il quadro si aggrava sempre di più⁸⁵.

Per tali ragioni, pertanto, si ritiene che l'adozione del *Digital Services Act* da parte dell'Unione Europea, sebbene al netto delle considerazioni critiche già espresse in precedenza con riferimento ad alcune sue disposizioni, rappresenti un tassello fondamentale nel complesso equilibrio di *checks and balances* nel quale il costituzionalismo contemporaneo è ormai da tempo impegnato nel tentativo

⁸⁴ Tale espressione, com'è noto, è stata coniata da E. PARISIER, *The filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*, New York, 2011. Sul tema v. almeno M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, 2018, Milano; A. BRUNS, *È vero che Internet ci chiude in una bolla? Una prospettiva critica su filter bubble ed echo chamber*, in *Media Cultura*, 2024; M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Rivista di diritto dei media*, 2019, n. 2; P. CORAZZA, *Filter bubbles e echo chambers: origini pre-digitali e elementi di novità. Riflessioni dalla prospettiva della media education*, in *Formazione e insegnamento*, 2022, n. 1; R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *Media Laws*, 2020, n. 1; F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Torino, 2022; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., n. 1.

⁸⁵ Sui problemi che solleva la profilazione degli utenti effettuata tramite algoritmi e, in senso più ampio, dall'intelligenza artificiale v. *ex plurimis* M. C. GIRARDI, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *federalismi.it*, 2024, n. 17, *passim*; C. LOTTA, *Governance della rete, accesso a Internet e cybersicurezza. Profili costituzionali*, Napoli, 2024, pp. 80 ss.; V. MOLASCHI, *Algoritmi e nuove schiavitù*, in *federalismi.it*, 2021, n. 18, pp. 224 ss.; F. PARUZZO, *I sovrani della rete*, cit., pp. 35 ss.; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* (ediz. italiana), Roma, 2019, *passim*.

di cercare di non perdere la propria identità ma, al tempo stesso, di adattarla alle nuove forme che la società sta assumendo giorno dopo giorno. Certo, come detto, si ritiene che gli ordinamenti contemporanei dovrebbero incidere in modo ancora più pervasivo sulla gestione delle piattaforme digitali da parte dei *gatekeepers* provvedendo, ad esempio, a definire puntualmente non soltanto i contenuti illegali bensì anche quelli dannosi diffusi dagli utenti sulle piattaforme; riconoscendo una vincolatività alle decisioni adottate dagli organi deputati a risolvere in via extragiudiziale le controversie fra *users* e *providers* e prevedendo che siano autorità indipendenti a vigilare sul rispetto del DSA da parte delle VLoPS. Tali proposte, naturalmente, sono soltanto alcune delle tante soluzioni che potrebbero essere apprestate per tentare di risolvere il complesso “groviglio teorico” che attanaglia la disciplina delle *digital platforms* (che, come detto, si pone in un complesso crinale che lambisce tanto il diritto pubblico quanto quello privato).

In conclusione, si ritiene – però – che il fine ultimo sotteso all’adozione di simile misure da parte degli ordinamenti liberal-democratici dovrebbe, in ogni caso, muovere dalla medesima esigenza: quella di scongiurare il rischio che l’apparente uguaglianza di cui la rete tenta di farsi affannosamente promotrice consentendo, formalmente a chiunque, di manifestare liberamente il proprio pensiero sul *web*, non si tramuti – in realtà – in una forma diversa e nascosta di discriminazione nell’esercizio di tale diritto da parte degli utenti delle piattaforme digitali. D’altronde, se così fosse, non si assisterebbe ad altro che a un mero mutamento di aspetto di una di quelle vecchie disuguaglianze “analogiche” che, tuttavia, già gli ordinamenti liberal-democratici conoscevano da tempo e per il superamento delle quali essi stessi sono venuti ad esistenza.

MISCELLANEA

L'intelligenza artificiale all'interno di un sistema giuridico «antropocentrico». Riflessioni sullo stato dell'arte in tema di responsabilità dei funzionari pubblici*

FABIO ALTAMURA

SOMMARIO: 1. Premessa. Considerazioni preliminari sull'intelligenza artificiale: dal rapporto tra uomo macchina in termini di contrasto all'approdo ad un'intelligenza artificiale «antropocentrica». – 2. L'intelligenza artificiale che pone al centro «l'uomo» ed è soggetta alla «supervisione e all'intervento dell'uomo». Il problema dei funzionari pubblici. – 3. Brevi considerazioni conclusive.

1. Il Regolamento (UE) 2024/1689 sull'Intelligenza Artificiale (*AI Act*) fissa tra gli obiettivi da conseguire «la diffusione di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile»¹. Tale affermazione sembra tuttavia avere (almeno al momento in cui si scrive) una valenza ossimorica, oltre che a consistere in un'affermazione programmatica dal contenuto incerto. Occorre innanzitutto domandarsi se sia corretto utilizzare, almeno su un piano prettamente etimologico, l'espressione «intelligenza artificiale»² nell'accezione divenuta ormai di uso corrente: il termine

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Considerando 1 del Regolamento (UE) 2024/1689 «Lo scopo del presente regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione, in conformità dei valori dell'Unione, promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, proteggere contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, nonché promuovere l'innovazione. Il presente regolamento garantisce la libera circolazione transfrontaliera di beni e servizi basati sull'IA, impedendo così agli Stati membri di imporre restrizioni allo sviluppo, alla commercializzazione e all'uso di sistemi di IA, salvo espressa autorizzazione del presente regolamento».

² G. GALLONI, *Algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale in Riserva di umanità e funzioni amministrative* rileva che «Algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale sono concetti di natura eminentemente tecnica, entrati nel lessico comune (anche del giurista, nonostante la mancanza di una definizione di diritto positivo) e mutuati dalla scienza informatica. Come spesso accade in settori del sapere di recente sviluppo, la mancanza di una sedimentazione nella riflessione scientifica porta, insieme con l'improvvisa attenzione verso la materia, un incerto approccio al linguaggio di settore. L'incertezza ha caratterizzato anche la produzione giurisprudenziale, con la manifestazione di una (comprensibile) scarsa dimestichezza verso la concettualità tipica della materia. Non sono, peraltro, mancati interventi chiarificatori, che hanno avuto il merito di sgombrare, almeno in parte,

«intelligenza» deriva dal latino *intelligentia*, che a sua volta proviene da *intelligere*, «intendere», «comprendere», «capire»³; «artificiale» deriva dal termine latino *artificium*, ciò che è fatto con arte e si contrappone a ciò che è per natura⁴. In buona sostanza, l'espressione «intelligenza artificiale», dovrebbe indicare la comprensione mediante l'utilizzo di strumenti non umani.

È lapalissiano che la macchina può soltanto procedere ad una rielaborazione dei dati forniti dall'uomo (i c.d. sistemi di intelligenza artificiale di *machine learning*) e non può, invece, comprenderli.

Il rapporto tra uomo e macchina ha attirato fin dagli albori della civiltà curiosità ed attenzione, declinandosi in termini di contrapposizione tra io e non-io. Il filosofo Cartesio costruì il suo pensiero attorno al noto dualismo tra *res extensa* (macchina) e *res cogitans* (uomo), rilevando una frattura insuperabile tra le due, in quanto la macchina - creazione emulativa del funzionamento meccanico del corpo umano - è priva di pensiero autodeterminato proprio della persona e, pertanto, sulla scorta della nota espressione *cogito ergo sum*, dell'essenza umana⁵. Tale dicotomia inizia ad incrinarsi con l'avvento della scienza informatica, quando verrà elaborato il concetto di algoritmo e della teoria della calcolabilità: per la prima volta l'approccio meccanicistico trova applicazione al pensiero, fino ad allora prerogativa esclusiva della *res cogitans*⁶.

il campo dalle incertezze.». Il riferimento è a Cons. St., sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891 pubblicata su *Diritto di internet*, 1, 2022, 157 ss. con il commento di G. Gallone, Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale, 161 ss. Con tale pronuncia i Giudici di Palazzo Spada hanno colto l'occasione offerta da una controversia relativa alla interpretazione della *lex specialis* di una specifica procedura di affidamento per raffinare una classificazione già abbozzata nella propria giurisprudenza precedente in tema di amministrazione algoritmica (Cons. St., sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270 con commento di S. CRISCI, *Evoluzione tecnologica e trasparenza nei procedimenti "algoritmici"*, in *Diritto di internet*, 2, 2019, 377 seguita da Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8474, e da Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, con commento di A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020, 1738).

³ <https://www.treccani.it/vocabolario/intelligenza/>.

⁴ <https://www.treccani.it/vocabolario/artificiale/>.

⁵ La crucialità del pensiero di Cartesio nella dialettica uomo-macchina e nel percorso che conduce alla nascita dell'intelligenza artificiale è evidenziata da V. Bochicchio, *Meccanicismo cartesiano e intelligenza artificiale. Fondazione e oltrepassamento del paradigma umanistico*, in M.T. CATENA (a cura di), *Artefatti. Dal postumano all'umanologia*, Milano, 2012, pp. 207 ss.

⁶ Sul punto si veda G. GALLONI, *La macchina oltre il corpo: l'avvento della scienza informatica*, in *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Wolters Kluwer, 2023, p. 34: «È facilmente intuibile come un così radicale cambio di paradigma abbia, anzitutto, una valenza filosofica. Con esso si incrina, infatti, il diaframma tra uomo e macchina, costruito lungo il crinale tra soggetto e oggetto 30 e si apre il dibattito, anti-cipato dal genio di Alan Turing, circa la possibilità di realizzare macchine intelligenti, dotate, dunque, dell'attributo caratterizzante l'io. È, questo, il comune punto di partenza di una serie di riflessioni che spaziano dall'etico al giuridico e che si pongono tra i temi di avanguardia della modernità 32. Il primo fronte di riflessione è rappresentato dalla possibilità di riconoscere una soggettività, ancorché limitata, alle macchine intelligenti».

Il primo a coniare l'espressione «intelligenza artificiale» per come la conosciamo oggi fu John McCarthy nel 1956, uno degli organizzatori della Conferenza di Dartmouth presso il Dartmouth College nel New Hampshire⁷, secondo il quale l'intelligenza artificiale è un sistema “*consistente nel far sì che una macchina si comporti in modi che sarebbero definiti intelligenti se fosse un essere umano a comportarsi così*”⁸.

L'espressione è stata ripresa dal Regolamento 1689/2024, che ha adottato una definizione allineata rispetto all'approccio dell'OCSE⁹: un «sistema di IA», riporta il Regolamento, è «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali»¹⁰. Il Regolamento mantiene volutamente confini ampi, in modo tale da garantire «la flessibilità necessaria per agevolare i rapidi sviluppi tecnologici in questo ambito»¹¹ e da consentire alla Commissione europea di elaborare «orientamenti sull'attuazione pratica» del regolamento anche per quanto riguarda la definizione di «intelligenza artificiale»¹².

2. Dunque, è con l'avvento della *Digital Era Governance*, collegata con la c.d. Quarta Rivoluzione Industriale (o *Industria 4.0*)¹³, che si giunge ad una vera e propria sovrapposizione (o quasi) tra l'uomo e la macchina, che ha determinato la

⁷ «Forse il più notevole, anche se trascurato, risultato della proposta di Dartmouth è l'improbabile e probabilmente involontaria capacità dell'espressione intelligenza artificiale di attrarre interesse e attenzione ben oltre la sua origine accademica. Non c'è nulla nella vita di John McCarthy a suggerire che covasse un segreto interesse o talento per coniare brillanti slogan pubblicitari, eppure la scelta di questo particolare moniker ha acceso un duraturo interesse da parte della stampa, del pubblico e dei media di intrattenimento – un risultato, questo, che spesso sfugge ai più navigati professionisti dell'advertising», J. KAPLAN, *Intelligenza Artificiale. Guida al prossimo futuro*, Luiss, 2016, p. 41.

⁸ MC CARTHY J, MINSKY ML, ROCHESTER N, SHANNON CE. *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 31 agosto 1955.

⁹ L'ultima definizione concordata dai paesi OCSE è la seguente: «*An AI system is a machine-based system that explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical real or virtual environments. Different AI systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment*». Sul sito istituzionale dell'OCSE sono rinvenibili le ultime modifiche e le spiegazioni del progressivo affinamento della definizione, cfr OCSE.

¹⁰ Articolo 3, Definizioni, *AI ACT*.

¹¹ Considerando 12 *AI ACT*.

¹² Cfr. art. 96, Orientamenti della Commissione sull'attuazione del regolamento, *AI ACT*.

¹³ Sul punto, si richiama l'espressione utilizzata da D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Questa Rivista*, 2019, 3, 2, ove si afferma che «Nel XX secolo, l'evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) ha modellato una combinazione asimmetrica fra tre paradigmi della Pubblica Amministrazione: la Pubblica Amministrazione 1.0, che

necessità di un ripensamento trasversale di processi e principi. Da un lato, infatti, la digitalizzazione¹⁴ è uno strumento mediante il quale realizzare una maggiore efficienza della pubblica amministrazione¹⁵ che trova copertura costituzionale nel principio di buon andamento, di efficacia ed economicità¹⁶; dall'altro, l'automazione dei processi di politica pubblica e la sostituzione degli esseri umani con agenti digitali, stanno sfidando le capacità (tecniche e infrastrutturali) della pubblica amministrazione, per garantire i diritti individuali nonché per supportare (e comprendere) i processi decisionali nell'organizzazione amministrativa¹⁷.

Tali criticità sono state affrontate dapprima dalla giurisprudenza amministrativa ed hanno trovato in tempi recenti "soluzione" e positivizzazione nel D.Lgs. n. 36/2023, che ha ancorato l'utilizzo di «soluzioni tecnologiche» al rispetto di determinati parametri¹⁸.

Sul piano europeo, l'IA Act ha introdotto requisiti di conformità per i «sistemi ad alto rischio», al fine di garantire la tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁹. Il Regolamento stabilisce

corrisponde al classico modello di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzato dall'utilizzo di carta, stampa e macchina da scrivere. La Pubblica Amministrazione 2.0, che incorpora computer, processori di testo, stampante e fax. La Pubblica Amministrazione 3.0 verso cui, nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato a migrare grazie all'uso di internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network. Attualmente la Pubblica Amministrazione si trova, tuttavia, già in una quarta fase di evoluzione. Questa quarta fase è collegata alla c.d. Quarta Rivoluzione Industriale ed ha come minimo comun denominatore un alto grado di automazione e di interconnessione».

¹⁴ Da intendersi come «processo, avviato sin dal 2005 e attualmente in corso, che comprende l'ammodernamento e l'aggiornamento dell'intera Pubblica Amministrazione, mediante la creazione di nuove infrastrutture e strategie per semplificare accesso, gestione e sicurezza delle informazioni, a vantaggio del cittadino, di enti pubblici, scuole, Regioni, Province e Comuni» (Cfr. *Digitalizzazione PA: significato, normativa e Piano Triennale*, pubblicato in www.transizionedigitale.it, il 4 luglio 2022).

¹⁵ F. CONTE, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione, verso l'amministrazione algoritmica*, in *federalismi.it* afferma che «L'avvento della c.d. Industria 4.0 ha così comportato l'introduzione di politiche trasversali e costretto la pubblica amministrazione alla declinazione di nuovi modelli (e principi) organizzativi dei servizi e poteri pubblici, quale potenziale strumento di maggiore efficienza, economicità e semplificazione della Sua azione».

¹⁶ Cfr. G. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 1° settembre 2022, pag. 601.

¹⁷ F. CONTE, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione verso l'amministrazione algoritmica*, in *federalismi.it*.

¹⁸ Art. 30, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023 prescrive che «Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici».

¹⁹ Considerando 64: «Al fine di attenuare i rischi derivanti dai sistemi di IA ad alto rischio immessi sul mercato o messi in servizio e per garantire un elevato livello di affidabilità, è opportuno applicare determinati requisiti obbligatori ai sistemi di IA ad alto rischio, tenendo conto della finalità

che «come prerequisito, l'IA dovrebbe essere una tecnologia antropocentrica. Dovrebbe fungere da strumento per le persone, con il fine ultimo di migliorare il benessere degli esseri umani»²⁰ e che tra i principi elaborati dall'AI HLEG²¹ «intesi a contribuire e a garantire che l'IA sia affidabile ed eticamente valida» è inclusa la sorveglianza e l'intervento umano con il quale si intende «che i sistemi di IA sono sviluppati e utilizzati come strumenti al servizio delle persone, nel rispetto della dignità umana e dell'autonomia personale, e funzionano in modo da poter essere adeguatamente controllati e sorvegliati dagli esseri umani». Pertanto, al fine di garantire l'antropocentrismo e l'affidabilità dei sistemi di intelligenza artificiale, deve essere garantito l'intervento umano.

E dunque l'intelligenza artificiale - prodotto e creazione dell'uomo - deve porre al centro «l'uomo» ed essere soggetta alla «supervisione e all'intervento dell'uomo»²². L'uomo, dunque, nella sua duplice veste di utilizzatore e destinatario, mantiene, in ogni caso, una posizione di necessaria centralità: «l'uomo» in qualità di destinatario delle procedure di automazione viene tutelato per i processi maggiormente a rischio mediante la previsione di requisiti di conformità che la macchina (e dunque il «fornitore» o il «*deployer*» nella produzione e distribuzione) deve rispettare; fintantoché il «fornitore» o il «*deployer*» rispetti i predetti requisiti, sarà esente da responsabilità.

Sembra però che manchi un ulteriore passaggio sia nella regolamentazione sovranazionale che in quella nazionale. Qual è la tutela posta a garanzia della «persona fisica» deputata alla «sorveglianza umana» che garantisce «l'affidabilità» della decisione automatizzata e alla quale, in ogni caso, verrà attribuita quest'ultima?

prevista e del contesto dell'uso del sistema di IA e conformemente al sistema di gestione dei rischi che deve essere stabilito dal fornitore. Le misure adottate dai fornitori per conformarsi ai requisiti obbligatori del presente regolamento dovrebbero tenere conto dello stato dell'arte generalmente riconosciuto in materia di IA ed essere proporzionate ed efficaci per conseguire gli obiettivi del presente regolamento».

²⁰ Considerando 6 AI ACT.

²¹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/expert-group-ai>.

²² Il conio dell'espressione «riserva di umanità» (in spagnolo «*reserva de humanidad*») la si deve a J. PONCE SOLÉ, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019. G. GALLONE in *Riserva di umanità* precisa che «L'ulteriore interrogativo è costituito dalla individuazione della finalità ultime dell'automazione intelligente. Occorre, in altri termini, stabilire se essa sia scopo in sé o, più cautamente, strumento; e, se si sposa quest'ultima prospettiva, stabilire quali siano le leggi fondamentali a cui la stessa deve obbedire. È in questo panorama culturale in pieno fermento che emerge agli occhi degli interpreti il tema della riserva di umanità. Esso si innesta sulla constatazione che non esiste più una sfera di esclusivo appannaggio dell'umano, essendo anche quella intellettuale divenuta ormai contendibile dalla macchina. Quest'ultima ha invaso il campo dell'intelletto, mettendosi in competizione con l'uomo su un terreno che non è quello del mero lavoro fisico. Ed è evidente il rischio che, in prospettiva, lo spazio della persona venga dalla stessa totalmente fagocitato».

Chiarito che l'intelligenza artificiale deve assolvere ad una funzione servente, di supporto e non sostitutiva dell'umanità - anche alla luce dei principi relativi al rispetto della dignità della persona che non possono essere garantiti dalla macchina e per i quali è assolutamente necessaria l'attività umana per ripristinare la gerarchia assiologica tra persona e macchina tracciata dalla Carta Costituzionale - va infatti evidenziato che la persona fisica che interviene nel processo automatizzato, è a sua volta *a rischio*, in quanto dovrà rispondere di una decisione adottata da una macchina rispetto alla quale dovrebbe conoscere il codice sorgente, i dati di *input*, i dati di *output* e non solo.

Non bisogna dimenticare, infatti, che il nostro sistema giuridico è un sistema antropocentrico, in base al quale l'azione amministrativa deve essere sempre imputabile ad un funzionario persona fisica.

L'art. 28 della Costituzione prevede chiaramente che «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici».

Tale norma non solo assicura il «buon andamento» e l'«imparzialità» della Pubblica Amministrazione²³, ma rappresenta una delle principali garanzie dei diritti civili e, per tale ragione, non può essere elusa in nessun caso²⁴.

Tuttavia, i dipendenti pubblici al fine di garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione devono necessariamente essere in possesso di adeguata professionalità, in quanto la responsabilità amministrativa dei pubblici

²³ Art. 97 Cost. «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

²⁴ M. GALDI, *Tecnologie, anticorruzione e gestione degli interessi nella pubblica amministrazione* in *Passaggi Costituzionali*, 1/2021, p. 149 sul punto afferma che «In ultima analisi, il problema che l'intelligenza artificiale applicata alla decisione amministrativa non sembra risolvere è quello della responsabilità del decisore, nella misura in cui in ogni caso il provvedimento amministrativo dovrà sempre essere imputabile alla responsabilità del titolare dell'organo che utilizza la macchina: tanto in applicazione di un principio giurisprudenziale... ma sostanzialmente di ordine costituzionale». Sul tema si veda anche M. BENVENUTI, *art.28 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Utet, Torino, 2006, p. 585, per il quale «l'affermazione della responsabilità dei pubblici agenti si pone preliminarmente come oggetto strumento di oggettivazione e di garanzia effettiva delle libertà costituzionali enumerate». Ed aggiunge «non è affatto casuale che il tema che qui si affronta sia stato trattato all'interno della Sottocommissione competente ad occuparsi per l'appunto dei diritti e dei doveri dei cittadini e sia stato concepito in chiave di disposizione di chiusura del catalogo delle libertà civili enumerate, secondo una scelta di topografia costituzionale – ben nota ai costituenti attraverso l'influsso di altre esperienze straniere – che rimarrà inalterata sino all'approvazione finale del testo».

dipendenti è ancorata alla colpa grave, intesa quale negligenza, imperizia o imprudenza, o mancata osservanza di regole cautelari.

Sul tema, nello specifico ambito della contrattualistica pubblica, il D.Lgs. n. 36/2023 ha da un lato previsto che per «colpa grave» deve intendersi «la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto» dall'altro ha dettagliato gli specifici requisiti di professionalità richiesti al «Responsabile Unico del Progetto» (artt. 4 e 5 dell'Allegato I.2, del D.Lgs. n. 36/2023), oltre che imposto alle Stazioni appaltanti di adottare «un piano di formazione per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in materia di acquisiti di lavori, servizi e forniture»²⁵.

Nulla, tuttavia, viene stabilito in ordine alle capacità informatiche dei pubblici funzionari, nonostante il Codice degli Appalti Pubblici abbia ormai chiaramente ammesso l'utilizzo dell'intelligenza artificiale «per migliorare l'efficienza» dell'amministrazione ed «automatizzare le proprie attività»²⁶.

Allo stato attuale, dunque, appare evidente che il Responsabile del procedimento dovrà essere in possesso non solo di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti previsti dall'ufficio in cui opera²⁷, ma anche di idonee capacità informatiche: il funzionario pubblico, ad oggi, non è «*solo*» chiamato a decidere

²⁵ Art. 15, comma 7, del D.Lgs. n. 36/23.

²⁶ Art. 30, comma primo, del D.Lgs. n. 36/2023 «Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia».

²⁷ Art. 6 della Legge 241/1990 «Il responsabile del procedimento: a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento; b)) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali; c) propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14; d) cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti; e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale». L'art. 15, comma 2, del D.Lgs. n. 36/2023 «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano il RUP tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della stazione appaltante o dell'ente concedente, preferibilmente in servizio presso l'unità organizzativa titolare del potere di spesa, in possesso dei requisiti di cui all'allegato I.2 e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti ai medesimo affidati, nel rispetto dell'inquadramento contrattuale e delle relative mansioni».

su sfere relative a interessi e diritti relativi a più ambiti (in via esemplificativa, appalti, salute, ambiente, sicurezza), compiendo un bilanciamento tra questi ultimi e altrettanti principi e interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche a conoscere e comprendere i sistemi di intelligenza artificiale in modo tale da sorvegliare e garantire la correttezza della decisione adottata, ripercorrendo, a sua volta, il procedimento di bilanciamento e mediazione degli interessi in gioco.

Tale questione determina una problematica non di poco conto, in quanto l'effettiva e concreta possibilità e capacità da parte del RUP, che non è un tecnico informatico e al quale non viene esplicitamente richiesta una competenza in tal senso, di comprendere il complesso procedimento sotteso al funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, è veramente molto bassa.

Al riguardo, l'articolo 4 *Alfabetizzazione in materia di IA* dell'*IA Act* prevede che «I fornitori e i *deployer* dei sistemi di IA adottano misure per garantire nella misura del possibile un livello sufficiente di alfabetizzazione in materia di IA del loro personale nonché di qualsiasi altra persona che si occupa del funzionamento e dell'utilizzo dei sistemi di IA per loro conto, prendendo in considerazione le loro conoscenze tecniche, la loro esperienza, istruzione e formazione, nonché il contesto in cui i sistemi di IA devono essere utilizzati, e tenendo conto delle persone o dei gruppi di persone su cui i sistemi di IA devono essere utilizzati». Pertanto, è l'Amministrazione che deve adottare misure adeguate a garantire l'alfabetizzazione informatica dei propri dipendenti.

Sotto tale punto di vista, dal febbraio 2022 ha preso avvio un programma di *assessment* e formazione digitale, così come previsto dal Piano strategico per la valorizzazione e lo sviluppo del capitale umano “*Ri-formare la PA. Persone qualificate per qualificare il Paese*” e con la Direttiva sulla formazione del Ministro per la pubblica amministrazione del marzo 2023 sono state fornite indicazioni metodologiche e operative alle Amministrazioni per la pianificazione, la gestione e la valutazione delle attività formative al fine di promuovere lo sviluppo delle conoscenze e delle competenze del proprio personale.

3. Dal punto di vista di chi scrive, l'intervento formativo non è sufficiente ad escludere la commissione di errori (umani) nel controllo dell'operato di una macchina. Sembra più opportuno adottare delle concrete misure volte a limitare la responsabilità dei funzionari pubblici, ai quali non può di certo essere richiesta una competenza e formazione di un tecnico informatico.

Sul tema della responsabilità amministrativa si è recentemente pronunciata la Corte Costituzionale (sentenza n. 132 del 2024), la quale, nel respingere le censure di illegittimità costituzionale nei confronti dell'art. 21, comma secondo, del

d.l. 16 luglio 2020, n. 76²⁸, ha sottolineato la necessità di rinvenire un *punto di equilibrio* che renda «per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo». La Corte ha altresì enunciato alcune proposte di intervento normativo «per rendere più equa la ripartizione del rischio di danno, così alleviando la fatica dell'amministrare senza sminuire la funzione deterrente della responsabilità amministrativa», tra le quali anche tipizzare i casi di colpa grave e introdurre dei tetti all'ammontare del danno da addossare al dipendente pubblico. È interessante osservare che la sentenza imputa la c.d. *fatica dell'amministrare* alla «complessità dell'ambiente in cui operano gli agenti pubblici» (criticità legale alla individuazione delle norme, difficoltà interpretative, tendenze strutturali delle odierne società e dei loro sistemi amministrativi), e sollecita un intervento del legislatore, senza tuttavia considerare le criticità determinate proprio dai nuovi sistemi di intelligenza artificiale.

Ed infatti, almeno ad avviso di chi scrive, il *punto di equilibrio* deve necessariamente essere ripensato anche rispetto alla responsabilità derivante dalla «supervisione» da parte del funzionario delle decisioni adottate da sistemi di intelligenza artificiale, anche al fine di evitare l'intensificarsi del fenomeno della c.d. *paura della firma* che già da tempo ha determinato – e con l'avvento dei sistemi di IA nella pubblica amministrazione la situazione potrebbe peggiorare – un disincentivo alla decisione nonché una limitazione della discrezionalità²⁹.

Ad ogni modo, un rilevante spunto in ordine alla limitazione della responsabilità amministrativa si riviene nel D.Lgs. n. 36/2023, il quale stabilisce che nella valutazione della responsabilità «del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche

²⁸ Art. 21, comma secondo, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76: «limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2024, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente».

²⁹ F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo* in *Federalismi.it*, n. 19/2024, osserva che «La discrezionalità è certamente talora impalpabile, si pone al confine di ciò che dovrebbe essere pura e libera valutazione di opportunità e convenienza amministrativa (il merito amministrativo), è stata, in fondo, proprio quell'invenzione giuridica che è servita a far emergere, dal campo del merito appunto, una impalcatura che potesse dare al dato giuridico e allo Stato di diritto quel che serviva per poter effettuare un controllo giurisdizionale sul potere pubblico attraverso l'eccesso di potere (altro "misterioso" ma preziosissimo strumento). Però, la discrezionalità è anche la più genuina manifestazione, coerente con la cornice dello Stato di diritto, del potere pubblico, della funzione della p.a. Dunque, la discrezionalità è necessaria. Ed è necessariamente capace, essa stessa, di esprimere al suo interno la naturale tensione tra potere e limiti, tra autorità e libertà».

nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti» deve essere utilizzato quale criterio prioritario il principio del risultato³⁰.

Sempre in un'ottica di inserire misure volte alla limitazione della responsabilità dei dipendenti pubblici, una possibile soluzione potrebbe consistere nell'investire un'Autorità Indipendente (ed in particolare l'AgiD) del compito di vigilare il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, sia al momento della immissione sul mercato sia mediante un controllo periodico e da remoto sui sistemi di intelligenza artificiale, al fine di escludere l'utilizzo di sistemi "maligni"³¹.

Appare dunque necessario recuperare terreno da parte dell'uomo, al fine di non essere fagocitati dai sistemi di intelligenza artificiale e di contenere la c.d. «dittatura dell'algoritmo», costruendo un adeguato contesto istituzionale e normativo «per evitare che il rapporto sempre più importante tra l'uomo e la macchina venga governato solo dalla logica economica»³².

I tempi, infatti, sembrano ormai maturi per affrontare la problematica della c.d. *amministrazione algoritmica* anche sotto il punto di vista della responsabilità dei dipendenti in quanto «anche quando sembra che si tratti solo di applicare norme e che magari questo compito possa anche essere affidato a un algoritmo in realtà affiora – lo si è visto – una mediazione di interessi in conflitto che l'ordinamento non può che affidare al decisore pubblico»³³.

Suonano ancora attuali le parole di M. Heidegger³⁴: «la tecnica si è da molto tempo sottratta alla mera utilizzazione come mezzo e che, al contrario, è essa stessa a trascinarsi dietro l'uomo come suo strumento, sia che egli segua ciecamente questo strappo in avanti, sia che si sforzi in continuazione di indirizzare la tecnica, quanto ai suoi effetti, verso ciò che è propizio e utile».

³⁰ Art. 1, comma 4, del D.Lgs. n. 36/2023 «Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

³¹ J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, p. 633, che cita a sua volta dottrina americana che avrebbe suggerito l'istituzione di una autorità indipendente, con il potere di autorizzare l'immissione sul mercato di algoritmi, per evitare che entrino in circolazione "algoritmi maligni". In linea con tale prospettiva anche I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, p. 661, per il quale occorre «la creazione di un organismo di supervisione. È necessaria la creazione di organismi specializzati di controllo in via amministrativa di carattere indipendente che abbiano una funzione di sorveglianza e di approvazione degli algoritmi come codici e del loro modo generale di operare, nonché di garanzia del loro corretto funzionamento».

³² S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 40.

³³ F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo* in *Federalismi.it*, n. 19/2024.

³⁴ *Conferenze di Breme e Friburgo*, trad. it. di G. GURISATTI, Adelphi, Milano, 2002, p. 88.

Identità costituzionale europea e recesso dall'UE*

YLENIA MARIA CITINO

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'identità costituzionale dopo la *Brexit*. – 2. Il giudicato identitario, le identità nazionali e le identità costituzionali. – 3. Un passo indietro: le origini (dimenticate) dell'identità: Schmitt ma anche Bilfinger. – 4. L'affermazione di un'identità sovranazionale. – 5. Conseguenze derivanti da un uso normativo dell'identità costituzionale europea. – 6. Limiti che ostano all'accoglimento di tale tesi. – 7. Recesso dall'Unione europea e identità costituzionale: riflessioni conclusive.

1. L'identità costituzionale europea sta evolvendo in un contesto caratterizzato da molteplici torsioni nei rapporti interordinamentali¹. Dopo la *Brexit*, l'attivazione della procedura di recesso stabilita dall'art. 50 TUE, esito inizialmente ritenuto impensabile², ha dimostrato che lasciare l'Unione europea per riaffermare la propria identità nazionale è possibile³.

In parallelo, le vicende di Polonia e Ungheria hanno posto seriamente il problema della debolezza delle azioni legali delle istituzioni UE a fronte della violazione degli standard democratici e dei valori fondamentali europei⁴. Questo ha

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Queste torsioni derivano, principalmente, dalla riaffermazione di nazionalismi e populismi, tema che vanta un'estesa letteratura. V. perlomeno L.P. VANONI, B. VIMERCATI, *Dall'identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, p. 31 ss.

² Così, ad esempio, G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE, *Genèse et destinée de la Constitution européenne: commentaire du traité établissant une constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir*, Bruylant, Bruxelles, 2007; C. HOOTON, J. STONE, *Brexit: Article 50 Was Never Actually Meant to Be Used, Says Its Author*, in *The Independent*, 27 July 2016, disponibile online, <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-eu-referendum-britain-there-sa-may-article-50-not-supposed-meant-to-be-used-trigger-giuliano-amato-a7156656.html>.

³ Non solo. Approfondendo il livello di analisi, è possibile riscontrare come, nel corso dell'evoluzione della crisi identitaria registratasi nel Regno Unito e acuita dalla *devolution*, – su cui V. BOGDANOR, *BEYOND BREXIT: TOWARDS A BRITISH CONSTITUTION*, London, I.B. Tauris, 2019, – l'identità inglese, rafforzata dalla resistenza all'integrazione europea, ha trovato ulteriore linfa nel referendum sulla *Brexit*. Quest'ultimo, infatti, avrebbe effettivamente contribuito a far risorgere la questione dell'identità inglese nella politica britannica. V. il commento di Y. FERDJANI, *Brexit and the emergence of a new English identity*, in *Observatoire de la société britannique*, vol. 28, 2022, pp. 47-65.

⁴ E. ZGUT-PRZYBYLSKA, *The EU Is Letting Hungary and Poland Erode Democracy*, in *Foreign Policy*, 27 September 2023, disponibile online, <https://foreignpolicy.com/2023/09/27/eu-hungary-poland-orban-democracy-measures-elections-migrants-media/>. V. anche R. MASTROIANNI,

suscitato un vivo dibattito, portando numerosi studiosi a chiedersi se la sistematica mancata applicazione del diritto europeo possa essere indice di una violazione della (embrionale idea di) “identità costituzionale europea”⁵ e se, in ultima analisi, il comportamento dello Stato membro possa configurare una sorta di “recesso *de facto*” o “per fatti concludenti”⁶.

La rivalutazione dell’identità costituzionale europea, come fenomeno per contrastare i recessi, espliciti o taciti che siano, trascina con sé il nodo della trasposizione sul piano sovranazionale delle categorie tipiche del costituzionalismo statale, un’operazione ritenuta cruciale per tenere insieme il progetto dell’integrazione europea⁷. Basti pensare al richiamo alle costituzioni nazionali nella procedura di recesso di cui all’art. 50 TUE («conformemente alle proprie norme costituzionali»), indice del carattere composito del costituzionalismo europeo. Ma fino a che punto può predicarsi l’idea di una “identità costituzionale europea”? E come può, essa, coesistere con l’eventualità dell’attivazione di una procedura di recesso dall’Unione?

In questo lavoro si intende affrontare in maniera sintetica il problema della delimitazione dogmatica del concetto, giungendo alle conclusioni che l’emersione, suggestiva e carica di significati, di una “identità costituzionale europea” non è giunta al punto tale da acquisire valore “normativo”.

Per dimostrare questo, si procede con una ricostruzione delle concezioni legate ai concetti di identità nazionale e costituzionale, come emersi dal giudicato identitario, in controluce rispetto all’affermazione di una speculare identità costituzionale europea. Successivamente, dopo un dovuto richiamo alle origini della nozione identitaria, si esploreranno i limiti che, a mio avviso, ostano a un’evoluzione dell’identità costituzionale europea in senso “normativo”. Questo mi porterà a enucleare alcune rilevanti implicazioni costituzionali derivanti dall’esistenza di un diritto statale di recesso dall’UE, che rendono tale identità ancora più fragile.

Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell’Unione negli Stati membri, in E. TRIGGIANI *et al.* (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, vol. 1, Cacucci, Bari, 2017, p. 605 ss.

⁵ P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog.de*, 21 February 2022, disponibile online, <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/>.

⁶ Sul tema, ad esempio, P. MANZINI, *Verso un recesso de facto della Polonia dall’Unione europea?*, in *Eurojus.it*, n. 4, 2021, pp. 1-8.

⁷ Sul versante opposto, peraltro, va constatata l’emersione di un “diritto del recesso europeo”, su cui P.R. POLAK, R.A. WESSEL, *The Emergence of EU Withdrawal Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 61, n. 1, 2024, pp. 167-194.

2. Il concetto di “identità costituzionale” è (ri)affiorato negli ultimi anni⁸ a partire dall’interpretazione sviluppata attorno all’articolo 4(2) TUE per mano di alcune corti costituzionali nazionali⁹. Nell’invocare il (laconico) principio di apertura agli ordinamenti nazionali, facendolo uscire dal cono d’ombra in cui era stato lungamente collocato, si è palesato il tentativo di regolare i conflitti fra il diritto derivato dell’UE e la legislazione domestica attraverso l’apposizione di riserve costituzionali fondate sull’identità¹⁰.

Il fiorire di un giudicato “identitario” ha dato nuova linfa alle radicate teorie dei controlimiti¹¹, arricchendole di sfumature¹². L’enunciato della norma appena citata, come è noto, impone all’Unione europea di rispettare l’“identità nazionale” di ciascuno dei suoi Stati Membri, consistente nella loro “struttura fondamentale, politica e costituzionale”. Come chiarito, ad esempio, nel caso C-430/21 RS¹³, secondo la CGUE i giudici nazionali possono senz’altro accertare che un’obbligazione derivante dal diritto dell’Unione europea non presenti profili di incompatibilità con l’identità nazionale del proprio Stato e con le disposizioni costituzionali che la tutelano. Al contrario, il *claim* identitario non può autorizzare i giudici a disapplicare un atto di diritto UE¹⁴. Questo perché altrimenti si

⁸ Nella vasta letteratura, v. per esempio E. DI SALVATORE, *L’identità costituzionale dell’Unione europea e degli Stati membri: il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Torino, Giappichelli, 2008; S. NINATTI, O. POLLICINO, *Identità costituzionale e (speciale) responsabilità delle Corti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, p. 191 ss.; A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Diritti comparati*, n. 1, 2020, p. 213 ss.; F. SALMONI, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2019, pp. 531-547.

⁹ V. ad esempio M. CLAES, *National Identity: Trump Card or Up for Negotiation*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRIO LLIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 109 ss.

¹⁰ Per una rassegna, v. P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, n. 2, 2016, pp. 491-578 e, più recentemente, Id., *Unconstitutional Constitutional Identities in the European Union*, in R. HIRSCHL, Y. ROZNAI (eds.), *Deciphering the Genome of Constitutionalism. The Foundations and Future of Constitutional Identity*, CUP, 2024.

¹¹ Su cui, almeno, P. FARAGUNA, *Il ruolo delle Corti costituzionali dal principio di apertura alle regole di chiusura dell’ordinamento*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 821 ss., nonché la monografia di S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹² Si è parlato, a tal fine, nella dottrina italiana di “europeizzazione dei controlimiti”. V. A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO, *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Utet, Torino, 2006, pp. 827-855.

¹³ Il caso è relativo all’indipendenza della magistratura in Romania. CGUE, caso C-430/21, 22 febbraio 2022, ECLI:EU:C:2022:99 con commenti di B. SELEJAN-GUȚAN, *Constitutional Court versus EU Law – A Romanian Saga. The Judgment in Case C-430/21 RS*, in *EU Law Live*, 10 marzo 2022, disponibile online, e N. HOGIC, *Supremacy of EU law and judicial independence in Romania*, in *Diritticomparati.it*, 7 marzo 2022, disponibile online.

¹⁴ V. sul punto G. MARTINICO, *Il potenziale sovversivo dell’identità nazionale alla luce dell’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, pp. 241-252.

attenterebbe al primato del diritto dell'UE, che materializza su un piano pratico l'idea stessa di identità costituzionale europea.

Per di più, qualora una sentenza della Corte costituzionale di uno Stato membro rifiutasse di dare esecuzione a una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea, invocando, tra l'altro, la tutela dell'identità costituzionale nazionale, il rischio di violare gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, generando conflitti potenzialmente insanabili, risulterebbe ancora più elevato.

Al contrario, i giudici nazionali, in uno spirito di dialogo costruttivo fra Corti, riscontrata una violazione all'obbligo di tutela dell'identità nazionale, dovrebbero sospendere il procedimento, presentando alla Corte di Giustizia dell'Unione europea una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

Malgrado la chiarezza di questo assunto, i problemi emersi a partire dal giudicato identitario non sono di poco conto. Anche perché, in base a quanto ricostruito nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Emiliou presentate l'8 marzo 2022 sul caso *Boriss Cilevičs e altri*¹⁵, la CGUE non ha ancora elaborato una teoria approfondita sul concetto di "identità nazionale" di cui all'art. 4(2) TUE¹⁶.

La clausola identitaria, secondo Emiliou, sta assumendo una doppia natura. Da un lato, impone al legislatore europeo di tenere conto delle identità nazionali degli Stati Membri all'atto di legiferare. Dall'altro lato, richiede che gli organi dell'UE rispettino le medesime identità all'atto di interpretare e applicare il diritto dell'UE.

Teoricamente, tale clausola può anche fungere da parametro di validità, per cui la mancata protezione dell'identità nazionale di uno o più Stati Membri potrebbe invalidare qualsiasi atto dell'UE irrimediabilmente in conflitto per violazione dell'art. 4(2) TUE. Questo è vero, se non fosse che le identità nazionali non sono, per il momento, apprezzabili come clausole orizzontali cui gli Stati Membri possono appellarsi per legittimare deroghe all'applicazione del diritto dell'UE.

Già molto prima delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, – lo sottolineava Manzella nel 1988¹⁷ per esempio, – il rispetto dell'identità nazionale era uno dei due *caveat* posti dagli Stati Membri per cedere parte della loro sovranità e appressarsi al processo di integrazione, insieme alla clausola delle "condizioni di

¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Nicholas Emiliou, Causa C-391/20 *Boriss Cilevičs e altri*, 8 marzo 2022, disponibile online, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62020CC0391>, p.to 83.

¹⁶ Nelle parole dell'AG, (p.to 82): "Ad oggi, la Corte non ha approfondito la nozione di «identità nazionale», né la natura o la portata della «clausola d'identità nazionale» di cui all'articolo 4, paragrafo 2, TUE".

¹⁷ A. MANZELLA, *After Amsterdam, the constitutional identity of the European Union*, in *The International Spectator*, vol. 33, n. 1, 1998, pp. 37-51.

parità” nelle modalità di partecipazione alle istituzioni comunitarie. Eppure, da un punto di vista strettamente positivistico, il contenuto di tali identità resta nella maggior parte dei casi indefinito. Non si trovano ragguagli precisi nemmeno nel caso in cui si passi dal considerare l'identità nazionale nel suo sottogenere, l'identità “costituzionale”¹⁸.

Secondo Faraguna, l'assenza di riferimenti costituzionali espressi a tali identità può essere colmata dal fatto che in alcuni casi le norme costituzionali menzionano espressamente un “nucleo immodificabile” che non può essere soggetto ad alcuna revisione¹⁹. È in tale nucleo, dunque, che va ravvisata l'identità. Lo precisa, con una definizione circolare, anche Emiliou nella citata opinione, sostenendo che non spetta all'Unione europea definire quegli elementi ordinamentali «che fanno parte di tale nucleo dell'identità nazionale»²⁰.

In questa sede si può solo tratteggiare il quadro dei numerosi impieghi della nozione di identità costituzionale nei vari contesti nazionali, rinviando ai lavori compiuti sul tema²¹. È doveroso, però, richiamare almeno la riforma costituzionale ungherese del dicembre 2022²², che ha inserito in Costituzione il dovere dello Stato ungherese di assicurare che l'educazione di ogni bambino venga fatta “nel rispetto dei valori su cui si basano l'identità costituzionale e la cultura cristiana del paese” (articolo XIV(1))²³. Si rammenti anche la riforma costituzionale del dicembre 2023²⁴, con cui si è inserita una nuova norma (articolo R(4)), ai sensi della quale la “protezione dell'identità costituzionale e della cultura cristiana dell'Ungheria sarà un obbligo di ogni organo dello Stato”. Inoltre, “al fine di proteggere l'identità costituzionale” opererà un apposito organo indipendente: il *Sovereignty Protection Office*, implementato dal criticato *Sovereignty Protection Act*²⁵.

¹⁸ Sul passaggio da “identità nazionale” a “identità costituzionale” dopo la riforma di Lisbona, v. L.F.M. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, vol. 6, n. 3, 2010, pp. 36-49.

¹⁹ P. FARAGUNA, *Nations and national identity—National identity*, in *MPECCoL*, 2020, par. 12.

²⁰ *Conclusioni dell'Avvocato Generale Nicholas Emiliou*, cit., p.to 86.

²¹ Da ultimo, K. KOVÁCS (ed.), *The Jurisprudence of Particularism: National Identity Claims in Central Europe*, London, Hart, 2023.

²² Qui una versione aggiornata della Costituzione ungherese, tradotta in inglese: <https://njt.hu/jogszabaly/en/2011-4301-02-00>.

²³ Su tale riforma, v. criticamente l'opinione adottata dalla Commissione di Venezia n. 1035/2021, 2-3 luglio 2021, sulla base dei commenti di P. CAROZZA, R. KIENER, B. VERMEULEN, disponibile online, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2021\)029-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2021)029-e).

²⁴ Anche su tale riforma si è espressa la Commissione di Venezia con opinione n. 1169/2023, 15-16 marzo 2024, sulla base dei commenti di R. BARRETT, V. BÍLKOVÁ, M. FREND, O. KASK, K. PABEL, disponibile online, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2024\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2024)001-e).

²⁵ Sulle problematiche derivanti dall'entrata in funzione di questo organo, v. M. SULYOK, *Protecting Constitutional Identity through Sovereignty? Framing the Mission of the Hungarian Sovereignty*

Mentre simili revisioni costituzionali destano preoccupazioni per il loro grado di assertività, l'incrocio dei riferimenti all'identità nelle fonti di livello costituzionale con le occorrenze giurisprudenziali mostra un quadro ancora più articolato. Basti pensare alla giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* francese che, sin dal 2007, ha sottoposto il titolo XV della Costituzione del 1958 sull'Unione europea a un serrato controllo di costituzionalità finalizzato al rispetto dell'identità costituzionale francese²⁶. Un concetto, quello dell'identità nell'ordinamento francese, che sino a poco tempo fa non era stato reso esplicito nella sostanza²⁷. Solo successivamente, con il caso *Société Air France* del 2021²⁸, il *Conseil* ha per la prima volta chiarito di non essere competente a controllare la conformità di alcune disposizioni ai diritti e alle libertà garantiti dalla Costituzione francese «*que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*» (p.to 13). In tale maniera, il *Conseil* francese ha formulato un criterio dirimente per capire quali sono le regole o i principi che caratterizzano l'identità costituzionale della Francia, ossia quelli che risultano sguarniti di una protezione equivalente a livello dell'Unione europea²⁹.

È evidente, da questa rapidissima rassegna, che gli argomenti identitari avanzati dalle corti in Europa non nascono da una costruzione teorica sistematica e coerente³⁰ ma sono frutto di decisioni contingenti e di influenze reciproche, rivelatrici di una giurisprudenza magmatica e alluvionale³¹. In alcuni contesti, come

Protection Office, in *Constitutionaldiscourse.com*, 20 February 2024, disponibile online, <https://constitutionaldiscourse.com/protecting-constitutional-identity-through-sovereignty-framing-the-mission-of-the-hungarian-sovereignty-protection-office/>.

²⁶ In *Cons. const.* n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, il *Conseil* statuiva che “il recepimento di una direttiva non può essere in contrasto con una norma o un principio inerente all'identità costituzionale della Francia, a meno che il costituente non abbia dato il suo consenso” (p.to 19).

²⁷ V. A. LEVADE, *Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel, hors série - Colloque du Cinquantenaire*, 3 novembre 2009, disponibile online: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-l-union-europeenne>.

²⁸ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2021-940 QPC, Société Air France, 15 octobre 2021.

²⁹ Prosegue il giudice francese, infatti, statuendo che: «*le droit à la sûreté, le principe de responsabilité personnelle et l'égalité devant les charges publiques, qui sont protégés par le droit de l'Union européenne ne constituent pas des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Il n'appartient donc pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur ces griefs*» (p.to 14). V. anche il commento ufficiale alla decisione, disponibile online, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2021940qpc/2021940qpc_ccc.pdf, p. 11.

³⁰ Sul tema dell'identità, sotto un profilo filosofico, si v. la curatela di F. CERUTTI, *Identità e politica*, Laterza, 1996, fra cui si segnala, in particolare, il saggio di J. HABERMAS, *Nazione, Stato di diritto, Democrazia*, sez. V.

³¹ V. F.-X. MILLET, *Successfully Articulating National Constitutional Identity Claims: Strait Is the Gate and Narrow Is the Way*, in *European Public Law*, 3, vol. 27, 2021, pp. 571-596, che suggerisce una cornice normativa di analisi affinché tali eccezioni nazionali possano essere accolte dalla Corte di giustizia europea.

quello polacco, le corti hanno utilizzato *claim* identitari per rafforzare decisioni politiche di regimi euroscettici e populistici³², in direzione contraria rispetto al processo di integrazione europea. Si capisce, quindi, perché alcuni studiosi hanno manifestato preoccupazioni sul dilagare di teorie legate all'identità costituzionale, definendola una idea "pericolosa"³³ e mettendo in risalto gli "abusi" nel suo uso³⁴.

3. Prima di indagare il versante europeo dell'identità, occorre fare un passo indietro in quanto se di "pericolosità" si vuol parlare occorre ricordare le scaturigini di questo concetto. La teoria che attribuisce all'identità costituzionale un valore normativo ha radici più risalenti. Senza scomodare Aristotele³⁵, infatti, il discorso sull'identità affiora per la prima volta nel laboratorio costituzionale della Costituzione di Weimar³⁶.

Carl Schmitt considerava l'identità in termini di "limite implicito alla revisione costituzionale"³⁷: il legislatore tedesco non avrebbe mai potuto spingersi, per l'autorevole giurista, sino a "modificare, ampliare o sostituire il fondamento" della competenza a fare revisioni o emendare la stessa "decisione politica" alla base di tutto, rimpiazzando quelle decisioni politiche già prese a formare una data costituzione. L'identità, quindi, appare come un concetto dai contorni indeterminati e labili, funzionale al rafforzamento della legittimità della decisione politica.

A un recente lavoro di Polzin³⁸, poi, si deve la riscoperta di un'altra teorizzazione coeva, quella di Carl Bilfinger³⁹, giurista tedesco altrettanto legato al regime

³² G. MARTINICO, *Il potenziale sovversivo dell'identità nazionale*, cit.

³³ F. FABBRINI, A. SAJO, *The dangers of constitutional identity*, in *European Law Journal*, 4, vol. 25, 2019, pp. 457-473; R.D. KELEMEN, L. PECH, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 21, 2019, pp. 59-74.

³⁴ G. HALMAI, J. SCHOLTES, *Illiberal Constitutionalism and the Abuse of Constitutional Identity*, in Y. ROZNAI, R. HIRSCHL (eds), *Deciphering the Genome of Constitutionalism. Essays in honor of Gary Jacobsohn*, 2021.

³⁵ Ricordato da G. JACOBSON, *Constitutional Identity*, in *The Review of Politics*, vol. 68, 2006, p. 6.

³⁶ Si trattava, infatti, di edificare uno stato che muovesse da una concezione di "comunità" piuttosto che da una visione atomizzata legata al singolo individuo. Per una ricostruzione del dibattito tedesco, v. A. SCALONE, *Comunità, identità e omogeneità fra Schmitt, Heller e Kelsen*, in *Nomos*, n. 1, 2019, pp. 1-16.

³⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (a cura di A. CARACCILO), Giuffrè, Milano, 1984, p. 145: «Un potere di "modificare la costituzione", concesso con normativa legislativa costituzionale, significa che singole o più discipline legislative costituzionali possono essere sostituite da altre, ma solo nel presupposto che l'identità e la continuità della costituzione nella sua interezza rimangano garantite».

³⁸ M. POLZIN, *Constitutional Identity, Unconstitutional Amendments and the Idea of Constituent Power: The Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, vol. 14, p. 411.

³⁹ C. BILFINGER, *Der Reichsparkommissar [The Savings Commissioner of the Reich]*, 17, 1928, citato da M. POLZIN, 2016, p. 416.

nazionalsocialista⁴⁰, il quale muoveva dall'assunto che una costituzione, andando a fondare un ordinamento sistematico e armonioso, non avrebbe potuto essere liberamente emendata dal legislatore. Al contrario, secondo Bilfinger, il nucleo fondamentale della *Weimarer Reichsverfassung* sarebbe stato immodificabile. Esso incarnava, infatti, l'essenza della Costituzione (luhmanniamente, *das Wesen der Verfassung*) e "un'intrusione nell'identità di un sistema costituzionale" non avrebbe mai potuto essere "un emendamento costituzionale".

Nel rileggere questi autori in epoca contemporanea, però, Polzin fa notare che la riformulazione della teoria identitaria in Germania, a partire dalla giurisprudenza *Solange*, sia avvenuta senza un consapevole riconoscimento delle teorizzazioni sviluppatesi durante il periodo nazionalsocialista. La dottrina identitaria degli inizi, tuttavia, attingeva da concetti ancora fluidi, facilmente manipolabili e tali per cui non fu facile impedirne la strumentalizzazione da parte del potere, al fine di consolidare posizioni non democratiche.

4. Se le identità costituzionali degli Stati Membri sono spesso avvolte dalla nebbia dell'esegesi dei testi fondamentali, non meno appannato è il versante "identitario" dell'Unione, atto a esprimere un sentimento che, in maniera carsica, ha da sempre accompagnato la costruzione europea.

Sempre secondo Manzella, per imbastire una democrazia costituzionale europea sarebbe stato necessario in primo luogo costruire un'identità "europea", basandosi sui meccanismi che assicurano il governo degli Stati ma anche un ruolo alla rappresentanza dei cittadini⁴¹. Altrettanto indispensabile, poi, avrebbe dovuto essere l'integrazione reciproca degli ordinamenti costituzionali, puntellando la futura Unione con "una costituzione fatta di caratteristiche prese dal diritto costituzionale europeo e caratteristiche prese dal diritto costituzionale nazionale"⁴². Questo nella prospettiva di una (utopistica) "unione delle costituzioni".

Oggi, il nucleo duro di questa identità costituzionale sovranazionale viene rintracciato nei principi sanciti dall'art. 2 TUE. L'abbinamento, oltre a essere stato messo in risalto da un'attenta dottrina che ha invocato un supplemento di

⁴⁰ Per dimostrare tale constatazione si può ricordare la protesta che il futuro giudice costituzionale, all'epoca professore, Gerhard Leibholz, di origini ebre, fece quando Carl Bilfinger, con il suo passato di iscritto al partito nazionalsocialista, fu nominato nel 1949 direttore dell'Istituto Max Planck per il diritto pubblico comparato e il diritto internazionale (MPIL) di Heidelberg. V. J. MIKUTEITE, *Simply an objective political impossibility*, in *MPIL 100*, 22 marzo 2024, disponibile online <https://mpil100.de/tag/carl-bilfinger/>.

⁴¹ *Idem*, 46.

⁴² *Idem*, 49.

attenzione da parte della letteratura giuspubblicistica⁴³, è stato anche confermato, più di recente, dalle due sentenze gemelle della CGUE del 16 febbraio 2022 sul regime della condizionalità⁴⁴. Qui si è statuito esplicitamente che i valori di cui all'art. 2 TUE, condivisi dagli Stati Membri, “definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune”. Di conseguenza, “l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori”.

Non ci sono, invece, riferimenti positivi più puntuali in altre fonti giuridiche se non, curiosamente, in alcune previsioni politicamente declamatorie di alcune costituzioni nazionali, ad esempio l'art. 7 della Costituzione portoghese⁴⁵.

Rispetto alle iniziali teorizzazioni, l'identità costituzionale europea⁴⁶ sembra oggi attraversata da due ordini di dinamiche. L'identità come meta-valore, infatti, non attiene più soltanto al versante degli equilibri intra-istituzionali a livello comunitario ma permea altresì spazi ulteriori, comprendendo quelle vicende degli ordinamenti interni degli Stati Membri che hanno riflessi sulla tenuta complessiva dell'ordinamento UE⁴⁷.

L'affermazione dell'identità costituzionale europea come meta-valore, dotato di capacità rigenerative dell'ordinamento europeo, si scontra non solo con le resistenze di quelle corti nazionali che si affidano ancora a logiche di statualismo, ma anche con l'ostilità dei sovranismi e dei populismi che, soprattutto (ma non solo) negli Stati dell'Europa centrorientale, come ci insegnano le vicende politiche e giuridiche di Polonia e Ungheria⁴⁸, pretendono di far valere i propri interessi nazionali in totale isolamento rispetto al quadro di valori e obblighi condivisi sanciti dai Trattati dell'Unione Europea.

⁴³ G. MARTINICO, *Building supranational identity: legal reasoning and outcome in Kadi I and Opinion 2/13 of the Court of Justice*, in *Italian Journal of Public Law*, 2016, 2, 235-267; D. GRIMM, *Three Meanings of Constitutional Identity and Their Prospects in the European Union*, in J. DE POORTER et al. (eds), *European Yearbook of Constitutional Law 2022*, vol 4., T.M.C. Asser Press, The Hague, 2023.

⁴⁴ Causa C-156/21 (Ungheria c. Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea e Causa C-157/21 (Polonia c. Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea. Note di <https://verfassunsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/>).

⁴⁵ Che reca le seguenti parole: “Il Portogallo si sforzerà di rafforzare l'identità europea [corsivo mio] e di potenziare le azioni degli Stati europei a favore della democrazia, della pace, del progresso economico e della giustizia nelle relazioni tra i popoli”.

⁴⁶ Che è da distinguere, per esempio, dal differente, ma complementare, versante dell'“identità europea” letta in collegamento con la nozione di interesse geopolitico e di presenza dell'Unione sulla scena internazionale. V., sul punto, M. GALDI, *La categoria dell'interesse nel diritto pubblico. Profili di teoria generale, nazionali ed europolitici*, Cacucci Editore, Bari, 2022, p. 316 ss.

⁴⁷ Così, ad esempio, E. CASTORINA, *Valori fondanti e 'concezione europea' dello Stato di diritto*, in *Federalismi.it*, 4/2022, pp. 202-210.

⁴⁸ G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, CUP, Cambridge, 2022.

La strada che porta alla costruzione del valore normativo dell'identità costituzionale europea, oltre il *côté* meramente descrittivo, appare tuttavia molto accidentata. Da qui, occorre ragionare sui rimedi attivabili in caso di conflitto fra identità costituzionali, prendendo spunto dalle conclusioni di un recente volume di Julian Scholtes sul tema. L'autore, infatti, sostiene in tutto il lavoro che i *claim* identitari fondati sull'immodificabilità e l'inviolabilità di certi principi costituzionali fondamentali nazionali sono, in realtà, molto più deboli di quanto coloro che li invocano vorrebbero farci credere⁴⁹.

5. L'identità costituzionale a livello europeo, come si è accennato, nasce dall'ambizione di sviluppare un apparato simbolico costituzionale, che possa essere messo a sistema con le identità costituzionali nazionali, creando coesione e inclusività. La lettura che la CGUE sembra voler sviluppare sopra l'articolo 2 TUE, dandogli sempre più le sembianze di una vera e propria "clausola di omogeneità federale"⁵⁰, con tutti i rischi che questo comporta, è vista da una quota crescente di commentatori come una deriva "giuristocratica", massimalista e, persino, autoritaria⁵¹.

Fra le obiezioni avanzate vi è quella che, allo stadio attuale, l'identità costituzionale europea, pur essendo entrata *a latere* nel discorso della CGUE, è "debole" perché c'è un evidente "silenzio dei Trattati"⁵². Vero è, tuttavia, che l'argomento puramente testuale non è determinante, visto che nemmeno nella maggior parte delle costituzioni nazionali si può identificare una espressa menzione di tali identità. Eppure, bisogna escludere che quella europea, seppur implicitamente configurabile, abbia assunto un valore normativo⁵³.

Condivisibilmente, in uno studio del Parlamento europeo⁵⁴ si afferma che la comprensione e 'uso normativo dell'identità costituzionale avvengono per lo più a

⁴⁹ J. SCHOLTES, *The Abuse of Constitutional Identity in the European Union*, OUP, Oxford, 2023.

⁵⁰ Così, criticamente, M. NETTESHEIM, *European "Frankenstein Constitutionalism": TEU Article 2 as a Federal Homogeneity Clause*, in *AJIL Unbound*, vol. 118, 2024, pp. 167-171.

⁵¹ Sono note, sul punto, le teorie di R.D. KELEMEN, di cui v. ad es. *The European Union's authoritarian equilibrium*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 27, n. 3, 2020, pp. 481-499.

⁵² D. GRIMM, *op. cit.*

⁵³ In senso contrario, P. FARAGUNA, S. BARTOLE, *La condizionalità nell'Unione, i carrarmati fuori dell'Unione*, in *Diritticomparati.it*, 17 marzo 2022, sostenendo che «La Corte di giustizia è intervenuta con fermezza per porre strumenti interpretativi utili ad arginare quelle manipolazioni, mediante un'interpretazione normativa del concetto di identità costituzionale (e di Costituzione in generale)».

⁵⁴ C. MAES, *The Notion of Constitutional Identity and Its Role in European Integration*, European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, March 2024, disponibile online, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/760344/IPOL_STU\(2024\)760344_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/760344/IPOL_STU(2024)760344_EN.pdf).

livello nazionale – non ancora a livello europeo, – ma l'identità costituzionale può giocare un ruolo importante anche nei reciproci rapporti tra i livelli ordinamentali.

Se, avanzando la giurisprudenza e il pensiero giuridico, essa giungesse pertanto a normativizzarsi, dovrebbero inferirsi, a prima lettura, almeno due conseguenze:

1. Da un lato si potrebbe valutare l'applicabilità a livello europeo della teoria sui limiti impliciti alle revisioni costituzionali⁵⁵.
2. Dall'altro lato, l'identità costituzionale europea diventerebbe “giustiziabile” e quindi si potrebbero attivare rimedi giuridici a fronte di eventuali sue violazioni.

Quanto al primo punto, bisogna notare, in linea con quanto già rilevato da Faraguna e Drinóczi, che ancora è stata scarsamente considerata in letteratura l'esistenza di eventuali limiti impliciti alla revisione di cui all'art. 48 TUE. Così ragionando, ad esempio, l'identità costituzionale europea assurgerebbe ad una specie di “clausola di eternità europea”, acquisendo nell'ordinamento sovranazionale un peso analogo all'art. 79, comma 3 della Costituzione tedesca, proprio quella clausola che ha permesso di configurare, negli ultimi decenni, la dottrina della *Verfassungsidentität*⁵⁶. Infatti, così come la norma della *Grundgesetz* sottrae alla revisione costituzionale principi che rappresentano il nucleo duro dello Stato (segnatamente, la tutela della dignità umana, il principio della democrazia, lo Stato sociale e di diritto, il carattere federale dell'ordinamento tedesco), immaginare una lettura normativa, invece che descrittiva, dell'identità costituzionale europea significherebbe rendere opponibili violazioni che attentino al cuore di questi imm modificabili valori costituzionali.

Una siffatta visione dell'identità costituzionale europea comporterebbe, in altre parole, il rafforzamento dei “controlimiti europei”. In caso di scontro fra identità nei due livelli, per Faraguna e Drinóczi la soluzione è semplice: «*EU constitutional identities are to be respected as long as they are not unconstitutional constitutional identities*»⁵⁷.

⁵⁵ V. Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, OUP, Oxford, 2018.

⁵⁶ C. CALLIESS, *Constitutional Identity in Germany: One for Three or Three in One?*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (eds), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, CUP, Cambridge, 2019, pp. 153-181. L'art. 79.3 è anche stato definito il “ponte” attraverso il quale il problema dell'omogeneità costituzionale si protende verso l'ordinamento sovranazionale dell'Unione europea». Così, G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 194. Sulle clausole di eternità, v. S. SUTEU, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, OUP, Oxford, 2021.

⁵⁷ T. DRINÓCZI, P. FARAGUNA, *The constitutional identity of the EU as a counterbalance for unconstitutional constitutional identities of the Member States*, in C. VAN OIRSOUW et al. (eds), *European Yearbook of Constitutional Law 2023*, vol 4., T.M.C. Asser Press, The Hague, 2024.

Meno sfidante, invece, è la citata opinione dell'Avvocato Generale Emiliou nel caso *Cilevičs e altri* (v. sopra). Emiliou, infatti, spiega che la Corte UE non ha ad oggi approfondito il concetto di "identità nazionale" o la natura e la portata della "clausola di identità nazionale" di cui all'articolo 4, paragrafo 2, TUE. Pertanto, non si può stabilire con certezza se e in che misura tale norma possa essere interpretata come una «clausola orizzontale o generale che gli Stati Membri possono invocare per chiedere validamente deroghe alle norme dell'UE»⁵⁸.

Se da un lato, allora, si può ritenere appurato che l'identità nazionale abbia acquisito valore di parametro per la validità degli atti europei⁵⁹, non si può altrettanto dire sul versante opposto che l'identità costituzionale europea sia un parametro per la validità degli atti nazionali. Lo scontro fra identità, in altre parole, non necessariamente si concluderebbe con una vittoria del fronte europeo in nome della primazia.

Peraltro, sembra difficile inferire dalla sola teoria degli emendamenti costituzionali incostituzionali che possa esistere una dimensione "procedurale" dell'identità costituzionale europea tale da "puntellare" implicitamente il potere di revisione dei Trattati ancorandolo al rispetto del nucleo duro di tale identità, concetto per ora troppo vago⁶⁰.

Questo ragionamento porta diretti al secondo punto. Solo se normativizzata, l'identità costituzionale europea potrebbe essere difesa di petto da violazioni palesi ad essa inferte, ma questo richiederebbe strumenti più efficaci rispetto a quelli attualmente in essere.

È oramai assodato, infatti, che certi sviluppi nazionali non possono più passare inosservati qualora comportino palesi e gravi violazioni dello stato di diritto. I rimedi esistenti, però, hanno suscitato molto "dissenso" sia a livello politico che interistituzionale⁶¹. Basti pensare ai problemi politici legati all'attivazione della

⁵⁸ *Opinion of Advocate General Emiliou*, cit., par. 84. Questo sembra contraddire, invece, le conclusioni di S.W. SCHILL, A. VON BOGDANDY, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, vol. 85, n. 5, 2011, pp. 1417-1453, secondo cui la clausola di identità di cui all'articolo 4, paragrafo 2, del TUE non solo richiede il rispetto dell'identità costituzionale nazionale, ma può essere intesa altresì nel senso che consente alle corti costituzionali nazionali di invocare, in alcune circostanze, limiti costituzionali al primato del diritto dell'UE.

⁵⁹ Continua l'AG affermando che «*national identity may thus function also as a parameter of validity: any EU act that would irredeemably conflict with the national identity of one or more Member States would be invalid for a breach of Article 4(2) TEU*» (par. 83).

⁶⁰ Così in P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, cit., secondo cui «*identity may also emerge in a procedural dimension: even though Art. 48 TEU, which provides for the ordinary and simplified revision procedure of the Treaties, does not include any textual hints to determine a European "eternity clause", substantive constraints to the Treaty amending power may derive from theories of implicit unamendability*».

⁶¹ Sul tema, v. l'ampia rassegna in C. FASONE, A. DIRRI, Y. GUERRA (eds), *EU Rule of Law Procedures at the Test Bench: Managing Dissensus in the European Constitutional Landscape*, Springer Nature, Switzerland, 2024.

c.d. opzione nucleare di cui all'art. 7 TUE, o all'uso limitato che si può fare delle procedure di infrazione e dei rinvii pregiudiziali alla Corte.

Da ultimo, si è aperta la strada della condizionalità che però, a mio avviso, non basta a normativizzare il concetto di identità costituzionale europea così come non basta a fondare una definizione generale di “rule of law”.

Difatti, come precisato nelle citate sentenze gemelle del 2022, tra i valori comuni all'Unione e agli Stati Membri, e fondanti l'identità costituzionale europea, vi è quello dello Stato di diritto, un valore che è – dice la Corte europea – “idoneo a fondare un meccanismo di condizionalità” legato alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione e nulla togliendo al principio di solidarietà fra Stati Membri. Ma la Corte non va (e non può andare oltre) il tono puramente declamatorio: per esempio quando afferma che l'Unione “deve essere capace di difendere quei valori, entro i limiti delle attribuzioni ad essa conferite dai Trattati”.

Resta il dubbio sulle conseguenze non tanto politiche o finanziarie quanto, verosimilmente, giuridiche e financo “a livello costituzionale” che potrebbero essere attivate nei confronti di quello Stato che ponesse in essere comportamenti gravi e persistenti in violazione dell'identità costituzionale europea.

Tra le conseguenze ipotizzabili, viene in mente quel potere di espulsione dello Stato recalcitrante⁶², potere che effettivamente era stato discusso sia nel corso della stesura della Costituzione per l'Europa che in occasione del trattato di Lisbona.

Nel 2008, l'introduzione dell'istituto dell'espulsione, sulla scorta di quanto è possibile fare in altre organizzazioni internazionali come il Consiglio d'Europa, era stata osteggiata in primo luogo dai delegati del Ppe, sulla base del fatto che l'espulsione avrebbe privato di valore l'istituto del recesso unilaterale, togliendo sostanza alla funzione “ricattatoria” di quest'ultimo. Esiste, al contrario, dottrina che sostiene come l'espulsione dello Stato membro “irrecuperabile” andrebbe configurata come il risvolto, per così dire, in autotutela, dell'art. 50 sul recesso.

Theuns, ad esempio, ha avanzato la tesi per cui misure antidemocratiche come l'attivazione dell'art. 7 e financo la stessa espulsione dello Stato trasformatosi in una democrazia illiberale sarebbero necessarie per scongiurare una minaccia alla stessa esistenza delle istituzioni UE. Il rischio della “disintegrazione anti-democratica” dell'UE rappresenterebbe, in ultima analisi, il versante positivo dell'inevitabile – per alcuni – trasformazione dell'UE in una “democrazia militante”⁶³.

⁶² T. THEUNS, *The Need for an EU Expulsion Mechanism: Democratic Backsliding and the Failure of Article 7*, in *Res Publica*, vol. 28, 2022, p. 693.

⁶³ T. THEUNS, *Is the European Union a Militant Democracy? Democratic Backsliding and EU Disintegration*, in *Global Constitutionalism*, vol. 13, 2024, p. 104. Sul concetto di “democrazia militante” v. P. DE MORREE, *Rights and Wrongs under the ECHR: The Prohibition of Abuse of Rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2016, pp. 147-184.

Tuttavia, a mio avviso, sanzioni di questo tipo sarebbero controproducenti rispetto all'obiettivo del rafforzamento dell'identità europea, banalmente perché andrebbero ad innescare reazioni di rafforzamento del regime politico illiberale nello Stato isolato. L'espulsione di uno Stato Membro riluttante ad applicare il diritto europeo decreterebbe il fallimento delle politiche di integrazione.

6. Ciò detto, va rilevato che esistono almeno due importanti limiti all'affermazione di un'identità costituzionale europea normativa, oltre che descrittivo-programmatica. Un primo limite è di tipo ontologico: l'ordinamento europeo, infatti, non può prescindere dal fatto di fondarsi su quote di sovranità volontariamente cedute da ciascuno Stato, circostanza che non annulla il fatto che uno Stato membro resta, in fin dei conti, sovrano. L'azione delle istituzioni europee, pertanto, non può spingersi oltre il limite invalicabile del principio di attribuzione, andando a "invadere", nel nome dell'identità costituzionale europea, il territorio della sovranità "non concessa".

Questo comporta un secondo limite, che potremmo definire strutturale, all'emersione di un'identità costituzionale europea normativa: ossia l'inevitabilità della dimensione intergovernativa come sede elettiva per comporre i dissidi interstatali e far raffreddare i conflitti. Questa modalità decisionale, a mio avviso, alimenta una forza centrifuga che si oppone alla forza centripeta delle più deboli dinamiche euro-identitarie che istituzioni come la CGUE o la Commissione stanno provando a far valere. Ancora oggi, infatti, i settori dell'Unione che funzionano attraverso il metodo intergovernativo, come la politica estera e di sicurezza comune, rappresentano «un buco nero di rappresentatività nei suoi meccanismi che può mettere in crisi tutto il resto e che di fatto già impedisce i necessari miglioramenti di efficienza decisionale e di compattezza istituzionale»⁶⁴.

Un terzo limite all'affermazione dell'identità costituzionale europea come nozione dotata di valore normativo è legato a considerazioni di tipo storico-politologico e si può riferire all'incompletezza della "fase costruttiva" nel processo costituente europeo.

Il concetto di identità costituzionale è, infatti, il risultato di un processo dinamico influenzato da altre identità preesistenti (nazionale, etnica, culturale, storica e politica)⁶⁵. L'identità costituzionale rappresenta una dimensione a se stante, che

⁶⁴ A. MANZELLA, *After Amsterdam, the Constitutional Identity of the European Union*, in *The International Spectator*, vol. 33, 1998, p. 50.

⁶⁵ Su cui G. JACOBSON, *Constitutional Identity*, in *The Review of Politics*, 68/2006, pp. 361-397 e Id., *Constitutional Identity*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2010.

non necessariamente si amalgama alle altre forme di identità ma che, riprendendo la prima sistematica analisi del concetto, condotta da Rosenfeld⁶⁶, conduce alla negazione di esse.

Da un lato, il processo di creazione di un'identità costituzionale, che storicamente coincide con la fase costituente di una nazione, avviene per contrasto, con la volontà di ripudiare i valori del regime politico precedente. Questo momento di rottura si è, ad esempio, potuto sperimentare in Italia, in Germania, in Spagna o, in maniera altrettanto eclatante, nel passaggio fra le varie Repubbliche francesi, per citare solo qualche esempio.

Muovendo per analogia, si può dire che anche a livello dell'Unione europea si sta, da molto tempo, affrontando una fase costituente, certamente non arrestatasi con il fallimento del progetto per una Costituzione europea nel 2004.

Anche la fase "negativa" a livello europeo è stata ampiamente vissuta. L'obiettivo della costruzione europea è, infatti, stato orientato al superamento di un passato di Stati-nazione in competizione fra loro per l'egemonia nel continente europeo. Per certi versi, quindi, un'identità europea già esiste e non va certo rintracciata nell'Europa carolingia, nell'Illuminismo o nell'Impero Romano poiché, come afferma Pombeni⁶⁷, si è venuta formando negli ultimi sessant'anni.

Manca però ancora quella fase "costruttiva", di incorporazione delle varie identità per formare un'identità comune europea. L'unione delle costituzioni, prefigurata da Manzella, è un processo che richiede tempo. È vero che la Corte europea è impegnata da anni in una meritevole attività volta a conferire "sostanza" al modello costituzionale europeo, materializzandolo nelle sue pronunce. Tuttavia, mi appare assente quel substrato politico necessario a costruire le basi di una identità che possa ambire a collocarsi sul piano costituzionale assiologico.

Questo rafforza il mio convincimento che l'identità costituzionale europea, pur in una fase di ascesa, non abbia ancora assunto un valore normativo.

7. Riprendendo, dunque, la seconda domanda posta in apertura, c'è, forse, un limite ultimo configurabile in relazione all'esistenza del diritto di recesso. Viene da chiedersi, infatti, come può l'identità costituzionale europea spiccare il volo da una dimensione puramente descrittiva a normativa quando, al tempo stesso, è ammesso il recesso dall'Unione.

⁶⁶ V. M. ROSENFELD, *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Duke University Press, 1994, e ID., *The identity of the constitutional subject (Discourses of law)*, Routledge, 2009.

⁶⁷ P. POMBENI, *The European Identity*, in *The International Spectator*, vol 33, 1998, p. 19.

Il materializzarsi della *Brexit* ha dimostrato che l'articolo 50 TUE è molto più che una semplice "valvola di sicurezza per facilitare la cessione di porzioni di sovranità"⁶⁸.

Questa vicenda sfida, a mio avviso, l'idea di una identità costituzionale europea solida e coerente perché, analogamente all'istituto dell'espulsione, l'avvio del recesso consente allo Stato membro in uscita di depennare tutto un *corpus* legislativo percepito a un certo punto come intrusivo, imposto dall'entità sovranazionale⁶⁹. Si consente, così, con una semplice manifestazione unilaterale di rinnegare in radice non solo il costrutto giuridico-formale dell'appartenenza all'Unione ma anche l'adesione al sistema sovranazionale, condiviso e in via di stringente costituzionalizzazione di valori fondamentali, adesione inizialmente accolta in fase di accessione.

Il recesso implica, in altre parole, che la "*memberstatehood*"⁷⁰ non è irreversibile e può essere messa in discussione dalla volontà sovrana di uno Stato membro. L'eventualità del recesso mette perciò bene in luce la fragilità del costrutto identitario europeo: da un lato, l'UE promuove l'integrazione e la creazione di una comunità giuridica composita ma, dall'altro, essa è obbligata a riconoscere la subordinazione alle pulsioni sovrane, restituendo le attribuzioni a quegli Stati Membri che desiderino riappropriarsene.

La *Brexit* ha mostrato che il processo di distacco è complicato e costoso, non solo a livello economico, ma anche in termini giuridici e politici. Eppure, il fatto che con l'attivazione di una procedura di recesso sia possibile ripristinare la pienezza delle prerogative nazionali, annullando perentoriamente ogni conseguenza ordinamentale data dall'integrazione europea, dimostra, se ve ne fosse bisogno, che questo concetto – di identità costituzionale europea – è tutto fuorché sedimentato.

Pur essendo da sposare l'idea per cui rinunciando all'identità costituzionale europea si rimette in discussione l'identità costituzionale nazionale⁷¹, questa penetrazione tra identità non è, come dimostra l'esempio britannico, irreversibile. Il processo può essere invertito e la costruzione europea può subire arretramenti.

⁶⁸ *Idem*, p. 32.

⁶⁹ Eminente, in tal senso, il commento di R. HIRSCHL, *Secession and Nullification as a Global Trend*, in *Constitutional Studies*, vol. 2, 2016, pp. 23-40, che analizza il passaggio dalle istanze di annullamento delle Corti costituzionali subnazionali alle istanze separatiste dei governi subnazionali in controluce con quanto accade nell'Unione europea. Questo gli consente di mettere in luce il comune inasprimento delle rivendicazioni identitarie.

⁷⁰ C.J. BICKERTON, *European Integration: From Nation-States to Member States*, OUP, Oxford, 2012.

⁷¹ V. in particolare il fascicolo monografico *Unione europea: uscire, rimanere, tornare*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2, 2023 e, in particolare i contributi di N. LUPO, *La «super clausola europea» contenuta nell'art. 11 della Costituzione italiana e il contrasto di ogni ipotesi di «Italexit» con i principi supremi*, e l'editoriale di F. BALALAGUER CALLEJÓN, nonché, se si vuole, Y.M. CITINO, *L'art. 11 della Costituzione come fondamento dell'integrazione europea dal '48 a oggi*, *ivi*, pp. 271-308.

Per concludere, l'identità costituzionale europea è una nozione che sta gradualmente emergendo in un contesto di forti disomogeneità, caratterizzato da tensioni e dal delicato equilibrio tra desiderio di integrazione e tutela della sovranità nazionale. La coesistenza di questa identità con la possibilità di recesso può essere, certo, apprezzata positivamente come una dimostrazione della flessibilità dell'UE ma, per altro verso, incarna un sentimento di vulnerabilità dinanzi alle pressioni politiche e alle dinamiche nazionaliste.

Dispute emblematiche: riflessioni giuridiche a partire dai dubbi sulla titolarità del simbolo del MoVimento 5 Stelle*

GABRIELE MAESTRI

SOMMARIO: 1. Il *casus belli*: tensioni e conflitti sui simboli politici tra “diritto dei partiti” ed elezioni – 2. Premesse su partiti politici, simboli, contrassegni e marchi. – 3. Un nome e un simbolo per tre? Il potenziale contenzioso sui segni del MoVimento 5 Stelle. – 4. Cercando una conclusione.

1. L'ultima fase del processo di evoluzione (o mutazione, a seconda del punto di vista) del MoVimento 5 Stelle¹, iniziata col voto dell'assemblea degli iscritti sul nuovo statuto² tra luglio del 2021 e marzo del 2022³ e conclusa – per ora – col doppio voto celebratosi tra novembre e dicembre del 2024 su nuovi quesiti riguardanti pure la modifica di disposizioni statutarie, è stata oggetto di tensioni e polemiche. Secondo dinamiche già viste in altri passaggi politici, rilevanti divergenze di vedute hanno opposto vari sostenitori del MoVimento delle origini, per i quali certe proposte d'innovazione statutarie e organizzative (inclusa la possibile eliminazione del ruolo del garante) e programmatiche (tra cui la revisione del codice etico in tema di limite ai mandati) avrebbero “snaturato” del tutto il M5S, a chi ha apprezzato e sostenuto le modifiche proposte dall'associazione politica guidata da Giuseppe Conte.

Tale contrapposizione si è accentuata dopo la scelta di Beppe Grillo, in qualità di garante del MoVimento 5 Stelle (carica di cui, come si è detto, si proponeva l'eliminazione) di chiedere di ripetere il voto sui quesiti proposti – svoltosi dal 21 al

* Il saggio è stato sottoposto a referendum secondo le regole della Rivista.

¹ In generale, v. M. CRISANTI, *Storia e sviluppo dello statuto del Movimento 5 Stelle*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4/2023, disponibile in www.forumcostituzionale.it.

² Sulla “rivoluzione statutaria” v. D. CODUTI, *L'organizzazione del M5S nel nuovo statuto: equilibrio tra poteri o equilibrio di potere?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, disponibile in www.forumcostituzionale.it; G. IORIO, *Il nuovo statuto del MoVimento 5 Stelle. I chiaroscuri della democrazia digitale*, Esi, Napoli, 2022.

³ Il voto di luglio del 2021 era stato ripetuto a marzo del 2022 a seguito della sospensione cautelare – per mancato rispetto del *quorum* deliberativo stabilito dalle disposizioni dello statuto allora vigente – della delibera di modifica statutaria e della seguente delibera di nomina del Presidente: v. *amplius* nel par. 3.

24 novembre 2024 – a norma dell’art. 10, lett. i) dello statuto (nel testo vigente al tempo in cui l’assemblea degli iscritti era stata indetta) ed entro cinque giorni dalla pubblicazione dei risultati. Si è così rivotato dal 5 all’8 dicembre, con la necessità di raggiungere il *quorum* strutturale della «metà più uno degli Iscritti aventi diritto al voto» perché il primo esito potesse essere confermato dalla nuova consultazione. I risultati del voto, pubblicati sul sito del M5S l’8 dicembre scorso⁴, sono stati in sostanza sovrapponibili a quelli di novembre, specie circa i punti che hanno riscosso la maggior attenzione dei mezzi di comunicazione (inclusa l’abolizione del garante).

Proprio sui *media*, peraltro, si è parlato con insistenza dell’eventualità che Grillo, dopo il nuovo voto, ritenendo superato (anzi, morto per “tradimento”) il MoVimento 5 Stelle delle origini, potesse in qualche modo rivendicare la titolarità del simbolo del M5S, negandone l’uso all’omonima associazione oggi rappresentata in Parlamento (e presieduta da Conte) e costringendola a cambiare il proprio segno d’identificazione o a difendere la sua posizione in un contenzioso in sede giudiziaria. A quest’ipotesi, evocata da taluni (e in qualche caso auspicata o suffragata), si sono contrapposte subito le tesi di coloro che non vedevano spazi per un simile scenario, ritenendo il MoVimento pienamente titolato a impiegare il proprio simbolo nella sua attività politico-elettorale sulla base, tra l’altro, di precisi atti giuridici.

Mentre si scrive, non risulta che siano stati compiuti atti in grado di dare origine a un contenzioso (in sede civile o altrove) sul nome o sul simbolo del MoVimento 5 Stelle: sembra quindi più corretto parlare di tensioni, senza che queste debbano per forza finire all’attenzione di un giudice. A prescindere da ciò, la potenziale *querelle* legata al simbolo del M5S merita di essere approfondita, sia perché spinge a interrogarsi su questioni non secondarie riconducibili al “diritto dei partiti” (“Di chi è”, a chi appartiene il simbolo di un partito? Una o più persone determinate possono esserne titolari e impedirne l’uso a un soggetto collettivo che ne ha già fruito e ha ottenuto eletti sotto quell’insegna? In ogni caso, i “diritti sul simbolo” sono negoziabili tra soggetti individuali o collettivi?), sia perché la situazione giuridica del MoVimento 5 Stelle – anzi, «dei MoVimenti 5 Stelle» – è decisamente singolare e complessa, concorrendo così a rendere la materia meritevole di attenzione.

⁴ I risultati del nuovo voto si consultano agli indirizzi <https://www.movimento5stelle.eu/assemblea-costituente-risultati-2/> (per i dati sull’affluenza) e <https://www.movimento5stelle.eu/wp-content/uploads/2024/12/Risultati-votazione-5-8-dicembre.pdf> (per le risposte ai singoli quesiti).

2. Per inquadrare meglio la situazione, è bene fare il punto su alcuni concetti fondamentali in materia di segni di identificazione dei partiti nel diritto italiano.

Va richiamata, innanzitutto, la (almeno) duplice natura e funzione di ciò che di norma viene chiamato «simbolo» di un partito. Esso è un *elemento essenziale nei processi di identificazione* di una persona in una formazione politica, specie nel suo patrimonio ideale e programmatico: nel simbolo può rispecchiarsi chi – militante, aderente, votante o semplice simpatizzante – si ritrova nelle idee, nei valori e nelle proposte del partito, a sua volta interamente richiamato dal suo simbolo (unitamente proprio al patrimonio di idee, valori e proposte). In tal senso, il simbolo ha lo stesso ruolo riconosciuto nell'ordinamento italiano al nome di ogni persona fisica e giuridica (e di ogni soggetto collettivo, incluse le associazioni non riconosciute cui i partiti sono ricondotti⁵): si applica così la tutela del diritto al nome *ex artt. 6 e 7 c.c.*

Un simbolo, però, permette anche di distinguere una formazione dalle altre, senza rischi di confusione; tale *funzione distintiva* è importante soprattutto in occasione delle elezioni (di qualunque livello), occorrendo che non risultino alterati o viziati quei «modi di integrazione puramente spirituali», attinenti alla formazione della volontà collettiva e inseriti in una più ampia logica di integrazione funzionale, in cui rilevano «processi di produzione, attuazione, rinnovamento e perfezionamento del contenuto di senso che costituisce il contenuto materiale della comunità»⁶. In questo caso, il simbolo ha una natura più affine a quella del marchio (o, più in generale, del segno distintivo), in un contesto formalmente privo di logiche commerciali e imprenditoriali, ma in cui si può comunque individuare una concorrenza di più soggetti nel tentativo di ottenere il consenso del corpo elettorale: non sorprende così che la legge, con riferimento ai fregi che distinguono le candidature, parli di norma di «contrassegni», mettendo in luce la funzione distintiva, non quella identificativa.

Fino alla fine del 2013 nessuna disposizione dell'ordinamento italiano si era occupata dei simboli dei partiti come segni d'identificazione: ciò rientrava in un più ampio atteggiamento di mancata regolazione del fenomeno partitico, con l'art.

⁵ Tra le prime decisioni ad aver riconosciuto il diritto al nome alle associazioni riconosciute, v. Pret. Vicenza, (ord.) 17 gennaio 1972, Acli c. Federaccli, in *Giur. it.*, 1972, I, sez. 2, col. 534 ss.; con riferimento ai partiti, v. in seguito Pret. Roma, (ord.) 17 aprile 1979, Galluppi c. Psi, in *Giust. civ.*, n. 1/1979, p. 1323 ss. I casi principali che hanno inaugurato un filone consistente in ambito politico (quello, in particolare, delle scissioni date da un recesso collettivo a seguito di un rilevante cambio di nome, simbolo, statuto e patrimonio ideologico) hanno riguardato l'evoluzione del Pci in Pds (Trib. Roma, (ord.) 26 aprile 1991, n. 9043, Partito comunista italiano c. Partito democratico della sinistra, in *Corr. giur.*, n. 8/1991, p. 842 ss.) e quella del Msi-Dn in An (v. soprattutto Trib. Roma, sez. I civ., (ord.) 13 aprile 1995, Alleanza nazionale c. Rauti e a., in *Corr. giur.*, n. 8/1995, p. 961 ss.).

⁶ R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988 (ed. orig. 1928), pp. 88-90.

49 Cost. inattuato sotto il profilo della “democrazia interna”⁷. Il decreto-legge n. 149/2013 (convertito con modifiche dalla legge n. 13/2014), fissando pochi requisiti di democrazia interna – tradotti soprattutto nel contenuto minimo degli statuti, mentre si è posta più attenzione alla pubblicità dei profili dei candidati e alla trasparenza dei contributi economici a candidati, liste e forze politiche – ha dettato regole sul tema qui trattato: *ex art. 3, comma 1* i partiti devono riportare nello statuto la descrizione del simbolo (potendosi allegare la riproduzione grafica), fregio che «con la denominazione costituisce elemento essenziale di riconoscimento del partito politico»; considerando le esigenze legate alla doppia natura di nome e di marchio, il comma specifica che «[i]l simbolo del partito e la denominazione, anche in forma abbreviata, devono essere chiaramente distinguibili da quelli di qualsiasi altro partito politico esistente»⁸. L'art. 3, comma 2, lett. m) aggiunge che lo statuto deve definire «le procedure per modificare [...] il simbolo e la denominazione del partito»⁹.

⁷ Il tema è stato autorevolmente trattato in dottrina. V. almeno C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Cedam, Padova, 1957, pp. 111-143; A. PREDIERI, *I partiti politici*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, vol. I, Barbera, Firenze, 1950, pp. 171-215; E. BETTINELLI, *Alla ricerca del diritto dei partiti politici*, Edizioni di Comunità, Milano, 1982; P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 66-125; C. ROSSANO, *Partiti politici*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1990; G. PASQUINO, *Art. 49*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (diretto da), *Commentario della Costituzione (Rapporti politici. Tomo I)*, Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1992, pp. 2-48; S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. X, Utet Giuridica, Torino, 1995, p. 705 ss.; Id., *Partiti politici (I agg.)*, in *Digesto disc. pubbl. Aggiornamento*, vol. V, Utet Giuridica, 2000, p. 398 ss.; G. RIZZONI, *Art. 49*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet Giuridica, Torino, 2006, pp. 981-1001; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2008. Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Jovene, Napoli, 2009; S. MERLINI (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Passigli, Bagno a Ripoli, 2009; P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012. Il tema è stato considerato, anche alla luce degli interventi normativi successivi al 2012, pure da F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino, 2017; M. GORLANI, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico. Il declino della «forma» partito e la crisi del parlamentarismo italiano*, Cacucci, Bari, 2017; D. CODUTI, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Giappichelli, Torino, 2019; M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto*, Giuffrè, Milano, 2019; I. LAGROTTA, *La crisi dei partiti e la democrazia in Italia*, Cacucci, Bari, 2020 (2^a ed.). Di recente, v. S. BONFIGLIO, R.L. BLANCO VALDÉS, G. MAESTRI, *I partiti politici. Teoria e disciplina (Trattato di diritto pubblico comparato* diretto da G.F. FERRARI), Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2022 (spec. G. MAESTRI, *I partiti, le Costituzioni e le norme sulla «democrazia interna»*, ivi, pp. 85-164).

⁸ In aderenza al dettato normativo, anche il contenuto del simbolo e la sua confondibilità coi fregi di altri partiti dovrebbero essere oggetto d'esame da parte della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici, che *ex art. 4* del d.l. n. 149/2013 verifica la conformità dello statuto all'art. 3 di tale fonte, iscrivendo in caso positivo l'associazione politica nel Registro nazionale dei partiti politici riconosciuti (oppure, ove siano riscontrate difformità, richiedendo modifiche al contenuto dello statuto e negando l'iscrizione in mancanza di tali modifiche).

⁹ La fonte non indica particolari procedure per l'adozione del primo fregio del partito: questo di norma viene allegato all'atto costitutivo dell'associazione non riconosciuta qualificata come partito (e magari descritto nello stesso documento, oltre che nello statuto), dopo essere stato scelto dai fondatori.

A fronte di una regolazione recente dei simboli dei partiti, è assai più consolidata l'attenzione della legge per i contrassegni elettorali: per ogni tipo di elezione è dettata – a livello statale o con fonti delle Regioni o delle Province autonome – una disciplina specifica¹⁰. Il d.P.R. n. 361/1957 regola le elezioni politiche: l'art. 14 – applicabile anche alle elezioni europee – esige che i soggetti politici interessati a presentare candidature depositino presso il Ministero dell'interno un contrassegno, che deve riprodurre il simbolo notoriamente usato dalla forza politica. La disposizione sancisce l'inammissibilità di contrassegni identici o confondibili (stabilendo come criteri di prevalenza l'uso tradizionale da parte di un partito o, in mancanza, la precedenza nel deposito e individuando elementi per valutare la confondibilità¹¹) e pure di fregi elettorali presentati «con il solo scopo di precluderne surrettiziamente l'uso ad altri soggetti politici interessati a farvi ricorso» (c.d. “deposito emulativo”); stabilisce poi una tutela rafforzata per i simboli «usati tradizionalmente da partiti presenti in Parlamento» (per evitare che gli elettori siano tratti in errore da contrassegni presentati da chi tenti di intercettare il consenso già ottenuto da partiti alle elezioni precedenti o durante la legislatura). L'articolo, infine, ritiene illegittimo l'impiego nei contrassegni di immagini o soggetti religiosi (per evitare speculazioni su temi religiosi o sulla fede dei votanti che possano alterare la genuinità del cimento elettorale)¹².

Bisogna però considerare anche la prassi sempre più frequente per cui i partiti (o i rispettivi *leader*/promotori¹³) vogliono tutelare il simbolo presentando per esso *domanda di marchio* ai sensi delle norme vigenti. Ciò avviene soprattutto

¹⁰ Per l'evoluzione normativa e la prassi seguita fino al 2012, v. G. MAESTRI, *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 41-70 e 191-264.

¹¹ Si consideri pure Cons. Stato, sez. I, parere del 19 febbraio 1992, n. 281, in tema di ammissibilità dei contrassegni e di confondibilità in presenza di simboli comuni a più formazioni politiche.

¹² Altre ipotesi di illegittimità dei contrassegni sono desunte da altre disposizioni. *Ex aliis*, la XII disp. trans. fin. Cost. e le norme attuative (la legge n. 645/1953, c.d. “legge Scelba”, e il d.l. n. 122/1993, convertito con legge n. 205/1993, c.d. “legge Mancino”) fondano l'inammissibilità di contrassegni contenenti richiami al fascismo, a ideologie autoritarie o a intenti discriminatori. Cfr. pure Cons. Stato, sez. I, parere del 23 febbraio 1994, n. 173, in materia di uso del fascio romano nei contrassegni (la prassi e la giurisprudenza amministrativa, però, hanno inasprito il metro: v. Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio - 6 marzo 2013, nn. 1354 e 1355 e sez. III, 17-29 maggio 2018, n. 3208). Cfr. G.E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *MediaLaws*, n. 1/2019, pp. 25-41; G. MAESTRI, *Paura dei partiti antisistema e scelte sulla «protezione» della democrazia, tra Italia e Germania*, in *Democrazia e sicurezza*, n. 2/2019, pp. 3-111.

¹³ Lo dimostra anche il caso del simbolo della Lega, depositato il 15 giugno 2018 in tre versioni a colori (fregio elettorale integrale della Lega per Salvini premier, cerchio con la parola Lega e la riproduzione della statua a spada sguainata di Alberto da Giussano, cerchio con la sola immagine della statua) direttamente a nome di Matteo Salvini - già titolare dei marchi politici su Noi con Salvini, Prima gli italiani e Salvini premier - e registrati, dopo una lunga istruttoria, il 9 gennaio 2025.

(ma non sempre) prima della fondazione del partito, all'inizio della sua attività o quando il simbolo cambia: è diffusa la convinzione che il deposito come segno distintivo costituisca un mezzo per proteggersi da usi indebiti (o sia un modo *sui generis* per collocare il primo uso del fregio in un tempo anteriore all'inizio "ufficiale" o pubblico dell'azione politica), ma anche l'idea consolidata di sfruttare il simbolo-marchio in una logica di *merchandising*, producendo *gadget* o altri materiali che riproducano il fregio e destinandoli alla vendita, a occasioni promozionali o al consumo interno.

Il codice della proprietà industriale (d.lgs. n. 30/2005) indica come requisiti per registrare un segno come marchio la *novità* (consiste nella non identità o somiglianza a segni distintivi precedenti e affini per prodotti, servizi o attività affini, in modo da evitare rischi di confusione per il pubblico, anche solo come indebita associazione tra segni: art. 12), la *capacità distintiva* (si ha quando il segno non consiste solo in elementi di uso comune nel linguaggio o nel commercio o in denominazioni generiche di prodotti o servizi, per evitare che si crei un'esclusiva su un'intera categoria di prodotti/servizi: art. 13) e la *liceità* (il segno non può essere contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume, né può «ingannare il pubblico» o violare i diritti di terzi, specie i diritti d'autore o di proprietà industriale: art. 14).

La prassi della registrazione dei simboli come marchi non è univoca: la banca dati dell'Ufficio italiano brevetti e marchi (Uibm)¹⁴ rivela che per un numero rilevante di simboli di partito la registrazione è stata rifiutata, mentre per altri la procedura è andata a buon fine. Spesso il rifiuto è legato alla scelta dell'Uibm di valutare un simbolo di partito (specie se nuovo) come potenziale «marchio contenente parole, figure o segni con significazione politica» (art. 10, commi 2-3 c.p.i.), fatti-specie che prevede la richiesta d'un parere all'amministrazione pubblica interessata, qui individuata nel Ministero dell'interno, e il rigetto della domanda in caso di avviso contrario alla registrazione. Il parere contrario è sempre motivato con l'intento di «evitare che lo strumento giuridico del marchio di impresa si trasformi in una modalità per eludere le disposizioni speciali di carattere elettorale contenute in vari atti normativi che disciplinano i vari tipi di consultazioni e [...] gli adempimenti preliminari [...] da perfezionare per mezzo di una documentazione sottoposta a tempi e forme ben precise» (perché non si registrino come marchi fregi inammissibili come contrassegni elettorali, essendo previsti criteri diversi, e non siano elusi i limiti previsti dalle norme sulle elezioni e sulla propaganda elettorale,

¹⁴ Si può consultare il registro delle domande di marchio (spesso abbinate alle relative grafiche) all'indirizzo https://www.uibm.gov.it/bancadati/Advanced_search/type_url?type=tm&ccl=1.

sostenendo che un simbolo è impiegato come marchio e non come contrassegno): ciò si è tradotto nello sfavore del Viminale per i marchi politici di forma circolare («[...] da decenni [...] una caratteristica particolare dei contrassegni delle formazioni politiche») e riproducenti «troppo fedelmente i simboli di partiti e altri soggetti politici»¹⁵; non sono mancati però casi in cui emblemi politici sono stati registrati *ex art. 8, comma 3 c.p.i.* («Se notori, possono essere registrati o usati come marchio solo dall'avente diritto, o con il consenso di questi [...] i segni usati in campo [...] politico»).

Quando si parla di un simbolo di partito, quindi, si distinguono almeno tre piani diversi. C'è quello dei *diritti della personalità* (un «diritto al simbolo» affine al diritto al nome), che vede riconosciuta la posizione del soggetto collettivo come titolare del diritto, fatti salvi eventuali accordi con altri soggetti collettivi circa la titolarità o l'uso di un fregio: contrasti e contenziosi vanno risolti sulla base delle norme applicabili alle associazioni e (ove sia necessario) delle disposizioni interne, a partire da quelle dello statuto. C'è poi il piano del *diritto della proprietà industriale*: un'associazione o uno o più individui possono essere titolari di un diritto esclusivo su un segno grafico – ma solo sul piano civilistico – come effetto di una domanda di marchio accolta¹⁶. C'è infine il piano del *diritto elettorale*: lì la legittimità dell'uso di un simbolo come contrassegno dipende da norme speciali (prevalenti su quelle generali civilistiche) che tengono conto, tra l'altro, delle partecipazioni a precedenti consultazioni o della presenza in Parlamento. Ci sarebbe poi un quarto piano, quello del *diritto d'autore* in senso lato: un simbolo di partito o un contrassegno elettorale sono frutto, in tutto o in parte, dell'opera dell'ingegno di chi li ha concepiti e creati; il rapporto tra autore e committente può essere regolato in via autonoma (con o senza corrispettivi), però nella prassi l'autore del simbolo/contrassegno non ha spazi per rivendicare la titolarità del fregio sul piano civilistico (a meno che, oltre a realizzare l'emblema, lo abbia anche usato o registrato come marchio) e men che meno sul piano elettorale¹⁷.

¹⁵ Citazioni dalla nota del Ministero dell'interno – Dipartimento per gli affari interni e territoriali – Direzione centrale dei servizi elettorali del 2 agosto 2012, n. 3486, citata in G. MAESTRI, *Marchi registrati e contrassegni politici: un rapporto controverso*, in *Federalismi.it*, n. 5/2014.

¹⁶ V. però non poche decisioni dei giudici contrarie a una sostanziale assimilazione tra l'ambito politico-associativo e quello commerciale, quanto al trattamento di un segno d'identificazione come segno distintivo: *ex multis*, v. Cass., sez. I civ., 28 gennaio 1997, n. 832, in *Foro it.*, n. 9/1997, coll. 2537-2544; Trib. Roma, sez. I civ., (ord.) 10-15 novembre 1999 (r.g. 22550/99, g.d. Scaramuzzi); Trib. Palermo, sez. spec. impr., (ord.) 23 febbraio - 4 marzo 2015 (r.g. 17455/14, g.u. Spiga).

¹⁷ C'è però spazio per la tutela del diritto d'autore, ove esso sia violato dall'uso elettorale non autorizzato di un simbolo. Per il caso più famoso, relativo alla rosa nel pugno inizialmente impiegata dal Partito radicale senza l'autorizzazione (dietro corrispettivo) dell'autore MARC BONNET, v. Trib. Roma, sez. I civ., 15 dicembre 1980 - 27 aprile 1981, n. 3649, Bonnet c. Partito radicale italiano, in

Pur trattandosi di piani distinti tra loro, questi in concreto possono sovrapporsi, creando situazioni ibride. Alcuni interventi normativi recenti tengono conto di ciò: il citato art. 14 del d.P.R. n. 361/1957, così come modificato – al comma 1 – dalla legge n. 165/2017, ai partiti o movimenti non iscritti al Registro previsto dal d.l. n. 149/2013 che presentino liste richiede il deposito di una dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante che indichi, tra l'altro, «il soggetto che ha la titolarità del contrassegno depositato»: ciò sembra dare atto di come del simbolo possa non essere (in tutto o in parte) titolare il soggetto politico-giuridico che ne fa uso, potendo accadere che questo abbia stipulato con un soggetto terzo (e titolare effettivo) un accordo per l'uso, temporaneo o consolidato, del nome o del simbolo stesso¹⁸.

3. Fatta quest'introduzione, è possibile considerare con più cura il caso che ha suggerito questo approfondimento. La potenziale *querelle* legata al simbolo (e, a monte, al nome) del MoVimento 5 Stelle si presenta piuttosto complessa per le sovrapposizioni tra i piani della tutela del nome, della tutela del marchio e della tutela sul piano elettorale di cui s'è detto nel paragrafo precedente¹⁹; il grado di complicazione, tuttavia, aumenta considerando che in questa vicenda si è di fronte non a *un* MoVimento 5 Stelle, ma a *tre* MoVimenti 5 Stelle, fondati in modi e tempi diversi. Il primo soggetto giuridico denominato «MoVimento 5 Stelle» è stato di fatto costituito nel 2009 (per brevità lo si può chiamare M5S-1 o M5S 2009): a lungo era stato qualificato dai promotori e dai sostenitori come

Foro it., 1981, I, col. pp. 2059 ss. e G. MAESTRI, *La rosa nel pugno: simbolo forte, costato 60 milioni di lire*, in *Isimolidelladiscordia.it*, 28 ottobre 2018.

¹⁸ V., per esempio, lo statuto di Fratelli d'Italia nel testo (ora superato) pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* – Serie generale, suppl. n. 81, 28 ottobre 2014, pp. 58-89, spec. p. 62: all'art. 4, comma 1, tra l'altro, prevedeva «L'utilizzazione del simbolo e della denominazione di Alleanza Nazionale avviene in conformità e nei limiti stabiliti dalla Deliberazione del Consiglio d'Amministrazione della Fondazione Alleanza Nazionale nella seduta dell'8 gennaio 2014» (tale testo fu ritenuto conforme alle norme vigenti dalla Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici). Con riferimento al passato v. *La Rosa nel Pugno* – Laici liberali socialisti radicali, associazione costituita da rappresentanti dei Socialisti democratici italiani e della Lista Marco Pannella per presentare liste alle elezioni politiche del 2006: l'art. 7 dello statuto precisava che il simbolo della rosa nel pugno veniva «con separato atto, [...] concesso in uso all'associazione dal Partito Radicale sino al 31/12/2011».

¹⁹ Quanto alla «paternità del simbolo», a creare quello delle Liste CiViche a 5 Stelle (antecedente grafico-politico del M5S), seguendo le richieste di Gianroberto Casaleggio, è stato Maurizio Benzi – sul punto v. G. MAESTRI, *M5S, alle origini del primo simbolo, tra idee, visioni e soluzioni grafiche: intervista a Maurizio Benzi (Casaleggio Associati)*, in *Isimolidelladiscordia.it*, 11 gennaio 2025 – mentre non è noto chi abbia lavorato alle grafiche successive; ciò non ha però rilievo sulle questioni di natura giuridica.

una “non-associazione” regolata da un “non-statuto”²⁰, documento che parlava piuttosto di una «piattaforma» intesa come «veicolo di confronto e di consultazione» originata dal *blog* www.beppegrillo.it (il cui nome a dominio era identificato come sede “virtuale” del M5S), «piattaforma» cui si poteva aderire con una procedura affine a quella per registrarsi a un sito *web*. Stante la mancanza di documenti “tradizionali”, normalmente richiesti (o utili) per partecipare alle elezioni (in particolare alle regionali), nei primi anni di vita sono spesso state costituite associazioni *ad hoc* per presentare le Liste CiViche a 5 Stelle (2009), poi liste con il contrassegno del Movimento 5 Stelle (dal 2010).

Il secondo MoVimento 5 Stelle (per brevità M5S-2 o M5S 2012) è sorto il 14 dicembre 2012, con atto costitutivo²¹, fondato da «Giuseppe detto “Beppe” Grillo» (presidente), dal nipote Enrico Grillo e dal commercialista Enrico Maria Nadasi: in quel caso si trattava senza dubbi di un’associazione non riconosciuta e con un proprio statuto, costituita alla vigilia della presentazione delle candidature per le elezioni politiche del 2013. Secondo i documenti fondativi del M5S-2, l’associazione condivideva (facendoli propri) gli obiettivi del M5S-1 e, tra i suoi compiti, aveva l’occuparsi «dello svolgimento degli adempimenti tecnico-burocratici necessari a consentire la presentazione alle elezioni politiche delle liste di candidati scelti in Rete dagli aderenti al Movimento 5 Stelle» (art. 4 atto cost., art. 3 statuto): di fatto si era voluto creare uno “strumento di servizio” che consentisse al M5S 2009 (che faticava a inquadrarsi nelle categorie giuridiche) di operare sul piano politico-elettorale.

Nei primi anni d’attività²², l’azione politica *lato sensu* del M5S-1 e quella elettorale e nelle istituzioni (prima i comuni, poi le Regioni e dal 2013 il Parlamento) è stata abbinata a «un contrassegno registrato a nome di Beppe Grillo, unico titolare dei diritti d’uso dello stesso» (art. 3 non statuto 2009): si trattava di un fregio depositato come marchio europeo nel 2009 proprio a nome di Grillo – in bianco e nero, con

²⁰ La prima versione del “non statuto”, datata 10 dicembre 2009, si può leggere all’indirizzo https://www.politicalpartydb.org/wp-content/uploads/Statutes/Italy/IT_M5S_2009.pdf.

²¹ Nell’atto costitutivo rogato dal notaio Filippo D’Amore – tuttora consultabile all’indirizzo https://www.huffingtonpost.it/politica/2013/03/13/news/m5s_ecco_lo_statuto_del_movimento_5_stelle_1_atto_costitutivo_firmato_a_cogoleto_da_beppe_grillo_il_nipote_enrico_grillo_6196113/ – il nome dell’associazione è «Movimento 5 Stelle»: la “v” sarebbe diventata maiuscola con le modifiche statutarie del 2015. Al M5S-2 è stato associato il codice fiscale 95162920102.

²² Sui rapporti giuridici, organizzativi e politici tra il M5S-1 del 2009 e il M5S-2 del 2012, v. almeno R. BIORCIO, P. NATALE, *Politica a 5 stelle. Idee, storia e strategie del movimento di Grillo*, Feltrinelli, Milano, 2013; G. MAESTRI, *Contrassegni a 5 Stelle: evoluzioni, usi, elezioni, imitazioni*, in *Federalismi*, n. 2/2013; S. CECCANTI, S. CURRERI, *I partiti antisistema nell’esperienza italiana: il MoVimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2015, pp. 799-832; M.E. LANZONE, *Il MoVimento Cinque Stelle. Il popolo di Grillo dal web al Parlamento*, Epoké, Novi Ligure, 2015.

una circonfrenza che racchiude la parola «MoVimento» (con la «V» in carattere di fantasia²³), cinque stelle e il dominio Beppegrillo.it – e registrato l'anno successivo²⁴; un emblema analogo – di nuovo in bianco e nero, ma senza l'indicazione del *blog* di Grillo – è stato depositato come marchio italiano il 20 marzo 2012, di nuovo su richiesta dello stesso Grillo. Questi tre segni distintivi, in ogni caso, sono scaduti e non risultano rinnovi delle registrazioni; il simbolo depositato (nel 2009) come marchio europeo nel 2012 è stato messo «a disposizione della costituita Associazione, esclusivamente per il perseguimento delle finalità dell'Associazione medesima» da Beppe Grillo, quale «titolare esclusivo del contrassegno» (art. 4 statuto 2012).

Il 18 novembre 2015 nella banca dati dei marchi europei risultano depositate due ulteriori domande di marchio riferite allo stesso fregio (una per la versione in bianco e nero, l'altra per quella a colori), quasi identico a quello depositato nel 2009, ma con l'indicazione del nome a dominio Movimento5stelle.it²⁵: richiedente e titolare dei diritti (il marchio è stato registrato il 21 luglio 2016) è l'associazione MoVimento 5 Stelle del 2012. Dopo la presentazione della domanda, alla fine del 2015 lo statuto del M5S-2 è stato modificato, aggiornando pure la descrizione del simbolo e precisando che esso risulta «registrato a nome dell'Associazione, unica titolare del suddetto contrassegno» (art. 3 statuto 2012 mod. 2015). Quel deposito di marchio europeo, essendo andato a buon fine, spiegherà i suoi effetti fino al 18 novembre 2025; la tutela dell'associazione e del suo simbolo, secondo l'art. 12 del testo vigente dello statuto, spetta al presidente del M5S-2, cioè Beppe Grillo; vista l'evidente somiglianza rispetto al marchio depositato nel 2009 (nel 2015 ancora efficace) e la formale differenza dei soggetti richiedenti, peraltro, si immagina che Grillo abbia in qualche forma consentito alla registrazione del nuovo emblema (anche solo evitando di opporvisi) oppure abbia ceduto il marchio all'associazione che lui presiede.

²³ Per completezza va segnalato che quella «V», direttamente ispirata al «simbolo di V» del film *V for Vendetta*, aveva contraddistinto già il V-Day organizzato da Grillo l'8 settembre 2007.

²⁴ Nella banca dati dell'European Union Intellectual Property Office, consultabile all'indirizzo <https://euipo.europa.eu/eSearch/>, oltre alla domanda appena citata (presentata il 30 settembre 2009 e registrata il 26 luglio 2010), si trova anche la precedente domanda – presentata il 14 novembre 2008 e registrata il 21 luglio 2009 – relativa al simbolo predisposto per ogni Lista CiVica a 5 Stelle (anche se nel 2009 quel fregio subì diversi adattamenti visivi nei vari comuni – e, assai più raramente, province – in cui fu presentato per distinguere liste).

²⁵ Il deposito è seguito alle consultazioni *online* (sul sito Beppegrillo.it) in cui il 17 novembre 2015 gli iscritti hanno optato per inserire il nuovo sito, piuttosto che lasciare lo spazio del simbolo vuoto. Solo il 15 febbraio 2016, tuttavia, il sito del M5S annunciò il completamento del cambio di emblema: «A seguito della votazione del 17 novembre 2015 e delle varie procedure burocratiche adottate presso il Parlamento italiano ed europeo, le regioni e i comuni oggi si conclude il processo per la modifica del logo del MoVimento 5 Stelle. In conseguenza di questo anche il “non statuto” è stato aggiornato. Si invitano tutti gli eletti del MoVimento 5 Stelle [...] ad utilizzare da oggi esclusivamente il nuovo logo».

Erano nel frattempo diventati numerosi i casi di persone “espulse” dal M5S-1 (prima ancora che questo, il 23 dicembre 2014, fosse dotato di un regolamento interno, poi riformato nel 2016), con la particolare forma del ritiro dell’uso del simbolo per le persone elette; la tenuta delle regole interne, tuttavia, era stata messa seriamente in dubbio da vari contenziosi in sede civile, non di rado conclusi con l’accoglimento delle domande (per sospendere le espulsioni, l’esclusione dalle consultazioni locali o l’annullamento delle stesse)²⁶. Tale situazione ha probabilmente suggerito di abbandonare la forma giuridica iniziale del MoVimento 5 Stelle (che, anche dopo vari interventi sulle norme interne, aveva dimostrato vari punti deboli sul piano giuridico) e di costruire un soggetto nuovo. Si può spiegare così la costituzione, il 20 dicembre 2017 e sempre con atto notarile, di una nuova associazione non riconosciuta denominata MoVimento 5 Stelle (M5S-3 o M5S 2017), avente come soci fondatori Luigi Di Maio e Davide Casaleggio: questo terzo soggetto giuridico, costituito²⁷ alla vigilia delle elezioni politiche del 2018 (e cui tutti gli atti Visti iscritti al M5S-1 erano invitati ad aderire), ha presentato le candidature da allora in avanti per tutti gli appuntamenti elettorali, senza che tuttavia i due precedenti MoVimenti abbiano smesso di esistere giuridicamente.

All’inizio lo statuto²⁸ abbinava al M5S-3 il simbolo registrato come marchio europeo dal M5S-2, precisando che era «di proprietà dell’omonima associazione “MoVimento 5 Stelle” con sede in Genova» e «concesso in uso dalla medesima» (art. 1, lett. b). Il 19 gennaio 2018 è però stato presentato al Ministero dell’interno per le elezioni politiche un nuovo contrassegno, quasi identico ai precedenti, tranne che per l’indirizzo *web* Ilblogdellestelle.it (in sostituzione degli altri nomi a dominio): in quell’occasione, la dichiarazione di trasparenza depositata al Viminale indicava Luigi Di Maio – capo politico e legale rappresentante del M5S-3 – come «soggetto che ha la titolarità del contrassegno depositato». Il 22 gennaio 2018 per quel simbolo è stata depositata domanda di marchio nazionale a nome

²⁶ Tra le decisioni dei giudici, v. Trib. Roma, sez. III civ., (ord.) 9-12 aprile 2016 (r.g. 19678-2/16, g.u. Scerrato); Trib. Napoli, sez. VII civ., (ord.) 13-14 luglio 2016 (r.g. 15161/16, pres. Di Nosse, est. Napolitano; riforma Trib. Napoli, sez. VII civ., (ord.) 29 aprile 2016, r.g. 11975/16, g.u. Graziano); Trib. Genova, sez. I civ., (ord.) 10 aprile 2027 (r.g. 4036/17, g.u. Braccialini). Sono ben successive, ma si pongono nel solco delle precedenti decisioni Trib. Palermo, sez. V civ., 10 giugno - 11 ottobre 2021, n. 3787 e Corte app. Roma, sez. II impr., 28 febbraio 2023, n. 1483 (riforma Trib. Roma, sez. XVI civ., 24-28 aprile 2020, n. 6629; confermata da Cass., sez. I civ., (ord.) 1°-8 febbraio 2024, n. 3575).

²⁷ L’associazione, costituita con atto del notaio Valerio Tacchini, ha il codice fiscale 97958540581.

²⁸ Il testo originario si può leggere tuttora sul sito del MoVimento, all’indirizzo https://www.movimento5stelle.eu/doctrasparenza/statuto_movimento2017.pdf.

del M5S-3: benché il fregio fosse del tutto simile a quello registrato da Grillo (allora non scaduto), la richiesta è stata accolta il 30 novembre di quell'anno, dunque i diritti scadranno a gennaio del 2028.

L'associazione costituita nel 2017 ha continuato a operare sul piano politico e giuridico²⁹, pure dopo le dimissioni dal ruolo di capo politico di Di Maio³⁰. L'avvento alla guida del M5S-3 dell'ex presidente del Consiglio Giuseppe Conte, lo si è detto, è coinciso con una profonda revisione (che può definirsi "rivoluzione") statutaria³¹: essa ha decisamente avvicinato – sul piano formale e organizzativo – il M5S agli altri partiti politici, consentendone l'iscrizione al Registro dei partiti *ex art.* 4, comma 2 del d.l. n. 149/2013 su delibera dell'apposita Commissione di garanzia³². Pure quel passaggio, tuttavia, era stato contraddistinto da notevoli tensioni, sfociate in azioni legali che in un primo tempo avevano portato alla sospensione cautelare – per mancato rispetto del *quorum* deliberativo stabilito dalle disposizioni dello statuto allora vigente – della delibera di modifica statutaria (e della seguente delibera di nomina del Presidente) approvate ad agosto del 2021³³; dopo la ripetizione del voto (a marzo del 2022)³⁴ e la conferma dell'esito,

²⁹ Ciò benché un certo numero di iscritti al M5S-1 – dopo aver ottenuto per quest'ultimo dal Tribunale di Genova la nomina d'un curatore speciale il 12 gennaio, rilevando un conflitto d'interessi in capo a Beppe Grillo, legale rappresentante del M5S-1, capo politico e presidente del M5S-2 e garante del M5S-3 – avesse chiesto (tramite il curatore speciale stesso) di accertare che il MoVimento del 2009 era l'unico titolare del nome e del simbolo, inibendone l'uso a qualunque altro soggetto. I giudici, tuttavia, hanno respinto questa richiesta (pur accogliendo, in sede di reclamo, la richiesta di consegnare al curatore speciale le banche dati degli iscritti per proseguire l'attività politica: Trib. Genova, sez. XI civ., (ord.) 11-24 maggio 2018, r.g. n. 4598/18, pres. Mazza Galanti, rel. Colamartino), ritenendo insussistente un diritto di esclusiva per il MoVimento del 2009: Trib. Genova, sez. IX stran. civ., 4-21 novembre 2019, n. 2755 e Corte app. Genova, sez. III civ., 10-19 novembre 2021, n. 1178.

³⁰ Sostituito un anno e mezzo da Vito Crimi, membro anziano del Comitato di garanzia del M5S.

³¹ Il testo approvato in agosto si legge all'indirizzo <https://www.movimento5stelle.eu/wp-content/uploads/2021/07/NUOVO-STATUTO-TESTO-DEFINITIVO.pdf>

³² L'iscrizione, disposta con deliberazione 7 aprile 2022, 63/IR (e votata a maggioranza, con tre voti a favore e due contrari), è stata possibile solo dopo un'ulteriore modifica statutaria – che ha recepito le osservazioni della Commissione di garanzia (relative, tra l'altro, anche al regime del simbolo, essendo stato chiesto che all'eventuale modifica del simbolo seguisse anche quella dello statuto) – approvata dall'assemblea degli iscritti dell'11 marzo 2022, unitamente alla ripetizione del voto con cui si era approvato il nuovo statuto ad agosto del 2021. Il testo dello statuto successivo alle modifiche richieste dalla Commissione si legge all'indirizzo <https://www.movimento5stelle.eu/doctrasparenza/STATUTO-M5S-in-vigore-fino-8-12-2024.pdf>

³³ Trib. Napoli, sez. VII civ., (ord.) 3-7 febbraio 2022 (pres. Scoppa, rel. Pugliese), in riforma di Trib. Napoli, sez. VII civ., (ord.), 24 dicembre 2021 (r.g. 21817/21, g.u. Feo). Sul punto v. G. MAESTRI, *M5S, sospesi statuto (simbolo compreso) e presidenza di Conte*, in *Isimolidelladiscordia.it*, 7 febbraio 2022; G. DONATO, *Giudici e assemblee di partito: il Tribunale di Napoli sul Movimento "decollato"*, in *Aic – Osservatorio costituzionale*, n. 1/2023, disponibile in www.osservatorioaic.it.

³⁴ Il voto è stato annunciato sul sito www.movimento5stelle.eu e ripetuto sulla piattaforma Skyvote.

un nuovo contenzioso non ha portato a sospendere o invalidare le norme modificate dello statuto³⁵.

Contestualmente al profondo rinnovo dello statuto, al simbolo adottato nel 2018 ne è stato affiancato un altro, che ha mantenuto al centro il “nucleo” grafico e testuale (la parola «MoVimento» con «V» di fantasia e le cinque stelle entro la circonferenza rossa), ma ha sostituito ai vari siti che si sono avvicendati il riferimento al 2050 come anno entro il quale l’Unione europea si è impegnata a raggiungere la neutralità climatica. Il 19 luglio 2021 – subito dopo la divulgazione dello statuto proposto da Conte – il M5S-3 ha presentato domanda di marchio per quel fregio (impiegato da quel momento in avanti per tutte le elezioni); essa, però, è stata rifiutata il 1° agosto 2023 dall’Ufficio italiano brevetti e marchi, a seguito di un parere negativo emesso dal Ministero dell’interno, fondato sulle ragioni ricordate nel par. 2³⁶.

In base a quanto si è scritto, al momento risultano validi ed efficaci due marchi: quello europeo registrato nel 2015 dal M5S-2, di cui è legale rappresentante Grillo, e quello italiano registrato nel 2018 dal M5S-3, di cui è legale rappresentante Conte. Nello statuto del M5S-3 profondamente rivisto nel 2022 non ci sono più riferimenti al simbolo concesso in uso dal M5S-2 (e utilizzato per anni da quel soggetto e dal M5S-1 nelle sue attività politiche in Rete e a livello territoriale); eppure, all’evidenza, quello impiegato oggi e quello concesso all’origine sono due fregi molto simili visivamente, almeno nel loro “nucleo essenziale” (che per giunta è la rappresentazione grafica del nome che i due soggetti giuridici condividono).

La situazione è oggettivamente complessa: è vero che (almeno per qualche mese) convivono due marchi molto simili, registrati – in due diverse sedi – da due soggetti distinti che però hanno lo stesso nome (e hanno dunque il diritto a chiamarsi così, fino all’eventuale scelta di mutare denominazione); è pure vero che il preuso del nucleo grafico dei due marchi andrebbe di certo a vantaggio del M5S-2 fondato nel 2012, che non a caso concesse in uso quel marchio al M5S-3 nel 2017 e, in un modo o nell’altro, non si è opposto alle successive modifiche del fregio (nel 2018 e nel 2022) e all’impiego di quelle grafiche (il fatto che il nuovo testo dello statuto non menzioni più la concessione del simbolo non elimina la somiglianza per

³⁵ Trib. Napoli, sez. VII civ., (ord.) 16 giugno 2022 (r.g. 9797-1/22, g.u. Ferrara), confermata da Trib. Napoli, sez. VII civ., (ord.), 14 luglio 2022 (r.g. 15110/22, pres. Scoppa, rel. Feo).

³⁶ Considerando peraltro che l’orientamento del Viminale sulla non registrabilità dei segni politici rotondi troppo simili ai contrassegni elettorali era già consolidato nel 2012 – v. la nota n. 15 – e riguardava anche i simboli politici di cui si chiedeva la registrazione come segni noti, non si comprende come sulle stesse basi sia stata possibile la registrazione dei marchi depositati nel 2012 da Grillo e nel 2018 dal M5S-3.

“filiazione”/variazione tra le grafiche). Nel caso si riscontra quindi una rilevante – e in effetti deliberata, o almeno consapevolmente non evitata – confusione dei piani del diritto al nome (e al simbolo) del partito e del diritto al marchio dei titolari.

Ciò potrebbe in astratto fondare la scelta del M5S-2, mediante il suo presidente Beppe Grillo, di tutelare il simbolo registrato come marchio europeo³⁷ non concedendo più l’uso al M5S-3 (o non prestando più acquiescenza a tale impiego³⁸): ciò non tanto per riprendere l’uso elettorale del fregio per distinguere proprie liste, ma per evitare che quel segno identificativo e distintivo sia accostato a un progetto politico omonimo, ma così trasformato da non essere più riconosciuto come affine³⁹. L’esito di una simile scelta, però, sarebbe tutt’altro che scontato, per varie ragioni.

Innanzitutto il M5S-3 nel 2022, come si è visto, ha ottenuto l’inserimento nel Registro dei partiti politici dopo che il suo statuto è stato riconosciuto conforme alle norme in materia, incluse quelle relative al simbolo: in quello statuto, pubblicato anche sulla *Gazzetta Ufficiale*, sono presenti due emblemi con il “nucleo grafico” «MoVimento 5 Stelle», incluso quello depositato e registrato come marchio nel 2018. Al di là di qualche difficoltà a livello pratico circa l’uso di quest’ultimo fregio⁴⁰, sarebbe difficile negare che, nel corso del tempo, il M5S-3 ha agito sul piano politico ed elettorale con quel nome e con quel “nucleo” simbolico (al di là delle varianti grafiche) e la pretesa di cambiare segni d’identificazione da parte di chi aveva inizialmente concesso l’uso di un nome-marchio (e che legittimamente

³⁷ Del resto, nell’ultimo rendiconto presentato dal M5S-2 alla Commissione di garanzia a giugno del 2024 (si tratta del rendiconto 2023), la relazione contiene un passaggio dedicato all’«Evoluzione prevedibile della gestione»: lì si legge che «si prevede la continuità della presente Associazione detentrica dei simboli MoVimento 5 Stelle, e dei domini www.beppegrillo.it e www.movimento5stelle.it».

³⁸ Non a caso, in Trib. Genova, sez. IX stran. civ., 4-21 novembre 2019, n. 2755 e Corte app. Genova, sez. III civ., 10-19 novembre 2021, n. 1178 si legge che la titolarità esclusiva del nome e del simbolo del MoVimento da parte del M5S-1 (rappresentato dal curatore speciale) non è stata dimostrata nei confronti del M5S-2 e del M5S-3, mentre il testo originale del “non statuto” parlava espressamente della concessione del simbolo-marchio (e del nome, non scindibile da esso) da parte di Grillo.

³⁹ Si consideri il video del 26 ottobre 2024 in cui Beppe Grillo ha dichiarato: «da creatore del MoVimento, rivendico il mio diritto all’estinzione del MoVimento. [...] Lo sappiamo tutti, il MoVimento non c’è più: è evaporato, però [...] poi magari quest’evaporazione si trasforma in un ciclone, una tromba d’aria, non so...» (il concetto espresso può ricordare quello di “biodegradabilità” delle liste e dei loro simboli, ben noto in area radicale – cfr. G. MAESTRI, *Senza Rosa e senza Pugno? Considerazioni giuridico-simboliche sulla presenza elettorale dei Radicali in Italia*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, n. 1/2026, p. 14 ss. – ma Grillo ha precisato di preferire l’idea della “compostabilità”: «Non è biodegradabile il MoVimento, è compostabile: contiene ancora l’*humus*, gli zuccheri, le proteine, ci sono ancora dentro, è molto moderno»).

⁴⁰ Il sito ilblogdellestelle.it è tuttora gestito dall’associazione Rousseau (presieduta da Davide Casaleggio), che nel 2021 risulta avere interrotto il rapporto di collaborazione con il M5S.

potrebbe voler preservare il proprio nome e la propria identità personale) mal si concilia con l'esigenza di riconoscibilità di un soggetto politico collettivo – peraltro di consistenza non irrilevante – sottoposto pure alle norme sui partiti politici, *leges speciales* rispetto a quelle relative alle persone e agli enti.

Secondariamente, e soprattutto, occorre considerare gli effetti di un'altra *lex specialis*: quella del diritto elettorale. Si è visto che il d.P.R. n. 361/1957 – all'art. 14, comma 6 – non ammette «la presentazione da parte di altri partiti o gruppi politici di contrassegni riproducenti simboli o elementi caratterizzanti simboli che per essere usati tradizionalmente da partiti presenti in Parlamento possono trarre in errore l'elettore» (le fonti relative alle altre competizioni elettorali contengono disposizioni simili). Alle elezioni politiche del 2018 e del 2022 ha indiscutibilmente partecipato il M5S-3, tuttora ampiamente rappresentato nelle Camere operanti: questo dato fa inevitabilmente prevalere l'esigenza di tutelare da errori o sviamenti la platea di potenziali elettrici ed elettori del M5S-3 (la cui posizione, dunque, sarebbe oggetto di più attenzione rispetto a quella di chi aveva votato il M5S-2 nel 2013, vista la maggiore lontananza nel tempo).

Da ultimo, a rendere poco sicuri gli effetti di un'eventuale azione a tutela del simbolo da parte di Beppe Grillo come presidente del M5S-2 si dovrebbe aggiungere il contenuto di una scrittura privata stipulata (presumibilmente tra il 2021 e il 2022) tra lo stesso Grillo e il M5S-3⁴¹: nel documento, a fronte dell'impegno dell'associazione a manlevare Beppe Grillo da qualunque responsabilità patrimoniale legata a cause relative all'operato del MoVimento, Grillo si sarebbe a sua volta impegnato – tra l'altro – «a non formulare in proprio e quale legale rappresentante» del M5S-1 (2009) e del M5S-2 (2012) «alcuna contestazione» nei confronti del M5S-3 «con riguardo all'utilizzo del nome MoVimento 5 Stelle e/o del simbolo»⁴²; l'accordo conterrebbe anche l'impegno di Grillo a non «prestare collaborazione funzionale e/o strutturale ad altre associazioni che hanno quale finalità quella di svolgere attività in contrapposizione e/o concorrenziale» col M5S-3 (potendosi ravvisare in questa previsione un impegno dell'ex garante a non sostenere eventuali formazioni costituite da scissionisti o, più in generale, ad altre forze politiche). La scrittura privata consacrerebbe un accordo «senza termine di durata», risolubile «solo con lo scioglimento dell'Associazione MoVimento 5 Stelle»

⁴¹ A. ATTE, *M5S, ecco la vecchia scrittura privata Grillo-Movimento: cosa prevedeva*, in *Adnkronos.com*, 29 novembre 2024, all'indirizzo https://www.adnkronos.com/Archivio/politica/m5s-eco-la-vecchia-scrittura-privata-grillo-movimento-cosa-prevedeva_3z2rtxknyZ3r6wGazUAWgx.

⁴² La promessa di non contestazione dovrebbe riguardare il fregio registrato dal M5S-3 come marchio nel 2018 e il simbolo «come finora modificato e in futuro modificabile, in tutto o in parte».

(evento che limiterebbe l'esonero dalla responsabilità per Grillo solo con riguardo ai «contenziosi radicati entro 5 anni decorrenti dalla data di scioglimento» dell'associazione del 2017⁴³).

Se di certo l'accordo raggiunto con la scrittura privata non incoraggia l'avvio di contestazioni circa l'uso del nome o del simbolo, è altrettanto vero che queste non sarebbero impossibili: al di là del riferimento all'assenza di termini di durata, non è noto se il documento contenga penali per il mancato rispetto degli impegni presi (la cui assenza farebbe venir meno un deterrente rilevante) e, in ogni caso, non si potrebbe escludere l'eventualità che Grillo rinunci alla manleva contestualmente alla scelta di revocare o comunque contestare l'uso del simbolo al M5S-3 sul piano civilistico; occorre peraltro notare che un eventuale contenzioso secondo le norme dei segni d'identificazione o dei segni distintivi, pur potendo introdurre un ulteriore elemento di incertezza nel quadro⁴⁴, non sembrerebbe in grado di superare la citata tutela per l'elettorato del M5S-3 in materia di contrassegni.

4. Considerato il quadro delineato nei paragrafi precedenti, pare oggettivamente difficile dare una risposta univoca alla domanda “Di chi è il simbolo del MoVimento 5 Stelle?”. Come *segno d'identificazione* il fregio sembra appartenere (nelle sue diverse versioni) tanto all'associazione costituita nel 2012, quanto a quella fondata nel 2017 ed evoluta in quella oggi operante (ma quest'ultima gode di un ulteriore riconoscimento con riferimento alle *norme di “diritto dei partiti”*). Le stesse associazioni risultano titolari di un *marchio* (europeo per il M5S-2, italiano per il M5S-3) il cui contenuto è peraltro pressoché identico al marchio registrato – a livello europeo nel 2008 e in Italia nel 2012 – da Beppe Grillo (con inevitabili interrogativi circa il requisito della novità) e con accordi preesistenti di concessione, secondo quanto illustrato in precedenza. Come *contrassegno elettorale*, infine, il fregio è stato usato - con varianti – dal M5S-2 (tra il 2013 e il 2017) e dal M5S-3 (dal 2018): entrambi i soggetti sono stati rappresentati in Parlamento con i rispettivi emblemi, ma il M5S-3 sembra godere di una posizione più favorevole, sulla base della sua presenza attuale alla Camera e al Senato.

⁴³ La stessa scrittura privata, però, salva gli effetti «della manleva 2018». Già in vista delle elezioni politiche di quell'anno, in effetti, sarebbe stato stipulato un accordo analogo: cfr. E. BUZZI, *Polvere di Stelle. Storia segreta del Movimento da Beppe Grillo alla scissione*, Solferino, Milano, 2022, cap. IX.

⁴⁴ Si pensi agli effetti – potenzialmente simili, se non superiori, a quelli dell'ordinanza che nel 2021 sospese l'approvazione del nuovo statuto e della scelta di Giuseppe Conte come presidente – di un'eventuale decisione di un giudice civile che inibisse in sede cautelare l'uso del nome o del fregio all'associazione ora presieduta dallo stesso Conte.

La delicatezza e la complessità pare essere caratteristica di ogni conflitto politico fatto valere in forma giuridica (anche quando riguarda, per esempio, il rispetto delle norme statutarie o regolamentari interne a un partito⁴⁵); il quadro inevitabilmente finisce per complicarsi vista la confusione dei piani che si è appena ricordata. Da quell'intreccio in effetti risulta un certo favore per il M5S-3, ma questo non è in grado di evitare la sensazione che appaia "ingiusto" non dare rilievo ai precedenti atti di concessione del simbolo da parte del M5S-2 (presieduto da Grillo) e negare la possibilità di revocare tali concessioni a seguito del venire meno dell'affinità tra le associazioni che le aveva motivate⁴⁶.

In condizioni simili, dunque, un eventuale ulteriore conflitto che passasse attraverso le carte bollate e le aule di tribunale – al di là delle convinzioni delle parti in gioco circa le proprie ragioni – non contribuirebbe di certo a rasserenare il clima, tanto all'interno della comunità politica di riferimento, quanto nel panorama politico generale: se si aprisse un contenzioso (dall'esito mai del tutto prevedibile, come la prassi insegna), infatti, nei potenziali interlocutori potrebbero sorgere dubbi circa la legittimazione – non solo giuridica – dei vertici del M5S, con immaginabili conseguenze sul "potere contrattuale" di quella forza politica e, dunque, anche sulla possibilità di questa di portare avanti le proprie istanze. Se, dunque, per il futuro potrebbe essere utile cercare di limitare il più possibile le confusioni tra i piani interessati da questa vicenda (evitando, in particolare, la registrazione dei simboli politico-partitici come marchio, fenomeno alla base di non pochi equivoci), nel caso di specie sarebbe auspicabile un accordo tra le parti potenzialmente in conflitto, condividendo una soluzione che non annulli in gran parte le ragioni altrui; condizione necessaria, peraltro, sarebbe la trasparenza di quell'accordo, per evitare ulteriori motivi di tensione o sospetto in un ambito nevralgico come il gioco democratico.

⁴⁵ Al di là dei casi già visti delle trasformazioni del Pci e del Msi-Dn, si pensi a tanti altri casi di conflitto interno ai partiti, a partire da quello – noto e doloroso – che colpì nel 1995 il Ppi (cfr. almeno M. PIAZZA, "Rocco e i suoi ex-fratelli": la democrazia interna al Partito popolare italiano fra autonomia ed eteronomia, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 1136-1159).

⁴⁶ Ciò pur considerando in linea di principio giusto che «il simbolo di un partito [appartenga] non ad un soggetto ma alla comunità politica che in esso si riconosce», a prescindere da ogni eventuale diritto su un marchio analogo (così si è espresso S. CURRERI in E. PATTA, *M5S, Grillo va alla guerra del simbolo (e su Conte leader)*, in *il Sole 24 Ore*, 3 dicembre 2024, p. 11); resta vero però che (oltre al fatto che ad agire a tutela dei diritti sul simbolo è il soggetto giuridico e non la comunità politica, anche nell'ipotesi in cui gran parte degli iscritti e dei sostenitori dovessero abbandonare il partito), se si riconosce spazio alla registrazione di un simbolo come marchio, è difficile poi non dare a questa qualche valore (non necessariamente limitato allo sfruttamento per il *merchandising*).

Il nodo dei «vitalizi» tra fonti del diritto ed autodichia parlamentare*

MARCO MELPIGNANO

SOMMARIO: 1. Premessa: il vitalizio parlamentare al crocevia tra opportunità politica e fondamenti costituzionali. – 2. La peculiare evoluzione dell'istituto dei vitalizi ed i recenti arresti giurisprudenziali. – 3. La collocazione dei vitalizi nel sistema delle fonti e nel complesso binomio autonomia normativa - autodichia. – 4. La riferibilità degli assegni vitalizi all'autodichia parlamentare: uno sguardo alla recente giurisprudenza della Cassazione. – 5. Conclusioni. Per una «seconda giovinezza» dell'autodichia parlamentare.

1. La scelta di analizzare un tema politicamente controverso e dal notevole impatto mediatico¹ muove dall'esigenza di dimostrare che esso trascenda la recente - e forse già archiviata - stagione della critica antipolitica e rappresenti invece «un problema storico del diritto costituzionale italiano»².

La disciplina del trattamento di fine mandato per gli ex parlamentari si intreccia con la morfologia della rappresentanza politica nazionale e, specificatamente, con la sua progressiva evoluzione in senso democratico: l'introduzione del suffragio universale e la progressiva espansione dei pubblici poteri in settori prima occupati dal diritto privato hanno «conferito all'esercizio del mandato parlamentare il carattere di una vera e propria funzione costituzionale da parte del mandatario che è titolare della sovranità»³.

Può constatarsi, dunque, la sussistenza di una relazione biunivoca tra indennità parlamentare - intesa in senso ampio e comprensiva del trattamento *post* mandato – e la rinnovata dimensione di rappresentanza politica pluriclasse affermatasi nei primi decenni dello scorso secolo, sintomo del superamento della concezione di stampo liberale.

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ A. SANDULLI, *L'autodichia degli organi costituzionali e la legge di Hume*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2024, p. 183.

² E. GIANFRANCESCO, *Il trattamento economico post-mandato dei membri di assemblee legislative: fondamento costituzionale, fonti di disciplina e strumenti di tutela*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, p. 1214.

³ S. FURLANI, *Pensione parlamentare*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XII, Utet, Torino, 1965, pp. 925 ss.

Tale contrapposizione si coglie ancor meglio se rapportata all'art. 50 dello Statuto Albertino, che invece rispecchiava una visione elitaria di rappresentanza e statuiva il principio della gratuità del mandato negando il diritto a qualsiasi retribuzione o indennità.

La disposizione statutaria, da un lato, pareva voler scindere il piano retributivo da quello indennitario, dall'altro, mediante la suggestiva interpretazione «*negatif et non prohibitif*»⁴, apriva alla possibilità di servirsi del carattere flessibile⁵ della Carta per informarsi pedissequamente allo sviluppo della rappresentanza politica moderna: tale adeguamento veniva recepito con la previsione - ad opera dell' art. 11 della l. n. 365 del 1912⁶ - della corresponsione ai deputati di somme a titolo di «compenso a spese di corrispondenza» e «compenso di altri titoli», tentando così di supplire alla mancanza di alternative produzioni di reddito di chi decideva di impegnarsi professionalmente nell'istituzione parlamentare.

Infine, l'avvento della forma Repubblicana e della Costituzione del 1948, in cui all'art. 69 veniva codificato il principio di non gratuità del mandato parlamentare e la conseguente attribuzione ai parlamentari di un'indennità stabilita con legge, comportava un significativo cambio di paradigma rispetto all'esperienza statutaria, sintetizzato efficacemente dalla formula «discontinuità formale ed evoluzione sostanziale»⁷.

Come parte della dottrina ha tenuto ad evidenziare⁸, all'interno della nuova cornice costituzionale, il trattamento di fine mandato doveva iscriversi nel più ampio concetto di indennità parlamentare divenendo anch'esso un elemento costituzionalmente necessario del mandato⁹ e l'estrinsecazione di un «elementare principio di democrazia»¹⁰: la corresponsione dell'assegno vitalizio rispondeva, infatti, «alla medesima *ratio* di sterilizzazione degli impedimenti economici all'accesso alle cariche di rappresentanza democratica del Paese e di garanzia dell'attribuzione ai parlamentari (...) di un trattamento economico adeguato ad assicurarne l'indipendenza»¹¹.

⁴ F. MUSSO, *Il dibattito parlamentare sull'indennità di carica ai Deputati* (1848-1912), in *Il Politico*, 2000, pp. 285 ss.

⁵ E. GIANFRANCESCO, *Il trattamento economico post-mandato dei membri di assemblee legislative*, cit., p. 1215.

⁶ Per un esaustivo inquadramento storico cfr. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia*, Laterza, Bari-Roma, 2002, pp. 303 ss.

⁷ A. GIGLIOTTI, *Costituzione e natura giuridica delle indennità e dei vitalizi dei parlamentari*, in *Rass. parl.* 2019, p. 419.

⁸ U. ZAMPETTI, *Art. 69*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione- Le Camere*, Tomo II (art. 64-69), Zanichelli- Il Foro It. Ed. Bologna-Roma, 1986, p. 241.

⁹ S. TABACCHI, *Indennità parlamentari*, in *Rass. parl.*, n. 2/2008, p. 451.

¹⁰ Interveneva in questi termini l'On. Fabbri nella Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, seduta del 20 settembre 1946.

¹¹ L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 99.

Alla luce di quanto detto, non paiono persistere ancora dubbi sull'opportunità di definire i cosiddetti «vitalizi» come «proiezione economica dell'indennità parlamentare»¹² volta al sostegno dell'ex parlamentare per la parentesi di vita successiva allo svolgimento del mandato e ad evitare «il rischio che lo svolgimento del *munus* parlamentare (...) possa rimanere sprovvisto di adeguata protezione previdenziale»¹³.

Orbene, l'inserimento di un trattamento di quiescenza recepiva l'esigenza di rimediare a questa intrinseca precarietà ed instabilità e di dar forma, così, alle norme contenute nei commi 1 e 3 dell'art. 51 Cost., attuazione del principio di eguaglianza sostanziale sancito all'art. 3 comma 2 Cost.

2. Prima di concentrare l'analisi sul rapporto tra vitalizi ed autodichia, pare opportuno e doveroso occuparsi succintamente della natura giuridica dei vitalizi e della metamorfosi subita nel corso degli anni, connotata da un graduale spostamento da un modello assicurativo ad uno previdenziale, «se non pensionistico vero e proprio»¹⁴.

Difatti, se al momento della loro introduzione (nel 1954 per i senatori e nel 1956 per i deputati) e dell'istituzione dell'unica Cassa di previdenza per i parlamentari nel 1960 (sino a quel momento divise), i vitalizi presentavano caratteri di mutualità, negli anni immediatamente successivi, come dimostrato dall'adozione dei regolamenti previdenziali degli Uffici di Presidenza di Camera e Senato del 1968, si assisteva ad una progressiva trasformazione in una forma di previdenza obbligatoria di carattere pubblicistico.

La Corte costituzionale, dal canto suo, nella celebre sent. n. 289/1994 ripilogava i tratti salienti dell'evoluzione dei vitalizi, rilevando come si fosse gradualmente configurato un modello ibrido che condensava «in parte aspetti riconducibili al modello pensionistico e, in parte, profili tipici del regime delle assicurazioni private»¹⁵.

Nel 2012¹⁶ interveniva poi la più radicale svolta normativa¹⁷ con il passaggio dall'assegno vitalizio alla pensione parlamentare e dal sistema di calcolo retributivo a

¹² *Ibid.*

¹³ Corte cost., 28 novembre 2022, n. 237, par. 5.2.4 del considerato in diritto.

¹⁴ E. GIANFRANCESCO, *Il Trattamento economico post-mandato dei membri di assemblee legislative*, cit., p. 1219.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ La Camera dei Deputati, il 30 gennaio 2012, ha approvato il «Regolamento per il trattamento previdenziale dei deputati», mentre il Senato della Repubblica, il giorno successivo, ha approvato, a sua volta, il «regolamento delle pensioni dei senatori».

¹⁷ In questo senso M. LUCIANI, *Testo dell'audizione resa il 26 settembre 2017 innanzi alla*

quello contributivo¹⁸, sulla falsariga del modello dei dipendenti pubblici; contestualmente, si modificavano i requisiti di accesso al trattamento post mandato tanto sul versante anagrafico quanto su quello della durata del mandato¹⁹.

È sulla scia di dette modifiche che, sulla fine della XVIII legislatura, si sono innestate le due delibere parallele delle Camere (rispettivamente n. 14 del 2018 della Camera e n. 6 del 2018 del Senato), le quali hanno rideterminato retroattivamente secondo il metodo contributivo tutti i trattamenti pensionistici sorti e maturati prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina e che erano già stati integralmente computati su base retributiva²⁰.

Tali controverse decisioni, risultato «dell'idiosincrasia diffusa nei confronti dei cosiddetti privilegi della politica»²¹, a causa del loro carattere retroattivo producevano un notevole contenzioso, nonostante paressero *prima facie* legittime.

Infatti, la Corte costituzionale aveva sostenuto che non fosse «interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modificchino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale»²² e il Consiglio di Stato, sollecitato ad esprimersi sul punto, aveva richiesto che l'eventuale nuova disciplina «non pregiudicasse in modo irragionevole la situazione oggetto dell'intervento e sussistesse una causa normativa adeguata e giustificata da un'inderogabile interesse di intervenire o da un pubblico interesse generale»²³.

Tali deliberazioni, come la Corte costituzionale ha poi sottolineato nella significativa sent. n. 237/2022, mutuavano alcuni contenuti della proposta di legge parlamentare A.C. 3225²⁴ («proposta Richetti») del 2015 approvata nella precedente

Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, nel corso dell'esame del disegno di legge n. 2888 e connessi, in Osservatorio Costituzionale, fasc. 3/2017, p. 2.

¹⁸ Cfr. riunioni degli Uffici di Presidenza di Camera e Senato del 14 dicembre 2011.

¹⁹ Cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milano, 2013, 265. In particolare, si stabiliva che tale trattamento spettasse ai parlamentari cessati dal mandato che avessero compiuto i 65 anni, con l'abbreviazione del requisito anagrafico di un anno per ogni anno di mandato superiore ai cinque, con il limite dei sessanta anni di età.

²⁰ A. GIGLIOTTI, *Ricalcolo dei vitalizi e autodichia: anche i parlamentari hanno diritto ad un giudice, in lacostituzione.info*, stima un «risparmio» di 45 milioni alla Camera e 22 al Senato all'anno in conseguenza delle delibere del 2018.

²¹ G. VASINO, *Alcune riflessioni sulla «riforma» dei vitalizi parlamentari tra vecchie questioni e nuove criticità, in forumcostituzionale.it*, 17 settembre 2018, p. 9.

²² Corte cost., 17 dicembre 1985, n. 349, par. 5 del considerato in diritto; nel medesimo senso si veda E. GIANFRANCESCO, *La fine della XVI legislatura e la questione dei vitalizi parlamentari, in Quaderni Costituzionali* 4/2017, p. 888.

²³ Cfr. parere del Consiglio di Stato del 26 luglio 2018.

²⁴ Cfr. A.C. 3225 Richetti ed altri recante «Disposizioni in materia di abolizione dei vitalizi e nuova disciplina dei trattamenti pensionistici dei membri del Parlamento e dei consiglieri regionali».

legislatura in un ramo del Parlamento, palesando una precisa volontà politica che, però, veniva ben presto rimessa in discussione dagli organi di autodichia.

Infatti, alla base della citata sentenza della Corte costituzionale, vi era stata la decisione del Consiglio di Garanzia del Senato - organo interno con funzioni giurisdizionali²⁵ ma pur sempre «giudice politico»²⁶ - che aveva giudicato sull'illegittimità del ricalcolo contributivo e, nella veste di giudice *a quo*²⁷, aveva adito la Corte Costituzionale sulla sindacabilità dei regolamenti minori: questi, secondo il Consiglio, quando idonei ad incidere sui diritti dei privati e privi di valore organizzativo, avrebbero dovuto assurgere ad atti aventi forza di legge.

Nello specifico, il Consiglio di Garanzia aveva accolto parzialmente il ricorso presentato avverso la pronuncia n. 660 della Commissione contenziosa e aveva censurato la disposizione del comma 2 dell'art. 1 della delibera n. 6 del 2018 del Consiglio di Presidenza del Senato, nella parte in cui postulava che il coefficiente retributivo di trasformazione da moltiplicarsi al montante contributivo individuale si riferisse all'età alla «data di decorrenza dell'assegno vitalizio o del trattamento previdenziale *pro rata*», anziché all'«età anagrafica posseduta dal percettore alla data di entrata in vigore della presente deliberazione»²⁸; l'assenza del riferimento anagrafico, secondo il Consiglio di garanzia, implicava un «annullamento integrale di fatto in assenza di interventi tempestivi del Consiglio di Presidenza» e, contestualmente, ordinava all'Amministrazione del Senato il ricalcolo di ciascun trattamento.

Per il supremo organo di autodichia - in sintonia anche con il coevo cambio di orientamento dell'Ufficio di Presidenza della Camera²⁹ - le delibere del 2018 adottavano un criterio «irrazionale», tale da apparire un grossolano errore matematico: difatti, sebbene l'intento di modificare in modo permanente i vitalizi *ante* 2012 fosse di per sé legittimo, nel concreto, difettava del corretto bilanciamento con la tutela dell'affidamento alla percezione dell'assegno mensile, anche se formatosi su somme esorbitanti la natura indennitaria e previdenziale dei vitalizi³⁰.

²⁵ A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, Franco Angeli, Milano, 2024, p. 64.

²⁶ A. SANDULLI, *L'insostenibile leggerezza dell'autodichia degli organi costituzionali* in *Diritto costituzionale*, n.3, 2018, p. 93. Il Consiglio di garanzia è formato da 5 senatori (esperti in materie giuridiche, amministrative e del lavoro) nominati ad inizio legislatura dal Presidente del Senato, sentito il Consiglio di Presidenza.

²⁷ Dopo Corte cost., 12 ottobre 2017, n. 213, vero spartiacque in materia, non residua più alcun dubbio sulla possibilità per gli organi di autodichia di sollevare questione di costituzionalità dinanzi alla Corte Costituzionale.

²⁸ V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 279.

²⁹ Cfr. deliberazione dell'Ufficio di Presidenza n. 150 del 3 marzo 2022; come noto, l'Amministrazione della Camera ha proceduto a liquidare le differenze dovute.

³⁰ E.M. PLATANIA, *Vitalizi traditi. La modifica del trattamento previdenziale dei parlamentari, in federalismi.it*, n.27/2023, p. 98.

Il Consiglio di Garanzia, al fine di evitare un pericoloso *vacuum normativo*, tratteggiava una disciplina provvisoria non sottraendosi al «dovere di individuare nell'ordinamento un'eventuale e provvisoria soluzione plausibile (...), salvo ogni potere del Consiglio di Presidenza di intervenire» e disponeva il ricalcolo da parte dell'Amministrazione del Senato di ciascun trattamento sulla base dei criteri anagrafici riferiti al 1° gennaio 2019.

Vista la delicatezza della materia, il Consiglio, al fine di «acquisire una maggiore contezza sulla cornice costituzionale di riferimento»³¹, rinviava la decisione in ordine alla eventuale corresponsione delle somme arretrate all'esito della sentenza della Corte Costituzionale la quale, però, nella sent. 237/2022 dichiarava inammissibili le questioni dedotte, precisando che queste dovessero essere decise dagli organi di autodichia.

Il Consiglio, tornato ad esaminare la vicenda, nella decisione n. 268 del 2023 rilevava che «non potesse in alcun modo giustificarsi il mancato pagamento degli arretrati», anche sulla scorta delle prime delibere dell'Ufficio di Presidenza della Camera³² con cui si erano iniziati a liquidare gli arretrati spettanti ai singoli deputati, calcolati sulla differenza tra le somme che sarebbero spettate con l'ulteriore meccanismo di calcolo indicato dal giudice e le somme effettivamente percepite dal 2019.

Il 5 luglio 2023, con sentenza n. 272, il Consiglio di Presidenza del Senato chiudeva (per il momento) questa travagliata vicenda prendendo finalmente posizione sull'ultima questione rimasta pendente, ovvero la natura temporanea dalla delibera del 2018 e sanciva che questa, a partire dal 13 ottobre del 2022 - data di inizio della XIX legislatura - dovesse considerarsi interamente annullata.

A questa decisione, logicamente, si accompagnavano due corollari di assoluta importanza: in *primis*, veniva confermato, per il periodo compreso tra il 1° gennaio 2019 ed il 12 ottobre 2022, il calcolo provvisorio di trattamento previdenziale proposto nella precedente sent. n. 253/2022 e la conseguenziale restituzione agli aventi diritto delle maggiori somme trattenute; in *secundis*, a decorrere dal 13 ottobre 2022, si ripristinava il criterio di calcolo degli assegni così come corrisposti prima del taglio.

È bene sottolineare come solo pochi giorni prima di questa ultima pronuncia della giurisprudenza domestica, la Corte Costituzionale (sentenza n. 126/2023), sulle orme della sent. 237/2022, fosse tornata nuovamente sulla funzione di «esplicazione della tutela espressa ai sensi dell'art. 38 Cost.» dell'assegno vitalizio, riconoscendone allo stesso tempo il lungo processo evolutivo che lo ha

³¹ Cfr. decisione 253 del 2022 del Consiglio di garanzia del Senato.

³² Si veda, ad esempio, deliberazione dell'Ufficio di Presidenza n. 150 del 2023, applicativa della sent. 4 del 2021 del Consiglio di Giurisdizione della Camera.

interessato, visto che almeno «in origine non potevano essere assimilati a trattamenti pensionistici in senso stretto».

In conclusione, la circostanza che il regime giuridico dei vitalizi risulti riscritto per buona parte dalla giurisprudenza domestica e costituzionale rende evidente l'opportunità - corroborata anche dalla Corte Costituzionale³³ - di una legge che ne tracci una disciplina omogenea³⁴, dimostrando che il dialogo tra legislatore e giudice delle leggi da «metafora» possa concretamente tramutarsi in «realtà»³⁵.

3. Esaurita questa doverosa ricostruzione, deve ora volgersi l'attenzione alla questione dell'inquadramento dei vitalizi nel sistema delle fonti, prodromica ad una corretta disamina della singolare relazione fra vitalizi ed autodichia.

Preliminarmente, deve registrarsi, almeno sinora, una chiara e netta partizione di competenze fra la disciplina dell'indennità, riservata alla legge ai sensi dell'art. 69 Cost., e quella del trattamento previdenziale, demandata ai regolamenti parlamentari c.d. «minori» adottati, a seconda dei casi, dal Consiglio o dall'Ufficio di Presidenza.

Questi, al pari dei regolamenti principali, sono espressione dell'autonomia normativa delle Camere e consentono di «adempiere liberamente, e in modo efficiente, alle proprie funzioni costituzionali»³⁶; pertanto, il «nesso biunivoco»³⁷ tra autonomia normativa e autodichia, con la conseguente sottrazione dei regolamenti alla giurisdizione comune, rappresenta un «riflesso»³⁸ della loro autonomia.

³³ Corte cost., 28 novembre 2022, n. 237, par. 5.2.4 considerato in diritto nella parte in cui afferma che «la opzione legislativa (...) assicurerebbe un'auspicabile omogeneità della disciplina concernente lo *status* di parlamentare».

³⁴ Sul rapporto bidirezionale fra Corte costituzionale e Parlamento cfr. da ultimo L. BARTOLUCCI, *L'inerzia del Parlamento e quella della Corte in alcuni ambiti dell'indirizzo politico costituzionale*, in www.federalismi.it 26/2024, pp. 61 ss. Secondo l'A., è l'essenza stessa della nostra forma di governo, fondata su un continuo confronto tra Corte e Parlamento, a rendere anche quest'ultimo partecipe del c.d. indirizzo politico costituzionale. Ancora, l'A. rileva come «dalla risalente concezione della Corte come quale legislatore negativo, si è passati (...) ad un legislatore che si trova spesso ad essere spesso (...) stimolato dalle decisioni della Corte. Sulla teoria dell'indirizzo politico costituzionale, poc'anzi menzionata, P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 308.

³⁵ Così G. RIZZONI, *Il seguito in Parlamento delle sentenze della Corte Costituzionale. Tendenze recenti e prospettive evolutive*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 4/2023, p. 859. L'A. individua molteplici strategie di implementazione dei canali di comunicazione tra Parlamento e Corte Costituzionale fra cui l'attivazione più sistematica delle procedure previste dai regolamenti parlamentari per il seguito delle sentenze della Corte Costituzionale e, in particolare, l'esame congiunto delle pronunce con le iniziative assegnate in sede referente e la già sperimentata istituzione di comitati per l'esame della giurisprudenza costituzionale in seno alle Commissioni Affari Costituzionali.

³⁶ Corte cost., 13 dicembre 2017, n. 262, par. 7.2 del considerato in diritto.

³⁷ A. Lo CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.1/2020, p. 145.

Nell'ultima pronuncia giurisprudenziale (sent. n. 65 del 2024 Corte cost.), il binomio autonomia normativa-autodichia ha mostrato però confini piuttosto elastici ed è stata reinterpretata come «criterio di massima»³⁹, con l'effetto che gli organi costituzionali possono esercitare la propria autonomia normativa senza che agli stessi spetti poi alcun potere di autodichia, come nel caso dell'affidamento di appalti pubblici⁴⁰; pertanto, il parallelismo tra autonomia normativa e applicativa non viene più ritenuto «connaturato» alla costituzionalità dell'organo⁴¹.

In tema di vitalizi, come noto, sul tramonto della XVII legislatura veniva approvata in prima lettura alla Camera la già menzionata proposta di legge Richetti che, modificando l'art. 1 della l. 1261 del 1965, prevedeva che l'indennità fosse costituita non solo da quote mensili comprensive del rimborso spese di segreteria e di rappresentanza, ma anche da un trattamento previdenziale imperniato sul sistema contributivo vigente per i dipendenti delle amministrazioni statali.

Questo progetto di legge, poi non approvato in via definitiva a causa della fine della legislatura, ha comunque avuto il merito di riportare al centro del dibattito dottrinale il nodo irrisolto della fonte regolatrice dei vitalizi.

Difatti, come ha accuratamente ricordato il Consiglio di Stato nel parere n. 2016 del 2018, reso in risposta alla richiesta del Consiglio di Garanzia del Senato, la dottrina costituzionalistica è divisa al punto tale da potersi enucleare almeno cinque diverse posizioni.

La prima⁴², partendo da un'interpretazione ampia di indennità, ricomprende il trattamento di quiescenza all'interno della riserva di legge relativa di cui all'art. 69, affidando al regolamento parlamentare un circoscritto ruolo di esecuzione o, al più di integrazione, in un'ottica «necessariamente cumulativa delle fonti»⁴³.

³⁸ Corte cost., 13 dicembre 2017, n. 262, par. 7.2 del considerato in diritto. In questo senso anche L. CASTELLI, *L'autodichia degli organi costituzionali*, Torino, 2019, p. 210 che, in proposito, ha efficacemente utilizzato il brocardo «ubi autonomia, ibi autodichia».

³⁹ Sul punto cfr. F. DALLA BALLA, *Un tagliando all'autodichia. Prime note a margine di Corte cost., sentenza n. 65 del 2024*, in *Osservatorio Aic* 4/2024, p. 356. L' A. osserva che l'espressione utilizzata dalla Corte indichi una «prevalenza statistica» della corrispondenza tra autonomia normativa e autodichia, ben potendo «sussistere dunque materie disciplinate dal diritto parlamentare affidate all'interpretazione del giudice comune».

⁴⁰ Corte cost. 19 aprile del 2024, n. 65, par. 4.4 del considerato in diritto. Sul punto, tuttavia, come rileva L. CIAURRO, *Autodichia ultimo atto*, in *Rassegna Parlamentare*, n.2/2024, p. 238, la Commissione contenziosa del Senato «era già da tempo pervenuta alle stesse conclusioni della Corte costituzionale con la pronuncia n. 673 del 6 settembre 2021 (quindi oltre due anni prima), seppur con motivazioni più stringate».

⁴¹ L. CIAURRO, *Autodichia ultimo atto*, cit., p. 269.

⁴² G. CONTINI, voce *Indennità parlamentare*, in *Enc. dir.*, vol 21, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 106-125.

⁴³ Cons. Stato, commissione speciale, 26 luglio 2018, n. 2016, par. 2.2.

La seconda, invece, in un'ottica diametralmente opposta, sposa la tesi della riserva di regolamento e considera l'approvazione di una legge sull'argomento un *vulnus* all'autonomia decisionale delle Camere e, addirittura, un errore di forma, sull'assunto che «non sia idoneo il ricorso ad una legge ordinaria per modificare l'istituto degli assegni vitalizi, introdotto e successivamente modificato mediante regolamenti parlamentari»⁴⁴.

Secondo questa visione «funzionalistica» dell'art. 64, le norme regolamentari, anche quelle c.d. «minori», in quanto svolgimento della Costituzione, «prendono nel loro ambito, il posto della legge»⁴⁵: i regolamenti parlamentari minori, infatti, possiederebbero una vera e propria «vocazione»⁴⁶ per regolare «la sfera più intima e più delicata dell'autonomia parlamentare»⁴⁷, in cui rientrano i vitalizi.

Vi sono poi due tesi che potrebbero definirsi intermedie, che si esauriscono nella mera preferenza dei regolamenti parlamentari o delle leggi.

Quanto alla prima, occorre rifarsi alla nozione di «fonti costituzionalmente preferite» proposta da Livio Paladin, per cui vi sarebbe per i vitalizi una preferenza e non una vera e propria riserva per l'utilizzo della fonte regolamentare, che invece sussisterebbe solo per la disciplina del procedimento legislativo⁴⁸, in virtù del rinvio esplicito disposto dall'art. 72 Cost.⁴⁹.

Sulla speculare seconda tesi intermedia della preferenza della legge, al contrario, si è convincentemente argomentato che «il carattere accessorio delle prestazioni pensionistiche (...) al reddito-corrispettivo per l'attività parlamentare fa cadere la relativa disciplina nell'ambito legislativo competente a disciplinare l'indennità»⁵⁰ e che, quindi, «la norma generale è il presupposto per applicare a tutti i parlamentari il medesimo trattamento economico sia durante lo svolgimento del mandato sia dopo la cessazione dello stato di parlamentare»⁵¹. Si è parlato, a

⁴⁴ G. TESAURO, *Audizione informale dinanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari Costituzionali del Senato- 26 settembre 2017- in relazione all'esame dei progetti di legge n.2888 e connessi*, reperibile sul sito del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti dalla commissione, 1.

⁴⁵ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 31.

⁴⁶ L. CASTELLI, *L'autodichia degli organi costituzionali. Assetti, revisioni, evoluzioni*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 22.

⁴⁷ N. LUPO, *La disciplina dei vitalizi e della previdenza dei parlamentari: alcuni nodi relativi alle fonti del diritto*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2017, p. 4.

⁴⁸ Per la distinzione ivi delineata si veda L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 96 ss.

⁴⁹ N. LUPO, *La disciplina dei vitalizi e della previdenza dei parlamentari*, cit., p. 3.

⁵⁰ A. MORRONE, *Audizione alla I Commissione del Senato della Repubblica sulla proposta di legge in materia di «Abolizione dei vitalizi e nuova disciplina dei trattamenti pensionistici dei membri del Parlamento e dei consiglieri regionali»*, in *Osservatorio Aic*, 2017, n.3, p. 2.

⁵¹ *Ibid.*

proposito, di cedevolezza della norma parlamentare rispetto alla legge e, dunque, l'ambito di intervento della potestà regolamentare dipenderebbe dalla presenza della legge e dagli eventuali limiti in essa fissati, in linea con l'evocativa immagine dell'«intarsio» tra le fonti⁵² proposta dalla migliore dottrina.

L'accoglimento di quest'ultima tesi intermedia produrrebbe un duplice effetto: da un lato, escluderebbe la sussistenza di una riserva di legge per l'indennità e una di regolamento per i vitalizi⁵³, in accordo con la «sempre minore significanza» che «la separatezza tra legge e regolamento»⁵⁴ assume nel diritto parlamentare; dall'altro, eviterebbe le possibili antinomie che potrebbero derivare dall'accettazione della quinta ed ultima tesi, che postula invece la libera concorrenza aperta tra legge e regolamenti parlamentari.

Con precipuo riguardo a quest'ultima - che pare condivisa dallo stesso Consiglio di Stato - a fronte del silenzio della Carta costituzionale, si riconoscerebbe massima autonomia alle Camere nella scelta della fonte ritenuta più appropriata che, in prospettiva, potrebbe essere la legge, ma sinora è coincisa con i regolamenti.

Trattasi, quindi, di una diversa fisionomia di «intarsio» nella piena disponibilità e discrezionalità delle Camere, conseguenza del loro potere di «auto-vincolarsi» scegliendo discrezionalmente la fonte che esse ritengono più adatta⁵⁵.

L'«opzione integrale» per il regolamento interno, in questa accezione, non deve essere intesa come preclusiva di una possibile futura concorrenza cumulativa tra fonti⁵⁶, ma, esclusivamente, come sufficiente a regolamentare la disciplina dei trattamenti di quiescenza dei parlamentari.

La Corte costituzionale, nella citata sent. 237/2022, dal canto suo, sembra aver aderito alla tesi della preferibilità costituzionale della legge⁵⁷ e ha auspicato un intervento del legislatore con fonte legislativa, prendendo le mosse dalla disciplina vigente per le indennità *ex art.* 69 Cost.

Nel complesso, in questa significativa pronuncia, la Corte ha ridisegnato il dualismo fra legge ordinaria e regolamenti parlamentari minori in termini di

⁵² Si veda al riguardo A. MANZELLA, *Art 64*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*- Le Camere, Tomo II (art. 64-69), Zanichelli- Il Foro It. Ed. Bologna-Roma, 1986 pp. 1-61; più recentemente si veda LUPO, *La disciplina dei vitalizi e della previdenza dei parlamentari: alcuni nodi relativi alle fonti del diritto*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2017, pp. 1-13.

⁵³ Cons. Stato, commissione speciale, 26 luglio 2018, n. 2016, par. 3.

⁵⁴ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 32.

⁵⁵ Cfr. dossier dell' A.S. 2888 reperibile qui: <https://www.parlamento.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01043952.pdf>.

⁵⁶ Sul modello delle indennità, in cui la legge n. 1261 del 1965 tratteggia i termini generali ed i criteri di calcolo dei trattamenti, demandando ai regolamenti la concreta quantificazione.

⁵⁷ N. LUPO, *Una sentenza che fa chiarezza sulle fonti del diritto in tema di vitalizi-pensioni dei parlamentari e che richiama gli organi di autodichia del Senato alle loro responsabilità*, cit., p. 10.

«compartimenti» interscambiabili e non stagni, demandando alla «discrezionalità del Parlamento la scelta della fonte più congeniale alla materia da trattare»⁵⁸.

Nella sua decisione la Corte ha valorizzato la funzione sociale del trattamento di quiescenza, quale elemento costituzionalmente necessario, funzionale ad abbattere le barriere di accesso alle funzioni pubbliche (*ex. art. 51 Cost*) e meritevole di scongiurare «il rischio che lo svolgimento del *munus* parlamentare (...) possa rimanere sprovvisto di adeguata copertura e protezione previdenziale»⁵⁹.

A partire da queste considerazioni, la Corte ha caldeggiato la soluzione legislativa poiché «garantirebbe in più la scrutinabilità dell'atto normativo dinanzi a questa Corte e assicurerebbe un'auspicabile omogeneità della disciplina concernente lo *status* dei parlamentari»⁶⁰.

Sul primo punto, infatti, si ovierebbe in tal modo alla complessa sindacabilità indiretta dei regolamenti parlamentari in sede di conflitto di attribuzione⁶¹ e, coerentemente con quanto già avviene per le indennità in virtù della riserva di legge dell'art. 69 Cost., l'adozione di una previsione legislativa garantirebbe la sindacabilità di un altro elemento fondante dello *status* del parlamentare⁶², che fuoriuscirebbe così dall'«enclave» dell'autodichia.

Quanto alla seconda questione, lo strumento legislativo assolverebbe all'esigenza di assicurare una regolamentazione omogenea dei vitalizi che, seppure non imposta, si avvicinerebbe agli orizzonti sistematici di uniformità tracciati dalle sentenze della Corte Costituzionale nn. 1/2014 e 35/2017.

Ancora, la regolamentazione legislativa dei vitalizi consentirebbe anche l'esercizio del vaglio preventivo di costituzionalità da parte del Presidente della Repubblica ed il connesso esercizio del potere di rinvio *ex art. 74 Cost.*⁶³, una più penetrante verifica della loro «sostenibilità» economica (*ex. artt. 81 e 97 Cost.*) e l'effettivo «rispetto dei diritti individuali garantiti a livello euro-unitario e tra questi (...) la necessaria soddisfazione di un'esigenza previdenziale insita nell'evoluzione normativa ripercorsa dalla sentenza»⁶⁴.

Infatti, i regolamenti minori «rinvengono ugualmente legittimazione» nei c.d. «regolamenti maggiori», di cui all'art. 64 Cost. e, al pari di questi, non possono

⁵⁸ Corte cost., 28 novembre 2022, n. 237, par. 5.2.3 del considerato in diritto.

⁵⁹ Corte cost., 28 novembre 2022, n. 237, par. 5.2.4 del considerato in diritto.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Cfr. F.T. GIUPPONI, *La Corte e la «sindacabilità indiretta dei regolamenti parlamentari»: il caso dell'autodichia*, in *forumcostituzionale.it*, 3 luglio 2014, pp. 1-4.

⁶² Così N. LUPO, *Una sentenza che fa chiarezza sulle fonti del diritto in tema di vitalizi-pensioni dei parlamentari e che richiama gli organi di autodichia del Senato alle loro responsabilità*, cit., p. 11.

⁶³ E. GIANFRANCESCO, «Vorrei ma non vorrei». *La Corte Costituzionale e l'autodichia sui vitalizi parlamentari* in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2022, p. 2700.

⁶⁴ *Ibid.*

ritenersi «estranei all'area di indipendenza» e quindi sindacabili: pertanto, anch'essi sfuggono al sindacato di legittimità della Corte costituzionale.

In più, la Corte ha giustamente affermato che dovevano ritenersi valide ed applicabili le valutazioni svolte nella sent. 120/2014, sicché l'insieme di regolamenti maggiori e minori formerebbe «un unico complesso tutto quanto dotato dell'efficacia di norme primarie», mentre il rapporto di reciproca subordinazione si realizzerebbe esclusivamente nei rapporti interni e infra-regolamentari⁶⁵.

Sulle orme di questa giurisprudenza costituzionale, un nuovo approdo sulle implicazioni sistematiche della disciplina regolamentare dei vitalizi si è avuto nella recente sentenza 126 del 2023 della Corte Costituzionale: qui, tale questione si è incrociata con la già menzionata natura previdenziale del trattamento economico *post* mandato.

Nel dettaglio, la Corte ha accolto le rimozioni della Camera dei Deputati, ricorrente in via di conflitto di attribuzione, che si doleva per la violazione dell'art. 64 Cost. da parte del Tribunale ordinario di Lecce nelle vesti di giudice dell'esecuzione, nella misura in cui aveva volutamente disapplicato la norma regolamentare che disponeva limitazioni alla pignorabilità degli assegni vitalizi.

La Corte ha constatato l'ingiustificata «mancata applicazione, nella procedura esecutiva riguardante un *ex* parlamentare, della sola norma, vigente *ratione temporis*, che prevede un limite di pignorabilità anche per i trattamenti vitalizi dei deputati, ossia dell'art. 15 del regolamento sugli assegni vitalizi che a tal fine rinvia all'art. 545 cod. proc. civ. (...)».

Dunque, secondo la Corte, i provvedimenti giudiziari, violativi della disposizione regolamentare, erano da ritenersi illegittimi poiché avevano menomato l'autonomia normativa di cui all'art. 64 Cost, «connotato essenziale ai fini del riconoscimento della posizione di "assoluta indipendenza del Parlamento" (sent. n. 231 del 1975) e dunque del "libero ed efficiente svolgimento delle funzioni dello stesso" (sent. n. 262 del 2017)».

La Corte concludeva, in punto di diritto, che la norma regolamentare non limitava la responsabilità patrimoniale del debitore (*ex* art. 2740 c.c.) e non comprimereva in alcun modo la posizione di terzi nel processo esecutivo, ma si era limitata a sancire il carattere previdenziale dei vitalizi richiamando l'art. 545 c.p.c. che esclude la pignorabilità di crediti di tal specie.

In definitiva, quest'ultimo approdo giurisprudenziale si mostra piuttosto deludente in chiave prospettica, se raffrontato con la sent. 237/2022, poiché

⁶⁵ Si veda *contra* G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, 1986, pp. 447 ss.

accenna solo a una «possibile disciplina di tali trattamenti (i vitalizi) da parte di legge», smussando i toni adoperati nella sentenza immediatamente precedente.

Per quanto appaia prematuro ed ingeneroso parlare di passo indietro o inversione di marcia della Corte e ipotizzare un *revirement* della teoria della prevalenza della concorrenza fra le fonti su quella della preferenza, tale pronuncia potrebbe invero rappresentare una battuta d'arresto all'approvazione di una legge, auspicata finanche dal foro di autodichia.

Difatti, non può dimenticarsi come sia stato lo stesso Consiglio di Garanzia del Senato nella sentenza 272/2023 - sebbene limitatamente alla disciplina dei trattamenti previdenziali ante 2012 - ad augurarsi un immediato intervento legislativo sull'argomento, al fine di evitare che «nessun parlamentare possa rischiare di subire liquidazioni inique» e riportare la legalità costituzionale nelle Camere⁶⁶.

4. L'intreccio fra vitalizi ed autodichia parlamentare - la cui problematicità è riemersa con il contenzioso scaturente delle due deliberazioni del 2018 poc'anzi analizzate - era stato poco prima affrontato e risolto dalle ordinanze «gemelle» nn. 18265 e 18266 del 2019 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno dichiarato l'inammissibilità di due regolamenti preventivi di giurisdizione promossi da ex parlamentari.

Nel caso di specie, la Cassazione si era pronunciata per l'inammissibilità sostenendo la carenza di interesse del ricorrente al regolamento preventivo di giurisdizione poiché concretamente «non si profila l'eventualità che l'organo di autodichia (...) possa non decidere la controversia e che quindi l'attività già svolta in quella sede dal ricorrente possa risultare inutile»⁶⁷, e, *in limine*, è ritornata sull'inquadramento giuridico dell'organo, riconducibile ad un *tertium genus*, non rientrante né nell'ordinamento giudiziario ordinario né nella giurisdizione speciale *ex art. 102 Cost.*

Il giudice di legittimità, pur riconoscendo la sussistenza di una riserva di legge solo per l'indennità e non anche per i vitalizi, ha sottolineato come entrambi gli istituti rientrassero nei confini della normativa «da qualificare come di diritto singolare che si riferisce al Parlamento nazionale o ai suoi membri, a presidio della

⁶⁶ V. CAMPIGLI, *Vitalizi, regolamenti parlamentari minori, autodichia (a margine della decisione n. 272/2023 del Consiglio di garanzia del Senato)*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc.1/2024, p.115. Nella sentenza 272 del 2023 si legge che «gli interessi ed i valori coinvolti richiedono un bilanciamento che è di natura politica nella sua accezione più alta, quale gestione degli affari pubblici di una comunità, gestione che in una democrazia deve essere affidata ad una entità che sia comunque riconducibile alla volontà popolare».

⁶⁷ Cass. SS.UU, 7 maggio 2019, n.18265.

posizione costituzionale del tutto peculiare loro riconosciuta dagli artt. 64 Cost. primo comma, 66 e 68 Cost.»⁶⁸.

La Corte, poi, ha sancito la competenza degli organi di autodichia a giudicare sulle controversie riguardanti gli assegni vitalizi ad ex parlamentari, assumendo che la cessazione dalla carica di un parlamentare non costituisca condizione necessaria e sufficiente per considerarlo un soggetto terzo e, quindi, estraneo all'ambito dell'autodichia.

Partendo da queste premesse, il solo *status* di «diritto singolare», conferito all'indennità tanto quanto ai vitalizi, sarebbe sufficiente ad incardinarli nella cornice della giurisdizione domestica, a prescindere dalla fonte poi materialmente adoperata: in astratto, una regolamentazione legislativa dei vitalizi non osterebbe all'applicabilità della giurisdizione domestica.

A giudizio di chi scrive, questa tesi non è condivisibile: ad un'identità di *ratio* fra indennità e assegno vitalizio, non potrebbe che corrispondere anche un'identica fonte di regolazione (la legge) e una medesima tutela giurisdizionale (i giudici comuni).

Le Sezioni Unite, invece, volendo rafforzare l'autodichia, si sono inserite perfettamente nel solco tracciato precedentemente dalla Corte Costituzionale con la sent. 262 del 2017 e hanno riaffermato la competenza a decidere dei collegi di autodichia, forti delle riforme apportate dopo la sentenza Savino al fine di adeguarli ai parametri dell'art. 6 CEDU e alle prescrizioni degli artt. 3, 24, 101 e 111 Cost: il ricorso, come accennato, è stato ritenuto inammissibile «per la ragione assorbente che non si profila l'eventualità che l'organo di autodichia possa non decidere».

L'orientamento delle SS.UU., a mezzo della *fictio iuris* sull'ex parlamentare, mirava a preservare l'ampio diametro dell'autodichia poiché, nella discutibile ottica della Cassazione, la comunanza di *ratio* tra l'indennità e la sua proiezione rendeva impossibile operare una distinzione tra *status* del parlamentare in carica ed ex parlamentare sulla giurisdizione, che avrebbe violato l'art. 3 Cost.; tale soluzione non pare convincente anche volendo affievolire il «grado di terzietà» e qualificandoli come «soggetti non estranei»⁶⁹, invece di «soggetti terzi», poiché è pacifico che non intercorra più alcun rapporto di soggezione alla Camera di appartenenza.

Ictu oculi, in queste due ordinanze si rincontrano tutti i limiti ed i rischi che discendono da un'interpretazione eccessivamente permissiva ed elastica dell'autonomia normativa delle Camere che potrebbe inverare il rischio che queste

⁶⁸ Si vedano anche *ex multis* le sentenze della Corte cost. nn. 66 del 1964, 24 del 1968 e 379 del 1996.

⁶⁹ A. LO CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia*, cit., p. 155.

possano decidere in modo strumentale cosa regolare e cosa no; per converso, dando un seguito a quanto già sostenuto da Floridia⁷⁰, dovrebbe privilegiarsi un'interpretazione funzionale dei regolamenti, volta a ridefinire la portata applicativa e non a firmare un «biancosegno rimesso all'autonomia della Camera», salva comunque la preferenza per una regolamentazione legislativa, come sopra si è avuto modo di argomentare.

5. Le vicende qui rappresentate disegnano fedelmente lo stato di salute dell'autodichia parlamentare che, a dispetto di tutte le criticità e contraddizioni, conserva senza ombra di dubbio una sua «inattaccabile vitalità»⁷¹, se non altro solo per la indefinitezza e fumosità dei suoi confini.

Un'ulteriore conferma è data dagli ultimi sviluppi sui vitalizi, vista l'approvazione il 7 luglio 2023 della delibera del Consiglio di garanzia del Senato che ha ripristinato i vitalizi «tagliati» ai senatori eletti prima del 2012.

È sotto gli occhi di tutti come le Camere abbiano tentato (e tutt'ora tentino) di perimetrare entro confini molto ampi l'autodichia, sino al punto di essere accusate di «bulimia competenziale»⁷² da chi considera quest'ultima «un'antica creatività italiana»⁷³.

Basti pensare, da ultimo, alla pretesa delle Camere di voler assoggettare al regime di autodichia anche le controversie sui servizi oggetto di appalto perché ritenute essenziali per lo svolgimento di funzioni esse stesse di rilevanza costituzionale, respinta categoricamente dalla Corte nella recente sent. n.65/2024 nella parte in cui ha correttamente rilevato come le imprese concorrenti per l'aggiudicazione di un appalto siano estranee «alla struttura organizzativa degli organi costituzionali» e, quindi, «titolari (...) del diritto di accedere al giudice naturale»⁷⁴.

Il sistema dei vitalizi, purtroppo, ha incarnato perfettamente tale controversa tendenza ed, anzi, se ne è servita per aumentare la spesa a sé destinata ed il numero di percettori⁷⁵: l'approvazione di una legge, dunque, oltre che imprimere

⁷⁰ G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, cit., pp. 360 ss.

⁷¹ In questi termini M. MANETTI, *Quell'oscuro oggetto del desiderio: l'autodichia degli organi costituzionali nei confronti dei propri dipendenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.6/2017, p. 512.

⁷² A. SANDULLI, *L'insostenibile leggerezza dell'autodichia degli organi costituzionali*, cit., p. 95.

⁷³ G. AMATO, *Intervento tenuto alla presentazione del volume «Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri, Quaderno 2015- 2016»*, Camera dei deputati, Sala Aldo Moro, 19 giugno 2017 disponibile su Radio Radicale.

⁷⁴ Corte cost. 19 aprile del 2024, n. 65, par. 4.3.4 del considerato in diritto. Sul punto A. SANDULLI, *L'autodichia degli organi costituzionali e la legge di Hume*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2024, pp. 183-184.

⁷⁵ Depongono in questa direzione le parole pronunciate dal Presidente dell'INPS Tito Boeri nel corso di un'audizione resa al Consiglio di Presidenza del Senato il 19 settembre 2018.

una decisa svolta positiva verso una maggiore trasparenza ed accountability delle Camere, rappresenterebbe un'occasione imperdibile per sanare alcune anomalie, tra cui la confusione in un unico ente dei compiti di erogare tanto le indennità quanto i contributi previdenziali.

Ora che anche gli organi di autodichia hanno preso coscienza dell'indifferibilità di una legge sui vitalizi, come emerge inequivocabilmente dall'obiter dictum della sent. 272/2023 del Consiglio di Garanzia, spetta al Parlamento raccogliere le sollecitazioni della Corte e legiferare tempestivamente.

È davvero difficile comprendere (specie all'esterno) l'arroccamento delle Camere nel voler continuare a giudicare sui vitalizi degli ex parlamentari, «situazioni giuridiche di soggetti che con le Camere non hanno a che fare da molti anni»⁷⁶ di cui è oramai pacificamente ammessa la natura previdenziale, coperta dal regime garantistico ex art. 38 Cost.

Ancora, l'indole dei vitalizi - che condividono ratio e fondamenti costituzionali con l'indennità parlamentare - stride con la perdurante discrasia su fonti e rimedi: l'assenza di regolamentazione e l'«impermeabilità esterna»⁷⁷ rischiano di svalutarne il «tono» costituzionale.

Del resto, un ulteriore indizio sull'interconnessione fra indennità e vitalizi poteva essere implicitamente desunto dai lavori della I commissione del 16 maggio 2017, in cui uno dei gruppi dell'allora opposizione⁷⁸ concedeva l'abbinamento dell'A.C. 2354 in materia di indennità - nonostante fosse iscritto in quota opposizione - con il già più volte menzionato A.C. 3225 concernente la disciplina dei vitalizi parlamentari: al netto del controverso precedente parlamentare creatosi, si era prospettata, in potenza, la possibilità di trattare congiuntamente le due questioni, poiché accomunate dalla medesima ratio.

In questo quadro, si ritiene che l'autodichia parlamentare, per vivere una «seconda giovinezza», debba alleggerirsi delle competenze «non fondamentali per salvaguardare l'autonomia parlamentare»⁷⁹, tra cui figura quella sui vitalizi parlamentari.

Non può, quindi, che augurarsi un nuovo complessivo ripensamento del bilanciamento fra le «esigenze di legalità e privilegi di insindacabilità delle

⁷⁶ E. GIANFRANCESCO, *La fine della XVII legislatura e la questione dei vitalizi*, in *Quaderni Costituzionali*, 4/2017, p. 887.

⁷⁷ Espressione utilizzata, sebbene in un diverso contesto, da A. SANDULLI, *L'insostenibile leggerezza dell'autodichia degli organi costituzionali*, cit., p. 89.

⁷⁸ Trattasi, nel caso di specie, del gruppo alla Camera del Movimento 5 Stelle.

⁷⁹ E. GIANFRANCESCO, *Il Trattamento economico post-mandato dei membri di assemblee legislative: fondamento costituzionale, fonti di disciplina e strumenti di tutela*, cit., p. 45.

Camere»⁸⁰ che avrebbe l'effetto di «normalizzare» e far «uscire alla luce del sole» questo istituto, sopendo parzialmente il conflitto sui confini dell'autodichia parlamentare.

⁸⁰ E. RINALDI, *Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi dell'antipolitica*, cit., p. 473.

Sui confini del *thema decidendum*: appunti di giustizia costituzionale in margine a una mancata autorimessione*

GIACOMO PALOMBINO

SOMMARIO: 1. I termini della questione. – 2. L'immunità giurisdizionale della Germania e le pretese risarcitorie dinanzi alla giustizia italiana: una lunga storia. – 3. La sentenza n. 159 del 2023 della Corte costituzionale: il Fondo ristori come rimedio equivalente alla tutela giudiziale esecutiva. – 4. I dubbi di legittimità circa la condizione (s)favorevole dei cittadini greci: tra la "svista" del giudice *a quo* e la prudenza della Corte costituzionale. – 5. Un prevedibile cortocircuito dopo la sentenza n. 159 del 2023: dalla mancata autorimessione all'interpretazione «costituzionalmente orientata». – 6. Sui criteri delle ordinanze di autorimessione: un'ipotesi. – 7. La Corte come giudice *a quo* e la legge n. 87 del 1953: oltre i «limiti dell'impugnazione». – 8. Conclusioni: il ricorso in via incidentale come dialogo a "cerchi concentrici".

1. Nel corso della sua attività, la Corte costituzionale ha spesso richiamato l'attenzione della dottrina attorno all'adozione o configurazione, attraverso la sua stessa giurisprudenza, di strumenti inediti; quasi sempre volti, in un certo senso, a modulare distintamente il suo dialogo con il legislatore e gli effetti delle sue decisioni all'interno dell'ordinamento¹. È inevitabile, dunque, che lo studio di questi strumenti possa difficilmente prescindere dall'analisi dei casi concreti cui gli stessi si rivolgono, soprattutto perché è proprio partendo dallo studio di quei casi che è possibile comprendere – o, almeno, tentare di comprendere – la ragione alla base della scelta della Consulta di procedere, appunto, adottando modalità inedite².

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Su questi temi, cfr. R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra "anima" politica e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017, pp. 1 ss.

² In generale, cfr. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, II, Oggetto, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018.

Ragionando in questi termini, in distinte occasioni, il giudice delle leggi ha dato anche modo di riflettere sui confini del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, da ricondurre all'art. 27 della legge n. 87 del 1953³; cioè, come noto, il principio in base al quale la Corte, nell'assumere le sue decisioni, sarebbe tenuta a «non esorbitare dal dubbio di costituzionalità prospettato nell'atto introduttivo»⁴, e pertanto, in presenza di un ricorso in via incidentale, dovrebbe attenersi a quanto domandato dal giudice *a quo* nella relativa ordinanza di rimessione⁵. In alcuni casi, infatti, la Consulta ha dimostrato come, sulla base di criteri individuati di volta in volta, possa essa stessa adottare ordinanze – per questo definite – di autorimessione al fine di ampliare il *thema decidendum* della questione *a quo* e decidere su profili non rilevati dal giudice rimettente⁶.

Il presente studio è dedicato a questo aspetto, anche se prende le mosse dalla scelta della Corte, in occasione di una recente pronuncia, di non utilizzare questo strumento e di non procedere, quindi, in via di autorimessione.

Ci si riferisce alla sentenza n. 159 del 2023, pronunciata nell'ambito della vicenda processuale relativa al risarcimento delle vittime del Terzo Reich e alle immunità dalla giurisdizione della Germania, una delle questioni più discusse dalla dottrina – non solo costituzionalistica – tra quelle sottoposte, negli ultimi anni, al sindacato della Corte costituzionale. Per tutta una serie di ragioni, la controversia si è caratterizzata – e, in realtà, continua a caratterizzarsi – per distinti profili di grande complessità: i rapporti internazionali che ne sottendono la composizione⁷;

³ Il rispetto della corrispondenza tra chiesto e pronunciato è sancito nella legge 11 marzo 1953, n. 87, recante norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale. In particolare, tale principio andrebbe ricollegato in parte all'art. 23, nella misura in cui il compito di dettare i termini della questione è affidato all'autorità giurisdizionale; ma soprattutto all'art. 27, dove si legge che «La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime». L'inciso «nei limiti dell'impugnazione», appunto, muoverebbe nella direzione di affermare la necessaria corrispondenza delle decisioni della Corte con il quesito trasmesso attraverso l'atto introduttivo.

⁴ Cit. F. DAL CANTO, *L'atto introduttivo dei processi costituzionali a settant'anni dalla legge n. 87/1953*, in G. GRASSO-A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale*, Napoli, 2024, p. 218.

⁵ Su questi aspetti, si rinvia a V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. II, L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, in particolare pp. 378-381.

⁶ Sul tema della «Corte giudice *a quo*», cfr. A. PIZZORUSSO, *Art. 137*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Garanzie costituzionali*, pp. 238-244; V. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettiva*, in G. MARANINI (a cura di), *La Giustizia costituzionale. Atti di una tavola rotonda organizzata in collaborazione con la fondazione "A. Olivetti" e l'United States Information Service*, Firenze, 1966, 97; C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice *a quo** (Oss. all'ord. n. 22. Cost.), in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 5, 1960, pp. 212-220.

⁷ Sulle interazioni tra diritto costituzionale e diritto internazionale, si veda R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014. In

la “stratificazione” di decisioni giurisprudenziali, di eterogenea natura e distinta origine, susseguirsi nel tempo; il complesso bilanciamento che dovrebbe definirne la soluzione.

In ogni caso, tra tutti i motivi che ne determinano l'interesse, quello che più di altri rileva, almeno in questa sede, è proprio il fatto che, a distanza di tempo, se ne continui a parlare, costituendo un problema ancora irrisolto. Come si tenterà di dimostrare in queste pagine, infatti, tale circostanza sembra doversi addebitare alla scelta della Corte costituzionale, in occasione del ricorso che ha condotto alla sentenza n. 159, di non adottare un'ordinanza di autorimessione. In particolare, così facendo, sembra essersi innescato un cortocircuito, in quanto, evitando di ampliare il *thema decidendum*, la Consulta non solo non ha posto fine alla controversia, ma potrebbe averne, in qualche modo, appesantito l'ulteriore, nonché inevitabile, svolgimento processuale.

Sulla base di questi presupposti, si ritiene che la sentenza n. 159 del 2023 possa costituire una nuova occasione per riflettere sul tema della “Corte come giudice *a quo*”⁸. Questa considerazione, evidentemente, non emerge solo avendo riguardo alle generali implicazioni dello strumento dell'autorimessione, considerato che nel caso di specie la Consulta ha espressamente affermato di non potervi fare ricorso, così rispettando, almeno in linea di principio, la corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Al contrario, lo spunto per le riflessioni che si proporranno in queste pagine è costituito proprio dall'idea che, in questa occasione, la Corte avrebbe forse potuto – o, addirittura, dovuto – sollevare d'ufficio un'ulteriore questione di legittimità.

Pertanto, la tesi che cercherà di sostenersi, e su cui la vicenda in oggetto sembra aiutare a riflettere, è che le criticità dell'ampliamento del *thema decidendum* per mano della Consulta non dipendano tanto dallo strumento delle ordinanze di autorimessione, per le quali, d'altronde, la Corte ha individuato una copertura costituzionale già a partire dagli anni Sessanta⁹; ma, piuttosto, la puntuale

generale, si veda anche E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011.

⁸ Cfr. B. CARAVITA, *Appunti in tema di «Corte giudice a quo» (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in AA.VV. *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, pp. 292 ss.

⁹ Orientamento che può sintetizzarsi attraverso l'argomentazione adottata dalla medesima Corte nella sentenza n. 259 del 1974, quando cioè si affermava che sarebbe da considerarsi «certo, d'altro canto, che, secondo costante giurisprudenza di questa Corte (cui aderisce la generalità della dottrina), la Corte medesima può e deve sollevare, per deciderle con gli effetti previsti dall'art. 136 Cost., le questioni di legittimità costituzionale che siano rilevanti per la definizione dei giudizi dinanzi ad

perimetrazione dei criteri che il giudice delle leggi dovrebbe rispettare per poter adottare tali ordinanze. Infatti, per quanto sulla base di un'analisi della giurisprudenza costituzionale possa tracciarsi un quadro di criteri utili in tal senso, emerge come la Consulta non li richiami in maniera sempre omogenea. Ciò, invero, può rappresentare un problema nella misura in cui l'uso di uno strumento – non più inedito, bensì ormai assorbito dal sistema costituzionale – risulti imprevedibile¹⁰, in funzione di un richiamo variabile a quei criteri da parte dello stesso soggetto che li ha configurati, ovvero la Corte costituzionale.

2. Ai fini della presente riflessione, nonché delle conclusioni che tenderanno di raggiungerci, sembra opportuno offrire una breve descrizione della vicenda che ha condotto alla sentenza n. 159 del 2023, la quale costituisce solo l'ultimo episodio di quella che può essere definita come una vera e propria “saga” giurisprudenziale.

È, infatti, a partire dai primi anni 2000 che si registrano interessanti evoluzioni dell'ordinamento interno, sul piano sia giurisprudenziale che legislativo, circa la difficoltà di dare seguito alle pretese risarcitorie delle vittime del Terzo Reich¹¹. Un *incipit*, per così dire, può rinvenirsi nel caso *Ferrini*, del 2004, quando la Corte di cassazione tentò di offrire un'interpretazione utile a superare il limite delle immunità giurisdizionali dello Stato estero. Con quella sentenza¹², infatti, i giudici di legittimità ribaltavano l'orientamento prevalso sino ad allora¹³, cercando di far

essa pendenti». Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale relativamente all'impiego delle ordinanze di autorimessione, si veda C. LUZZI, *Versatilità, e insidie, della legge n. 87/1953 per la “Corte giudice a quo”*, in *La Rivista “Gruppi di Pisa”*, n. 2, 2023, pp. 173 ss.

¹⁰ È ciò anche a discapito, se si vuole, di quella certezza del diritto costituzionale di cui parla Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002, XII, il quale afferma che «l'esperienza dei rapporti di tono costituzionale mostra la graduale emersione di comportamenti e situazioni che, lungi dal palesarsi quali mere espressioni della Costituzione vivente, ossia la Costituzione come concretamente applicata, tendono a mettere in discussione il monopolio delle disposizioni costituzionali sulla disciplina di tali relazioni [...] L'immissione informale di dati innovativi scalfisce la compattezza e l'intrinseca omogeneità del preesistente corpo organico di norme ed istituti, con implicazioni non trascurabili non solo sul piano della legittimità, ma anche su quello della certezza del diritto costituzionale».

¹¹ Cfr. L. CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 24, n. 1, 1979, pp. 455-462; A. TANZI, *L'immunità della giurisdizione degli agenti diplomatici*, Padova, 1991, pp. 186 e 190-192. In un'ottica più generale, cfr. G. DI COSIMO, *La parabola dei diritti. Tensioni crescenti sul fronte della tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2024.

¹² Cfr. Corte di cassazione, sez. un. civ., sentenza 11 marzo 2004, n. 5044. Sul punto, cfr. P. DE SENA-F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 1, 2005, pp. 89-112; A. GATTINI, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 1, 2005, pp. 224-242.

valere un'interpretazione restrittiva circa le immunità della Germania. Più nello specifico, la Corte provò a ridisegnare i limiti impliciti sottesi alla relativa norma consuetudinaria¹⁴, ritenendo che la regola dell'immunità non potesse trovare applicazione laddove gli atti *iure imperii* realizzati dallo Stato straniero configurassero gravi violazioni dei diritti umani¹⁵.

L'orientamento espresso dalla sentenza *Ferrini*, che pure permetteva alla giustizia italiana di adottare molteplici pronunce di condanna a danno della Germania, veniva però 'smentito' dalla Corte internazionale di giustizia, nel 2012. Dietro ricorso dello Stato tedesco, infatti, i Giudici dell'Aia ripristinavano e imponevano l'interpretazione più 'ortodossa' delle immunità giurisdizionali dello Stato estero¹⁶, così costringendo l'ordimento italiano a riparare all'illecito commesso¹⁷.

Quest'ultimo risultato veniva raggiunto attraverso la legge 14 gennaio 2013, n. 5, che, per quanto riguardava i giudizi pendenti, imponeva al giudice italiano di riconoscere il proprio difetto di giurisdizione dinanzi all'immunità della Germania, e, relativamente a quelli già definiti con sentenza passata in giudicato, introduceva una causa straordinaria di revocazione (art. 3 della legge n. 5 del 2013)¹⁸.

¹³ Tra l'altro riaffermato pochi anni prima dalla medesima Cassazione. Cfr. Corte di cassazione, sez. un. civ., ordinanza 5 giugno 2002, n. 8157.

¹⁴ In generale, cfr. B. CONFORTI-M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Napoli, p. 41; F.M. PALOMBINO, *Introduzione al diritto internazionale*, Roma-Bari, p. 17.

¹⁵ Si tratta della c.d. 'eccezione umanitaria', su cui si sofferma M. GERVAZI, *Immunità giurisdizionale degli Stati ed eccezione umanitaria: in margine alla recente giurisprudenza sudcoreana sul sistema delle "donne di conforto"*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 105, n. 1, 2022, pp. 167-180.

¹⁶ Sulla sentenza del 2012, e soprattutto per apprenderne le note critiche, cfr. B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 21/2012, pp. 133-142, p. 137; L. GRADONI-A. TANZI, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Comunità internazionale*, vol. 67, n. 2, 2012, pp. 203-226.

¹⁷ Per un'analisi delle ricadute della sentenza sul quadro giuridico italiano, cfr. G. NESI, *The Quest for a 'Full' Execution of the ICJ Judgment in Germany v. Italy*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n. 1, 2013, pp. 185-198.

¹⁸ Sulla base del quale «[A]i fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla legge 17 agosto 1957, n. 848, quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo. 2. Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'articolo 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'articolo 396 del citato codice di procedura civile».

Poco dopo l'entrata in vigore di questa legge si registrava il primo intervento della Consulta in materia¹⁹. È con la sentenza 22 ottobre 2014, n. 238, che la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità dell'art. 3 della legge n. 5 del 2013, ritenendolo in contrasto con il diritto d'azione in giudizio *ex art. 24 Cost.*, in combinato disposto con l'art. 2 Cost, relativamente alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo²⁰. Più nello specifico, i giudici tornavano ad affermare che l'accertamento di gravi violazioni dei diritti umani derivanti da atti *iure imperii* costituisse un limite all'applicazione delle immunità dello Stato estero, proprio perché in contrasto con i principi fondamentali richiamati²¹.

La sentenza della Corte costituzionale induceva la Germania a presentare un nuovo ricorso dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, vedendosi lo Stato tedesco convenuto esecutato in molteplici procedimenti volti al pignoramento di beni immobili siti in Italia. La Germania, sostanzialmente, lamentava la violazione dell'immunità tanto dalla giurisdizione civile di cognizione quanto da quella esecutiva²².

È in conseguenza di questo ulteriore ricorso che il Governo italiano, nella speranza di porre fine alla controversia, approvava il decreto-legge 30 aprile

¹⁹ In generale, P. VERONESI, *Colpe di stato. I crimini di guerra e contro l'umanità davanti alla Corte costituzionale*, Milano, 2017.

²⁰ Per procedere in tal senso, inoltre, la medesima sentenza dichiarava parzialmente illegittimo l'art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848 (relativa all'ordine di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite), relativamente alla parte in cui obbligava l'Italia all'esecuzione della decisione della Corte internazionale di giustizia resa nel 2012.

²¹ Cfr. F.M. PALOMBINO, *Quale futuro per i giudizi di costituzionalità delle norme internazionali generali? Il modello rivisitato della sentenza interpretativa di rigetto*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 98, n. 1, 2015, pp. 151-155.

²² La sentenza è stata ampiamente commentata dalla dottrina italiana. Si rinvia a P. DE SENA, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in *Questions of International Law*, Zoom Out II, 2014, pp. 17-31; F. FONTANELLI, *I Know it's Wrong but I Just Can't Do Right: First Impressions on Judgment No. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 27 ottobre 2014; R. KOLB, *The Relationship Between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on the Decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in *Questions of International Law*, Zoom Out II, 2014, pp. 5-16; F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 35, n. 1, 2015, pp. 33-58; E. CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 98, n. 1, 2015, pp. 126-134; G. CATALDI, *A Historic Decision of the Italian Constitutional Court on the Balance between the Italian Legal Order's Fundamental Values and Customary International Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2015, pp. 37-52; R. PAVONI, *Simoncioni v. Germany*, in *American Journal of International Law*, vol. 109, n. 2, 2015, pp. 400-406; A. TANZI, *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*, in *Comunità internazionale*, vol. 70, n. 1, 2015, pp. 13-36; M. IOVANE, *The Italian Constitutional Court Judgment No. 238 and the Myth of the "Constitutionalization" of International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, n. 3, 2016, pp. 595-605.

2022²³, n. 36, convertito in legge n. 79 del 2022, istitutivo (all'art. 43, co. 1) di un Fondo, interamente finanziato dall'Italia, per «il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità [...] compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945». Secondo il successivo comma 2, «hanno diritto all'accesso al Fondo [...] coloro che hanno ottenuto un titolo costituito da sentenza passata in giudicato avente ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei danni di cui al comma 1, a seguito di azioni giudiziarie avviate alla data di entrata in vigore del presente decreto» e, ai sensi del comma 3, «le sentenze aventi ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei danni di cui al comma 1 acquistano efficacia esecutiva al momento del passaggio in giudicato e sono eseguite esclusivamente a valere sul Fondo di cui al medesimo comma 1». Nel medesimo comma, inoltre, si legge che «le procedure esecutive basate sui titoli aventi ad oggetto la liquidazione dei danni di cui al comma 1 o derivanti da sentenze straniere recanti la condanna della Germania per il risarcimento di danni provocati dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945 non possono essere iniziate o proseguite e i giudizi di esecuzione eventualmente intrapresi sono estinti».

Detto in altre parole, attraverso l'istituzione del Fondo, «lo Stato italiano si sostituisce pienamente allo Stato tedesco quale convenuto esecutato, in una sorta di espromissione con effetti liberatori dell'originario debitore, operanti *ex lege* in luogo del consenso (assente) del creditore»²⁴. Alle vittime del Terzo Reich – ma solo se tali in funzione di atti «compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani» – nonostante l'estinzione di tutti i procedimenti esecutivi, veniva riconosciuto il diritto di accedere a questo strumento di ristoro senza comportare alcun onere in capo alla Germania, essendo lo stesso finanziato esclusivamente dall'Italia.

Può dirsi, quindi, che, così facendo, il legislatore nazionale si è mosso in una duplice direzione, e cioè salvaguardare il rispetto dell'immunità dall'esecuzione,

²³ Sul punto, P. FRANZINA, *Jurisdictional Immunities: Germany v. Italy, Again*, in *European Association of Private International Law*, 4 maggio 2022; G. BOGGERO, *Il Governo italiano tenta di "disinnescare" il (nuovo) ricorso sulle immunità della Germania davanti alla Corte internazionale di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 42, n. 3, 2022, pp. 590-594; G. BERRINO, *Il «ristoro» dei cittadini italiani vittime di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalla Germania durante il secondo conflitto mondiale*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 104, n. 3, 2022, pp. 827-830.

²⁴ Cit. D. GRECO, *Ancora su immunità giurisdizionali e gravi violazioni dei diritti umani. La sentenza n. 159/2023 della Corte costituzionale dichiara il Fondo per le vittime del Terzo Reich un rimedio equivalente alla tutela esecutiva*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, n. 2, 2023, p. 276.

ma al tempo stesso garantire la protezione dei diritti costituzionali delle vittime che, altrimenti, sarebbero rimaste prive di una qualsiasi forma di tutela.

3. L'istituzione del Fondo, pur avendo indotto la Germania a rinunciare alle misure cautelari richieste nell'ultimo ricorso presentato dinanzi alla Corte internazionale di giustizia²⁵, non ha evidentemente risolto o posto fine all'annosa controversia in oggetto. Con ordinanza del 1° dicembre 2022, infatti, il Tribunale di Roma, IV sezione civile, ufficio esecuzioni immobiliari, sollevava questioni di legittimità costituzionale dell'art. 43, c. 3, del d.l. n. 36 del 2022, come convertito.

Appare qui opportuno ricostruire alcuni aspetti della vicenda, tenendo conto sia dell'ordinanza di rimessione che della sentenza, perché, di fatto, determinano la base su cui poggiano i successivi avvenimenti e, dunque, le riflessioni che si proporranno in seguito.

L'ordinanza di rimessione traeva origine da un procedimento esecutivo (R.G.E. n. 1163/2020) che vedeva coinvolti distinti eredi di persone deportate in campi di concentramento, le quali agivano per il pignoramento di beni immobili siti in Roma e di proprietà della Germania²⁶. Giova evidenziare, sempre per le questioni che si approfondiranno *infra*, che nel giudizio interveniva anche la Regione greca Steréa Elláda, quest'ultima sulla base di un titolo esecutivo che prendeva origine da una condanna inflitta alla Germania dal Tribunale di Livadia per il risarcimento delle vittime della strage di Distomo, avvenuta il 10 giugno 1944. L'esecutività della sentenza greca veniva riconosciuta in Italia²⁷, nel 2006, dalla Corte d'Appello di Firenze²⁸.

L'ordinanza di rimessione girava attorno a un punto principale, ovvero il dubbio del giudice *a quo* circa la compatibilità della disposizione censurata con gli artt. 2 e 24 Cost. Secondo il Tribunale di Roma, infatti, le modalità risarcitorie

²⁵ Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint Against State-Owned Property (Germany v. Italy)*, istanza di indicazione di misure cautelari, ordinanza n. 183 del 10 maggio 2022, p. 3.

²⁶ Nello specifico, i ricorrenti erano M.T. Giorgio, in qualità di erede di A. Giorgio, deportato in campi di concentramento, e D. Cavallina, per i medesimi motivi, quale erede di G. Cavallina. Rispetto ai beni oggetto di pignoramento, il ricorso concerneva quattro immobili, ospitanti l'Istituto storico germanico, l'Istituto archeologico germanico, il Goethe-Institut e la Scuola germanica.

²⁷ Su questo tema, v. F. SALERNO, *Riconoscimento delle sentenze straniere in materia civile e commerciale*, in *treccani.it*; L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, 1967.

²⁸ In particolare, si tratta del decreto 13 giugno 2006, n. 5965 della Corte d'Appello di Firenze (rep. n. 1648/2006, depositato il 15 giugno 2006), confermato, su opposizione, dalla stessa Corte con sentenza 21 ottobre 2008, n. 1696 (depositata il 25 novembre 2008) e successivamente dalla Corte di cassazione, sez. I civ., con sentenza 12 gennaio 2011, n. 11163 (depositata il 20 maggio 2011).

introdotte attraverso l'istituzione del Fondo erano idonee a compromettere il diritto alla tutela giurisdizionale delle vittime, da doversi considerare inclusiva della tutela giurisdizionale esecutiva. Più nello specifico, nell'interpretazione datane dal rimettente, la disposizione impugnata era diretta sia a negare la possibilità di promuovere procedure di esecuzione forzata, sia a estinguere quelle già in corso, determinando la cancellazione del pignoramento e dunque pregiudicando «in modo irrimediabile le ragioni creditorie»²⁹.

Dinanzi a questi dubbi di costituzionalità, la Corte si è anzitutto mossa riprendendo l'orientamento già espresso nel 2004, e cioè ha ribadito l'irrinunciabile garanzia, a fronte di atti *iure imperii* lesivi di diritti umani, di un «diritto al giudice», partendo dal presupposto che «l'immunità dei beni dello Stato estero dall'esecuzione forzata viene in rilievo quale limite alla pignorabilità», senza incidere «sulla giurisdizione, che sussiste in sede di esecuzione con il limite riveniente dal canone dell'immunità ristretta degli Stati»³⁰.

Tuttavia, la Consulta ha poi affermato come anche i principi e le garanzie previsti dagli artt. 2 e 24 Cost. appartengano a un quadro valoriale più ampio e vadano, dunque, dedotti in schemi di bilanciamento con altri principi della Carta. Tra questi, su tutti, l'art. 10 Cost.³¹, a cui sarebbe da ricondurre la regola

²⁹ Strettamente legato a questo profilo di illegittimità, il giudice sollevava anche un ulteriore dubbio, relativo alla presunta violazione degli artt. 3 e 111 Cost., in combinato disposto, con riferimento ai principi di eguaglianza sovrana fra gli Stati e di parità delle parti nel processo. Ad avviso del Tribunale, il sacrificio imposto ai creditori attraverso l'estinzione della procedura esecutiva non avrebbe trovato adeguata compensazione attraverso il Fondo, soprattutto perché alla sua istituzione non aveva fatto seguito l'adozione di una normativa volta a introdurre le modalità di accesso al risarcimento, nonché un criterio destinato a quantificare «l'entità, totale o parziale, del ristoro e le relative modalità di erogazione». Ebbene, questo motivo di censura era del tutto superato, ad avviso dei giudici, grazie all'adozione del decreto interministeriale del 28 giugno 2023, da considerarsi una «normativa subprimaria autorizzata direttamente dalla legge». La Corte, invero, sottolineava come il ristoro fosse integrale e destinato ad essere liquidato in tempi certi, ovvero massimo 180 giorni dalla data di ricezione della domanda, come si legge nel decreto.

³⁰ Cit. punto 3.1 del considerato in diritto.

³¹ Sulle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» è utile offrire degli spunti di riflessione, soprattutto per intenderne l'operabilità nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale. Secondo la dottrina maggioritaria, tali norme andrebbero intese quali vere e proprie consuetudini, ovvero regole non scritte ma di cui la Legge fondamentale riconosce la vigenza e, dunque, la piena obbligatorietà. In particolare, «sono definibili come regole di condotta [...] aventi per destinatari tutti indistintamente i membri della società internazionale» e «come tutte le consuetudini che sono fonti del diritto, perché esse vengano in essere è necessario che coesistano i due elementi della prassi generalizzata (*diuturnitas*) e della convinzione che questa prassi corrisponda al diritto vigente o sia necessitata da ineludibili esigenze (*opinio juris seu necessitatis*)», cit. A. COSSIRI, *Art. 10*, in S. BARTOLE-R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008, p. 82. Ciò che rileva, più nello specifico, è che tali consuetudini sembrerebbero assumere, nella gerarchia delle fonti, un grado pienamente costituzionale, tanto che alcuni ritengono che possano definirsi propriamente *consuetudini costituzionali*. Sul punto, si veda P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti? Consuetudine, convenzione e prassi nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2023, pp. 72-73,

consuetudinaria circa le immunità dello Stato estero³². Inoltre, la Corte evidenziava come alla regola consuetudinaria andassero affiancati anche gli accordi internazionali che l'Italia è chiamata ad onorare, soprattutto sulla base dell'art. 117, co. 1, Cost.³³. In particolare, si riferiva all'Accordo di Bonn, concluso tra Italia e Germania nel 1961³⁴, con cui l'Italia, dietro il versamento di una somma di denaro da destinare alle vittime, si impegnava a tenere «indenne la [...] Germania [...] da ogni eventuale azione o altra pretesa legale da parte di persone fisiche o giuridiche italiane per le rivendicazioni e richieste suddette»³⁵.

Ragionando in questi termini, ad avviso della Consulta, «la disposizione censurata opera un non irragionevole bilanciamento tra questi principi, tutti di rango

ad avviso del quale la Consulta avrebbe attribuito alla consuetudine internazionale valore formale, riconoscendole addirittura «idoneità a derogare a norme costituzionali non espressive di diritti inviolabili e a principi supremi dell'ordinamento costituzionale (o persino espressive di questi, in caso di consuetudini internazionali pre-costituzionali)». Per queste ragioni, secondo l'Autore, «si può paradossalmente concludere che *la sola consuetudine di grado costituzionale* presente nel nostro ordinamento *non sia quella che dottrina e giurisprudenza sogliono definire con questa espressione [...], bensì la consuetudine internazionale recepita per via del meccanismo automatico dell'art. 10 Cost.*». A sostegno di questa considerazione, vengono in soccorso anche le posizioni della dottrina relative all'attribuzione del rango, nel sistema delle fonti, alle norme di adattamento, ovvero quelle norme sostanzialmente destinate a riprodurre la consuetudine internazionale nell'ordinamento interno. Ebbene, la dottrina sostiene che, sulla base del rinvio operato dalla Carta costituzionale, tali norme di adattamento si generano automaticamente, hanno lo stesso contenuto delle norme internazionali che richiamano e, ciò che qui più interessa, acquisiscono rango costituzionale. Su tutti, LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, 1961, pp. 292 ss.

³² Su questi temi, v. D. AMOROSO, *Italy*, in F.M. PALOMBINO (ed.), *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge, 2019, pp. 184-209.

³³ È proprio ricollegandosi all'art. 117 Cost. che molti autori sostengono che l'istituzione del Fondo avesse come principale scopo quello di assicurare il rispetto di un obbligo internazionale. Tra gli altri, R. PAVONI, *Germany versus Italy reloaded: Whither a human rights limitation to State immunity?*, in *Questions of International Law, Zoom-in* 94, 2022, pp. 19-40, p. 24. Così anche A. BUFALINI, *The Italian Fund for the Victims of Nazi Crimes and the International Court of Justice: Between Compliance and Dispute Settlement*, in *SIDIBlog*, 16 maggio 2023; G. BERRINO, *Il «ristoro»*, cit., p. 831; G. BOGGERO, *Il Governo italiano*, cit.; L. GRADONI, *Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*, in *EJIL: Talk!*, 10 maggio 2022.

³⁴ Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica federale di Germania per il regolamento di alcune questioni di carattere patrimoniale, economico e finanziario con scambi di note, concluso a Bonn il 2 giugno 1961, reso esecutivo con DPR 14 aprile 1962, n. 1263, in *Gazzetta Ufficiale*, a. 103, n. 214, 25 agosto 1962, p. 3443 ss. Più nello specifico, dietro l'impegno della Germania di versare 40 milioni di marchi tedeschi per il risarcimento delle vittime del Terzo Reich, l'Italia riconosceva come «definite tutte le rivendicazioni e richieste della Repubblica italiana, o di persone fisiche o giuridiche italiane, ancora pendenti nei confronti della [...] Germania [...], purché derivanti da diritti o ragioni sorti nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945», impegnandosi a tenere «indenne la [...] Germania [...] da ogni eventuale azione o altra pretesa legale da parte di persone fisiche o giuridiche italiane per le rivendicazioni e richieste suddette», art. 2, par. 1-2, dell'Accordo. Sulla continuità della norma censurata con gli accordi del 1961, si rinvia a A. JR GOLLA, *Dopo la disgregazione. La sent. N. 159/2023 come "amministrazione diplomatica" tra argomentazione giuridica e giustizia costituzionale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 3, 2023, pp. 21 ss.

³⁵ Art. 2, par. 1-2, dell'Accordo.

costituzionale»³⁶. Detto in altre parole, sarebbe stata proprio l'istituzione del Fondo a garantire la conservazione di un necessario equilibrio tra i diritti dei creditori, da un lato, e l'esigenza di custodire il rispetto degli impegni assunti dall'Italia sul piano internazionale, dall'altro. L'art. 43, c. 3, del d.l. n. 36, infatti, facendo salva l'immunità dello Stato tedesco e ponendosi in perfetta continuità con l'Accordo di Bonn del 1961, ha dato vita a uno strumento (il Fondo, appunto) da doversi considerare certamente idoneo a soddisfare le pretese delle vittime; d'accordo, tra l'altro, con altre pronunce della medesima Corte in cui si è considerato sempre garantito il diritto di azione purché, pur ammettendosi l'estinzione del giudizio, vi fossero rimedi da considerarsi equivalenti³⁷. È sulla base di questa argomentazione, pertanto, che nella sentenza si legge che l'accesso al Fondo ristori sia da considerarsi un vero e proprio «diritto soggettivo»³⁸, che trova fondamento nel titolo esecutivo già formatosi.

4. Tra i dubbi di legittimità sollevati dal rimettente ve n'è uno che, per quanto irrilevante – almeno così come posto nell'ordinanza – permette, in realtà, di avvicinarsi alla questione che interessa, più nello specifico, il presente lavoro. In particolare, secondo il Tribunale di Roma, la norma censurata era contraria all'art. 3 Cost. perché avrebbe precluso la possibilità di promuovere procedure esecutive solo ai cittadini italiani, «lasciando impregiudicata la facoltà di altri soggetti, come la Regione greca intervenuta nella procedura pendente dinanzi a sé, di agire in sede esecutiva dinanzi a giudici italiani nei confronti della Repubblica federale di Germania per danni derivanti dai crimini commessi durante il secondo conflitto mondiale»³⁹. In altre parole, il giudice sosteneva che gli effetti estintivi discendenti dal

³⁶ Cit. punto 13 del considerato in diritto. La soluzione di un rimedio alternativo, tra l'altro, era stata già paventata dalla dottrina. Cfr. P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out*, in *Questions of International Law, Zoom out II*, 2014, pp. 44-47, p. 47; A. TANZI, *Un difficile dialogo*, cit., p. 34; F. FRANCONI, *Access to Justice and Its Pitfalls*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, n. 3, 2016, pp. 629-636, p. 635 s.; G. GAJA, *Alternative ai controlli limiti*, cit., pp. 1044-1045.

³⁷ Su tutte, sentenze n. 277 del 2012 e n. 364 del 2007.

³⁸ «L'accesso al Fondo "ristori" è, quindi, configurato come un diritto soggettivo, riveniente il suo fondamento nel titolo esecutivo già formatosi di condanna della Repubblica federale di Germania, senza che vengano in rilievo i limiti dell'immunità ristretta», cit. punto 17 del considerato in diritto.

³⁹ Per un commento dell'ordinanza di rinvio a G. BERRINO, *Quale effettività della tutela giurisdizionale nel caso Germania c. Italia? L'art. 43 del d.l. n. 36/2022 come 'rimedio' costituzionalmente legittimo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 17, n. 1, 2023, pp. 201-232, p. 212 ss.; P. CAROLI, *Sollevata la questione di costituzionalità della norma istitutiva di un Fondo (italiano) per le vittime dei crimini nazisti*, in *Sistemapenale.it*, 23 febbraio 2023.

decreto-legge colpissero solo i titoli esecutivi formatisi (e dunque i procedimenti intrapresi) in Italia, mentre i cittadini di Paesi terzi (greci, nel caso di specie) avrebbero potuto accedere alla giustizia esecutiva italiana sulla base di titoli formatisi all'estero, così godendo, sostanzialmente, di una condizione più favorevole.

In realtà, la questione era manifestamente infondata. Ciò era riconducibile (come la Corte non ha esitato a lasciar intendere) a una vera e propria “svista” del giudice *a quo*. Infatti, l'idea per cui il decreto-legge determinasse tale situazione discriminatoria, impedendo solo ai cittadini italiani di promuovere procedure esecutive e facendo salva la medesima possibilità a favore di cittadini di paesi terzi, e nel caso di specie i cittadini greci della Regione intervenuta nella procedura, era da escludersi sulla base dalla legge di conversione, la quale dichiarava espressamente estinte anche le procedure esecutive basate sui titoli costituiti da sentenze straniere⁴⁰. Il rimettente, che nell'ordinanza pur si riferiva al decreto-legge “come convertito”, non teneva però assolutamente conto del testo della legge di conversione, la n. 79 del 2022.

Tra l'altro, ciò veniva addirittura evidenziato dalla medesima Regione Steréa Elláda, che, nella memoria difensiva depositata, faceva notare tutt'altra criticità, ovvero una distinta circostanza discriminatoria: la situazione paradossale in cui non solo la procedura fosse da ritenersi estinta anche per i creditori greci, ma il fatto che questi ultimi, in quanto privi della cittadinanza italiana, non avrebbero potuto nemmeno accedere al Fondo⁴¹. Insomma, il giudice *a quo* ben intuiva che vi fosse un profilo di illegittimità legato alla condizione dei soggetti interessati e privi della cittadinanza italiana, ma una lettura solo parziale della disposizione

⁴⁰ Su questo profilo, è di interesse anche la posizione di chi ritiene che il riconoscimento di sentenze straniere possa comportare una violazione della norma sull'immunità dello Stato condannato all'estero. Cfr. O. LOPES PEGNA, *Breach on the Jurisdictional Immunity of a State by Declaring a Foreign Judgment Enforceable?*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 95, n. 4, 2012, pp. 1074-1088 e N. BOSCHIERO, *Jurisdictional Immunities of the State and Exequatur for Foreign Judgments: A Private International Law Evaluation of the Recent ICJ Judgment in Germany v. Italy*, in N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. RAGNI e C. PITEA (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Bonn, 2013, pp. 781-824.

⁴¹ In particolare, come si apprende dalla sentenza n. 159, la Regione greca poneva in rilievo «che, in sede di conversione del decreto-legge n. 36 del 2022, l'art. 43, comma 3, è stato modificato dalla legge n. 79 del 2022 in maniera significativa rispetto alla propria posizione, impedendo alla stessa sia di proseguire e promuovere procedure esecutive su beni della Repubblica federale Tedesca sul territorio italiano sia di accedere al Fondo istituito dal comma 1, in quanto riservato ai cittadini italiani. Ciò ridonderebbe in una violazione dell'art. 3 Cost. da parte della norma censurata che, oltre ai profili evidenziati dal giudice rimettente, sarebbe poi costituzionalmente illegittima anche nella misura in cui, violando l'art. 111 Cost., determina una disparità di trattamento tra le parti della procedura esecutiva, senza che i creditori abbiano avuto la possibilità di partecipare al giudizio dinanzi alla Corte internazionale di giustizia che ha indotto il legislatore italiano ad intervenire con la disposizione oggetto del giudizio di legittimità costituzionale».

censurata gli impediva di verificare che vittima di discriminazione fossero gli stessi cittadini greci.

Tuttavia, per quanto si trattasse di una “svista”, il quesito aveva comunque il merito di attirare l’attenzione della Consulta sul profilo evidenziato nella memoria difensiva, aspetto che, altrimenti, sarebbe potuto sfuggire nelle argomentazioni offerte nella decisione. E ciò non rileva tanto da un punto di vista sostanziale, considerato che la Consulta non offriva un’interpretazione su questo aspetto; bensì da un punto di vista processuale, perché è esattamente in funzione della memoria difensiva della parte greca che la Corte affermava di non poter procedere in via di autorimessione. Infatti, nonostante la Regione Seteréa Elláda chiedesse di sollevare questione d’ufficio circa l’esclusione dei cittadini greci da qualsiasi modalità di ristoro⁴², i giudici ritenevano tale profilo «chiaramente fuori dal *thema decidendum*, quale fissato dall’ordinanza di rimessione, e [che] comunque manc[ava] il nesso di pregiudizialità necessaria per giustificare l’autorimessione»⁴³.

La motivazione che portava la Corte a non procedere d’ufficio merita particolare attenzione. Anzitutto, sembra potersi ritenere che la stessa si basasse su due criteri distinti, ovvero l’attinenza dell’ulteriore profilo, non rilevato dal giudice *a quo*, con il *thema decidendum*, e il suo carattere pregiudiziale. Questi due criteri, oltre ad apparire logicamente distinti, venivano menzionati anche come tra essi alternativi, attraverso l’uso della congiunzione «comunque». In altre parole, nel caso di specie, secondo i giudici, non rispettandosi neanche uno dei due criteri appena menzionati, non vi era nessuna chiave di lettura idonea a giustificare un’ordinanza di autorimessione. Ciò non escludeva, però, che l’ulteriore aspetto individuato nella memoria difensiva fosse da considerarsi – almeno potenzialmente – rilevante; detto diversamente, la scelta di non procedere d’ufficio non permetteva di scartare l’ipotesi che la norma censurata fosse da considerarsi illegittima nella parte in cui non ammetteva i cittadini della Regione Steréa Elláda a nessuna modalità di ristoro.

5. Come rilevato già nei primi commenti apparsi in seguito alla pubblicazione della sentenza n. 159 del 2023⁴⁴, era evidente che la questione non si sarebbe

⁴² Come si legge nella sentenza, invero, «stante l’impossibilità di accedere al Fondo da parte della stessa, nonostante l’operatività anche nei propri confronti della regola generale sancita dalla norma censurata dell’impossibilità di iniziare o proseguire procedure esecutive individuali in danno della Repubblica federale tedesca, la Regione Steréa Elláda ha sollecitato questa Corte a rimettere dinanzi a sé, ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost., la relativa questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 43 del d.l. n. 36 del 2022, come convertito».

⁴³ V. punto 19 del considerato in diritto.

⁴⁴ Cfr. D. GRECO, *Ancora su immunità giurisdizionali e gravi violazioni dei diritti umani. La sentenza n. 159/2023 della Corte costituzionale dichiara il Fondo per le vittime del Terzo Reich un rimedio*

conclusa dopo la pronuncia della Corte, e ciò proprio in funzione del profilo non esaminato attraverso un'ordinanza di autorimessione. Infatti, dinanzi alle istanze di estinzione del processo esecutivo da parte della *Deutsche Bahn A.G.* (quindi per la parte dello Stato tedesco), contro i titoli della Regione Seteréa Elláda, la giustizia ordinaria ha assunto una posizione garantista a vantaggio dei cittadini greci. In particolare, distinti giudici di merito hanno ritenuto di poter respingere le richieste tedesche, e quindi dar seguito ai titoli esecutivi provenienti da sentenze pronunciate all'estero, in virtù del fatto che non poteva assicurarsi ai soggetti interessati un rimedio alternativo ed equivalente (al pari, in sostanza, dei cittadini italiani, ammessi a rivalersi sul Fondo)⁴⁵.

In merito all'atteggiamento assunto dai giudici ordinari, però, ciò che risulta interessante evidenziare sono le argomentazioni che gli stessi hanno assunto per poter procedere in questo senso. Nelle rispettive decisioni, infatti, si fa più volte riferimento all'idea che non dichiarare estinti i titoli in possesso dei cittadini greci fosse il risultato di una «interpretazione costituzionalmente orientata» della legge di conversione⁴⁶; più nello specifico, e detto diversamente, le disposizioni in cui la legge dichiarava l'estinzione dei titoli provenienti da sentenze pronunciate all'estero, secondo i giudici di merito, dovevano reinterpretersi alla luce della sentenza n. 159 della Corte costituzionale.

Pertanto, affermando quest'ultima che l'estinzione della tutela giudiziale è legittima fintantoché si riconosca un rimedio equivalente, i giudici di merito ne ricavano la convinzione che, non essendo stato riconosciuto quest'ultimo ai cittadini stranieri, i rispettivi titoli non potevano dichiararsi estinti. In altre parole, partendo proprio dai rilievi della Corte, si è ritenuto di poter interpretare il decreto-legge n. 36 del 2022, così come convertito, nel senso di intendere fatti salvi i titoli esecutivi di coloro a cui non è stato garantito un rimedio alternativo. In questa direzione, l'interpretazione sarebbe da intendersi «costituzionalmente orientata» proprio perché mira a dare attuazione ai principi costituzionali altrimenti violati.

equivalente alla tutela esecutiva, cit., p. 282. Sul punto, si veda anche ID., *Jurisdictional Immunities and Reparation for WWII Crimes: The Impact of the Italian Constitutional Court's Judgement No. 159/2023 on Greek Victims' Claims*, in *Blog of the European Journal of International Law*, 15 agosto 2023.

⁴⁵ Ancor più nello specifico, ciò avveniva, sia in primo che in secondo grado, dinanzi al Tribunale di Roma, il quale confermava la decisione del giudice dell'esecuzione, che appunto respingeva le richieste tedesche. Ci si riferisce alla sentenza n. 13453/2023 del Tribunale di Roma, pubblicata il 22 settembre 2023, poi confermata in appello con sentenza depositata il 27 febbraio 2024.

⁴⁶ In materia di interpretazione costituzionalmente orientata, v. F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014, pp. 1 ss.; ID. *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Giustizia amministrativa*, n. 6, 2006, pp. 1153-1172; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016.

Tuttavia, la lettura fatta valere dai giudici di merito, e che essi stessi hanno definito “costituzionalmente orientata”, appare, in realtà, una forzatura⁴⁷. Infatti, delle disposizioni della legge, causa del *discrimen* rilevato dalla Regione greca, sembra potersi offrire difficilmente una interpretazione distinta da quella letterale⁴⁸. Quella posta in essere, piuttosto che potersi considerare come una «interpretazione costituzionalmente orientata», sembra voler attribuire alla sentenza n. 159 un significato che la Consulta, pur non escludendo espressamente, comunque evitava – consapevolmente – di far emergere.

Quello che, nel corso della trattazione, è stato più volte definito come un cortocircuito, allora, dipende proprio dalla dinamica che si è qui descritta, scaturente dalla scelta della Corte di non procedere d’ufficio e, dall’altra parte, da un’interpretazione, per mano dei giudici ordinari, successivamente investiti della questione, troppo distante dal dato letterale.

Proprio per questo appare possibile chiedersi se la vicenda avrebbe avuto un’evoluzione distinta qualora, invece di forzare l’interpretazione del testo, fosse stata sollevata una nuova questione dinanzi alla Consulta, avendo riguardo alla condizione dei cittadini greci; o, quantomeno, domandarsi se tale opzione avrebbe obbligato la Corte costituzionale a decretarne una conclusione, in un senso o nell’altro⁴⁹.

⁴⁷ Ciò emerge inequivocabilmente all’art. 43 del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, dove si legge «Istituzione del Fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l’umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, *compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani* [corsivo aggiunto] dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l’8 maggio 1945».

⁴⁸ Su questi aspetti, per una riflessione di carattere generale, si rinvia a M. LUCIANI, *L’errore di diritto e l’interpretazione della norma giuridica*, in *Quest. giust.*, n. 3, 2019, pp. 31 ss.

⁴⁹ Ci si domanda, in realtà, non solo quanto la Corte avrebbe potuto stabilire in presenza di un’autorimessione, ma anche cosa potrebbe decidere in futuro. Non è del tutto da escludere che i giudici arrivino a dichiarare l’illegittimità della legge nella parte in cui non ammette anche i cittadini stranieri a rivalersi sul Fondo. In altre parole, ammesso che, anche sulla base della giurisprudenza internazionale, quello delle immunità giurisdizionali sia da considerarsi un limite invalicabile, la Corte avrebbe dovuto – o, chissà, dovrà – attribuire anche agli altri soggetti interessati la possibilità di avvalersi dell’unico rimedio “equivalente” alla tutela giudiziale, per usare le parole della Consulta, ad oggi esistente. D’altra parte, per quanto non si tratti di cittadini italiani, il titolo esecutivo che gli stessi vantano dinanzi alla giustizia italiana è del tutto legittimo (o almeno, tornerebbe ad essere valido in caso di declaratoria di illegittimità della disposizione che ne dichiara l’estinzione). Non vi è dubbio che una posizione di questo tipo potrebbe apparire di eccessiva rottura rispetto ai margini della discrezionalità politica, ma bisogna anche rilevare come le esigenze del bilanciamento dovrebbero ammettere un tale attivismo del giudice costituzionale, soprattutto in presenza – ammesso che si tratti di questo – della violazione di principi fondamentali dell’ordinamento. L’altra via possibile potrebbe essere quella di estendere un monito al legislatore, anche paventando la “minaccia” di un’incostituzionalità differita. Più nello specifico, la Consulta potrebbe concedere al decisore politico un tempo ragionevole per individuare una soluzione rispetto alle ragioni creditorie della Regione greca, soluzione che però, a sua volta, non potrebbe che ricercarsi sul piano delle relazioni internazionali. In altre parole, considerandosi improbabile che possa essere il legislatore ad aprire l’accesso

Vuole qui affermarsi, però, che, se di cortocircuito si tratta, quest'ultimo pare potersi considerare una conseguenza proprio dell'atteggiamento assunto dal giudice delle leggi. Era prevedibile, infatti, che, in seguito alla sentenza n. 159, i cittadini muniti di titoli esecutivi in Italia avrebbero proseguito nelle rispettive azioni legali. Insomma, per quanto la vicenda si caratterizzi per molteplici peculiarità, considerato che le sentenze pronunciate all'estero già godono di un riconoscimento nell'ordinamento italiano – tra l'altro, confermato dalla Corte di cassazione⁵⁰ – non ci si poteva di certo aspettare che gli interessati rinunciassero alle rispettive pretese senza interrogare nuovamente la giustizia di merito. Tenuto conto di questo, e senza dimenticare la circostanza per cui la vicenda si protrae, ormai, da tempo, appare evidente che, procedendo in via di autorimessione, la Consulta avrebbe potuto porre un punto di conclusione, così evitando, tra l'altro, un nuovo ricorso in Cassazione e il rischio di una nuova pronuncia della Corte internazionale di giustizia (la quale, tra l'altro, proprio in attesa che la giustizia italiana trovi una soluzione, ha fatto ricorso a uno strumento del tutto inedito)⁵¹. La domanda, pertanto, è se alla Corte costituzionale, nel caso di specie, fosse realmente precluso sollevare d'ufficio una questione di legittimità circa la condizione dei cittadini greci, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost.

6. La scelta di non sollevare d'ufficio un'ulteriore questione di legittimità è sicuramente frutto di un atteggiamento di prudenza. La Consulta, sostanzialmente,

al Fondo anche ai cittadini stranieri, o che venga posto in essere un ulteriore rimedio equivalente, l'unica opzione percorribile sembra essere quella di trovare un accordo con lo Stato di appartenenza dei creditori sprovvisti di tutela, la Grecia, appunto. Il solo dato certo è che una soluzione dovrà pur rinvenirsi, e l'unica sede adeguata in tal senso sembra essere quella del sindacato di legittimità. E nonostante gli scenari qui rappresentati possano risultare di complessa conformazione, sembrano comunque più probabili rispetto a un'ultima ipotesi – del tutto da escludere, più che altro perché già tentata, senza successo, in passato – che è quella del superamento della regola consuetudinaria posta alla base dell'intera questione. Insomma, per quanto il riconoscimento delle immunità della Germania si rifletta sulla coerenza dell'ordinamento interno, generando dei contrasti con i principi costituzionali, è ormai inevitabile che una soluzione vada rintracciata al di fuori di una consuetudine a cui la Corte internazionale di giustizia – tra l'altro, già nuovamente interpellata dallo Stato tedesco – condannerebbe, di nuovo, al rispetto.

⁵⁰ Come evidenziato dalla Regione Stérea Elláda nella relativa memoria difensiva, infatti, il titolo esecutivo da essa vantato veniva delibato positivamente dalla Corte di cassazione.

⁵¹ Più nello specifico, un aspetto di grande rilevanza, e che dimostra ulteriormente come, nel caso di specie, abbia preso forma un vero e proprio cortocircuito, è che, sulla base delle evoluzioni della giustizia italiana, al momento, è stato sospeso il giudizio dinanzi alla Corte internazionale di giustizia. Ciò costituisce, infatti, un inedito assoluto, considerato che la Corte, normalmente, prolunga i tempi del procedimento esclusivamente per favorire il deposito delle memorie, e ciò vale come forma di sospensione. La sospensione veniva disposta con un'ordinanza depositata il 17 dicembre del 2024, consultabile a questo link: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/183/183-20241217-ord-01-00-en.pdf>.

sembra aver voluto evitare di porsi in una posizione scomoda, cioè quella di dover decidere su una materia politicamente complessa, anche valutandone le ripercussioni a livello internazionale. E ciò vale soprattutto alla luce di un'idea, e cioè il fatto che, se avesse adottato un'ordinanza di autorimessione, la Corte lo avrebbe fatto, probabilmente, al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge di conversione, almeno nella parte in cui non riconosceva nessun rimedio ai cittadini greci.

Questa considerazione non poggia tanto sul "dato costituzionale" – cioè la potenziale incompatibilità della norma con gli artt. 3 e 24 Cost., non conoscendosi la posizione della Consulta sul punto – ma su un dato, per così dire, statistico: e cioè il fatto che, quando procede d'ufficio, la Corte dichiara – quasi sempre – l'incostituzionalità della disposizione oggetto di autorimessione⁵². Insomma, tendenzialmente, quest'ultima è una strada che la Consulta intraprende quando ha già deciso⁵³.

A ciò fa da contraltare un'altra considerazione, e cioè il fatto che, dinanzi ai rilievi della Regione Steréa Elláda, la Corte si interrogava esclusivamente sulla possibilità di sollevare d'ufficio l'ulteriore questione. In altre parole, se lo avesse ritenuto tale, avrebbe potuto dichiarare infondato il "dubbio" relativo alla condizione dei cittadini greci, poggiando proprio su questo la scelta di non adottare un'ordinanza di autorimessione ed evitando che la vicenda potesse avere ulteriori evoluzioni. Ragionando *a contrario*, allora, i giudici, seppur implicitamente, sembrano non ritenere infondato il quesito posto nella memoria difensiva; tuttavia, potendo evitare di prenderlo in considerazione, hanno preferito procedere in tal senso.

La motivazione a tale scelta, però, non è del tutto convincente, o meglio, non sembra coerente con recenti posizioni assunte dalla Consulta per adottare ordinanze di autorimessione. Più nello specifico, come già rilevato in precedenza, i motivi di questa scelta sono due, e cioè la circostanza per cui la condizione dei cittadini muniti di titoli provenienti da sentenze pronunciate all'estero si ponesse «chiaramente fuori dal *thema decidendum*, quale fissato dall'ordinanza di

⁵² Come afferma C. LUZZI, *Versatilità, e insidie, della lege n. 87/1953 per la "Corte giudice a quo"*, op. cit., p. 175, «una volta riconosciuta, infatti, la speciale rilevanza della questione "incidentale" per il giudizio "principale" la Corte costituzionale la solleva dinanzi a se medesima, sospendendo il processo con un'ordinanza deliberatoria della non manifesta infondatezza e decidendo della costituzionalità della stessa (solitamente con una pronuncia d'accoglimento) in una successiva udienza, nella maggior parte dei casi contestuale alla risoluzione della questione "principale"».

⁵³ Per quanto, come rilevato da R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino, 1999, p. 149, non corrisponde a un esito scontato il fatto che la Corte accolga la questione oggetto di autorimessione. Si tratta, infatti, di una regola che conosce alcune eccezioni, come dimostrato dalle sentenze nn. 128/1983 e 284/1986, entrambe pronunce di rigetto che facevano seguito, la prima, all'ordinanza di autorimessione nn. 136/1982 e, la seconda, all'ordinanza iscritta al R.O. n. 907/1983.

rimessione», e l'ulteriore circostanza per cui «comunque manc[ava] il nesso di pregiudizialità necessaria per giustificare l'autorimessione»⁵⁴.

Si prendano le mosse dal secondo criterio richiamato, cioè quello del nesso di pregiudizialità. Quest'ultimo sembra costituire il principale fondamento delle ordinanze di autorimessione adottate, in passato, dalla Corte, che ha talvolta affermato di poter ampliare l'oggetto del suo giudizio in funzione di «un evidente rapporto di continenza e di presupposizione tra la questione specifica dedotta dal giudice rimettente e la questione di costituzionalità nascente dai dubbi di costituzionalità», in capo alla medesima Consulta, «circa la normativa più generale, sicché la risoluzione della seconda è logicamente pregiudiziale alla risoluzione della prima»⁵⁵. Effettivamente, nel caso di specie, un nesso di questo tipo non vi era, nel senso che la Corte poteva assumere una decisione, basandosi sull'ordinanza del giudice *a quo*, senza doversi necessariamente pronunciare sugli ulteriori profili, che non erano, appunto, da considerarsi propedeutici⁵⁶.

Bisogna anche rilevare, però, come il concetto di pregiudizialità, nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale, vada forse letto alla luce di elementi di carattere non solo strettamente processuale. Infatti, per quanto da un punto di vista logico, tra le due questioni non si ponesse un nesso tale da impedire alla Corte di decidere su una questione senza prendere in considerazione l'altra, è anche vero che lasciare in sospeso un potenziale profilo di illegittimità – a prescindere dal giudizio che se ne dia – rischia di compromettere la tenuta dell'intero impianto legislativo, anche a svantaggio, cioè, di quelle situazioni che sembrerebbero fatte salve dalla pronuncia della Corte. Di fatto, il Fondo ristori, sino ad ora, sta faticando a funzionare correttamente, e la vicenda della Regione greca – per quanto non ne costituisca la principale causa⁵⁷ – sta in qualche modo generando una situazione

⁵⁴ V. punto 19 del considerato in diritto.

⁵⁵ Così si legge nell'ordinanza n. 183 del 1996.

⁵⁶ Questo criterio lascia emergere non poche perplessità poiché, per quanto, da un punto di vista processuale, non vi sia dubbio che si caratterizzi per una certa logicità, bisogna anche rilevare come quest'ultima venga meno nella specifica cornice del sindacato di legittimità. Infatti, nella misura in cui i giudici ritengano di non potersi pronunciare sulla questione così come formulata dall'ordinanza di rimessione, poiché essa è strettamente collegata ad altra questione, da considerarsi pregiudiziale, ci si domanda fino a che punto, in questi casi, possa considerarsi conforme al requisito della rilevanza quanto posto dal giudice ordinario. Paradossalmente, quindi, ci si trova dinanzi a casi in cui possono sorgere criticità non tanto – o non solo – rispetto alla corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ma anche in presenza del venir meno di un ulteriore elemento che dovrebbe caratterizzare l'ordinanza del giudice *a quo*, ovvero la rilevanza della questione. Su questi aspetti, in generale, si rinvia a F. DAL CANTO, *La parabola della rilevanza-pregiudizialità*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*, Torino, 2020, pp. 93 ss.

⁵⁷ Che invece sembra potersi ricondurre alla sua "capienza", elemento che comunque si pone in contraddizione con la lettura della Corte costituzionale circa la possibilità di ritenere il Fondo idoneo ad offrire un ristoro integrale e in tempi certi.

di incertezza anche in capo ai cittadini italiani relativamente alla possibilità di godere del rispettivo diritto. Posta in questi termini, è complesso comprendere, quindi, se realmente non vi fosse un nesso di pregiudizialità⁵⁸.

In ogni caso, emerge come il ruolo di quest'ultimo, nelle ordinanze di autorimessione, sia andato sbiadendo, col tempo. Pur facendovi sempre riferimento, infatti, è stato evidenziato come si faccia sempre più spesso «fatica a vedere il rapporto di pregiudizialità»⁵⁹ tra la questione sollevata dal giudice *a quo* e quella sollevata d'ufficio dalla Consulta. E ciò è avvenuto, almeno apparentemente, a vantaggio dell'altro criterio, richiamato per primo nelle argomentazioni della sentenza, e che pure sembra rievocare una modalità adoperata dalla Consulta, in altre occasioni, in ordinanze di autorimessione.

Si fa riferimento a quello che potrebbe definirsi un criterio “sistematico”, cioè l'idea per cui, al momento di pronunciare una sentenza, la Consulta non potrebbe non tener conto degli effetti, più ampi, che la stessa produrrà all'interno dell'ordinamento giuridico. Si tratta dei casi, invero, in cui la Corte afferma che «il modo in cui occasionalmente sono poste le questioni incidentali di legittimità costituzionale non può impedire al giudice delle leggi l'esame pieno del sistema nel quale le norme denunciate sono inserite»⁶⁰. Insomma, l'idea è che quando, sempre ricollegandosi al *thema decidendum*, la Consulta individua profili non rilevati dal giudice *a quo*, su questi dovrebbe decidersi proprio per evitare di restituire all'ordinamento un quadro viziato da possibili profili di incostituzionalità.

Detto diversamente, al momento di assumere una decisione, appare complesso ammettere che il supremo interprete della Legge fondamentale, constatata una violazione del testo, possa non tener conto degli effetti sistemici, più ampi, della futura pronuncia. D'altronde, se è vero che il criterio offerto dalla sentenza n. 159 è quello per cui solo in presenza di un rimedio equivalente possa porsi un limite all'art. 24 Cost., non procedendo in autorimessione, la Consulta sembra contraddirsi proprio nella delineazione di tale criterio, negando alla parte greca – che,

⁵⁸ G. MONACO, *Pregiudizialità logica della questione che la Corte solleva innanzi a sé. Osservazioni sull'ord. 94 del 2022 della Consulta*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2022, pp. 228 ss., dove si osserva come, in molti casi presi in considerazione nello scritto, «la caratteristica comune è la prospettazione di una questione più ampia, che la Corte ritiene legata da un rapporto di continenza e presupposizione rispetto a quella originaria e che coinvolge dunque una disciplina di carattere più generale», tutte vicende, però, in cui la Corte ha scelto «di non fermarsi» alla questione come delineata nell'ordinanza *a quo*.

⁵⁹ Si rinvia a quanto osservato da R. ROMBOLI, in *Foro italiano*, n. 6, 2021, 1951 ss., relativamente all'ordinanza n. 18 del 2021.

⁶⁰ Così si legge nell'ordinanza n. 183 del 1996. Nello stesso senso, si vedano anche la sentenza n. 179 del 1976 e le ordinanze n. 230 del 1975 e n. 100 del 1970.

giova ribadirlo, godeva di un titolo esecutivo in Italia – l'irrinunciabile garanzia di un «diritto al giudice», per usare le stesse parole della sentenza.

Ebbene, dinanzi a situazioni di questo tipo, ovvero quando una pronuncia di costituzionalità può potenzialmente dare luogo a scenari incoerenti o irragionevoli, nella più complessa architettura dell'ordinamento, non mancano casi in cui la Corte ha dato dimostrazione di una sua capacità creativa in quanto alla configurazione del suo stesso strumentario⁶¹, anche al fine di modulare in chiave inedita gli effetti delle sue decisioni⁶². L'autorimessione rientra tra questi strumenti e, a ben vedere, se ne è fatto utilizzo anche in funzione di una lettura distinta dei criteri che, nel caso di specie, i giudici indicavano; in particolare, dalla lettura di un'altra recente pronuncia, si ritiene che la Corte abbia assunto le vesti di giudice *a quo* anche con lo scopo di offrire copertura costituzionale a una serie di situazioni ulteriori rispetto a quelle individuate dal giudice rimettente⁶³.

⁶¹ Si pensi, in particolare, al ricorso alle sentenze monitorie o alle declaratorie di illegittimità differita. Come si proverà a spiegare meglio *infra*, infatti, la Consulta, pur evitando di rintracciare autonomamente una soluzione al caso di specie, imponendola al legislatore, avrebbe potuto quantomeno sollecitare quest'ultimo a provvedere al fine di conformare un quadro legislativo conforme al dettato costituzionale. Su questi aspetti, di particolare interesse è la letteratura in materia di fine vita e legata alla c.d. "ordinanza Cappato". In particolare, si legga F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, Intervento al Seminario su *Dopo l'ord. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, Bologna 27 maggio 2019, in *forumcostituzionale.it*; F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2018, pp. 153 ss.; P. BRILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità e fine vita*, in *federalismi.it*, n. 5, 2019, pp. 9 ss.; ID., *Dignità umana e fine vita in Europa*, in *Diritto costituzionale in trasformazione – Libera amicorum per Paquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 7 gennaio 2020, pp. 97 ss.; G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016, 1ss; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, pp. 1ss.

⁶² Per esempio, con riguardo agli effetti nel tempo delle sue pronunce. Su tutti, si rinvia a M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della consulta, il 23 e 24 novembre 1988)*, Milano, 1989, pp. 104 ss.; C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, *ivi*, pp. 39 ss.

⁶³ In altre parole, pur senza un chiaro nesso di pregiudizialità, per quanto menzionato dalla Corte; o comunque, in funzione di una specifica lettura del nesso di pregiudizialità, su cui ci si soffermerà nel successivo paragrafo 7. Ci si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022, in materia di regole sull'attribuzione del cognome. Nel caso di specie, il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 262 cc., nella misura in cui impediva ai genitori di attribuire ai figli, di comune accordo, il solo cognome della madre. La Consulta, allora, con ordinanza n. 18 del 2021, decideva di estendere il *petitum*, ritenendo fosse strettamente legata alla prima questione anche un ulteriore dubbio di legittimità costituzionale, della medesima disposizione del codice civile, «nella parte in cui, in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone l'attribuzione alla

Sulla base di questi elementi, pertanto, non si è del tutto certi che la Corte costituzionale, nel caso in oggetto, non potesse ampliare il *thema decidendum* al fine di garantire la compatibilità con la Carta del più ampio quadro normativo. E ciò soprattutto nella consapevolezza che, in seguito, sulla base delle situazioni soggettive rimaste prive di tutela, si sarebbero rese necessarie ulteriori – e imprevedibili – evoluzioni giurisprudenziali. E ciò anche a danno dello Stato tedesco, che la norma impugnata, e fatta salva dalla Corte anche per onorare gli accordi internazionali esistenti, mira a tutelare.

In questa direzione, emerge anche un altro aspetto, e cioè come, al momento di valutare l'opportunità di procedere d'ufficio, la Consulta avrebbe forse potuto tener conto anche di un ulteriore criterio. Ci si riferisce al principio della ragionevole durata dei processi⁶⁴, ex art. 111 Cost., e al fatto che la Corte avrebbe potuto – e, al di là del caso in esame, potrebbe, in generale – considerare l'inevitabile prolungamento della vicenda processuale, che, come è stato già indicato, al momento coinvolge la giurisdizione sia nazionale che internazionale. E tener conto di ciò, tra l'altro, alla luce di un'altra consapevolezza, e cioè l'idea per cui proprio il sindacato di costituzionalità era – e, in realtà, continua ad essere – l'unica sede idonea alla individuazione di una soluzione al caso in oggetto. D'altronde, ad oggi, è difficile immaginare una conclusione che non includa un nuovo intervento

nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi». Nel caso di specie, i giudici giustificavano la scelta di procedere in via di autorimessione sulla base di un presunto nesso di pregiudizialità, che tuttavia, come evidenziato da alcuni, non era agevole da rintracciare. La Corte, infatti, avrebbe potuto decidere sulla base dell'ordinanza del giudice *a quo* senza la necessità di pronunciarsi sull'ulteriore questione sollevata d'ufficio. In questo senso, cfr. G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, op. cit., p. 167, dove si legge che «[l]a decisione risponde piuttosto alla volontà della Corte di manipolare il testo della disposizione contestata in modo diverso da come proposto, così da consentire l'attribuzione del cognome materno anche nell'ipotesi in cui non si raggiunga alcun accordo tra i due genitori e, quindi, alla volontà di impedire la sopravvivenza di norme illegittime». Sul punto, si vedano anche R. ROMBOLI, in *Foro italiano*, n. 6, 2021, pp. 1951 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Forza e limiti dell'autorimessione della questione di costituzionalità (A proposito della ord. n. 18/2021)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2021, p. 414; C. INGENITO, *Una nuova occasione per superare "l'anche" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 11, 2021, p. 57; E. FRONTONI, *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2020, pp. 276 ss.; E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in *Nomos*, n. 1, 2021, pp. 1 ss. Su questo tema, più in generale, si veda anche A. PAPA, *Il "mosaico della famiglia" tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2015. Infine, si consenta un rinvio a G. PALOMBINO, *Si scrive identità personale, si legge identità familiare: l'attribuzione del cognome in Italia e in Spagna, tra falsi miti e alcune certezze*, in *DPCE*, n. 3, 2023, pp. 831-874.

⁶⁴ Per alcuni rilievi critici, per una lettura di questo principio attraverso la lente della Corte, si rinvia a A.M. NICO, *La Corte costituzionale con la sentenza n. 88 del 2018 chiude la questione della proponibilità nel corso del giudizio della domanda di indennizzo per la ragionevole durata del processo*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2018, pp. 535 ss.

della Consulta; detto diversamente, un nuovo, chissà conclusivo, episodio di una “saga” particolarmente longeva.

7. I dubbi relativi all’atteggiamento assunto dalla Corte costituzionale, attraverso la sentenza n. 159 del 2023, presentano evidenti profili di complessità in quanto legati alla riflessione relativa a uno strumento, l’ordinanza di autorimessione, che da tempo suscita l’interesse – e le perplessità⁶⁵ – della dottrina. Le preoccupazioni espresse al riguardo dalla giuspubblicistica, come è noto, sono riconducibili alla circostanza per cui l’assunzione delle vesti di giudice *a quo*, da parte della Consulta, sembrerebbe mettere in discussione il rispetto di un principio, quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che «bene assolve alla funzione di circoscrivere a quanto strettamente necessario il potere della Corte di provocare la caducazione di leggi o norme di legge»⁶⁶. Come rilevato da alcuni, d’altronde, in assenza di tale principio il giudice costituzionale godrebbe di un potere «indeterminato nella sua estensione e quindi sterminato»⁶⁷.

Tuttavia, pur tenendo ferme queste considerazioni, il presente contributo non muove nella direzione di offrire dei rilievi critici – o almeno, non “in assoluto” – circa la possibilità che la Consulta possa ricorrere a ordinanze di autorimessione per ampliare il *thema decidendum*, così come configurato in via incidentale. D’altronde, le riflessioni prendono spunto da una decisione in cui si ritiene che proprio la scelta di non procedere d’ufficio abbia innescato un vero e proprio cortocircuito⁶⁸.

Sembra potersi affermare, infatti, che lo strumento in oggetto possa talvolta contribuire a ridisegnare i poteri della Consulta in modo tale da ridurre la distanza delle sue pronunce con il più complesso sistema normativo cui si rivolgono⁶⁹.

⁶⁵ In questo senso, si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, pp. 251 ss..

⁶⁶ Così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 378-379.

⁶⁷ F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pp. 964 ss.

⁶⁸ Di cui, giova comunque evidenziarlo, la Consulta è stata la principale, ma non unica, protagonista. In prima battuta, ciò è dipeso dal giudice che scorgeva un profilo di illegittimità esclusivamente per aver tralasciato la lettura (di questo si trattava) della legge di conversione; a ciò seguiva l’intervento della Corte costituzionale, che, pur interrogandosi sulla possibilità di sollevare d’ufficio questione di legittimità della norma impugnata, nella parte in cui, sostanzialmente, potrebbe negare un diritto, restituiva all’ordinamento una composizione instabile, nella consapevolezza delle future ripercussioni di tale scelta; infine, ancora, i giudici di merito, che, anziché interrogare nuovamente la Consulta, hanno ritenuto di poter interpretare una legge, in senso costituzionalmente orientato, laddove il significato letterale della stessa pareva l’unico possibile.

⁶⁹ Anche a fronte, talvolta, della «irrecuperabile assenza» del legislatore, come sostiene G. ZAGREBELSKY, *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale. Un’introduzione*, in *Diritto*

Questa idea, tra l'altro, non è totalmente assente nelle norme sul funzionamento della Corte, anzi, lo stesso art. 27, cui è riconducibile il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, afferma anche che la Consulta è chiamata a dichiarare «quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata»; circostanza, quest'ultima, che, pur se distinta da quella che caratterizza i casi in cui i giudici decidano di sollevare d'ufficio un'ulteriore questione, comunque permette di evidenziare come l'ordinamento, in un certo senso, richieda che il sindacato di legittimità si svolga tenendo conto della sua più ampia architettura normativa⁷⁰.

Le ordinanze di autorimessione, tra l'altro, sembrano talvolta voler offrire dei «correttivi» a precisi meccanismi o dinamiche del giudizio sulle leggi, avendo riguardo sia al dialogo tra Corte e giudici ordinari, sia a quello tra Corte e legislatore. Nel primo caso, si fa riferimento alle modalità di accesso al sindacato di legittimità e, in particolare, si pensi al dibattito relativo alla mancata previsione, nell'ordinamento costituzionale italiano, di un accesso «diretto» alla Consulta⁷¹. Le ordinanze di autorimessione, infatti, sottraendo protagonismo al filtro del giudice ordinario, riproducono, in qualche modo, quell'esigenza di «immediatezza» del giudizio sulle leggi che un accesso diretto sembrerebbe favorire⁷²; e ciò vale ancor di più quando, come nel caso della sentenza n. 159, il sollevamento della questione d'ufficio è richiesto dai medesimi soggetti interessati⁷³. Per quanto riguarda, invece, il dialogo con il legislatore, l'autorimessione può costituire un

e società, n. 4/2019, 545 ss. relativamente al rispetto delle regole processuali da parte del giudice costituzionale.

⁷⁰ Non è un caso, d'altronde, che anche avendo riguardo alla illegittimità conseguenziale la dottrina avvisa come, talvolta, possano sorgere dubbi relativamente all'allargamento del *thema decidendum* ad opera della Consulta. In particolare, si veda F. DAL CANTO, *L'atto introduttivo dei processi costituzionali a settant'anni dalla legge n. 87/1953*, cit., p. 221, dove si fa riferimento «alla progressiva dilatazione dell'utilizzo dell'illegittimità conseguenziale, ben al di là di quel rapporto di "derivazione conseguenziale" previsto dalla legge n. 87/1953, e in particolare alla sensibile crescita delle pronunce di accoglimento che, in ragione di una medesima *ratio decidendi*, vanno a colpire disposizioni soltanto simili o analoghe rispetto a quelle impugnate nell'atto introduttivo».

⁷¹ In generale, cfr. J. LUTHER, *Il rinnovato interesse italiano per la Verfassungsbeschwerde*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2015, p. 96; P. Häberle (trad. di A. D'ATENA) *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000, p. 43.

⁷² Su questi aspetti, si rinvia a C. MASCIOTTA, *Il ricorso "diretto" a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018, il quale permette di riflettere su come l'assenza di un ricorso diretto alla Corte costituzionale, a fronte di un ricorso diretto alla Corte EDU in deroga al previo esaurimento dei rimedi interni, potrebbe dare luogo a una marginalizzazione del giudice costituzionale.

⁷³ La memoria difensiva depositata dalla Regione greca, in effetti, tentava di dare luogo a una sorta di accesso diretto.

efficace “antidoto” all’inerzia del Parlamento⁷⁴, talvolta facendo addirittura seguito al mancato “recepimento” di pronunce di monito (che sembra essere il caso dell’ordinanza n. 18 del 2021)⁷⁵.

I rischi che potrebbero discendere da una prassi di questo tipo, allora, non dipendono tanto dalla possibilità che la Corte agisca come giudice *a quo*, anche considerato che si tratta di una prassi ormai sufficientemente consolidata; al contrario, tali rischi dipendono dall’assenza di criteri omogenei circa la possibilità della Consulta di sollevare d’ufficio questioni di legittimità attraverso ordinanze di autorimessione⁷⁶. Che, si badi bene, è la stessa Corte, ormai, a definire tali, a dimostrazione, cioè, di come si tratti di un meccanismo acquisito allo strumentario dei giudici⁷⁷.

Proprio ciò, d’altronde, porta a considerare come l’assenza di criteri omogenei non sia altro che la conseguenza inevitabile del fatto che lo strumento in esame abbia preso forma attraverso la medesima giurisprudenza costituzionale; e proprio questa

⁷⁴ Relativamente all’interazione tra pronunce di monito e ordinanze di autorimessione, anche tenuto conto della modulazione degli effetti delle decisioni della Corte sotto il profilo temporale, si rinvia a M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953*, in *Diritto e società*, n. 1, 2023, in particolare pp. 21-28.

⁷⁵ Per quanto la Corte sia giunta a rivedere le regole sull’attribuzione del cognome solo con la sentenza n. 131 del 2022, è noto come i primi ricorsi volti ad ottenere questo risultato risalgono agli anni Ottanta. Ebbene, per quanto la Consulta abbia più volte espresso l’idea che la materia corrispondesse a una opzione di politica legislativa, pertanto riservata alla discrezionalità del Parlamento, non sono mancati moniti al legislatore, come nella sentenza n. 61 del 2006, quando affermava che «non può non rimarcarsi che l’attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell’ordinamento e con il valore costituzionale dell’uguaglianza tra uomo e donna». Dinanzi all’inerzia del legislatore e una condanna della Corte EDU, si ricordi che la Corte costituzionale giungeva poi a rivedere, ma solo in parte, i meccanismi di attribuzione del cognome già con la sentenza n. 286 del 2016.

⁷⁶ In generale, di veda ancora B. CARAVITA, *Appunti in tema di «Corte giudice a quo» (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, op. cit., pp. 292 ss.

⁷⁷ Come si legge in C. LUZZI, *Versatilità, e insidie, della legge n. 87/1953 per la «Corte giudice a quo»*, cit., p. 174, nota n. 2, «[a] partire dall’ordinanza n. 22 del 1960, [...] la Corte costituzionale ha sollevato dinanzi a se stessa questione di costituzionalità in quasi trenta occasioni; sebbene i casi prevalenti di autorimessione si registrino in sede di giudizio in via incidentale (ordinanze nn. 73/1965, 100/1970, 230/1975, 95/1980, 175/1981, 136/1982, 258/1982, 315/1983, ordinanza iscritta al R.O. con il n. 907/1983, ordinanze nn. 179/1984, 378/1992, 294/1993, 225/1995, 297/1995, 183/1996, 197/1996, 18/2021, 94/2022) la Corte ha agito come giudice a quo anche in sede di conflitto tra enti (ordinanze nn. 22/1960, 57/1961, 130/1968, 181/1971, 101/1972, 38/1976; 42/2001); di conflitto tra poteri dello Stato (ordinanza iscritta nel R.O. con il n. 424/1974, e ordinanza n. 44/1978), di giudizio penale (ordinanza iscritta al R.O. con il n. 248/1977); nonché, da ultimo, nel corso di un giudizio in via principale (ordinanza n. 114/2014) durante il quale ha dubitato della legittimità costituzionale di parte dell’articolo 31, secondo comma, della legge n. 87/1953. Non si registrano, invece, ordinanze di autorimessione sollevate in caso di giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, in ragione della difficoltà della Corte in tale sede a individuare l’esistenza di un nesso di pregiudizialità tra l’eventuale questione “incidentale” e quella “principale” di valutazione circa l’ammissibilità del quesito referendario».

circostanza, in realtà, costituisce un punto cruciale della questione, poiché risulta complesso comprendere fino a che punto sia ammissibile continuare ad affidare alla prassi la delimitazione dei contorni dell'autorimessione. I rischi della configurazione di uno strumento inedito, come quello in oggetto, infatti, sembrano materializzarsi principalmente nel momento in cui si assiste a un atteggiamento variabile della Consulta circa l'opportunità, di volta in volta, di procedere d'ufficio al sollevamento di un'ulteriore questione di legittimità. La sentenza n. 159, letta contestualizzandola nella più articolata vicenda cui ha riguardo, e tenendo conto dei successivi sviluppi che ha contribuito a determinare, è un buon esempio di ciò.

La creazione di uno strumento, in fondo, genera un'aspettativa da parte di coloro che tentano di ricevere forme di garanzia da parte della Consulta, e di fatto, nel caso di specie, come già sottolineato, erano i cittadini greci a chiedere l'autorimessione. Tuttavia, constatare che il giudice delle leggi possa, *case by case*, ampliare e restringere i criteri di accesso a tale meccanismo rischia di creare una condizione di grande incertezza⁷⁸.

È pur vero che, trattandosi di uno strumento che trova origine nella prassi, è probabile che anche una soluzione a questa criticità – ammesso che possa rinvenirsi – debba prendere forma per mano della Corte. Tuttavia, e comunque tenendo conto di come quest'ultima abbia sempre dimostrato – e continuerà a dimostrare – certa capacità creativa al momento di modulare in maniera inedita gli effetti delle sue decisioni⁷⁹, non è da escludersi la necessità di riflettere su una riformulazione dei principi e delle regole con cui lo strumento dell'autorimessione sembrerebbe poter entrare in contrasto.

La prassi della giurisprudenza costituzionale a cui si fa riferimento, infatti, permette di rilevare, almeno in alcuni casi, un certo grado di “insofferenza”⁸⁰ del giudice delle leggi rispetto all'obbligo di attenersi ai confini del *petitum*, così come tracciato dal giudice *a quo*, condizione che, di fatto, si è tradotta nella ricerca – e relativa messa in pratica – di eccezioni al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Di conseguenza, alla luce di una prassi che si osserva da tempo e dei rischi legati all'assenza di un criterio certo, ci si domanda perché non rivedere il perimetro di tale principio, definendo i parametri a cui la Corte dovrebbe

⁷⁸ Sul punto, per quanto se ne occupi in una prospettiva distinta, si veda ancora Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, op. cit. Su questi aspetti, in generale, si veda M. GALDI, *Contributo allo studio dell'interesse a rilevanza costituzionale*, Salerno, 2003.

⁷⁹ In generale, cfr. N. ZANON, “Stagioni creative” della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti), in *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 2020, pp. 381-392.

⁸⁰ Si rinvia ancora alle riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale. Un'introduzione*, in *Diritto e società*, n. 4/2019, pp. 545 ss.

attenersi per stabilire quando poter procedere in via di autorimessione. D'altronde, proprio considerato che, al di là delle preoccupazioni della giuspubblicistica, questo meccanismo continua a trovare applicazione nella giurisprudenza costituzionale, tanto varrebbe, appunto, definirne i criteri, non solo per fondarne il ricorso, ma soprattutto per limitarlo o comunque razionalizzarlo.

Per ragionare in questi termini, come rilevato da autorevole dottrina, potrebbe addirittura mettersi in discussione l'idea per cui il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato vanta un legame intrinseco con il giudizio sulle leggi, considerato che se l'art. 27 della legge n. 87 del 1953 non vi facesse riferimento, tale principio ben potrebbe, chissà, non trovare cittadinanza nell'ambito del sindacato di legittimità⁸¹; in altre parole, un superamento o una distinta composizione dell'inciso «nei limiti dell'impugnazione» non metterebbe in crisi la più complessa architettura del processo costituzionale, visto che quest'ultimo si caratterizza per elementi chiaramente distinti da quelli che reggono i giudizi propriamente «dominati dall'impulso di parte»⁸², per i quali la corrispondenza tra chiesto e pronunciato pare corrispondere, al contrario, a un principio intrinseco⁸³.

Tra l'altro, come già rilevato, è lo stesso art. 27 delle norme sul funzionamento della Corte che, al momento di introdurre il concetto dell'«illegittimità consequenziale»⁸⁴, sembra poter dettare le basi per ammettere l'operatività del criterio prima definito *sistematico*, cioè quello diretto a legittimare il ricorso all'autorimessione in funzione del più ampio quadro normativo in cui è destinata ad operare la

⁸¹ Il riferimento è a V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. II, L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, cit., p. 378, dove si legge come «poiché tale principio [della corrispondenza tra chiesto e pronunciato] più particolarmente caratterizza i procedimenti dominati dall'impulso di parte (giudizi civili e giudizi davanti agli organi della giurisdizione amministrativa), e poiché dinanzi alla Corte, nei giudizi sulle leggi, parti in senso sostanziale vi sono soltanto in quelli promossi in via di azione, né – a stretto rigore – in quelli incidentali esiste un atto qualificabile come «domanda» giudiziale [...] sarebbe stato fors'anche possibile – in astratto – dubitare dell'applicabilità (o dei limiti di applicabilità) del detto principio ai giudizi sulle leggi. Ma ogni ragione di dubbio è superata da quanto esplicitamente dispone, nel suo primo periodo, l'art. 27 della legge n. 87 [...]».

⁸² Ancora V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.* Per ragionare in questi termini, cfr. F. DAL CANTO, *L'atto introduttivo dei processi costituzionali a settant'anni dalla legge n. 87/1953*, cit., p. 200, il quale evidenzia che, a differenza di quello in via principale, «il giudizio in via incidentale potrebbe essere assimilato a un giudizio di diritto obiettivo (tradizionalmente, «senza parti» o a parti eventuali)».

⁸³ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 112 c.p.c., in base al quale «il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti». Su questi temi, cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1963.

⁸⁴ In materia, si veda A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettiva tutela*, Soveria Mannelli, 2008; R. ROMBOLI, *Illegittimità costituzionale consequenziale e formazione «giurisprudenziale» delle disposizioni processuali*, in *Giur. cost.*, 1992, III, pp. 4368 ss.

decisione della Consulta⁸⁵. Inoltre, tenendo conto di questa idea di “sistematicità”, e quindi sempre in funzione della seconda parte dell’art. 27, dovrebbe forse tentarsi una maggiore razionalizzazione anche dell’altro criterio che emerge dalla giurisprudenza della Corte, ovvero quello della pregiudizialità.

Per quanto quest’ultimo possa sembrare maggiormente idoneo a giustificare l’assunzione delle vesti di giudice *a quo*, in realtà, ciò dovrebbe valere solo nei casi in cui il nesso di pregiudizialità non possa essere originariamente individuato dal giudice rimettente, ma emerga, appunto, da una valutazione della Consulta a fronte del più ampio quadro normativo; in altre parole, a giustificare l’autorimessione non dovrebbe essere la pregiudizialità dell’ulteriore questione rispetto al caso in concreto, come si presenta dinanzi al giudice di merito, bensì rispetto al ragionamento della Consulta. Quest’ultima, infatti, essendo chiamata a tener conto del sistema giuridico nel suo complesso, potrebbe, talvolta, ritenere necessario pronunciarsi su un profilo ulteriore di legittimità – e quindi rilevarlo d’ufficio – poiché, in virtù del principio che prevede di applicare rispetto alla questione principale, sarebbe illogico lasciare “in vita” disposizioni legislative comunque attinenti al *thema decidendum* e in contrasto con tale principio (che, in qualche modo, è una modulazione alternativa dell’«incostituzionalità consequenziale»). In effetti, quanto appena descritto pare corrispondere a ciò che avveniva nel caso dell’ordinanza n. 18 del 2021, laddove la questione ritenuta dalla Consulta pregiudiziale non era tale all’interno del processo *a quo*, bensì lo era tenendo conto del quadro normativo nel suo complesso; argomentazione che, invece, non trovava spazio nella sentenza n. 159 del 2023, dove la Corte, non procedendo in autorimessione, promuoveva un’applicazione solo parziale del principio ritenuto idoneo a dichiarare la legittimità del Fondo ristori⁸⁶.

⁸⁵ Per quanto «[i]l dubbio di costituzionalità, infatti, sorg[ia] nel momento in cui la regola deve essere applicata a un particolare giudizio», tale «[c]ircostanza [...] convive con il fatto che la decisione della Corte non è poi incentrata sul caso ma, a partire da quello, guarda all’ordinamento nella sua generalità, temperandosi così l’esigenza di tutela delle situazioni soggettive concrete con la salvaguardia della legittimità dell’ordinamento giuridico», cit. F. DAL CANTO, *L’atto introduttivo dei processi costituzionali a settant’anni dalla legge n. 87/1953*, cit., p. 173. Su questi temi, v. anche G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017; M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018; *ivi*, S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, pp. 359 ss.; A.M. NICO, *L’accesso e l’incidentalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2020, pp. 163 ss.; M. TROISI, *Incidentalità e giudici a quibus*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2020, pp. 180 ss.

⁸⁶ Ovvero, come già evidenziato, l’idea per cui l’istituzione del Fondo non si ponga in contrasto con l’art. 24 Cost. nella misura in cui lo stesso sia da considerarsi un rimedio equivalente alla tutela giudiziale. Tuttavia, se questo è il principio sulla base del quale la Consulta fondava la sua decisione, pur non procedendo in autorimessione, avrebbe chissà potuto quantomeno far rilevare le eccezioni

Al contrario, quando la questione che si ritiene pregiudiziale può considerarsi alla portata conoscitiva del giudice *a quo*, che però non la rileva nell'ordinanza di rimessione, ciò dovrebbe, in linea di principio, compromettere l'ammissibilità del ricorso, sotto il profilo della rilevanza; ragione per cui, in questi casi, sarebbe al più da favorirsi, da parte della Corte, la scelta di procedere attraverso la restituzione degli atti.

8. Per quanto il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato sembri assumere una portata caratterizzante rispetto al modello di sindacato di legittimità adottato nell'ordinamento italiano, i dubbi espressi in queste pagine, così come la riflessione diretta ad immaginarne una riformulazione, possono giustificarsi nella misura in cui sia stata proprio la giurisprudenza della Consulta, negli ultimi anni, a spiegare come modellare i confini dell'oggetto del suo sindacato⁸⁷.

Ciò permette di riflettere su come il perimetro del *thema decidendum*, nell'ambito dei ricorsi in via incidentale alla Corte costituzionale, costituisca sempre più il perimetro di un dialogo "variabile", in un certo senso, e cioè che non si muove – o, almeno, non necessariamente – nell'unica direzione tracciata dall'originario quesito del giudice rimettente; un vero e proprio dialogo, quindi, che comprende più soggetti e che, pur ruotando attorno a un quesito concreto, può assumere vesti diverse a seconda delle posizioni tenute proprio dalla Consulta⁸⁸. La modulazione che quest'ultima può imprimere ai termini della questione, allora, tiene conto – o dovrebbe tener conto – dei soggetti dialoganti, considerato che chi interroga la Corte non è l'unico destinatario delle sue pronunce⁸⁹.

In altre parole, se all'origine di questo dialogo si pone il giudice rimettente, con la relativa ordinanza di rimessione, al termine dello stesso vi è sempre il legislatore. Pertanto, se è vero che ciò che nasce con carattere relativo (il processo di merito) può finire con il produrre effetti *erga omnes* (l'ordinamento nel suo complesso), la Corte costituzionale, che si pone al centro del dialogo, potrebbe essere

a tale principio, e cioè le ragioni utili a comprendere se o perché fosse legittimo escludere alcuni soggetti interessati dall'accesso a quello stesso rimedio.

⁸⁷ Tema che, come già evidenziato, interessa da tempo la giuspubblicistica. Si rinvia ancora a V. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettiva*, cit., p. 97; C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice a quo* (Oss. all'ord. n. 22. Cost.), cit., pp. 212-220.

⁸⁸ Su questo aspetto, si rinvia ancora a R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra "anima" politica e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, cit., pp. 1 ss.

⁸⁹ Sul punto, cfr. R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta online*, 3, 2023, pp. 812-831.

chiamata, a volte, a tener conto delle ricadute delle sue pronunce su un panorama più ampio di quello che si presenta dinanzi al giudice rimettente e, al tempo stesso, meno ampio di quello in cui opera il legislatore.

Insomma, sembra trovarsi dinanzi a un dialogo a “cerchi concentrici”, dove quello centrale, affidato al giudice delle leggi, può vedere ampliato il suo diametro proprio in funzione della modulazione del *thema decidendum*, e così avvicinarsi, in maniera più o meno significativa, al cerchio più ampio, che li ingloba tutti, spettante al Parlamento. Le possibili criticità di questa modulazione sono evidenti, perché è chiaro che quanto più la Corte costituzionale si allontani dal *petitum*, tanto più rischia di sovrapporsi – o, addirittura, sostituirsi – alla discrezionalità del potere legislativo.

Tuttavia, al di là delle preoccupazioni che discendono da questa dinamica, la Corte costituzionale ha ritenuto di poter esercitare il potere di autorimessione, di fatto, trovando eccezioni alla regola per cui le sue pronunce dovrebbero muoversi «nei limiti dell’impugnazione». Di conseguenza, dinanzi a una prassi consolidata, sarebbe forse auspicabile una riformulazione della cornice normativa di riferimento al fine di avvicinare la “realtà” costituzionale al diritto costituzionale, formalmente inteso. E ciò per ragioni di certezza, ovvero al fine di dettare un criterio utile a razionalizzare il ricorso a un meccanismo, come l’autorimessione, che, per riprendere l’immagine qui adoperata, avvicina sensibilmente il diametro del potere decisionale della Consulta al perimetro della discrezionalità legislativa⁹⁰.

⁹⁰ Su questi aspetti, cfr. A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, p. 149. In generale, si veda ancora R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra “anima” politica e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, cit., pp. 1 ss.

La scuola nella Costituzione tra inclusione e merito. La virtù del lievito madre e l'esigenza di leale collaborazione¹

SALVATORE PRISCO

1. L'antivigilia di Natale del 1947 il *Nuovo Corriere della Sera* (così la testata in quei mesi, per sottolineare la discontinuità di quella fase di vita del quotidiano rispetto al periodo fascista) uscì con un titolo di prima pagina a sei colonne: *La Repubblica ha la sua Costituzione*. Il catenaccio dell'articolo principale dava conto dei suffragi favorevoli all'approvazione e di quelli contrari – 453 a 62 – nonché del clima di generale commozione dell'aula nell'ultima seduta del giorno prima. Un pezzo a lato riferiva del tentativo di Giorgio La Pira (che era il secondo e non ebbe fortuna migliore del primo: lo si pregò di non insistere per la messa ai voti) di far precedere il testo da una *invocatio Dei*, pur avendo il proponente chiarito che si sarebbe trattato non di una dedica alla divinità adorata da una specifica fede positiva, ma di una frase dal sapore teista. Si riportava inoltre il messaggio di ringraziamento del Capo dello Stato Enrico De Nicola al Presidente dell'Assemblea Costituente Umberto Terracini. A sottolineare le radici di problemi che ci travagliano ancora oggi si riferiva della proclamazione attesa a breve dello Stato di Israele e dell'opposizione dei Paesi islamici.

L'editoriale, *Fede nella Libertà*, era affidato a Ivanohe Bonomi, che era stato presidente del Consiglio nel penultimo governo prima di quello Mussolini nel 1922 e lo fu ancora dopo i due presieduti da Badoglio e succeduti all'ultimo del capo del fascismo del 1943: un socialista gradualista che sarà il primo presidente del Senato repubblicano e morirà nel 1952, in carica. L'articolo è interessante per comprendere la prudenza con cui una parte del ceto politico già attivo prima del regime accolse il testo.

Vi si sottolinea la novità di una Costituzione che (distaccandosi dal modello politico e giuridico dell'età liberale) accoglie un'ampia enunciazione di diritti sociali, diversamente da quella francese coeva, che li confina in un preambolo di valore solo politico e si rileva che l'attuazione ne sarà necessariamente rimessa al futuro legislatore. Si nota che quanto alla «vera Costituzione» c'è invece continuità

¹ Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

Il presente saggio costituisce la rielaborazione della relazione al Convegno nazionale di Proteo Fare Sapere "Dal merito al diritto all'istruzione", Università Roma Tre-Dipartimento di Scienze della Formazione, 12 Aprile 2024.

nel rapporto tra Parlamento bicamerale (in cui anzi il ruolo del Senato è più forte di prima, giacché pienamente paritario in rango con quello della Camera dei Deputati), Governo e Capo dello Stato. Si accenna soltanto a una nuova «suprema corte costituzionale», della quale l'autore non ha l'aria di comprendere bene che cosa ci stia a fare, ci si intrattiene infine molto sulle Regioni, mostrando in controluce la chiara preoccupazione che questo istituto non consueto nella nostra tradizione venga metabolizzato, con l'adattamento cauto dell'unità dello Stato – che si esorta a salvaguardare – alle particolarità territoriali locali.

Tra gli obiettivi che non basterà limitarsi a enunciare, ma che dovrà rendere concreti il legislatore, via via che potrà, si indicano quali quelli da perseguire per primi «l'affermato impegno dello Stato di provvedere all'allevamento e all'istruzione dei suoi cittadini, procurando loro il lavoro adeguatamente retribuito e tutelando la loro integrità fisica e morale e la possibilità finanziaria di mantenere quest'obbligo».

2. È emersa in anni recenti una rilettura critica e svalutativa dei lavori dell'Assemblea Costituente, che non meriterebbero l'apologia di cui sono solitamente fatti oggetto [Bin] e che segnatamente sulla scuola sarebbero sfociati in un dibattito arretrato, provinciale, ripiegato sul passato e incapace di cogliere anche in questo campo le prospettive di evoluzione della società italiana [GROPPi]. La censura sembra però immeritata. Non perché non sia vero che quegli uomini (e le poche donne), nati per lo più tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento, non recassero in se stessi tutti i segni dell'epoca della loro formazione e dunque contraddizioni e modi di vedere che a una lettura retrospettiva mostrano i segni del tempo, ma perché chiedere a soggetti storicamente condizionati – come del resto lo siamo tutti – di avere la stessa sensibilità dei posteri ai problemi significa cadere in un evidente anacronismo [più equilibrata, infatti, la dichiarazione di apprezzamento per gli esiti del dibattito costituente al riguardo, ricostruito nei particolari, di POGGI, 2019, [p. 57].

A quell'epoca il giuspositivismo imperante riteneva che l'interpretazione giudiziale dovesse svolgere un mero ruolo servente rispetto ai precetti del legislatore e cioè non potesse integrarli, supplendone il ruolo anche con relativa creatività se esso si fosse rivelato lento ad aggiornare l'ordinamento giuridico, attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali [per questo più recente indirizzo, invece, si legga esemplificativamente per tutti, Silvestri, 2005]. L'esperienza della giustizia costituzionale, che tanto avrebbe concorso a rinnovare il sistema normativo per via ermeneutica, era così lontana dalla percezione comune anche del ceto dei giuristi (infatti incominciò ad essere operativa da noi solo nel 1956, com'è

noto), che – come si è visto – l'editoriale sopra richiamato dedicava alla Corte che l'avrebbe erogata un passaggio da cui era palese che all'organo non si accordava grande respiro.

Quanto alla scuola, delle dispute ideali del Risorgimento non si era certo dissipata l'eco. La discussione intorno al primato dell'istruzione pubblica in nome della centralità dell'alfabetizzazione e della formazione del cittadino del nuovo Stato unitario, rispetto a quella privata, che resisteva a tale pretesa rivendicando autonomia e rispetto degli orientamenti educativi delle famiglie, era un modo per riproporre – vestendola di nuovi panni – la polarizzazione che aveva visto tante polemiche tra chi vantava la necessità e superiorità dell'indirizzo laico e pubblico nell'insegnamento e chi le contrapponeva il valore formativo dell'influenza religiosa cattolica, quanto a valori, programmi e personale addetto. Per evitare il riproporsi della disputa v'erano Costituenti socialisti che addirittura proponevano di regolare il settore solo sul piano del diritto amministrativo, discutendosi del resto molto anche sull'opportunità o meno di lasciare ai comuni l'organizzazione della scuola elementare. Ancora in età repubblicana un'eco di questa storica contrapposizione era avvertibile nelle rispettive ricostruzioni della tematica operate da autorevoli giuristi del calibro di Vezio Crisafulli e Umberto Pototschnig [Gigante; Piperata-Trucchia; Poggi, 2019, pp. 97 ss.].

L'influenza del modello gentiliano della organizzazione scolastica era comunque, nell'età della Costituente, assai forte e trasversale: uno dei due relatori sul tema nell'apposita sottocommissione dell'Assemblea, cioè il comunista Concetto Marchesi (l'altro era il democristiano Aldo Moro) – che pure secondo taluno [CANFORA] ebbe qualche responsabilità morale nell'assassinio del filosofo di Castelvetrano – dissentiva in uno scambio polemico dal compagno Elio Vittorini, fautore dal suo canto della scuola popolare, ma mostrava tuttavia di avere assorbito il modello formativo elitario allora in vigore, protestando che le superiori non dovessero accogliere «zavorra» e un'analogia influenza aveva subito in precedenza Gramsci e non risparmiò Togliatti.

Un altro profilo ambiguo va ulteriormente segnalato: come appunto (non) si legge nel testo, la Costituzione non reca il riconoscimento dell'istruzione come diritto, laddove il verbo relativo rientra invece nella disposizione che lo individua tra i compiti (doveri, prima che diritti) dei genitori, assieme al mantenere e all'educare i figli, «anche nati fuori dal matrimonio». Il sostantivo corrispondente torna nel testo originario del titolo V – con gli aggettivi «artigiana e professionale» e unitamente alla «assistenza scolastica» – a indicare le materie disciplinabili, originariamente in chiave di concorrenza con i principi posti da legge dello Stato, dal legislatore regionale: sembra poco, ma è sintomatico dei timori dei Costituenti, in una società in cui aumentare l'occupazione operaia era imperativo, una

preoccupazione che sopravanzava qualunque altra. Ci si si imbatte peraltro anche in un intervento dell'on. Bosco Lucarelli [Ambrosoli, 44], che raccomanda di potenziare questo canale formativo dei lavoratori, che ha fatto la fortuna industriale della Germania e si coglie la lucida visione con la quale esso è proposto, ossia – con notevolissimo anticipo temporale – il medesimo ragionamento che il presidente del Consiglio Mario Draghi, presentando più di settanta anni dopo il proprio governo alle Camere, impiegherà per spiegare l'intendimento di incentivare le Scuole Tecnologiche Superiori, oggi presenti, ma scarsamente diffuse nel Paese [sui profili evolutivi attuali della problematica, anche rispetto alle prospettive dell'autonomia regionale differenziata, laddove oggi la relativa materia è di competenza regionale non più concorrente, come in origine, ma residualmente propria dell'ente autonomo territoriale, Morelli, che la collega al principio lavoristico].

3. Anche a volere convenire, in ogni caso, sul giudizio di incertezze e ritardi di percezione delle nuove sfide in quella lontana stagione, basta valorizzare in senso sostanziale la chiara formula di esordio dell'art. 34, secondo la quale «la scuola è aperta a tutti», com'è stato giustamente notato [Arconzo, Benvenuti, Matucci], per avere ragione del suo ruolo costituzionale, saldamente al centro del progetto emancipatorio della Carta fondamentale.

A chi vi entra si apre un mondo, per così dire: se fuori c'è disuguaglianza e contrapposizione di classe, etnica, di fede e di cultura, dentro – in questa logica e in tale spirito – si è accolti e ci si mescola a prescindere da caratteristiche individuali e sociali, che semmai costituiscono non impedimenti a comunicare, ma un tessuto pluralistico indispensabile a un proficuo scambio di esperienze utili a crescere assieme. Letta nel suo significato più profondo, la formula significa cioè che «la scuola non deve escludere nessuno», dove il termine “inclusione” va preferito a “integrazione”, perché il primo individua un processo in cui l'accedere a una realtà preesistente cambia sia quanti vi si trovavano, sia quelli che chiedono di avervi ingresso, mentre nel secondo viene chiesto di omologarsi a chi chiede l'ammissione alla realtà già costituita.

Questa norma-base dell'impianto della disciplina di principio della materia ha dunque permesso di legittimare una ricca giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra scuola e integrazione dei disabili. Fondamentali tra le altre le sentenze 215/1987 e 83/2019, dalla cui lettura congiunta si ricava che la frequenza dei portatori di disabilità alla comunità scolastica deve essere – incidendo sulla formazione della loro personalità – garantita e non solo favorita, dunque anche sempre finanziata, non potendo l'assistenza dipendere dalla disponibilità o meno dei mezzi finanziari pubblici secondo la discrezionalità del legislatore. Analogamente

deve dirsi degli stranieri, dei soggetti provenienti da famiglie a basso reddito e caratterizzate anche da minorità culturale: tutti profili di un contesto complessivo di patologia sociale che costringe a chiedere orientamento – sul piano del principio giuridico da invocare per fronteggiarla – alla medesima bussola, tutti facce del fenomeno della povertà educativa [in termini generali, sulla plurifenomenicità della nozione di povertà e sulle misure normative per contrastarla, Fattibene; sulle politiche e gli interventi concreti, Caritas italiana, ove anche Nanni - Pellegrino; Musella - Capasso; Iavarone - Girardi; Finetti; Giancola - Salmieri; *Skolè*].

Inoltre, se l'essenza della scuola è fare crescere le persone, a tale scopo includendole al suo interno con l'intento di proiettarle verso il superamento dei fattori negativi che le spingono e mantengono ai margini della società, in una parola attuale cioè per dotarle di "capacità", da questo punto di vista vanno ritenute parte dell'attività necessaria a raggiungere l'obiettivo e istituzionalizzate anche esperienze esterne al circuito "classico", ma coerenti con esso: il riferimento è a quelle dei "maestri di strada", compiute in quartieri popolari napoletani e tese a dare progetti di vita ad adolescenti dal difficile vissuto personale e familiare, sottraendoli alla presa delinquenziale, attraverso la messa in campo di pratiche didattiche di partecipazione e di coinvolgimento [Melazzini; Moreno; Luongo - Mornioli - Rossi-Doria].

4. In tensione con tale primo obiettivo sta il richiamo (anch'esso presente nella Costituzione) alla scuola come palestra per rendere palese e coltivare il merito, vale a dire il possesso di un peculiare talento in una o più materie dello scibile qui studiate. La Costituzione richiama il concetto in più di un punto, il che ne comporta oggi una doverosa lettura critica, ma non può fare ignorare quale fosse in proposito la *mens* ad esso favorevole dei Costituenti. Non si tratta dunque necessariamente di un traguardo in conflitto col primo – giacché promuovere l'inclusione non può volere dire fare sconti sulla qualità del processo di insegnamento/apprendimento, ossia non implica fornire una scolarizzazione scadente, ma il contrario – però mette l'accento su una graduazione tra capacità e pertanto, diversamente dal primo, sfocia in una istanza di selettività. Bisogna allora comporre tali mete in un coordinamento organico che non le legga in reciproca contrapposizione, ossia identifichi una effettiva "meritorietà del merito" in un orientamento solidaristico, in cui i migliori aiutino chi è rimasto indietro e vengano spronati dai docenti a farlo [Prisco, 299, p. 310].

Con riferimento agli anni della Costituente, ma non nell'ambito dei suoi lavori (dove si occupò di altri temi), una riflessione molto interessante e ben nota in materia è dovuta al giurista toscano Piero Calamandrei, che dichiara in partenza

di non essere un pedagogista, ma in realtà (come si avrà modo di vedere) è invece profondamente consapevole del superamento, evidenziato dal dibattito a lui coevo, di una concezione puramente individualistica della formazione scolastica, in favore della consapevolezza del suo rilievo per lo sviluppo della collettività. Del resto egli aveva maturato e già mostrato da tempo su questo argomento, quando si esprime al riguardo in modo più organico, una risalente e precoce attenzione, come documenta la nipote [S. Calamandrei, pp. 31 ss.].

L'argomento è affrontato dunque specialmente in due scritti, il primo dei quali anticipa addirittura l'elezione dell'Assemblea [*Contro il privilegio dell'istruzione*, 109 ss.], mentre il secondo è successivo alla sua chiusura [*Difendiamo la scuola democratica*, intervento al II Congresso a difesa della scuola nazionale, Roma, 11 febbraio 1950, pp. 81 ss.].

Alcune precisazioni preliminari: la prima è che, dopo l'assunto programmatico prima richiamato sull'apertura della scuola a tutti, l'art. 34 continua assumendo l'impegno statale di garantire l'istruzione inferiore (che è obbligatoria e gratuita) per almeno otto anni, riconoscendo poi il «diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi» ai «capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi» (un nutrito gruppo di Costituenti di sinistra, tra socialisti, comunisti, azionisti, oltre al liberale Badini Confalonieri, aveva proposto nella seduta del 27 febbraio 1947 che «solo» a essi fosse garantita la prosecuzione degli studi, ma l'emendamento era stato respinto).

La seconda è che, ancora una volta, non possiamo farci cogliere in flagrante peccato di anacronismo, facendo delle posizioni che stiamo per sintetizzare un'anticipazione di punti di vista che collegano ad esempio la meritevolezza degli studi all'investimento che ciascuno dovrebbe compiere per formare e incrementare il proprio «capitale umano» e dunque rendersi appetibile al mercato delle competenze, del quale la scuola si costituirebbe – in quest'ottica – come agenzia [un'approfondita ricostruzione delle varie tappe del dibattito teorico novecentesco su natura e funzioni della formazione scolastica è quella di Poggi, 2024, cui *adde* Prisco e Baldacci].

Calamandrei è un azionista, il cui periodare elegante e un poco *rétro* non è invero esente da toni e retoriche di socialismo deamicisiano da libro *Cuore*, il fortunato romanzo per l'edificazione dei fanciulli pubblicato dallo scrittore e giornalista ligure presso l'editore milanese Treves nel 1886. Si veda ad esempio il seguente passo del primo saggio (pp. 128 ss.):

«Tante volte è accaduto a tutti noi, che per merito paterno abbiamo avuto la fortuna di poter dedicare la nostra adolescenza allo studio e di poter arrivare così a una di quelle professioni nelle quali il lavoro è gioia e non schiavitù, di ritrovar nella vita qualche compagno delle scuole elementari, figlio di poveri, rimasto povero: ci ricordiamo che allora era bravo come noi, che allora gareggiava con noi per il posto di capoclasse e ora lo

ritroviamo facchino o chiamatore di carrozze, e, quando cerchiamo di salutarlo, volta il viso da un'altra parte perché gli sguardi non s'incontrino, e quasi ha paura di farsi riconoscere... Ma forse son io che ho più vergogna di lui: perché sento che questa diversità di sorti non dipende tutta da diversità di meriti: che cosa sarei stato io, colle mie sole forze, se la sorte non mi avesse fatto nascere da una famiglia che poté indirizzarmi agli studi? Che cosa saresti tu, amico ancora tacitamente diletto di quella età innocente in cui veramente tutti in quella scuola ci sentivamo uguali, se la miseria non ti avesse pugnalato alle spalle e costretto a rimanere quello che sei restato?».

L'esigenza di contestualizzare storicamente i suoi interventi non può peraltro rendere ciechi di fronte all'evidenza che la denuncia del «privilegio dell'istruzione» è un *leitmotiv* della critica anche successiva – e a noi contemporanea – al merito come concetto inquinabile da caratteristiche spurie, in cui il premio al talento è in realtà non la conseguenza del riconoscimento di speciali doti individuali, ma il prodotto della struttura classista della società. L'autore non lo condanna peraltro in se stesso, ove sia cioè possibile depurarlo da fattori distorsivi, ma contesta un'attribuzione di vantaggi di vita in suo nome che dipenda in realtà unicamente o in via principale dalla distorsione che traveste come tale una posizione elitaria che venga trasmessa di padre in figlio. Vuole che la scuola sia perciò un "ascensore sociale", espressione beninteso non sua, ma di chi scrive queste pagine; nel secondo dei due scritti ricordati le riserverà però in questo senso la definizione celebre e altrettanto significativa di «organo costituzionale». Un simile ordine di idee è oggi ripreso e sviluppato con ampiezza da chi [LANEVE] parla della scuola quale «fattore di identità costituzionale»: va da sé che il sostantivo, in quest'ordine di idee, non ha nulla del senso chiuso e reazionario al quale si accompagna talora nella prospettiva di talune parti politiche, ma è la sintesi del pluralismo democratico della società, che essa deve rispecchiare. In sostanza, da Calamandrei nasce una condivisibile linea dottrinale, secondo la quale la scuola dev'essere un fattore di dinamizzazione sociale che possa rimescolare gerarchie tramandate per nascita pigramente e in modo interessato, non giovando al progresso collettivo e alla realizzazione di un'effettiva e non solo formale democrazia mantenerle immutate: questo è lo stimolo potente che egli consegna, con indubbio e preveggenze realismo analitico, allo sviluppo del nostro dibattito contemporaneo in proposito. Egli giunge a prefigurare così la "scuola media unica", ritenendo che solo dopo di essa lo studente debba effettuare una scelta tra quella che chiama "scuola specializzata, tecnica o classica", cui avviarsi secondo attitudine «a un'età il più possibile prossima a quella della piena maturità intellettuale, o che in ogni caso potesse essere soggetta a revisione fino alla soglia dell'Università» (p. 132). Qui non manca nemmeno di apprezzare la mobilità sociale statunitense e quindi «la distinzione tra tra i vari

ordini di studi» che «rimane estremamente elastica alle più svariate esperienze e ai più ritardati pentimenti», che rende «*nonostante il sistema capitalistico*» (corsivo aggiunto) «il ricambio sociale tanto più attivo e rapido che da noi» e del resto alla Costituente confermerà la sua ammirazione per la forma di governo di quel Paese, esprimendosi pur se da solo a favore dell'adozione del presidenzialismo.

Nel novero delle idee che manifesta è coerente con l'impostazione fin qui illustrata il suo netto favore per la scuola pubblica. Lo palesa nel secondo scritto, quando la Costituzione è stata approvata e contiene ormai il testo dell'art. 33. Prende dunque atto della scelta in esso compiuta di riconoscere alle famiglie il diritto di fare frequentare ai figli istituti educativi che abbiano indirizzi culturali e religiosi conformi agli orientamenti preferiti e prima ancora, perciò, di porli in essere liberamente, ma senza oneri per lo Stato. Sottolinea tuttavia come tocchi alla Repubblica istituire innanzitutto scuole statali di ogni ordine e grado, alla legge di dettare le norme generali sull'istruzione, nonché – come corrispettivo della libertà educativa e dell'equipollenza dei titoli conseguiti dagli studenti delle scuole che chiedano la parità – di fissare diritti e obblighi di tali istituti e, in un'ottica rivolta a garantire la qualità degli studi compiuti, della prescrizione della necessità di un esame di Stato all'ingresso e all'uscita di ogni tipo di scuola.

Netta centralità dunque della scuola di Stato, il che per lui significa garantirne finanziamento e personale qualificato. Diversamente, la scuola privata sarebbe preferita, ponendosi in profittabile concorrenza con la prima e qui la polemica è rivolta a due diversi tipi di enti educativi di tale ambito, egualmente di tendenza: quella religiosamente orientata e quella di tipo politicamente connotato, ossia la scuola di partito.

Solo la scuola statale garantisce infatti (questo il suo pensiero) un'educazione neutrale, aperta, non pregiudicata in partenza dall'esclusione dell'insegnamento di certe tesi e di taluni autori. Nel volumetto citato viene in proposito riportato un lungo intervento – allora non vigeva il contingentamento dei tempi nelle discussioni parlamentari – svolto il 16 dicembre 1948, quale deputato dell'opposizione. per illustrare un'interpellanza al ministro della Pubblica Istruzione, nel corso del quale si riferisce tra l'altro di un'ispezione disposta dal provveditore agli Studi di Messina «in una scuola tenuta da sacerdoti», inviandovi un professore di filosofia.

«Questi rilevò che in quella scuola i libri di Croce e Gentile sono ignorati; che della filosofia crociana in quella scuola non si fa menzione. Di questa lacuna, che è una violazione dei programmi in vigore, il provveditore si permette di muover rilievo: interviene allora l'autorità ecclesiastica di Messina, la quale dichiara: – Nelle nostre scuole non si ammettono teorie empie di filosofi atei» (In difesa dell'onestà e della libertà della scuola, in op. cit., pp. 37 ss., p. 76 per la citazione).

5. Quando Calamandrei muore a Firenze nel 1956, si trova da un paio d'anni a Vicchio, nel Mugello, quale parroco nella chiesa della sua frazione montana, don Lorenzo Milani Comparetti: un trasferimento non precisamente amichevole dalla sede precedente da parte della Chiesa ufficiale di un personaggio singolare, che già da tempo si è posto in contrasto con essa.

Non possiamo qui indugiare in note biografiche, salvo ricordarne anche per lui la nascita nel capoluogo toscano da una colta famiglia altoborghese, religiosamente agnostica, ma in cui la madre è ebrea (Lorenzo verrà peraltro battezzato da cattolico per prudenza, in tempi rischiosi) e quindi gli trasmette questo carattere, come accade in quella confessione e cultura. Convertitosi davvero, ventenne, al cattolicesimo ed entrato subito in seminario, quando viene inviato – per punirlo di atteggiamenti ritenuti poco ortodossi – nella destinazione ricordata vi trova una piccola platea di contadini che si propone immediatamente di sottrarre all'analfabetismo e pertanto all'emarginazione. Notissimo il libro che descrive questa esperienza, frutto di una stesura collettiva, che esce pochi mesi prima della scomparsa presso l'unico piccolo editore locale che non ne ha rifiutato la pubblicazione e ne riediterà poi tutte le opere precedenti, avendole tuttora in catalogo [Scuola di Barbiana, *Lettera a una professoressa*].

Sembra indicativo, per dare il senso del testo a chi non lo conoscesse, questo passo:

«Gianni non sapeva mettere l'acca al verbo avere. Ma del mondo dei grandi sapeva tante cose. Del lavoro, delle famiglie, della vita del paese. Qualche sera andava col babbo alla sezione comunista o alle sedute del Consiglio Comunale.

Voi coi greci e coi romani gli avete fatto odiare tutta la storia. Noi sull'ultima guerra si teneva quattro ore senza respirare. A geografia gli avreste fatto l'Italia per la seconda volta. Avrebbe lasciato la scuola senza aver sentito rammentare tutto il resto del mondo. Gli avreste fatto un danno grave. Anche solo per leggere il giornale.

Sandro in poco tempo s'appassionò a tutto. La mattina seguiva il programma di terza. Intanto prendeva nota delle cose che non sapeva e la sera frugava nei libri di seconda e di prima. A giugno il "cretino" si presentò alla licenza e vi toccò passarlo.

Gianni fu più difficile. Dalla vostra scuola era uscito analfabeta e con l'odio per i libri. Noi per lui si fecero acrobazie. Si riuscì a fargli amare non dico tutto, ma almeno qualche materia. Ci occorreva solo che lo riempiste di lodi e lo passaste in terza. Ci avremmo pensato noi a fargli amare anche il resto. Ma agli esami una professoressa gli disse: - perché vai a scuola privata? Lo vedi che non ti sai esprimere? Lo so anch'io che il Gianni non si sa esprimere. Battiamoci il petto tutti quanti. Ma prima voi che l'avete buttato fuori di scuola l'anno prima. Bella cura la vostra. Del resto bisognerebbe intendersi su cosa sia lingua corretta. Le lingue le creano i poveri e poi seguitano a rinnovarle all'infinito. I

ricchi le cristallizzano per poter sfottere chi non parla come loro. O per bocciarlo. Voi dite che Pierino del dottore scrive bene. Per forza, parla come voi. Appartiene alla ditta. Invece la lingua che parla e scrive Gianni è quella del suo babbo. Quando Gianni era piccino chiamava la radio lalla. E il babbo serio:- Non si dice lalla, si dice aradio. Ora, se è possibile, è bene che Gianni impari a dire anche radio. La vostra lingua potrebbe fargli comodo. Ma intanto non potete cacciarlo dalla scuola. “Tutti i cittadini sono uguali senza distinzione di lingua”. L’ha detto la Costituzione pensando a lui» (19).

La pedagogia milaniana è dunque inclusiva e non si preoccupa volutamente dei risultati assoluti, ma misura il premio a uno sforzo, che certo non punta a rendere i Gianni come il «Pierino del dottore», che entra alla scuola elementare sapendo già un poco leggere e nemmeno lo vorrebbe.

Nel centenario della morte del sacerdote la riflessione a più voci su questa vicenda ha confermato il carattere divisivo di una pedagogia e di un personaggio che hanno avuto enorme risonanza, ma il cui artefice non inseguiva per vero popolarità a buon mercato. A rileggerlo si riceve anzi spesso la sensazione contraria, ossia che cercasse volutamente non poche volte la contrapposizione aspra ai suoi critici, ma – se è per un verso divenuto un luogo comune collocare la scuola di Barbiana tra le ispirazioni del movimento studentesco del '68 – non sembra per l'altro infondato il giudizio di chi [Scotto di Luzio] ritiene che siffatta convinzione tramandata con una certa superficialità riposi in fondo su un equivoco: se vi furono una lontananza dall'anti-autoritarismo e una didattica severa, esse furono appunto vissute dai ragazzi che studiavano su quella montagna, alieni dal concedersi il lusso borghese di chi rinnegava la classe di origine, che poi era ancora un modo per riconfermarsi privilegiati, potendosi permettere perfino la trasgressione, che non avrebbe comunque precluso a molti, nel futuro, il rientro nell'alveo sociale originario e la costruzione di comode carriere. Al contrario, per raggiungere l'obiettivo di un insegnamento che intendeva recuperare lacune di ragazzi emarginati – come il compagno del giurista che la vita ha mortificato, nel quale ci si è prima imbattuti – non si proponeva loro un modello di moda e uno sconto sulla fatica, ma si frequentava nelle stanze adiacenti alla chiesa o, col bel tempo, sotto il pergolato, per trecentosessantacinque giorni all'anno, senza cioè conoscere vacanze, una scuola che usava per raggiungere lo scopo tanto libri, quanto giornali, ossia sapere critico sul passato e sul presente, unito al sapere pratico ed esperienziale della vita dei campi.

Il modello di Pierino, cercando in Rete con pazienza, ad ogni buon conto lo si trova, scoprendo che si chiamava davvero come il personaggio del libro: una rivista di divulgazione giuridica *on line* ospita oggi un'intervista di un giuslavorista a un suo collega e così si viene a sapere che quest'ultimo – il professore Pietro Ichino

– aveva frequentato da giovane il sacerdote, sia a Milano, dove abitava e talora ne ospitava a casa i ragazzi toscani, alla scoperta sempre educativa della grande città (si visitavano con la guida del “signorino” monumenti e opifici), sia a Barbiana, perché i genitori, da cattolici impegnati e in sintonia con gli intenti del priore, ne avevano aiutato e finanziato l’impresa educativa.

Ecco il passo in cui questo prodotto giornalistico affronta specificamente la questione del merito scolastico, allargandola, come si legge, anche agli insegnanti:

« – Oggi si parla molto di «merito», con enfasi valorizzato in ogni occasione (strumentalmente, a mio avviso), tanto da comparire anche nella denominazione dell’attuale Ministero dell’Istruzione, che, non per caso, è stata privata dell’aggettivo “pubblica”. Qual è la tua opinione in proposito?

– A questo proposito, però, ricordo che don Milani ha detto: “Cari insegnanti io vi pagherei a cottimo, anzi no! Multa per ogni ragazzo che non impara una materia. Così vi svegliereste la notte a pensare al metodo migliore per insegnare anche ai ragazzi difficili, e se uno di loro non torna a scuola andreste a casa a cercarlo”. Per questo motivo non capisco la levata di scudi dell’opposizione di sinistra contro la rivalutazione del merito nella scuola, nella quale mi è parso di vedere più una reazione faziosa che la difesa di un principio “di sinistra”. È merito degli insegnanti insegnare bene, con passione e amore per i propri allievi; una scuola degna di questo nome non può essere indifferente al merito dei propri insegnanti, non può, per questo aspetto, fare... parti eguali tra diseguali senza tradire la propria missione e infliggere perdite irreparabili ai propri utenti più deboli, ai diseredati dei quali dovrebbe ricostituire l’eredità. È merito degli allievi impegnarsi al massimo delle loro possibilità nello studio, consapevoli di ciò che questo significherebbe per il loro futuro; una scuola degna di questo nome non può essere indifferente all’impegno dei propri allievi senza venire meno al proprio compito educativo e trasmettere loro un messaggio di disimpegno, sciatteria, disponibilità allo spreco (esattamente il messaggio che troppi insegnanti, ahimè, trasmettono con il loro comportamento quotidiano nella nostra scuola). Per questo motivo, francamente, non ho nulla contro l’inserimento della parola “merito” nel nome del dicastero competente; inserimento che, nella scuola dell’obbligo, non può significare certo una rivalutazione dell’istituto della bocciatura come strumento di selezione. Di selezione, sia pure indirettamente, parla invece l’articolo 34 della Costituzione quando fa riferimento a “capacità e merito” come criteri per l’attribuzione del diritto della persona ad accedere ai gradi più alti dell’istruzione: ma qui si parla, appunto, dell’istruzione superiore, per la quale anche don Milani riconosceva che potesse applicarsi qualche criterio selettivo» [Poso - Ichino].

Qui però ci sembra che Pierino resti ancora sulle sue e non penetri davvero il senso vero delle parole milanesi, se non nel punto in cui concede che la

bocciatura non è, nella scuola dell'obbligo, la migliore terapia per le lacune non colmate.

6. In realtà, avviandoci alle conclusioni, sarà opportuno esplicitare e motivare qui ancora meglio l'atteggiamento di consapevole storicismo che ne ha guidato la stesura e che aveva già fatto in precedenza capolino tra le righe: il tempo della Costituente certo non sviluppò subito nella parte del testo della Carta fondamentale dedicato alla scuola implicazioni che l'impazienza di taluni colleghi e colleghe avrebbero voluto più chiaramente espresse. Le condizioni materiali del Paese (tra l'altro disuguali tra parti del territorio) costrinsero a rinviare al futuro – qui ci si riferisce in particolare alla scuola media unica – obiettivi che pure furono al tempo discussi e auspicati per quando fosse stato possibile introdurli. Si è tuttavia rivelato provvidenziale e indispensabile avere introdotto nei primi dodici articoli disposizioni di principio che, rilette in seguito da riformatori in grado di attualizzarne i semi di cambiamento, sono state capaci di sorreggere e continuare a guidare opzioni culturali e politiche all'altezza delle sfide del nostro presente. Qualunque documento con intenti normativi destinato a durare non può infatti ritenersi blindato, essendo sempre, al tempo stesso, frutto di chi lo scrive e di chi poi deve, a distanza di tempo, renderlo ancora attuale e applicarlo.

Si è parlato in proposito di «costituzionalismo trasformatore» [Groppi, p. 445], che sembra una nuova scoperta, ma è invero la conferma della natura stessa del costituzionalismo, che non può mai appagarsi dei traguardi raggiunti e deve vivificare l'eredità della sua tradizione, cercando il modo per aggiornarla di continuo e rispondere in questo modo a inquietudini e a esigenze prima non vedute [MORELLI parla di «struttura aperta degli enunciati di principio», sia pure avvertendo che essa «non equivale a una smisurata estensione del contenuto semantico degli stessi», p. 502].

Chi scrive preferisce ricorrere a un'immagine di cultura materiale che gli sembra cogliere il medesimo concetto, ma trasmettendo forse al lettore un'immagine più suggestiva e meno scettica, che allude appunto alla costante rigenerazione degli stimoli che devono alimentare la ricerca dei modi per soddisfare nel presente un cammino umano che non può mai arrestarsi. Parla dunque di «lievito madre», celebrando il probiotico che mani rese sapienti dall'aver appreso la saggezza dei padri coltivano mescolando acqua e farina per inserirlo nella pasta del pane, che così come per prodigio cresce. È la stessa forza di accrescimento procurata appunto da principi del diritto che non hanno mai smesso di parlarci di uguaglianza di opportunità, solidarietà e giustizia.

7. Proprio la necessaria lettura accrescitiva che i principi costituzionali determinano, una volta che investano le politiche di settore, deve però condurre anche a un finale richiamo alla cautela.

Si è detto in precedenza che l'intero dibattito novecentesco sulla funzione della comunità scolastica non disgiunge la finalità della formazione personale di chi studia dall'educazione all'essere membro della collettività, anzi il superamento di visioni individualiste più antiche ha condotto precisamente a questa più moderna presa di coscienza comunitaria.

Orbene, il disegno costituzionale di un'autonomia regionale differenziata, oggi in corso di attuazione concreta dopo essere stato astrattamente introdotto dalla riforma costituzionale del titolo V fin dal 2001, può fare rischiare – ove non le si desse un'attuazione coesiva e solidale – la frattura dell'unità del patrimonio di diritti e doveri che deve essere assicurato a ciascun cittadino, dovunque viva, perché è appunto questo il contenuto fondamentale del patto di cittadinanza, formalmente scolpito nell'art. 5 della Costituzione, pur nel contestuale riconoscimento di principio di uno spazio operativo alle autonomie territoriali [Staiano].

Nel testo dell'art. 116, III comma, si prevede infatti che le Regioni possano chiedere che siano loro attribuite «forme e condizioni particolari di autonomia», in tutte le materie di competenza concorrente, elencate nel III comma dell'art. 117 (e tra esse riguardano la formazione l'«istruzione» e la «ricerca scientifica e tecnologica»), nonché, tra quelle di competenza esclusiva statale, in ordine alle «norme generali sull'istruzione», materia indicata allo stesso articolo nel comma II, alla lettera n). Come noto, la legge-quadro 86 / 2024, che consentirà di procedere oltre, ossia alle intese attuative di questi possibili passaggi di competenze, è ormai vigente, benché già si vedano anche iniziative intese ad abrogarla per via referendaria, ovvero ad ottenerne la dichiarazione di illegittimità totale o parziale dalla Corte Costituzionale.

La Consulta, peraltro (a prescindere ora dal giudizio sulla correttezza procedimentale del percorso prefigurato dalla “legge Calderoli” per le intese tra Regioni e Governo, che dobbiamo attendere), aveva comunque da tempo posto robusti paletti, quanto al merito (sent. 200/ 2009), in ordine al tema che è stato trattato in queste pagine e converrà rileggerne il monito, ricordando contemporaneamente anche letture sagacemente “diffidenti” che in proposito erano state avanzate già durante il lungo dibattito in argomento e la preparazione della normativa [ad es. da Calvano e da Laneve, pp. 491 ss.]:

«Il sistema generale dell'istruzione, per sua stessa natura, riveste carattere nazionale, non essendo ipotizzabile che esso si fondi su una autonoma iniziativa legislativa delle Regioni, limitata solo dall'osservanza dei principi fondamentali fissati dallo Stato, con

inevitabili differenziazioni che in nessun caso potrebbero essere giustificabili sul piano della stessa logica. Si tratta, dunque, di conciliare, da un lato, basilari esigenze di “uniformità” di disciplina della materia su tutto il territorio nazionale, e, dall’altro, esigenze autonomistiche che, sul piano locale-territoriale, possono trovare soddisfazione mediante l’esercizio di scelte programmatiche e gestionali rilevanti soltanto nell’ambito del territorio di ciascuna Regione»,

pur dando la Corte stesso atto del possibile sistema derogatorio, al quale allora non era stato dato concreto avvio, introdotto come facoltà riconosciuta alle Regioni che lo chiedessero dall’art. 116, III comma.

Si aggiungeva anche che

«Un distinto titolo di legittimazione dello Stato ad intervenire, con la sua legislazione, in materia è, inoltre, rinvenibile nella competenza legislativa esclusiva relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.)», giacché «Non vi è dubbio, infatti, che tra i suddetti “diritti civili e sociali” rientrano anche quelli connessi al sistema dell’istruzione, con riferimento ai quali deve essere garantito agli utenti del servizio scolastico un adeguato livello di fruizione delle prestazioni formative sulla base di standard uniformi applicabili sull’intero territorio nazionale; ferma comunque la possibilità delle singole Regioni, nell’ambito della loro competenza concorrente in materia, di migliorare i suddetti livelli di prestazioni e, dunque, il contenuto dell’offerta formativa, adeguandola, in particolare, alle esigenze locali. Tuttavia, la fissazione dei livelli essenziali di prestazione del servizio scolastico non può includere la definizione dell’assetto organizzativo e gestorio del servizio (sentenza n. 120 del 2005)».

Si precisava ancora, infine, che

«Ulteriori titoli di legittimazione dello Stato a dettare norme in materia possono, inoltre, essere rinvenuti nella competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettere g) ed l), in materia di organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali ed in materia di ordinamento civile relativamente, in particolare, alla disciplina privatistica del rapporto di lavoro del personale della scuola, che attiene a quella categoria di “disposizioni” statali che definiscono la struttura portante del sistema nazionale di istruzione e che richiedono di essere applicate in modo necessariamente unitario e uniforme in tutto il territorio nazionale, assicurando, mediante una offerta formativa omogenea, la sostanziale parità di trattamento tra gli utenti che usufruiscono del servizio di istruzione».

Alla luce di queste molto previdenti direttive, dunque, non sarebbe ad esempio possibile integrare sul piano stipendiale o con benefici di altra natura il trattamento economico dei docenti, perché questo determinerebbe un effetto di *dumping* e di concorrenza sleale rispetto a Regioni economicamente sfavorite, o – con scelta opposta, ma egualmente sleale – non si potrebbero tutelare insegnanti del luogo rispetto a a quelli che, provenendo da altra regione, volessero stabilirvisi in piena libertà, ad esempio con l'argomento che si intende promuovere a scuola anche l'insegnamento della cultura del territorio ed essendo quindi preferibile privilegiare allo scopo i nativi, che ne praticano particolarità linguistiche e usi.

Il canone della leale collaborazione (il controllo della cui ricorrenza in concreto la Corte ha più volte avuto presente come parametro dei suoi giudizi) costituirebbe infatti uno sbarramento insuperabile rispetto a una simile disinvoltata interpretazione dell'autonomia differenziata, se si volesse tentarla.

BIBLIOGRAFIA RICHIAMATA

- L. AMBROSOLI, *La scuola alla Costituente*, Brescia, Paideia editrice, 1987.
- G. ARCONZO, *Istruzione, inclusione e integrazione socio-culturale. Per una interpretazione dell'istruzione socialmente inclusiva*, relazione al Seminario dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti "L'istruzione come fattore di partecipazione", Modena, 22 settembre 2023, in *Rivista AIC*, 1/2024, pp. 525 ss. (d'ora in avanti "Seminario Modena", col numero iniziale della pagina)
- M. BALDACCI, *La Scuola della Costituzione*, in *PasSaggi Costituzionali*, 2/ 2023, pp. 419 ss.
- M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014, a cura di F. Angelini e dello stesso, Napoli, Jovene, 2014, pp. 158 ss.
- "La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale, in *Federalismi.it*, 4/ 2018, pp. 99 ss.
- R. BIN, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morrelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, in *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 165 ss.
- P. CALAMANDREI, *Per la Scuola*, con *Introduzione* di T. De Mauro e *Nota storico-bibliografica* di S. Calamandrei, Palermo, Sellerio, 2008.
- R. CALVANO, *La scuola, gli insegnanti e l'art. 116, comma 3, Cost.. L'istruzione al tempo del regionalismo differenziato*, in *Questione Giustizia*, 4/ 2019, pp. 71 ss.
- L. CANFORA, *La sentenza*, Palermo, Sellerio, 2005.
- CARITAS ITALIANA, *Povertà in attesa*, Rimini, Maggioli, 2018.
- R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

- S. FINETTI, *La povertà educativa. Origini, dimensioni, prospettive*, prefazione di D. Bruzzone, Milano, FrancoAngeli, 2023.
- O. GIANCOLA - L. SALMIERI, *La povertà educativa in Italia. Dati, analisi, politiche*, Roma, Carocci, 2023.
- M. GIGANTE, *L'amministrazione della scuola*, Padova, CEDAM, 1988.
- T. GROPPI, *Scuola e Costituzione in Italia. Una lettura nella prospettiva del "costituzionalismo trasformatore"*, in Seminario Modena, pp. 426 ss.
- M. L. IAVARONE - F. GIRARDI, *Povertà educativa e rischio minorile: fenomenologia di un crimine sociale*, in *Cross*, vol. 4, 2018.
- G. LANEVE, *L'istruzione come fattore di identità costituzionale*, in Seminario Modena, pp. 452 ss.
- La povertà educativa. Quali risposte?* Atti del LVIII Convegno di Scholé, Brescia, 5 - 6 settembre 2019, in *Skolé*, 2/ 2020.
- P. LUONGO - A. MORNIROLI - M. ROSSI-DORIA, *Rammendare. Il lavoro sociale ed educativo come leva per lo sviluppo*, Roma, Donzelli, 2022.
- G. MATUCCI (cur.), *Diritto all'istruzione e inclusione scolastica. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, Milano, FrancoAngeli, 2019.
- C. MELAZZINI, *Insegnare al Principe di Danimarca*, Palermo, Sellerio, 2011.
- A. MORELLI, *Istruzione, formazione e sistema produttivo*, in Seminario Modena, pp. 498 ss.
- C. MORENO, *Maestri di strada*, in *Cross*, vol. 4, 2018.
- M. MUSELLA - S. CAPASSO (curr.), *La povertà minorile ed educativa. Politiche di contrasto, dinamiche territoriali, esperienze sul campo*, Napoli, Giannini, 2018.
- W. NANNI - V. PELLEGRINO, *La povertà educativa e culturale: un fenomeno a più dimensioni*, in *Povertà in attesa*, cit.
- G. PIPERATA - L. TRUCCHIA, *Pubblico e privato nell'istruzione: un'analisi alla luce dell'evoluzione del quadro costituzionale e legislativo*, in *Munus*, 1/ 2015, pp. 525 ss.
- A. M. POGGI, *Per un "diverso" Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, Il Mulino, 2019.
- *L'istruzione come fattore di partecipazione; le nuove sfide della "complessità"*, in Seminario Modena, pp. 408 ss.
- V. A. POSO - P. ICHINO, *L'attualità del messaggio di don Lorenzo Milani nel ricordo di un "Pierino", testimone diretto*, in *Giustizia Insieme*, 28 settembre 2023.
- S. PRISCO, *Merito e Costituzione*, in Scritti in memoria di Beniamino Caravita, Napoli, Editoriale Scientifica, III, 2024, 3111 ss. e in *PasSaggi Costituzionali*, 2/ 2023, pp. 281 ss.
- A. SCOTTO DI LUZIO, *L'equivoco don Milani*, Bologna, Il Mulino, 2023.
- SCUOLA DI BARBIANA, *Lettera a una Professoressa*, Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 1967.
- G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005.
- S. STAIANO, *Costituzione italiana: Art. 5*, Roma, Carocci, 2017.

Medical research and scientific cooperation among Mediterranean Countries: health systems governance facing the challenges of internationalization¹

ORNELLA SPATARO

SUMMARY: 1. Introduction: the strategic role of medical innovation in the euro-mediterranean. – 2. Scientific cooperation on shared health problems in the euro-mediterranean region. – 3. The internationalization of health: problems and development prospects. – 4. Concluding considerations: the challenge of the internationalization of health and the need of a stronger cooperation in the euro-mediterranean region.

1. In a historical context, such as the current one, in which protection of health is increasingly becoming a transnational interest, cooperation in medical research among the Countries of the mediterranean area², is necessary. Culture and science have met and integrated for millennia, in the Euro-Mediterranean region, creating space for innovative and inclusive solutions to common challenges. All western medicine was born in the Mediterranean³. It has its roots in ancient Greece, descends from Hippocrates, Aristotle and Galen who dictated the universal principles in which we still believe today.

The Mediterranean is a geopolitical area that has a long history of cultural homogeneity, but presently is facing the challenge of diversity. The role that the Mediterranean has earned over the last two and a half millennia regarding science is due, above all, to the meeting of different people, the mutual respect and the mixing of different cultures. And if today the Mediterranean wants to re-establish, at least in part, that vital role, must focus precisely on these factors.

¹ Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

Reworked text of the lecture held at the Endomed 2024 international Conference, Palermo 15 March 2024.

² E. DI MARIA (ed.), *Health right across the Mediterranean. Tackling inequalities and building capacities*, Genova 2019.

³ AA. VV., *La storia della medicina come ponte culturale nel bacino del Mediterraneo*, Latina 2002; A. ARULLANI, *La rivoluzione culturale della medicina del XX secolo*, in *accademialanciana.it*, 12 novembre 2012.

Scientific cooperation has also a political value in a geographical area marked by conflicts⁴: it can weave a common thread between scientific culture and the culture of peace, ensuring that people from all over the Mediterranean meet, study and communicate, creating new knowledge, as happened in the past in the Ptolemy's Library in Alexandria.

Throughout history, science has served as a meeting point to build alliances between countries beyond political circumstances in support of diplomatic agreements in many areas, like health, biodiversity conservation, water resource management, energy security, or climate change. The Mediterranean region is actually experiencing common problems, like food and water scarcity, biodiversity loss, marine and atmospheric pollution, emerging health threats, among many other direct and indirect consequences. If not addressed, these problems will escalate, having a negative impact on all levels of society, the environment, the economy and health. These problems need to be tackled through regional long-term cooperation in research, innovation, and capacity building. International research collaboration is essential in understanding these shared challenges and providing common ground, to overcome obstacles of cross-border cooperation caused by political, geographical, social, or conflict-related problems: exchange of knowledge and experiences regarding innovative tools and new frontiers in medical care place science and health at the heart of the connection between Mediterranean countries.

Medicine is a tool for cooperation between Southern Mediterranean Countries and Europe, and a field that the Mediterranean Countries should strongly support through its work on research and innovation. Strengthening Euro-Mediterranean cooperation in research and innovation is a way forward for fully tapping into the potential of a prosperous Mediterranean. The 1995 Barcelona Declaration⁵ stated that “science and technology have a significant influence on socio-economic development” of the Euro-Mediterranean region. In 2021, UfM (The Union for the Mediterranean, that is an intergovernmental institution bringing together the European Union Member States and 16 countries from the Southern and Eastern shores of the Mediterranean to promote dialogue and cooperation)⁶ approved a

⁴ United Nations office for the coordination of humanitarian affairs, 2022. Available: reliefweb.int/report/world/global-humanitarian-overview-2022.

⁵ C. GRECO, *From Idealism to Pragmatism. Euro-Mediterranean Relations 20 Years after the Barcelona Declaration*, in *EUMedEA Online Working Paper Series*, 1-2017, 1.

⁶ See First Union for the Mediterranean Ministerial Conference on Research and Innovation, Declaration 27 June 2022; see also the Conclusions of the sixth Regional Forum of the Union for the Mediterranean held in Barcelona on 29 November 2021, and the Commitment of the Union for the Mediterranean Member States to the United Nations 2030 Agenda for Sustainable

research agenda on climate change, renewable energy, and health⁷.

In this framework, there is the awareness that a dialogue that brings together scientific achievements, even in medicine, increasing awareness and capacities, is indispensable. Dialogue among different stakeholders can show multilateral institutions, industry, research organizations and civil society the importance of a cultural and scientific exchange on the most important achievements of the evolution of medicine. Medical innovation is crucial in connecting Mediterranean Countries in several ways: it can lead to the creation and development of new technologies, procedures and treatments; these can be shared between Mediterranean Countries, facilitating the exchange of knowledge and the adoption of the best medical practices across the region. Medical innovation often requires collaborations between researchers, academic institutions and companies in different Countries: these collaborations can also involve Mediterranean Countries, leading to greater integration and connection in medical research and the development of new solutions for common health challenges. Medical innovation can help improve equitable access to medical care across the Mediterranean region: this can be done through the development of cheaper and more accessible technologies, the promotion of sustainable healthcare models and the sharing of best practices to improve access to medical care in disadvantaged communities. Medical innovation can help Mediterranean Countries address common health challenges, such as infectious diseases, chronic diseases and problems related to an aging population⁸. The development and adoption of new technologies and treatments can help improve the prevention, diagnosis and treatment of these diseases across the region. In summary, medical innovation can promote connection between Mediterranean Countries by facilitating the exchange of knowledge, technologies and resources, by promoting collaboration in research and development, by improving equitable access to medical care and addressing common health challenges.

Development and the Sustainable Development Goals (SDG), in particular SDG 3 on Good Health & Well-Being, SDG 4 on Quality Education, SDG 6 Clean Water & Sanitation, SDG 7 on Affordable & Clean Energy, SDG 9 Industry, Innovation, & Infrastructure, SDG 10 Reduced Inequalities, SDG 11 on Sustainable Cities & Communities, SDG 13 on Climate Action, SDG 14 on Life Below Water, and SDG 17 on Partnerships for the Goals. See also The Nouakchott Declaration (2022) of the 5+5 Dialogue on Research, Innovation, and Higher Education and the agreed action areas, developed by the highlevel working group taking into account the newly agreed priorities of the Union for the Mediterranean Regional Platform in Research and Innovation

⁷ M.G. SOLER & A. PEREZ-PORRO, *Science and Innovation Diplomacy in the Mediterranean*, Barcelona, Union for the Mediterranean, 2021.

⁸ O. MOHAMED-AHMED et al., *Reviewing essential public health functions in the eastern mediterranean Region post Covid-19 pandemic: a foundation for system resilience*, in *BMJ Glob Health*, 9, 2024, 1.

This article attempts to focus on what the tools might be to implement scientific cooperation in medicine among Mediterranean Countries. The issue will be addressed in the light of the broader contexts in which it fits: on the one hand, European policies of cross-border cooperation in the Euro-Mediterranean region, and, on the other hand, the progressive affirmation of the international dimension of the right to health. This international dimension, which has been dramatically highlighted by the pandemic experience, is struggling to be fully affirmed at the legal level, due to the lack of elaboration of adequate instruments in the field of international law. The purpose of the paper is to investigate whether and to what extent some emerging profiles of international health law, such as those related to the “capabilities approach”, may play a role in view of closer cooperation in health matters among Mediterranean countries.

2. Scientific cooperation on shared health problems can be the key to bridging the gap between the south-eastern and northern shores of the Mediterranean. At the same time, it can help reduce disparities between sub-regions on issues where large gaps persist, such as education, social inequalities, technology, access to drinking water, which have important consequences for health protection and application of medical science⁹. This awareness has now been acquired at the institutional level of the European Union: in 2015 science diplomacy¹⁰ was elevated in the European Union as an external dimension of the EU’s science and innovation policy, and a particular focus was given to the Euro-Mediterranean partnership through support for projects such as the Partnership on Research and Innovation in the Mediterranean Area (PRIMA). The Barcelona Declaration of 1995 already recognized the importance of science diplomacy and the role of science and technology in the socio-economic development of the Mediterranean¹¹. In 2017, Ministers of Science of the Euro-Mediterranean region (as in Valletta Declaration, 2017)¹² identified knowledge as the engine for sustainable development and job growth in the region, as an instrument for regional integration in the Mediterranean, grounded in gender equality and scientific excellence. A New Agenda for the Mediterranean (European

⁹ H. ABOU-TALEB, S. VAN GILST, N. MOHAMED, et al., *National public health institutes in the Eastern Mediterranean Region: Insights from experts in the field*, *BMJ Glob Health*, 2024, 1.

¹⁰ *Mediterraneo. Ricerca e diplomazia scientifica*, CNR, Roma, 2020.

¹¹ *UfM, 25 Years of the Barcelona Process*, Union for the Mediterranean, 2020.

¹² Valletta Declaration on Strengthening EuroMediterranean Cooperation through Research and Innovation, 4 May 2017 Valletta, Malta, in *ufmsecretariat.org*.

Commission, 2021) views research and innovation as key elements for the achievement of more resilient and inclusive growth, as well as the creation of sustainable employment opportunities¹³.

These policy instruments demonstrate a broad political consensus for scientific cooperation in the Mediterranean region. The Covid-19 pandemic has been exemplary in demonstrating why international scientific cooperation must be integrated with diplomacy to tackle shared challenges that Countries cannot deal with alone, and the recovery phase is the opportunity to make science available for sustainable development and society's wellbeing.

In July 2021, the UfM Regional Platform in Research and Innovation adopted a new Agenda for cooperation in research and innovation¹⁴ in the region, with a focus on renewable energy, health¹⁵, and climate change. These three priority areas create a common roadmap for the UfM member states, emphasizing their horizontal integration and the interlinkages between them. The need for transdisciplinary research methods is characterized by the collaboration between natural and social scientists, as well as the involvement of non-academic stakeholders, such as public officials, citizens, private sector or non-profit organizations.

The goal is to create or strengthen multi-stakeholder approaches to promote scientific evidence into decision-making processes on transnational issues of common interest. This kind of cooperation can take many different forms: including scientific capabilities in foreign policy structures, big-scale regional research programs, networks of research centers, academic mobility schemes, joint access to large research infrastructure, dedicated conferences and training events. These activities are essential for the development of the Mediterranean region.

An intervention in this sense is also imposed by economic reasons alongside the strictly social and humanitarian ones. A healthcare system ready for the challenges of globalization is the first step towards a "healthy economy": health related targets are closely related to sustainable development goals, and, additionally, health policies have an immediate impact in terms of stability of the economic system of each State, not only in how much they impact on the public

¹³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Global Approach to Research and Innovation. Europe's strategy for international cooperation in a changing world, European Commission, Brussels, 18.5.2021 COM(2021) 252 final, in *research-and-innovation.ec.europa.eu*.

¹⁴ At *ufmsecretariat.org/Report_Science_Innovation_Diplomacy_Mediterranean_ALTA*.

¹⁵ See also the First Union for the Mediterranean Ministerial Conference on Research and Innovation Declaration, 27 June 2022, in *ufmsecretariat.org>uploads>2022/06*.

budget, but also because if the population tends to be healthy, it will represent a competitive resource¹⁶. Technological and scientific skills, can create a favourable context, which can certainly attract also for foreign investments¹⁷.

The Covid 19 pandemic has made States aware of the impossibility of dealing alone with health emergencies¹⁸, and has created the need to implement more harmonious and integrated healthcare systems. This is all the more reason why in the Mediterranean area, affected by an impressive migratory phenomenon, poses the need to ordinarily operate in a cooperation network with the healthcare realities of the other cross-border nations. Only through this way it will be possible to deal with health emergencies which, in the context of a global system of society, impose global responses.

3. We live in a world characterized by a continuous process of internationalization of health, as demonstrated by growing health tourism¹⁹, and by the new frontier of the use of big data for the development of predictive models of individual diseases and epidemics. Globalization has implications not only for the world's economies, but it also seriously impacts on the health of populations and individuals²⁰: it poses important challenges to the health field, demanding both national and international responses²¹. The recent Covid-19 crisis has demonstrated that infectious diseases continue to pose a serious threat to global health²², but there are new and different global health challenges that need

¹⁶ T.A. GHEBREYESUS, *How could health care be anything other than high quality*, Lancet Glob Health, 6, 2018, 1140; OECD, *Ready for the next crisis? Investing in health system resilience*, OECD health policy studies, OECD publishing, Paris, 2023

¹⁷ T. BOYCE, C. BROWN, *Economic and social impacts and benefits of health systems*, World Health Organization, Regional office for Europe, 2019; D. BIANCO, R. BUBBICO, *Il valore dell'ecosistema della salute come leva di crescita economica, e coesione, come parte integrante per uno sviluppo ecosostenibile: rigenerare il percorso iniziato con la Carta di Ottawa*, The European House - Ambrosetti, 2019; F. LIRUSSE, E. ZIGLIO, L. MACIOCIA, *L'importanza di riposizionare la salute e il benessere*, in *Salute globale e determinanti sociali, ambientali, economici*, Quaderni ASVIS, ottobre 2022.

¹⁸ T. PANG & G.E. GUINDON, *Globalization and risks to health*, EMBO Rep, 5(Suppl 1), (October 2004) S11-S16.

¹⁹ C. CAMPIGLIO, *Valori fondamentali dell'ordinamento interno e scelte di cura transfrontaliere*, in L. PINESCHI (ed.), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2017, 85.

²⁰ L.O. GOSTIN & A.L. TAYLOR, *Global Health Law: A Definition and Grand Challenges*, Pub Health Ethics, 1(1) (2008) 53.

²¹ B. TOEBES, *International health law: an emerging field of public international law*, *Indian Journal of International Law*, 6 April 2016.

²² M. CELEPIJA, *Quale protezione per il diritto alla salute nello spazio giuridico internazionale al tempo del COVID-19?*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 159; F. ALAGNA, *Emergenza coronavirus: verso una tutela globale del diritto alla salute?*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 353.

to be met as well, including the global rise in non-communicable, even chronic diseases²³. It makes inevitable, as well as desirable, a greater connection between Countries, especially neighboring ones, in the development, the diffusion and use of new medical techniques.

Naturally, the theme of the internationalization of medicine crosses various disciplines: international and constitutional law; moral philosophy (if we talk about health as a global public good²⁴); political theory (for the relationship between public goods and social justice)²⁵ and the economic analysis. However, despite the complexities and difficulties that lie ahead, proceeding in this direction is now imperative.

The concept of health summarizes many values and interests²⁶. It is an individual right of every human being, but also a public interest at a local, national and international level. Health in its collective dimension identifies with the general interest of society in guaranteeing living conditions suitable for avoiding the spread of diseases, which is why the fundamental freedoms of subjects can be limited. In this perspective the right to health reflects the protection of public health.

As an individual right, health requires the satisfaction of other rights and primary needs, such as that of food, water, shelter and a healthy environment; furthermore, it requires healthcare and access to medicine. These needs can only be addressed outside national limits, given that the access to medicine and the protection of the environment and technological development are global problems²⁷ (just think of the issue of patent protection²⁸, the economic sustainability of supply of medicines, etc.)²⁹. Collective and individual health, in their international dimension, require attention not only to the spread of infectious diseases but also to global and domestic health inequalities, to problems concerning access to healthcare and medicines, and to the care of health in international and national emergencies and armed conflicts. It is significant,

²³ WHO, *No communicable diseases*, available at who.int/mediacentre/factsheets/fs355/en.

²⁴ P. SAMUELSON, *The pure theory of public expenditure*, in *RES*, 1954, 387.

²⁵ F. FRANCONI, *Sovranità statale e tutela della salute come bene pubblico globale*, in L. PINESCHI (ed.), *La tutela della salute*, cit., 53.

²⁶ In the vast literature, R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milan, 2006, 5394; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute (dir.cost.)*, in *Enc. giur.*, XXVII (1991), 5.

²⁷ See World Bank, *The Climate Change, Environment and Natural Resources Management*, web.worldbank.org.

²⁸ P. SINGH, *No roses without Thorns: global consumers of cut flowers as political actors*, 6, Kentucky J Equine, Agriculture & Natural Resources L (2013–2014) 25.

²⁹ GOSTIN & TALOR, 2008, cit.

from this point of view, that these issues are covered by the Convention on human rights and biomedicine, signed in Oviedo in 1997. The European Convention of Human Rights and Biomedicine— also known as the Oviedo Convention, is the first juridical international binding document in the specific field of biomedicine and bioethics, that covers a wide range of issues³⁰. In this sense, and especially because of its pioneer position, it occupies the top spot on discussions on bioethics and biomedicine on an international level. The need for a document such as the Oviedo Convention also derived from the increased movement of patients, physicians, health enterprises and researches, which highlighted the problem of discrepancies between national legislations, with the real danger of creating “medical paradises” or “scientific paradises”. Thus, keeping in mind a perspective that looks at the issue of the evolution of medical science and of the protection of health in the international dimension, the Oviedo Convention refers to underlying issues, which condition the right to health: it addresses the problem of equitable access to healthcare in art. 3³¹, and deals with the question of emergencies in art. 8³²; art. 26³³ pretty much repeats Article 8 of the ECHR, by accepting limitations of rights grounded on public safety, crime prevention, protection of public health and of rights and freedoms.

This brief reference to the Oviedo Convention attests the awareness that health protection goes beyond respect for physical integrity, since it is inevitably conditioned by broader assumptions, which need to be addressed in a transnational dimension. Moreover, the now consolidated notion of the right to health has a content that is not limited to physical integrity: health is understood not only as physical but also as mental (so-called psycho-physical integrity); furthermore, health is placed in relation to the development of the person, as it can act as a parameter of the lawfulness and unlawfulness of behaviors in interpersonal relationships. The fact that health must be considered as a psycho-physical unit is also confirmed by the notion given by the World

³⁰ V.L. RAPOSO, E. OSUNA, *European Convention of Human Rights and Biomedicine*, in *Legal and Forensics Medicine*, ed. Roy Beran, Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2013, 1405 ss.

³¹ Article 3 - Equitable access to healthcare - «Parties, taking into account health needs and available resources, shall take appropriate measures with a view to providing, within their jurisdiction, equitable access to health care of appropriate quality».

³² Article 8 – Emergency situation – «When because of an emergency situation the appropriate consent cannot be obtained, any medically necessary intervention may be carried out immediately for the benefit of the health of the individual concerned».

³³ Article 26 – Restrictions on the exercise of the rights – «No restrictions shall be placed on the exercise of the rights and protective provisions contained in this Convention other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interest of public safety, for the prevention of crime, for the protection of public health or for the protection of the rights and freedoms of others».

Health Organization, which reconstructs it as “a state of complete physical, mental and social well-being and not simply the absence of disease”. Hence, an incentive for member States to promote preventive activity, both in the health sector (e.g. monitoring the possible onset of disease) and in the extra-health sector (e.g. promoting appropriate lifestyles and work habits and a healthy environment). Recent theories³⁴ propose to overcome the notion of health adopted by the WHO, reformulating it in an even broader way: they argue that the WHO’s traditional definition of health, as «complete physical, mental and social well-being»³⁵, is increasingly problematic and counterproductive, because it contributes to the medicalization of society. They propose a dynamic definition based more on the resilience or capacity to cope and maintain one’s integrity, equilibrium and sense of well-being: the definition of health should be “the ability to adopt and self-manage”. Other Authors have proposed a new approach to the topic of health: the so-called “capability approach”, as developed by Amartya Sen, Martha Nussbaum and, specifically for health, by Sridhar Venkatapuram³⁶, asserts that societies should focus on supporting ... the capabilities of individuals to conceive, pursue, and revise their life plans.³⁷ In particular, this theory recognizes every human being’s moral entitlement to a capability to be healthy. In this framework, for international health law, for example, it would be important to focus on the individual’s capacity to function adequately in society and to pursue one’s life plans. It also implies that emphasis needs to be placed not only on ensuring access to healthcare services, but also on creating conditions for being healthy, including access to safe drinking water and sanitation, health-related information and education, safe and healthy working conditions, and healthy living environments.

The right to health in the Constitution of the WHO has inspired the formulation of Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and

³⁴ M. HUBER et al, *How Should We Define Health*, 343 BMJ (2011) d4163.

³⁵ *Preamble* to the Constitution of the World Health Organization, 22 July 1946 (entry into force 7 April 1948). With this definition the WHO expanded its mandate far beyond the traditional focus on the “absence of disease” so as to also include public health issues more generally. This definition has been lauded for its focus on not only the “physical”, but also on “mental” and “social” well-being, but it has also been criticized for being too broad and absolute in nature. See B. M. MEIER, *The World Health Organization, The Evolution of Human Rights, and the Failure to Achieve Health for All*, in J. HARRINGTON & M. STUTTAFFORD (eds.), *Global Health and Human Rights—Legal and Philosophical Perspectives*, Routledge, Abingdon, 2010, 163–183.

³⁶ A. SEN, *Development as Freedom*, OUP, Oxford, 1999; M. NUSSBAUM, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, 2011; S. VENKATAPURAM, *Health Justice: An Argument for the Capabilities Approach*, Polity Press, Cambridge/Malden, 2011.

³⁷ VENKATAPURAM, *Ibid*, 113–115.

Cultural Rights (the ICESCR), that recognizes «the right to the highest attainable standard of health» and mentions four concrete undertakings for States to realize this goal. In 2000, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (the CESCR) adopted General Comment 14, an explanatory document to the right to health in Article 12 of the ICESCR³⁸, which seems to incorporate new ways of conceiving the right to health in a broader sense.

Even if it is not a binding legal source, and can be considered as soft law instrument, it is considered authoritative by many scholars and practitioners³⁹. It indicates a series of essential prerequisites for the right to health⁴⁰, that could be brought closer to the new approaches to the right to health which have already been mentioned. On the basis of general Comment 14, the right to health has two dimensions: a right to healthcare services and a right to a broad set of underlying conditions for health, including education, access to safe and potable water, adequate sanitation, healthy occupational and environmental conditions, access to health rated education and information, and housing. For the General Comment 14 States must guarantee the availability, accessibility, acceptability and quality of health facilities (the so-called “AAAQ”). In particular, accessibility has four overlapping dimensions: non-discrimination, physical accessibility, economic accessibility (affordability) and information accessibility. Furthermore, General Comment 14 defines a set of legal core obligations resulting from the right to health, that are minimum essential levels of health services which States have to guarantee “at the very least”.

This “minimum core” could provide inspiration for the identification of minimum obligations of States in specific settings such as humanitarian and man-made emergencies or periods of financial crisis, and this could identify a minimum standard in international health law. Important yardsticks for this realization are the above-mentioned “AAAQ”, but they not solve the questions about which services should be provided, especially when it comes to more specialized care, or healthcare facilities in remote areas. Both in developed and developing Countries, arise important questions about how to allocate the limited budgets in a fair and efficient manner, taking into account the needs of the

³⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, The Right to the Highest Attainable Standard of Health, UN General Comment No 14 (2000), UN Doc E/C12/2000/4 (11 August 2000).

³⁹ B. TOEBES, *International health law*, cit., 11. See, for example, the reference to General Comment 14 on the website of the Special Rapporteur on the Right to the Highest Attainable Standard of Health, www.obchr.org/EN/Issues/Health/Pages/SRRightHealthIndex.aspx. See also P. HUNT, *Health and Human Rights Project*, www.essex.ac.uk/hrc/practice/health-and-human-rights.aspx.

⁴⁰ H. POTTS, *Accountability and the Right to the Highest Attainable Standard of Health*, University of Essex - Human Rights Centre/Open Society Institute, available at repository.essex.ac.uk/9717/1/accountability-right-highest-attainable-standard-health.pdf.

various population groups, as well as individual needs; or about the affordability of medicines in the developing world and the increasing expansion of cross-border healthcare delivery and financing.

These problems have a transnational dimension, and this raises the question of which actors have obligations to realize the right to health⁴¹. While the State bears the primary responsibility for realizing the right to health, developed States and international organizations may carry responsibilities to realize the right to health in developing nations. Furthermore, the pharmaceutical industry, health insurance companies and healthcare providers, in light of the power and influence they exercise over the health and well-being of individuals, may also be considered to carry responsibilities under the right to health. Domestic health governance has to be completed by global health governance, which refers to the efforts at the international level geared towards protecting and promoting health.

States have legal obligations to enhance the health of their population: among other things, this means that States are under a duty to establish a national public health strategy, and must have a properly functioning health system⁴². At the same time, States have a duty to regulate non-state actors, hence to regulate all the actors in the health sector, varying from (public and private) health insurance companies, hospitals, pharmaceutical companies, to pharmacists, and general practitioners, to the pharmaceutical industry and the food and beverage industry⁴³.

The primary intergovernmental organization in the global health field is the WHO⁴⁴; there are also other players: the International Labour Organization (the ILO), the United Nations Development Programme (the UNDP), the United Nations Children's Fund (the UNICEF), the Global Fund for AIDS, Malaria and Tuberculosis, the World Bank and the International Monetary Fund (the IMF), regional development banks and the World Trade Organization. Important private actors are the pharmaceutical industry, Médecins sans Frontières and Oxfam, the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, the International Committee of the Red Cross/Red Crescent and the UNICEF, as well as non-governmental organizations and national medical associations. The

⁴¹ P. PICONE, *Obblighi reciproci e obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in V. STARACE (a cura di), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milano 1983, 15.; ID., *Obblighi reciproci e obblighi erga omnes*, cit., 43; ID., *Comunità internazionale e obblighi erga omnes. Studi critici di diritto internazionale*, Napoli 2010.

⁴² P. HUNT & G. BACKMAN, *Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health, Health & Human Rights*, 10, 2008, 81.

⁴³ WHO, *International Health Regulation*, Art. 5 (1-3), 13 (1-3-5).

⁴⁴ J. PRAH RUGER & D. YACH, *The Global Role of the World Health Organization, Global Health Governance*, II(2), Fall 2008/Spring 2009.

fact that there are so many subjects can create problems of miscommunication, with a lack of adequate leadership and accountability, and this is why several scholars have called for strengthening of WHO, for more standard setting in global health and for more resources to address global health problems⁴⁵.

The WHO, which is the main global intergovernmental health body, has considerable powers; it was the first international organization to lay down a right to health, and this signed a breakthrough in the field of international health and human rights law, creating an important point of departure for the further elaboration of a right to health in human rights documents. The Preamble to the Constitution of the WHO⁴⁶ defines “health” as a right, and refers to the relation between health problems and unequal development in different Countries, to the importance of the healthy development of the child, and to the importance of the informed opinion and active co-operation on the part of the public.

The Constitution of the WHO provides three different types of instruments: conventions, regulations and recommendations (Articles 19, 21 and 23, respectively),⁴⁷ but the WHO has made only a limited use of its normative powers: the history of the WHO is characterized by the prevailing influence of medical and public health experts, which saw little importance in adopting standard-setting instruments⁴⁸. This contradiction demonstrates the necessity to study the potentials and limitations of right to health in the international context, for finding the way to employ legal instruments as a core standard in international health law: international health law⁴⁹ is not a well-developed field contrary to, for example, international trade law, international environmental law and international humanitarian law⁵⁰. Topic related to health equity, are fundamental

⁴⁵ B.M. MEIER, *The Highest Attainable Standard: The World Health Organization, Global Health Governance, and the Contentious Politics of Human Rights* (PhD thesis), ProQuest Dissertations Publishing - Columbia University, Ann Arbor, 2009.

⁴⁶ Preamble of the Constitution of the World Health Organization, adopted 22 July 1946 (entry into force 7 April 1948).

⁴⁷ O. AGINAM, *Mission (Im)possible, The WHO as a ‘Norm Entrepreneur’ in Global Health Governance*, in M. FREEMAN, S. HAWKES & B. BENNETT (eds.), *Law and Global Health: Current Legal Issues*, Volume 16, OUP, Oxford, 2014, 560–573.

⁴⁸ O. AGINAM, *Ibid*, 562.

⁴⁹ International health law brings together international standard-setting instruments adopted in the context of the WHO and under human rights law, while health-related legal rules, norms and other (nonbinding) standards can also be found in several other branches of international law, including under international humanitarian and environmental laws, in medical ethics and patients’ rights. In addition, some instruments have an indirect bearing on health, such as the Trade Related Intellectual Property Rights (the TRIPS) Agreement of the World Trade Organization (the WTO). About the sources of international health law, see. B. TEUBER, *International health law*, cit.

⁵⁰ M. BÉLANGER, *Une nouvelle branche du droit international: le droit international de la santé*, *Études internationales Québec*, 1982, 611.

components of the human dignity of individuals: equity and the protection of health need to be emphasized in the field of the international law, so as to be able to balance the consequences of world trade, or economic growth, of immigration, of conflicts, with the protection of the health of individuals and groups.

4. As can be seen from the above, at present international health law consists of a set of disjointed instruments that have been adopted in the framework of various organizations. The enforcement of international health law remains a huge challenge, because of the difficulty in bringing coherence to a field that is very broad, and in which very different legislative disciplines of States intervene. In the protection of health, globally and locally, many State and non-state actors interact with each other forming a complex relationship. The challenge is to move beyond the State-centred nature of public health law: in this framework the implementation of the transnational cooperation and exchange in research and medical innovation could be certainly an important start, with the aim of adopting the best medical techniques and increasing good levels of protection of health. Proceeding in this way could lead to greater homogeneity in the definition of standards-settings instruments, rather than trying to introduce uniformity of legislative disciplines, which is a much more difficult objective to achieve.

In the concrete realization of such a process an important stage could be constituted by the above-mentioned “AAAQ”, requiring that healthcare systems are available, accessible, acceptable and good quality for people residing on each territory. The reference to these parameters implies going beyond the traditional notion of health, as mere “physical well-being” and “absence of disease”: the right to health, in this new dimension could be recognized as the key unifying standard in the field of international health law; with its emphasis on health justice and equity it would shift the debate from the legal content of the right to health to the quality parameters of the healthcare service to be offered in the various Countries, focusing attention to the health-related interests of individuals.

In addition to bringing coherence to existing instruments, new standard-setting instruments could be adopted under international health law, also by improving the cooperation in medical innovation. This may be especially true if one considers the transnational realities of neighbouring Countries with similar health problems, as is the case in the euro-mediterranean region: this approach could have an important role to help disadvantaged Nations, especially on the southern shore of the Mediterranean, to bridge the gap, increasing the quality of their healthcare systems.

Complex questions arise as to what services should be provided, especially when it comes to more specialized care, in remote areas and for poor people. The health problems and needs of developed and developing Countries in the Mediterranean region may differ in concrete terms, precisely because of the different development conditions, but, at a more abstract level, very similar questions arise as how to take into account the needs of different population groups suffering from similar health problems. European Countries and those in the Mediterranean region face several common health problems, including, to varying degrees, the double burden of chronic diseases related to diet and physical inactivity, disorders due to nutritional deficiencies and antimicrobial resistance; these common problems make collaboration in the Mediterranean region important, for example through the expansion of surveillance and laboratory expertise, and the review and strengthening of joint vaccination strategies.

Migration constitutes another common challenge where the EU and non-EU Mediterranean Countries face large and unexpected flows of migrants, refugees and asylum seekers, many of whom have special health needs. This is a significant burden that should not be underestimated and which should be addressed jointly, mobilizing the necessary resources within a common framework. Furthermore, the deterioration of health conditions and the deaths and unnecessary suffering caused by the unrest taking place in different areas of the region represent common enemies: is necessary to develop shared strategies to combat them and eliminate the risks they pose for euro-mediterranean society; greater collaboration and better exchange of information and best practices are tools to address these challenges.

In recent years, the Covid 19 pandemic, the resurgence of polio and the Mers coronavirus syndrome have firmly reminded the world that health problems know no borders. In the fight against serious cross-border threats such as these, the WHO's International Health Regulations (IHR) provide a legally binding framework for the coordination and management of events that may constitute an international public health emergency. The EU Decision on serious cross-border threats to health, which entered into force in December 2013, also creates a legal instrument to coordinate interventions across the Union. It enables the sharing of information through the early warning and response system, and collaboration on risk assessment, management and communication.

But the emergency approach is not enough: it is necessary to adopt another and different approach, which aims to achieve ordinary and stable cooperation, also in a preventive sense, especially between cross-border Countries. In other words, it is necessary to develop the system conditions that ensure the best enjoyment of the right to health, in the sense already indicated by the before-mentioned Comment 14.

Following the Covid-19 pandemic, noting the devastating impact zoonoses can have on the public health of the entire planet, many global health scholars emphasized the need to adopt strategies and policies of health protection inspired by the concept of One Health. The latter, in 2021, was defined by the tripartite alliance WHO, FAO and OIE as «an integrated and unifying approach that aims to sustainably balance and optimize the health of people, animals and ecosystems. It recognizes that the health of humans, domestic and wild animals plants and the environment in general (including ecosystems) are closely linked and interdependent»⁵¹. This is not, however, an absolute novelty introduced by the 2020 pandemic: the coining of the term One Health dates back to 2003, when, in the aftermath of the SARS epidemic, it was stated that global health should be pursued through a broad approach, «based on the understanding that there is only one world - and only one health»⁵².

Behind the term One Health, often flanked and superimposed on related paradigms such as Eco Health and Planetary Health (which are indeed based on different settings, different values and different theories of science)⁵³, lives the idea that there is “one health” that concerns all beings living in “one world” and that it must be preserved through cross-sectoral governance mechanisms, at global, international and state levels⁵⁴.

The one health approach, therefore, also makes clear the usefulness of a concerted effort to develop national legislation for international cooperation in the health field, focusing, among other things, on access to medical innovations and health systems, especially between neighbouring countries, such as those in the Mediterranean. In this framework scientific dialogue and

⁵¹ See Joint Tripartite (FAO, OIE, WHO) and UNEP Statement – Tripartite and UNEP support OHHLEP's definition of “One Health”, 1 december 2021, available at www.fao.org/3/cb7869en/cb7869en.pdf.

⁵² In 2004, the Wildlife Conservation Society published a list of 12 recommendations, the so-called Manhattan Principles, considered the scientific manifesto of the “One Health, One World” concept, oriented towards an international and multidisciplinary approach to the protection of health, based on the recognition of the interconnections between human and animal medicine. J. ZINSSTAG, D. WALTNER-TOEWS, M. TANNER, *Why One Health?*, in J. ZINSSTAG (ed.), *One health: the theory and practice of integrated health approaches*, Oxford/Boston, CAB International, 2021, p. 15. The “One Health” approach is present in the Rome Declaration which followed the Global Health Summit held in May 2021 in the capital; is present also in the PNRR, and in the EU4Health, the European Health Programme 2021-2027 (Protocol 2021/522), in which express reference is made to the One Health approach.

⁵³ H. LERNER, C. BERG, *A Comparison of Three Holistic Approaches to Health: One Health, EcoHealth, and Planetary Health*, in *Frontiers in Veterinary Science*, 2017, n. 4, 1 ss.

⁵⁴ A. OKELLO, A. VANDERSMISSEN, S.C. WELBURN, *One Health into Action: Integrating Global Health Governance with National Priority in a Globalized World*, in J. ZINSSTAG (ed.), *One health*, cit., p. 403.

internationalization in scientific research and medical innovation have an essential role: internationalization of health is the prerequisite and, at the same time, the result of scientific exchange initiatives.

All this makes it clear that as regards to constitutional and international law, the transnational dimension of the protection of health is increasingly emerging: medical science cannot fail to cross the borders between nations in view of health emergencies, contagious diseases, and protection of good health in geographical areas united by important migratory flows. In contexts such as the Mediterranean, greater uniformity in guaranteeing health can bring Countries closer together; furthermore, by achieving greater uniformity in health conditions, one of the factors that increases immigration would be eliminated⁵⁵. This is a prospect that modern Mediterranean nations cannot fail to look at: the connection between neighboring Mediterranean Countries is an objective to pursue, in the view of the construction and implementation of a medical science that is increasingly functional to the achievement of the general interests of the social communities involved.

⁵⁵ A. MARCHESE, *Medicina di frontiera nel Mediterraneo multietnico, tra pluralismo etico, culturale e normativo*, in *Statobiese.it*, n. 27/2017, 1; E. DI MARIA, *Health right across the Mediterranean*, cit.

LO SGUARDO DEGLI ALTRI

I due nemici della democrazia

ALFIO MASTROPAOLO

Dobbiamo assolutamente trovare un modo per darci conto di quanto sta accadendo, dell'incresciosa situazione in cui versano i regimi cosiddetti democratici. È urgente. Perché tale situazione è diventata rischiosissima. Iniziando magari da un cambiamento di paradigma per guardare alla democrazia con occhio diverso. Non più come la forma di governo più perfetta che si possa immaginare e nemmeno la più ovvia per i paesi occidentali, impregnati dei sacri valori di libertà e quant'altro. Ma solo come una tecnica di risoluzione dei conflitti frutto, inatteso, di particolari circostanze storiche, fragile, problematico e instabile.

Il dilemma tra democrazia e autocrazia, tocca altresì riconoscere, non è netto, né a somma zero. Non c'è regime democratico che non contempli una quota di autocrazia in alcune istituzioni di governo, e, soprattutto, dacché la democrazia è stata inventata, l'autocrazia l'ha di continuo inseguita e sovente avvicinata. Scomoda, anzi odiosa, per alcuni, per altri non lo è affatto e c'è chi attivamente si adopera, a volte perfino col soccorso delle parti politiche democratiche, o per instaurarla o, se non altro, per restringere gli spazi governati democraticamente, cioè col consenso dei governati. È questo il vero dualismo che divide le società occidentali.

Detto altrimenti: l'autocrazia non è una deviazione patologica della democrazia, bensì una tecnica di governo della vita collettiva del tutto fisiologica. Se tralasciamo le precedenti sperimentazioni di governo collegiale fondato sul consenso dei governati, e assumiamo quale punto d'avvio l'invenzione del regime rappresentativo in Inghilterra al tempo della Rivoluzione Gloriosa, la bilancia tra cicli rappresentativo-democratici e cicli autoritari pende nell'insieme a favore dei primi. Ma non sono affatto mancati i secondi, col complemento delle istituzioni autocratiche vigenti – magari fondate sulla competenza tecnica – regolarmente presenti nei regimi democratici. Naturalmente dal conto va escluso l'impiego della violenza nei possedimenti coloniali, sennò il calcolo finisce prima di cominciare.

Se in Inghilterra il regime rappresentativo liberale era già stabilizzato nell'età vittoriana e edoardiana e avviato verso la sua estensione democratica - ma dopo la durissima azione repressiva condotta contro il Cartismo – a ripercorrere la

* Il saggio non è stato sottoposto a valutazione per decisione della Direzione.

storia degli altri grandi paesi europei, tra restaurazione, bonapartismo, fascismo, nazismo, franchismo, e c'è dell'altro, le regressioni autoritarie, e i rischi di regressione, si sono periodicamente riproposti fino agli anni '70 del Novecento. Il pluralismo dei regimi rappresentativi-democratici ha sempre navigato tra gli scogli dell'autocrazia e ha fatto non di rado naufragio.

Tolta una drammatica coda francese e poi quella greca, sembrava che dopo il secondo conflitto mondiale i sostenitori della democrazia avessero vinto la partita. Raggiunto l'apice della brutalità autoritaria coi regimi fascisti, la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo* del 1948 e le costituzioni postbelliche avevano fatto sperare che la lezione dell'ultimissimo passato fosse servita. Che i regimi democratici fossero stati ricostituiti, o rivitalizzati, adottando regole meno velleitarie di quelle che avevano condotto al disastro in Italia, Germania e anche in Francia. Le insidie non provenivano più dai sostenitori dell'autocrazia, ma semmai dagli oltranzisti, che aspiravano al socialismo. L'affiliazione comunista di alcuni, che fruivano del sostegno dell'Unione sovietica, faceva temere che non si facessero troppo riguardo per le regole della democrazia liberale e "borghese". Nessuna di queste minacce aveva tuttavia avuto seguito, i partiti comunisti si sono progressivamente adattati, mentre la crescita economica rafforzava i regimi democratici e ne favoriva l'estensione tramite il *welfare*. Il modello pretendeva addirittura di diffondersi, con maggiori o minori difficoltà, anche fuori dallo spazio occidentale, in sintonia con lo sviluppo economico. Secondo qualche autore, non sempre tale modello era il più idoneo a mantenere l'ordine e a promuovere lo sviluppo. Toccava rassegnarsi alla persistenza di formule autoritarie. Ma non c'era da drammatizzare più di tanto. Il culmine di *self-confidence* democratica è stato infine raggiunto nel 1989. Caduto il Muro, la democrazia è stata orgogliosamente dichiarata *the only game in town*. Il convincimento era tanto solido da far dimenticare gli avvertimenti pronunciati a metà anni '50 da qualche sociologo e politologo meno fiducioso, non necessariamente di scuola marxista, per il quale il contributo della crescita economica e del benessere alla stabilizzazione democratica era decisivo: cosa sarebbe successo se si fossero esauriti?

Ed è invece in quella stagione che è riaffiorato il partito dell'autocrazia, o della destra ultrà. La quale non si era mai sommersa del tutto, ma aveva condotto una vita marginale, quando non addirittura illegale. Tra anni '70 e '80, l'ultradestra illegale si era fatta drammaticamente sentire. Ma più o meno in contemporanea si erano manifestate varianti nuove, estreme, ma mimetizzate con una certa cura, che, per qualche ragione sono state classificate sotto la vaghissima rubrica di populismo, trattandole come un'eccentricità, senz'altro un'involuzione rispetto alle forme consuete del discorso politico, ma tutto

sommato scomode ma non pericolose. Il termine populismo ne eufemizzava l'orientamento autoritario e xenofobo e ne ignorava l'ascendenza. Era utile anche a far confusione con le formazioni di nuova sinistra che da allora apparivano al di là delle sinistre tradizionali. Non sarebbero mancati invece i motivi per trattare tali varianti come eredi della grande filiera reazionaria che aveva in passato promosso l'involuzione dei regimi rappresentativi e democratici. E una filiera, quest'ultima, di lunghissima durata. Zeev Sternhell l'ha chiamata anti-illuminismo, indagando quel fascio di idee che fino dalla Rivoluzione francese si è contrapposto all'illuminismo, alla sua idea di modernità, ai suoi valori di uguaglianza, libertà, universalismo, razionalismo, tolleranza: dunque al regime rappresentativo liberale e alla sua estensione democratica.

La filiera reazionaria si è storicamente articolata in più varianti nazionali. Sul piano intellettuale, ci si consenta l'approssimazione, tra coloro che l'hanno alimentata si possono citare i nomi di Burke, de Maistre, Donoso Cortés, Carlyle. Finché al volgere del secolo, quando il transito verso la società industriale era pienamente avviato e i paesi europei erano tutti presi dai loro disegni imperiali, la filiera non si è in gran parte riconvertita al nazionalismo identitario. Oscurando l'altra versione di nazionalismo, quello civico, repubblicano, democratico, emancipativo, che era stato di Mazzini e di altri, che si battevano per la liberazione dei popoli e per la loro fratellanza. Sempre ostile al socialismo, che stava esercitando una possente attrazione verso le classi popolari, il nazionalismo identitario era antisemita, talora cattolico, altre volte laico, sempre antiparlamentare, antipluralistico, autoritario, avverso alle *élites* borghesi e liberali, troppo remissive verso il socialismo, per lo più statalista e magari anticapitalistica, ma anche svelto a esibire un'anima popolare. Un *côté* populista c'era già allora. La prossima tappa sarà il fascismo.

Il nazionalismo identitario e reazionario annovera figure intellettuali in quantità, anch'esse di elevata caratura: Spengler, Schmitt, Barrès, Maurras, Corradini, Gentile. Ma è altresì consistito di movimenti, circuiti associativi, partiti, riviste, molto attivi. La storia europea è generosa di esempi. Il nazionalismo italiano fu un movimento di respiro, che contribuì all'ingresso dell'Italia nella prima guerra mondiale. Ebbe un'intrigante variante artistica nel futurismo. Il nazionalismo francese annovera movimenti come l'Action française, la Croix de feux, i Camelots du roi e ancora. Sono tutte forme politiche che, archiviati i regimi fascisti, hanno trovato qualche continuazione, seppur a margine, entro quelli democratici: più vigorosa in Francia almeno fino agli anni '60; ostinata in Italia, tramite il Msi, ma anche grazie a formazioni extraparlamentari e perfino terroristiche; ostinata pure in Germania, ove più volte si sono costituiti partiti di ultradestra. In attesa del rilancio. Il cui andamento può essere

ricostruito attraverso la biografia di uno dei suoi protagonisti, forse il maggiore, l'appena scomparso Jean-Marie Le Pen, federatore della destra non gollista entro il primo partito classificato da alcuni osservatori come populista: il Front National. Nato in Bretagna, in un ambiente cattolico tradizionalista, ufficiale dei paracadutisti in Algeria, simpatizzante dell'OAS, militante e parlamentare poujadista, prossimo collaboratore di un reduce di Vichy come Tixier-Vignancourt, avvocato di Pétain e due volte candidato alla presidenza della repubblica, Le Pen incarna la continuità tra il nazionalismo identitario d'anteguerra e il nazionalismo etnico praticato dall'odierna ultradestra.

Da ultimo la caccia agli eufemismi ha suggerito di adottare formule come nativismo e sovranismo. E una reticenza alquanto singolare a parlare apertamente di nazionalismo, enfatizzando invece l'appello al popolo, che è invece consueto a tutti i nazionalismi di tardo Ottocento-primi Novecento, ma che vanta anche altri precedenti: come il boulangismo e come la vicenda politica di Napoleone III, asceso al trono imperiale a seguito di un'investitura elettorale a Presidente della Repubblica e di ben due referendum popolari. E anche singolare la riluttanza degli osservatori a denunciare la pericolosità del cosiddetto populismo per le istituzioni democratiche. La filiera reazionaria si è sempre caratterizzata per la sua propensione mimetica. Stavolta l'ultradestra non ha rinunciato all'antiparlamentarismo e all'antipolitica, ma è riuscita in apparenza ad adattarsi alle procedure democratiche. Raggiunto l'apice della brutalità con i regimi fascisti, cui possiamo apparentare la dittatura dei colonnelli in Grecia e alcuni regimi sudamericani, nelle società avanzate è del resto difficile immaginare tecniche di coercizione altrettanto estreme.

La democrazia, come si è storicamente sviluppata, non è però fatta unicamente di procedure, ovvero di elezioni competitive, o di libera espressione delle opinioni, del resto facile da comprimere favorendo il costituirsi di posizioni di monopolio nella sfera dei *media*. Si distingue dall'autocrazia perché riconosce e tutela il pluralismo, sociale, culturale, politico, che ha la sua manifestazione più elevata nell'autonomia e nella dignità degli individui: li chiamiamo diritti fondamentali. C'è sempre il problema di chi traccia il confine oltre il quale i diritti sono calpestati. Le regole costituzionali li indicano, ma attribuiscono il compito di tutelarli in maniera giocoforza imperfetta: vedi il caso della Corte suprema americana. L'autocrazia è comunque l'incontrario. A complicare le cose c'è il fatto che una qualche restrizione del pluralismo c'è sempre stata, non solo nei regimi rappresentativi liberali, che restringevano il suffragio, ma pure in quelli democratici, anche oltre le istituzioni autocratiche cui si accennava più sopra. E inevitabile. Così come si sono posti dei freni alla libertà individuale. Ovvero: ciascun regime, rappresentativo e democratico, ha elaborato

una propria idea ufficiale di libertà, iscrivendola in qualche testo costituzionale. Ora, sotto questo punto di vista, le tecniche di restrizione del pluralismo e della libertà individuale, e le giustificazioni che se ne danno, si sono sostanzialmente evolute nel tempo. La sfida di quella che a metà anni '70 è stata denominata la "governabilità" è stata affrontata riducendo non poco la distanza tra democrazia e autocrazia. È stata un'evoluzione silenziosa, cominciata rafforzando il potere esecutivo, anzitutto sul piano simbolico. Alla lunga non serve moltissimo perché la democrazia scivoli nell'autocrazia, senza nemmeno eccedere in coercizione. L'espressione "democrazia illiberale" coniata da Fareed Zakaria, rappresenta in maniera piuttosto efficace questa possibilità, che le ultradestre considerano e quando possibile attuano. Predicazione nazionalista a parte, le politiche di respingimento dei migranti, le tecniche sbrigative di repressione della protesta e di mantenimento dell'ordine pubblico, il panpenalismo e il trattamento riservato alla popolazione carceraria, lo spregio per le opposizioni e per i dissenzienti, che hanno caratterizzato l'operato del governo Meloni, annunciano quale direzione possano prendere i partiti di destra ultrà.

Se non che, la filiera reazionaria in costume populista e la destra ultrà non sono l'unico ostacolo che i regimi democratici abbiano incontrato sulla loro strada. Un'opposizione ancora più problematica è quella tra il capitalismo e governo rappresentativo e democratico. Per contro, il suo rapporto con il capitalismo è molto più complicato. La convivenza stavolta è necessaria, almeno a quanto finora ne sappiamo, e anche originaria. Il governo rappresentativo è figlio, benché non esclusivo, del capitalismo. Se ne facciamo risalire la nascita alla Gloriosa rivoluzione, fondamentale fu il lascito dell'umanesimo, ma furono i ceti commerciali in espansione che lo promossero, onde scrollarsi definitivamente di dosso l'assolutismo monarchico. L'invenzione sarà confermata dalla Rivoluzione francese, ovvero dalle rivendicazioni della borghesia, intellettuale e professionale, ma anche capitalistica, che avanzava pretese di uguaglianza giuridica e libertà politica ed economica, e che al posto del re intronizzò nientemeno che il popolo, o quella sua variante sublimata che è la nazione.

Eppure, la conciliazione tra capitalismo e Stato Democratico resta difficile, se non impossibile. Sono incompatibili le logiche con cui si legittimano e in qualche misura funzionano. Stando alle sue narrazioni, e ai valori, e alle giustificazioni che accampa, il capitalismo è perseguimento del profitto privato. Lo Stato, il regime liberale e democratico, fonda la propria legittimità sull'interesse generale e del bene pubblico. Schumpeter ha risolutamente negato che siano questi i moventi degli attori. Ma i principi di legittimazione non pongono loro comunque vincoli stringenti e sono anche una risorsa di potere. Istituito il suffragio universale, lo Stato diventa ufficialmente "pluriclasse": sul trono della

sovranità statale siedono anche i ceti svantaggiati, o i loro portavoce. In linea di principio, dunque, Stato e capitalismo parlano lingue diverse.

Di fatto i due universi comunicano di continuo. Non solo perché l'interesse privato – che può essere nobilissimo – è un movente comune tra i loro rispettivi addetti, ma perché i loro confini non sono rigidi. Gli addetti allo Stato, d'origine burocratica ed elettiva, intrattengono continui rapporti con i capitalisti. Gli imprenditori siedono in parlamento e al governo, hanno amici e parenti entro le burocrazie pubbliche, e di lì tutelano in propri interessi. La politica è anche un canale di ascesa sociale e un'opportunità di arricchimento. Se però questo rende più facile la convivenza, lo Stato e la democrazia sono pur sempre un intralcio per il capitalismo e lo stesso vale all'incontrario. Con una differenza non lieve. Manca la simmetria. E storicamente provato che il capitalismo può fare a meno della democrazia. Non si contano i regimi che ne hanno fatto a meno. Ma non conosciamo regimi liberali o democratici che abbiano fatto a meno del capitalismo.

Sarebbe affrettato concludere che l'autocrazia sia il regime preferito dal capitalismo e dai capitalisti. Spesse volte a questi ultimi è servito anche lo Stato democratico, che incanalava e regolava il conflitto sociale e ne attutiva gli effetti e si addossava una parte non secondaria dei costi. Resta il fatto che la convivenza è scomoda. Non per questo impossibile, al prezzo, ovviamente, di rinunce da ambo le parti. Solo che mentre la democrazia di rinunce ne ha fatte molte, il capitalismo si è sempre mostrato più riluttante.

La fortuna dei regimi rappresentativi e democratici è che la concordia di norma tra i capitalisti scarseggia. Si sono sempre fatti la guerra tra loro, tanto quanto se la fanno gli addetti alla politica. Ciò ha condotto alcuni capitalisti, i loro portavoce elettivi, la stampa amica, le loro associazioni, ad accettare importanti politiche democratiche: dall'istituzione del suffragio universale a quella del *welfare*. Al tempo stesso, tuttavia, ogni qual volta era alle viste, o in atto, qualche avanzamento democratico che insidiava l'ordine stabilito delle cose, un'altra parte dei capitalisti si è agitata. Quando ha ritenuto troppo alto il prezzo preteso dalla democrazia ha condotto, coi mezzi a sua disposizione, un'opposizione molto dura, se non addirittura estrema. I capitalisti si sono sempre agitati anche nelle situazioni di crisi, quando il capitalismo come tale era in difficoltà. Per contro, le stagioni più fortunate per lo Stato liberale e per quello democratico sono state quelle in cui i loro agenti hanno trovato i mezzi, vale a dire il potere, per contrastare le pretese del capitalismo. A volte l'hanno contrastato le grandi burocrazie pubbliche, che pure non gli erano aprioristicamente ostili, ma appunto obbedivano a una logica diversa. Altre volte il contrasto è stato condotto dal movimento operaio e dalle sue dirigenze politiche, che potevano mobilitare le masse. Hanno contribuito i grandi partiti moderati

e confessionali, neanche loro imputabili di ostilità preconcepita verso il capitalismo. Da quest'azione di contrasto sono scaturiti tutti i grandi avanzamenti democratici e anche il loro mantenimento. La grande *pax keynesiana* imbastita dopo la crisi del '29 e consolidata nel dopoguerra è stato effetto di una convergenza di spinte non concertate, ma congiunte, di tutti questi attori. Ivi compresa una qualche convenienza del capitalismo, ridotto a malpartito dalla crisi e dal conflitto.

La filiera reazionaria è viceversa intervenuta per condurre tutte le regressioni all'autocrazia, politicamente avvalendosi delle formazioni di ultradestra. A quanto pare è ciò che sta di nuovo accadendo, pur con le varianti del caso. E in atto una manovra congiunta con i capitalisti, almeno alcuni, o una pura coincidenza? È difficile dirlo. L'offensiva capitalistica contro la *pax keynesiana* e contro lo Stato democratico che ne era il garante è in ogni caso iniziata a metà anni '70. Il movente più robusto è stato il declino della grande industria manifatturiera, che aveva fatto da motore alla crescita postbellica. Quando il motore ha cominciato a rallentare, erodendo i profitti, è iniziata un'offensiva condotta vuoi sotto le forme della tecnologia, dei metodi produttivi, cioè la fuoruscita dal fordismo, vuoi mettendo in discussione l'esercizio dell'autorità democratica: paradossalmente chiedendone sia il ridimensionamento, sia il potenziamento. Vediamo in che termini.

Il Rapporto della Trilaterale ha funzionato da manifesto politico. Spostando il fuoco della critica dal capitalismo alla democrazia, dai capitalisti ai cittadini. Non era in crisi il capitalismo, né motivo di crisi, come finora l'avevano pensato comunisti, socialisti, cattolici, anche liberali, ragione delle disuguaglianze e dei conflitti che suscitava. Era in atto una crisi morale che riguardava i cittadini, i quali pretendevano diritti e non riconoscevano i loro doveri, non rispettavano le regole, delegittimavano l'autorità. Serviva un riorientamento dei regimi democratici, ovvero una compressione del pluralismo che mirasse a favorire la decisione senza eccedere in mediazioni. Il Rapporto ha stimolato la fantasia di giuristi, politologi, sociologi, anche economisti, per escogitare misure idonee allo scopo. O rivedendo le regole, o applicandole in maniera diversa. Dagli inizi degli anni '80, nella stagione Reagan-Thatcher ha così preso il via una profonda revisione delle modalità di esercizio dell'azione dello Stato, che è stata devastante e di lunga durata. Fatta di privatizzazioni, *deregulation*, *New Public Management*, *devolution*, impiego di nuovi strumenti di governo indiretto. Per farla breve: l'idea che gli spiriti animali del capitalismo andassero liberati è diventata egemone. Quanto gli Stati si siano indeboliti è da vedere. Non abbiamo idee chiare sulla mole di risorse che gli Stati dedicano a sostenere direttamente e indirettamente il capitalismo. Ma hanno deciso di sottomettersi ad esso, non

senza sollevare reazioni scomode da controllare. Piegare il sindacato dei minatori inglesi nel 1984-85 costrinse lo Stato a una dura prova di forza e così pure, più di recente, la riforma delle pensioni in Francia.

In queste condizioni, la filiera reazionaria e l'ultradestra nazionalista, in veste populista, sono tornate in primo piano. Alla filiera reazionaria sono da ascrivere alcuni economisti critici di Keynes, capeggiati da Hayek e da Friedman, entrambi insofferenti verso la democrazia (quando non aperti sostenitori dell'autocrazia, in particolare in Cile). Quando si è trattato di avviare il ripiegamento dello Stato hanno esercitato una considerevole influenza. Ma non sono stati l'unico punto di contatto del governo Thatcher con la filiera reazionaria: c'è anche il nazionalismo, vi sono anche le politiche di sicurezza e l'insofferenza verso i migranti. Senza immaginarne gli abusi, Stuart Hall inaugurava l'etichetta, parlando di "populismo autoritario".

Qualche studioso ha indagato le relazioni, intellettuali e pratiche, tra l'ultradestra e il liberalismo tradizionale, o quella parte di liberalismo che si è convertita al neoliberalismo. I liberalismi sono tanti e il loro atteggiamento verso la democrazia non sempre è stato amichevole. Dagli anni '80 non sempre si sono dimostrati intransigenti. Pochi liberali in Italia hanno aggrottato le ciglia quando Berlusconi si è candidato a *leader* di un nuovo partito liberale di massa e quando ha sdoganato il Msi, senza far troppo caso agli esercizi di riconversione democratica dettatigli dal professor Fisichella. In Francia gli ultimi eredi del gollismo si sono senza problemi spostati verso destra per fare concorrenza al Front National e numerose personalità di rilievo locale vi hanno pure aderito. Anche alcuni ambienti cattolici conservatori si sono mostrati accomodanti. I conservatori britannici hanno ospitato un'ala ultraconservatrice e xenofoba almeno dai tempi di Enoch Powell. Seguivano d'altro canto i loro elettori, che progressivamente defluivano verso l'ultradestra, o mostravano attenzione per le sue idee. Del resto, quando aveva inventato il Front National Le Pen aveva come *target* non solo i nostalgici dell'Algeria francese, bensì proprio i ceti medi indipendenti, destabilizzati dal '68, che non si sentivano rappresentati a sufficienza dalla destra gollista. Lì, specie dopo l'arrivo al potere delle sinistre, aveva radunato il suo seguito iniziale. Era inclusa ovviamente quella parte cospicua di elettorato popolare che aveva finora votato per la destra moderata.

Un impulso decisivo all'ultradestra l'ha dato, si sa, la questione migratoria. Nulla di troppo originale. Saranno sentimenti irrazionali, eccitati strumentalmente dalla politica e dai media, ma l'immigrazione consegue solitamente effetti destabilizzanti. La retorica dell'invasione e della sostituzione funziona sempre. Gli immigrati hanno costumi diversi e non tutti sono disposti a rinunciare. Era già accaduto in Francia tra le due guerre, quando l'afflusso di

manodopera immigrata dall'Europa orientale era stato massiccio. Per evitare reazione di rigetto, andrebbe prevenuta. Come nella Germania del secondo dopoguerra, dove, al tempo della grande crescita, l'azione dello Stato, dei sindacati, della socialdemocrazia ha attutito l'impatto dei pur ingenti flussi migratori. In uno scenario di dolorosa decelerazione della crescita l'ultradestra ha avuto agio a seminare panico morale e a iscrivere l'immigrazione in cima all'agenda.

Infine: il disarmo della sinistra. Ha molte ragioni, anzitutto i calcoli di convenienza elettorale, sempre necessari e rispettabili. Ma fors'anche la sinistra ha nutrito qualche illusione di troppo: che i diritti e la democrazia fossero un presidio ormai inespugnabile, che l'ultradestra nazionalista non fosse così pericolosa, che fosse ora di archiviare il passato. Soprattutto però la sinistra ha rivisto radicalmente il suo rapporto col capitalismo. Al tempo della *pax keynesiana* una larga parte delle sinistre era scesa a patti con esso, ma aveva pur sempre mantenuto un rapporto dialettico, anche vivace. Rinunciava all'idea di sopprimerlo, ma ne intendeva la pericolosità e voleva regolarlo, tramite l'economia pubblica. Le sinistre *Third way* hanno invece ritenuto che le responsabilità di governo impedissero loro di farsi portavoce di interessi di parte, come quelli del mondo del lavoro, e hanno rilasciato al capitalismo una patente di innocenza. Il mercato capitalistico era riconosciuto quale la tecnica più efficiente per governare l'economia, da emancipare dai vincoli posti dallo Stato, che avevano creato intollerabili posizioni di rendita e precludevano la crescita. Il profitto privato era legittimo e democraticamente compatibile. Infine, purché fondate sul merito, le disuguaglianze erano giuste e la sfida era semmai mettere tutti in condizioni di competere. Di qui sostegno aperto alle privatizzazioni, alla *recommodification* del lavoro e al ridimensionamento del *welfare* prescritti dal neoliberalismo. Le sinistre hanno perfino sposato la democrazia del *leader* cara all'ultradestra. Quali effetti hanno avuto simili scelte sui comportamenti elettorali? I partiti di sinistra non hanno fatto troppo bene i loro calcoli. Erano convinti che avrebbero esteso la propria clientela tra i ceti medi, le nuove professioni, gli ambienti imprenditoriali. Ma quanto hanno guadagnato non ha compensato l'emorragia di consensi, in gran parte a beneficio dell'astensione, entro l'elettorato popolare. Ai partiti di sinistra è rimasta la nomea di partiti delle ztl...

Nel frattempo il capitalismo ha fatto la sua strada. Su scala globale. Si è finanziarizzato ed è infine diventato capitalismo delle piattaforme, una variante più rapace dell'altra, che hanno concentrato ricchezze e potere in pochissime mani. Fino a sostenere apertamente l'ultradestra nazionalista. Come spiegare l'incontro? Un'ipotesi è quella che il neoliberalismo abbia ormai esaurito la sua energia originaria. Dalla crisi del 2008 in avanti, i suoi limiti sono viepiù evidenti. La fascia dei ceti deboli su cui si scaricavano i costi delle ristrutturazioni

produttive e la contrazione del *welfare* si è allargata verso i ceti medi. Se il capitalismo finanziario aveva supplito al declino del capitalismo industriale, il declino della manifattura non sembra comunque arrestarsi e l'economia dei servizi è un rimpiazzo modestissimo. Il principio della concorrenza, che è il fondamento costituzionale dell'Unione europea, ha permesso alla manifattura continentale di concentrarsi in Germania e nelle regioni contigue, con importanti delocalizzazioni verso est. Abbandonando le aree periferiche: la provincia, le aree periurbane, i tanti mezzogiorni dell'Europa mediterranea. La ritirata tuttavia non si è fermata. L'aumento dei costi dell'energia provocato dalla guerra in Ucraina ha messo in crisi nientemeno che la manifattura tedesca, che aveva finora trainato quanto restava della manifattura continentale. L'aggravamento delle disuguaglianze, a scapito della coesione sociale, incombe ovunque. Con rischi gravi d'instabilità sociale, oltre che elettorale. Per fronteggiare entrambi, l'ultradestra nazionalista può tornare molto comoda.

Dimenticate le critiche al capitalismo che anch'essa formulava fino a qualche decennio fa, l'ultradestra sorride all'ultracapitalismo, con la sua promessa d'instaurare una democrazia illiberale. Che il costo più alto lo paghino i ceti svantaggiati non importa. Non importa nemmeno il costo altissimo che pagano i disperati in fuga dalla fame, dalla guerra, dall'emergenza climatica: tanto destinatari delle politiche di respingimento, quanto bersaglio di odio razzista. Tutto sommato, una fascia sufficientemente ampia delle classi medie, in vario modo al riparo dagli eccessi dell'austerità, condivide le politiche di sicurezza, quelle antisindacali, l'anti-ambientalismo e l'oscurantismo culturale della destra ultrà. Mentre il nazionalismo è sempre un'arma politica possente e ad ampio spettro. L'ultracapitalismo ha anche messo a disposizione dell'ultradestra la sua straordinaria potenza di fuoco mediatica. Berlusconi è stato un precursore. Bolloré e Axel Springer, che detengono posizioni egemoniche nel sistema mediatico francese e in quello tedesco, contribuiscono alacremente alle fortune della destra reazionaria. Così come Fox News di Murdoch e i social di Musk hanno fatto da propellente alla vittoria di Trump.

Fermiamoci qui. Non tocca a noi dire cosa riservi il futuro. L'esperienza storica suggerirebbe che il futuro della democrazia dipende dalla sua capacità di rintuzzare le pretese del capitalismo. E al momento in condizione di farlo? Chi scrive non sa rispondere. E più disponibile a domandarsi se vi sono state in passato biforcazioni in cui gli eventi avrebbero potuto prendere un corso diverso. Forse sì. Magari aveva ragione chi ancora negli anni '70 indicava nella programmazione, economica e territoriale anzitutto, una scelta necessaria. E pure chi qualche anno dopo suggeriva di adottare misure intese a vietare la costituzione di mostruosi monopoli privati nella sfera del media.

A mo' di conclusione si può infine ricordare che i vincitori non sono mai invulnerabili e che i regimi autocratici si sono sempre esauriti. Sempre che si instauri davvero una democrazia illiberale, non sarebbe incontrastata, come accade a qualsiasi regime. È dubbio del resto che i risultati elettorali, spesso distorti da qualche marchingegno ingegneristico preteso dalla governabilità, corrispondano ai sentimenti degli elettori. Chi in Francia ha indagato questi ultimi in profondità ha notato come i francesi siano diventati più tolleranti in fatto d'immigrazione, più favorevoli all'uguaglianza di genere e ai diritti civili, più interessati ai servizi di *welfare*. Se le elezioni premiano l'ultradestra, la società non necessariamente va a destra. Ne consegue che i giochi non sono fatti in via definitiva e che la *pax muskiensis* che qualcuno paventa potrebbe anche non realizzarsi.

DIRITTO COMPARATO E STRANIERO

Il semipresidenzialismo francese alla prova dei limiti della forma di governo gollista*

MARINA CALAMO SPECCHIA

SOMMARIO: 1. L'eccezionalismo francese. - 2. La fase del consolidamento maggioritario, ovvero dal mito gollista alla realtà istituzionale. - 3. L'impatto della frammentazione politica sulla formula gollista: la radicalizzazione del conflitto istituzionale. - 4. Lo scioglimento parlamentare tattico come argine alla valanga delle tornate elettorali 2022-2024. - 5. Il convitato di pietra: la crisi del sistema politico francese.

1. Convenzionalmente, l'affermazione in Francia del regime semipresidenziale, termine impiegato per la prima volta dal politologo e giurista francese Maurice Duverger¹, si ha con il referendum del 28 ottobre 1962 all'esito di una procedura di revisione costituzionale attuata dal Presidente de Gaulle attraverso un uso, per così dire "disinvolto", dell'art. 11 della Cost., in luogo del prescritto procedimento aggravato ex art. 89 Cost.², con il quale il popolo votò a favore dell'elezione

* Il saggio è stato sottoposto a referendum secondo le regole della Rivista.

¹ M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1970, pp. 277 ss.

² Sull'idoneità dell'art. 11 Cost. a fungere da veicolo di riforme costituzionali si confrontano due tesi. La dottrina francese maggioritaria concorda sulla non utilizzabilità del *referendum* disciplinato dall'art. 11 Cost. per introdurre revisioni della costituzione: la tesi, alquanto articolata, poggia sulla considerazione che il procedimento dell'art. 11 Cost. sarebbe infungibile con quello previsto dall'art. 89 Cost., in primo luogo perché avente ad oggetto la formazione di due fonti del diritto di diverso grado, leggi ordinarie od organiche e leggi costituzionali, e in secondo luogo perché la Costituzione del 1958 attribuisce al Presidente della Repubblica il compito di limitare e non di sostituire il Parlamento nell'esercizio del potere di revisione, potendo sottoporre a *referendum* il progetto di revisione solo dopo che lo stesso abbia ricevuto l'approvazione delle assemblee ovvero indirizzare il progetto di revisione verso una seconda deliberazione parlamentare del Congresso, che si deve pronunciare a maggioranza qualificata dei tre quinti dei voti validi (C. MURGIA, *Referendum e sistema rappresentativo in Francia*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 158; G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., Paris, 1980, pp. 92 ss.). La tesi minoritaria, non condivisa da chi scrive, considera in materia di revisione costituzionale la procedura dell'art. 11 Cost. alternativa a quella contenuta nell'art. 89 Cost.: l'interpretazione muove dal presupposto che, se legittimamente l'art. 11 Cost. può sostituirsi agli artt. 45 e 46 Cost. per giungere all'approvazione di leggi ordinarie e di leggi organiche, allo stesso modo può sostituirsi all'art. 89 Cost. per procedere a una revisione costituzionale. Secondo questa impostazione la norma contenuta nell'art. 11 avrebbe capacità derogatoria di altra norma costituzionale, l'art. 89, configurandosi un procedimento di revisione alternativo a quello disciplinato dall'art. 89 Cost. e fondato sul principio di democraticità che concretizza i due modi di esercizio della sovranità nazionale (art. 2 Cost. '58), la via rappresentativa e la via popolare diretta a mezzo *referendum* e quest'ultima non configurabile come accessoria ma equiordinata alla via parlamentare di esercizio della sovranità (P. LAMPUE, *Le mode d'élection du président de la République et la procédure de l'article 11*, in *Revue du droit public*, 1962, pp. 93 ss.).

diretta del Capo dello Stato: nel 1958, il progetto votato e approvato con il referendum popolare del 28 settembre, prevedeva un'elezione del Presidente della Repubblica da parte di un collegio di "grandi elettori" di cui facevano parte i membri del Parlamento, dei Consigli generali e dei rappresentanti dei Territori d'oltremare, nonché i rappresentanti eletti dai consigli municipali.

Questa formula *sui generis* ha scardinato la tradizionale classificazione delle forme di governo che si reggeva sul binomio parlamentarismi/presidenzialismi e loro varianti (come, ad esempio, la forma di governo neo-parlamentare o premierale, che introduce l'elezione diretta del Primo ministro accanto ai meccanismi tipici del regime parlamentare, ossia la fiducia e lo scioglimento delle assemblee elettive): la forma di governo semipresidenziale, che assume come idealtipo la Quinta Repubblica francese, annovera in Europa un'esperienza storica dal tragico epilogo, la Repubblica di Weimar (1919) e cinque ordinamenti costituzionali consolidati, la Finlandia (1919), l'Austria (1929), l'Irlanda (1937), l'Islanda (1944) e il Portogallo (1976), e registra un'ampia diffusione in Africa francofona, in Asia e negli ordinamenti costituitisi a seguito della dissoluzione dell'Unione sovietica, con risultati molto diversi tra loro, variando da formule più marcatamente parlamentari (come ad esempio in Austria o in Portogallo) a formule più marcatamente presidenziali (come, ad esempio, nelle esperienze dell'Africa francofona e negli ex Stati satelliti dell'Unione sovietica), confermando l'eccezionalismo della forma di governo gollista, esito del connubio tra regole costituzionali e prassi politiche a difficile (se non proprio impossibile) esportabilità.

Il presente contributo intende soffermarsi sulla parabola che ha visto l'apice della stabilità della forma di governo della Quinta Repubblica dal 2002 al 2022, per poi analizzarne il punto di caduta con le tornate elettorali del 2022-2024, che hanno innescato una spirale di instabilità che non sembra ancora giunta a soluzione.

La forma di governo instaurata con la Quinta Repubblica è stata, infatti, oggetto di numerose definizioni: presidenzialismo, parlamentarismo razionalizzato, regime semiparlamentare, monarchia repubblicana, regime weimariano, democrazia plebiscitaria. Tutte, innegabilmente, hanno una dose di verità. Esse si prestano a porre in evidenza il carattere di originalità della forma di governo, non inquadrabile nelle tradizionali categorie³: la Quinta Repubblica francese, pur

³ Si veda il classico M. VOLPI, *La democrazia autoritaria. Forma di governo bonapartista e Quinta Repubblica francese*, il Mulino, Bologna, 1979, p. 55; affermano la trasformazione del regime politico del 1958, nel senso che il Presidente della Repubblica si muta in monarca e la Repubblica in principato, P. AVRIL, *Le régime politique de la V République*, Paris, 1964; M. DUVERGER, *La Monarchie républicaine*, Paris, 1974. In particolare, Maurice Duverger in un suo scritto del 1961, nel quale provocatoriamente parlava già di VI Repubblica (M. DUVERGER, *La VI République et le régime*

costituendo un punto di riferimento per la circolazione di un modello a vocazione parlamentare/presidenziale “duttile”, ha rappresentato un unicum difficilmente esportabile, come dimostra il fatto che negli ordinamenti che si annoverano tra quelli cc.dd. semipresidenziali è prevalsa la componente parlamentare della forma di governo.

Come sopra evidenziato, la Costituzione della Quinta Repubblica rappresenta l'epilogo di una tormentata fase costituzionale che coincide con il tramonto della Quarta Repubblica e della sua forma di governo parlamentare/assemblearista, accelerato dalla rivolta dell'Algeria francofona e da processo di decolonizzazione⁴. E non è un caso che quel clima emergenziale avesse fatto ritenere alle forze politiche parlamentari che la Quinta Repubblica fosse in realtà una parentesi, una sorta di dittatura commissaria destinata a terminare con il superamento della crisi algerina e avesse di fatto condizionato tutta la fase costituente dal 1958 al 1962, che ha riportato alla ribalta politica il progetto di de Gaulle, grazie anche alla strada del dialogo con le forze politiche da lui intrapresa per la formazione di un governo in grado di risolvere la crisi d'oltremare⁵.

Di certo, l'architettura costituzionale della Quinta Repubblica si inserisce nel solco della tradizione parlamentare francese corretta da un rafforzamento dei poteri presidenziali e con una serie di istituti di razionalizzazione parlamentare a garanzia del ruolo del “Governo in Parlamento”: si pensi alla fissazione dell'ordine del giorno (art. 48 Cost.), al potere di emendamento e al voto bloccato (art. 44 Cost.), alla questione di fiducia (art. 49, comma 3), al riassetto delle fonti del diritto con la ripartizione di competenze tra legge e regolamento (artt. 34 e 37 Cost.), alla prima previsione costituzionale della delega legislativa al governo (art. 38 Cost.).

L'ordinamento costituzionale francese è pertanto un edificio composito nel quale convivono, in equilibrio tra loro, un Presidente della Repubblica forte, il

présidentiel, Paris, 1961) aveva intravisto nell'orleanismo della Quinta Repubblica i germi di un modello poco equilibrato e destinato a evolversi verso un assetto di poteri sbilanciato o a favore del Presidente che avrebbe assunto, anche sul piano sostanziale, la guida del governo, o in presenza di Presidenti deboli a favore del primo ministro che si sarebbe appoggiato sulla fiducia del Parlamento. L'interpretazione gollista e la riforma del 1962 hanno favorito un'interpretazione presidenzialista della Costituzione della Quinta Repubblica. Di contro, non sono mancate letture che, evidenziando la duttilità del regime della Quinta Repubblica, hanno sottolineato la natura di variante parlamentare della forma di governo francese e tale interpretazione spiegherebbe l'esito delle elezioni legislative del 2022: si rimanda a P. PICIACCHIA, *Il governo francese nell'ordinamento della Quinta Repubblica tra continuità e discontinuità*, in *Federalismi.it*, n. 28/2020, 279ss.

⁴ M. VOLPI, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, BUP, Bologna, 2014, 55ss.

⁵ Per un'accurata ricostruzione degli eventi costituenti del 1958-1962, M. CAVINO, *La fine del mito della sesta Repubblica*, in A. DI GIOVINE, E. GROSSO, M. CAVINO, (a cura di), *La Francia dopo la riforma costituzionale del 2008*, Giappichelli, Torino, 2010, pp.7ss.

parlamentarismo razionalizzato e una peculiare definizione del ruolo del Governo rafforzato da meccanismi procedurali atti a impedire alla maggioranza parlamentare di neutralizzarlo, come avvenuto durante le esperienze costituzionali della Terza e Quarta Repubblica⁶.

2. Accanto ai presidi costituzionali e procedurali, la Costituzione del 4 ottobre 1958, se tecnicamente è una Costituzione rigida, sul piano politico è retta da un sistema elastico di potere, adattabile ai mutamenti storico-politici: da ciò discende la possibilità di operare letture differenti della Costituzione, che ha consentito sovente applicazioni evolutive rispetto alla lettera del testo dispositivo.

Nell'arco temporale di vigenza della Quinta Repubblica tre evoluzioni costituzionali, a Costituzione invariata, si sono realizzate: in primo luogo la desuetudine dell'istituto referendario (un istituto che ha sempre registrato scarso successo tra i francesi, sebbene la riforma costituzionale del 2008 abbia introdotto un referendum di tipo propositivo su iniziativa di un quinto dei parlamentari, sostenuto da un decimo degli elettori); in secondo luogo, l'evoluzione del *Conseil constitutionnel* segnata dalla decisione del 16 luglio 1971 e dalla riforma del 1974 che introduce la *saisine parlementaire* e completata dall'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) con la revisione costituzionale del 2008; infine, la coabitazione, che conferma la matrice parlamentare della Costituzione francese⁷.

Sotto profilo politico, alcuni elementi politici per quattro tornate elettorali (2002, 2007, 2012 e 2017) si sono ciclicamente ripetuti tanto da assurgere a "costanti" caratterizzanti l'evoluzione del sistema politico francese: la desuetudine dell'istituto dello scioglimento parlamentare; l'effetto di trascinamento del risultato dell'elezione presidenziale su quello delle elezioni legislative; l'astensionismo e la polarizzazione del voto.

Mentre i primi due elementi sono strettamente collegati a due riforme d'inizio millennio, il terzo è connesso al riassetto sul piano sociale delle istanze politiche le cui rivendicazioni sovente si traducono in un "non voto" di protesta ed è la cartina al tornasole di quella crisi del sistema dei partiti, la cui perdita di identità

⁶ P. PICIACCHIA, *Il governo francese nell'ordinamento della Quinta Repubblica*, cit., pp. 277-291.

⁷ La coabitazione è quella particolare situazione che si verifica proprio a seguito di un particolare mutamento politico al vertice che produce la «*coexistence d'un Chef d'Etat élu au suffrage universel sur un programme politique et d'un Premier Ministre s'appuyant sur une majorité parlementaire élue pour soutenir une politique opposée*» (J. MASSOT, *Alternance et cohabitation sous la V^e République*, Paris, 1997, p. 16).

si è tradotta nella “decomposizione e ricomposizione” della classe politica che ha rimesso in discussione “la logica bipolare su cui si è fondata la Quinta Repubblica a partire dal 1962, anno in cui come noto, si compì il cosiddetto *fait majoritaire*, uno degli elementi insieme a istituzioni forti nel senso delineato da de Gaulle, su cui si è costruita la fortuna della forma di governo francese”⁸.

A differenza degli Stati Uniti, dove c'è un collegamento diretto tra l'elezione presidenziale e quelle della Camera dei Rappresentanti (il cui mandato si rinnova ogni due anni), rappresentato dalle *midterm elections* (ovverossia dalle elezioni della Camera dei rappresentanti che cadono a metà mandato presidenziale e che assumono il significato politico di una promozione o di una sanzione della politica del Presidente), in Francia questo collegamento sino al 2002 è stato inesistente, stante la divergenza temporale dei mandati presidenziale (7 anni) e dell'Assemblea nazionale (5 anni) che restituiva due tornate elettorali tra loro indipendenti, sebbene sul piano della prassi politica non siano mancati tentativi di porre un collegamento di fatto: si rammenta, infatti, lo scioglimento dell'Assemblea nazionale nel maggio 1981 da parte del presidente neoeletto Mitterrand, che così ottenne la maggioranza dei seggi per il partito socialista; analoga scelta nel 1988 portò però il partito socialista a ottenere solo la maggioranza relativa.

Il collegamento tra le due elezioni balza ad evidenza con la riduzione del mandato presidenziale, la nota riforma del *quinquennat*, e con l'anticipazione delle elezioni presidenziali rispetto alle elezioni legislative prevista dalla legge organica n. 2001-419 del 16 maggio 2001, tesa a riformare il calendario elettorale attraverso una proroga della legislatura in corso, prevedendo uno spostamento delle elezioni legislative successivamente allo svolgimento di quelle presidenziali, e comunque nei sessanta giorni che precedono la scadenza del mandato parlamentare: la durata parificata delle due istituzioni a legittimazione popolare diretta, il Presidente della Repubblica e l'Assemblea nazionale, ha prodotto sul piano politico l'allineamento delle maggioranze presidenziale e parlamentare, grazie all'effetto di trascinamento delle elezioni presidenziali, e la contestuale desuetudine del potere di scioglimento della camera bassa⁹.

In realtà, la posticipazione delle elezioni legislative, giustificata da ragioni di carattere organizzativo, ha subito rivelato le sue finalità strategiche escludendo di fatto il rischio dell'istituzionalizzazione della *cohabitation*: l'inversione del

⁸ P. PICIACCHIA, *I partiti e la corsa all'Eliseo tra decomposizione e ricomposizione del panorama politico francese*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2021, 1 ss.

⁹ Per un'analisi delle origini storiche della desuetudine dell'istituto dello scioglimento parlamentare si consenta di rinviare a M. CALAMO SPECCHIA, *Una “Repubblica senza costituzione e senza repubblicani” - Introduzione a Leggi costituzionali della III Repubblica di Francia*, collana Il Monitore costituzionale diretta da A. Torre, Macerata, 2008, pp. XLV ss.

calendario elettorale, oltre a favorire un effetto di trascinamento dell'esito elettorale presidenziale, come puntualmente si è verificato nelle tornate elettorali del 2002, del 2007, del 2012 e anche nel 2017 (sebbene non con l'atteso effetto prorompente al secondo turno delle legislative, dato l'elevato tasso di astensionismo nel 2012 e di schede bianche e nulle nel 2017), per un ventennio ha consolidato la coincidenza dei risultati elettorali delle presidenziali e delle legislative, agevolata dalla concomitanza delle elezioni e dalla medesima durata dei mandati (presidenziale e parlamentare).

La deriva presidenzialista del regime della Quinta Repubblica è stata favorita, indubbiamente, dalla duttilità che permea la Costituzione del 1958: la Costituzione presentata da Debré nella relazione al Consiglio di Stato il 28 agosto 1958 illustra un regime parlamentare, mentre la Costituzione voluta dal generale de Gaulle, sin dal discorso di Bayeux, illustra un regime a preminenza del capo dello Stato, indipendentemente dal meccanismo di designazione; in sostanza, sin dall'origine la forma di governo francese presenta una "virtualità multipla", secondo l'insegnamento di Leopoldo Elia nella notissima Voce sulle forme di governo dell'Enciclopedia del Diritto, pur rimanendo ancorata a elementi della forma di governo parlamentare, di cui costituisce una variante.

Espressione dell'*hyperprésidentialisation* della forma di governo francese sono state le presidenze Chirac, Sarkozy e Macron. Il presidenzialismo assoluto, che aveva visto nella presidenza de Gaulle la sua massima e originaria espressione, torna nel 1995 con l'elezione di Jacques Chirac, il leader gollista, come confermato dai primi due anni del mandato durante i quali interviene in modo attivo sia in politica estera che in politica interna. Tuttavia, un errore tattico è stato quello di sciogliere nel 1997 l'Assemblea nazionale per ottenere una maggioranza parlamentare favorevole, come fece Mitterand nel 1988: sebbene percorsa da divisioni interne, la maggioranza parlamentare era favorevole al Capo dello Stato (nonostante la ripresa degli esperimenti nucleari), mentre il Primo ministro conduceva una politica di riforme indispensabili ma non ben percepite dall'opinione pubblica. Consapevole di aver errato nel mancato scioglimento dell'Assemblea nazionale immediatamente dopo le elezioni presidenziali, il Presidente Chirac attua uno scioglimento del genere di quello impiegato dal Primo ministro britannico quando avverte che le circostanze politiche sono a lui favorevoli per consolidare la sua maggioranza. Solo che le motivazioni di un simile scioglimento non sono state ben percepite dall'opinione pubblica determinando l'emersione di una maggioranza *plurielle* di sinistra (PS, PC, MD, Radicali, Verdi), dando l'avvio alla terza coabitazione e svuotando dall'interno il ruolo del Presidente della Repubblica.

Con la presidenza Sarkozy si realizza la restaurazione dell'iperpresidenzialismo secondo cui il governo "*n'a désormais qu'un seul devoir: celui de mettre en oeuvre*

le programme présidentiel" (Sarkozy)¹⁰: così il Presidente interviene a stabilire il programma del Governo, ad inviare *le lettres de mission* ai singoli ministri individuando gli obiettivi da raggiungere e oscurando la figura del Primo ministro, che definisce un "*collaborateur*"¹¹, e a portare a compimento nel 2008 la più imponente revisione della Costituzione, senza tuttavia giungere a mutarne gli assetti essenziali, quali il ruolo del Presidente della Repubblica, sebbene a partire dal 2010 i ruoli si invertiranno a seguito della perdita di popolarità del Presidente e il Primo ministro Fillon, che sarà ricordato come il più longevo della storia della Quinta Repubblica dopo Pompidou, confermato nel novembre 2010 alla guida del governo, tornerà a svolgere un ruolo di cerniera sia all'interno dell'esecutivo, rivalutando il principio diarchico, sia nei rapporti con la maggioranza parlamentare¹².

Emmanuel Macron, già ministro dell'Economia sotto la presidenza Hollande, famoso per la sua riforma del mercato del lavoro (cd. loi Macron) e dunque pienamente consapevole della carenza di sostegno popolare delle politiche socialiste realizzate o anche solo tentate dalla Presidenza Hollande, ha saputo incunearsi nella breccia che si è aperta nella tenuta dei tradizionali partiti politici, in relazione alla quale ha giocato un ruolo rilevante tanto il progressivo indebolimento della distinzione maggioranza/opposizione sulla quale ha riposato l'articolazione dei partiti a partire dagli anni settanta quanto l'introduzione della selezione dei candidati attraverso le primarie che ha rappresentato il detonatore delle divisioni ideologiche interne consentendo alle personalità più forti di esprimersi anche contro la maggioranza del proprio partito¹³, e si è sin da subito presentato come l'interprete "positivo" dei malesseri della società civile opponendo un'identità repubblicana tutta giocata nel cuore dell'Unione europea – scelta "europeista" divenuta il simbolo della sua campagna elettorale e della iconografica rappresentazione dei festeggiamenti del 7 luglio 2017 accompagnati dall'Inno alla gioia - alla visione sovranista e populista dei lepenisti e antieuropeista di Mélenchon (La France Insoumise). La visione iperpresidenzialista delle istituzioni francesi prende subito corpo nell'annuncio fatto da Macron nel discorso del 3 luglio 2017 alle Camere

¹⁰ J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institution politiques*, LGDJ, Paris, 2014, p. 554.

¹¹ *Ibidem*.

¹² R. CASELLA, *Le elezioni francesi del 2012: la prassi presidenziale da Sarkozy a Hollande*, in www.forumcostituzionale.it, Rassegna 15 ottobre 2012, pp. 2-5; S. VENTURA, *Nicolas Sarkozy: l'“iperpresidenza” e la riforma delle istituzioni*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 143 ss.

¹³ Sull'effetto disgregativo interno ai partiti innescato dalle cd. Primarie, AA.VV., *Dossier : Actualité des primaires*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 2017, pp. 505-569; A. BERGOUNIOUX, *Primaires or not primaires*, in *Pouvoirs*, n. 138, 2011, p. 45; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Devenir candidat : quels filtres*, in *Pouvoirs*, n. 138, 2011, p. 192; O. BLACHÈRE, *La réforme des parrainages : une bonne mauvaise idée ou une mauvaise bonne idée?*, in *Politeia*, 2007, p. 51.

riunite in Congresso di un programma di riforme, mai approvato dal Parlamento, con l'obiettivo di snellire il procedimento legislativo, di ridurre il numero dei parlamentari e di inserire una quota di parlamentari eletti con il sistema proporzionale¹⁴. Il ruolo *jupitérien* del presidente della Repubblica durante il primo mandato di Macron avrà la sua massima espressione nella gestione delle tre crisi esplose nel suo primo quinquennato: la crisi dei *gilets jaunes* scoppiata tra la fine del 2018 e il 2019, attraverso l'impiego sia di misure repressive delle manifestazioni violente sia con l'iniziativa del *Grand débat public* utilizzando il dialogo partecipato con i cittadini per ricevere proposte di soluzioni concrete che però non si è trasformato in concreti progetti di riforma rivelando un uso politico dell'iniziativa; la crisi pandemica da COVID-19 durante la quale Macron ha concentrato su di sé i poteri decisionali di tipo operativo attraverso un organismo la cui composizione è rimessa alla discrezionalità del Presidente, il *Conseil de la défense et de la sécurité nationale* (CDSN), che ha depotenziato il consiglio dei ministri accentuando il verticismo delle istituzioni della Quinta Repubblica; infine anche il conflitto ucraino è stato un'occasione per rimarcare la *primauté présidentielle* attraverso l'esercizio effettivo dei poteri di *chef de l'armée* nel ruolo di garante dell'indipendenza della Nazione¹⁵.

Dal doppio motore che regge la Quinta Repubblica discendono, dunque, le due letture della Costituzione o meglio degli articoli 8 e 20 Cost., che risentono della strutturazione del contesto politico: la coincidenza dei risultati elettorali delle presidenziali e delle legislative spinge a una lettura presidenzialista della Costituzione, evidenziando lo spirito gollista delle istituzioni secondo il quale l'art. 20 Cost. va interpretato nel senso che il Governo conduce la politica della nazione così come è determinata dal Presidente della Repubblica, che è il "capo" dell'Esecutivo (art. 9 Cost.), come pure l'art. 8 Cost. consentirà a quest'ultimo di nominare e di "revocare" il primo ministro; al contrario, la coabitazione indirizza a una lettura parlamentare della Costituzione che interpreta l'art. 20 Cost. nel senso di assegnare al Governo non solo la conduzione ma anche la determinazione della politica nazionale e l'art. 8 Cost. nel senso che il Presidente nomina il Primo ministro e mette fine alle sue funzioni su presentazione delle dimissioni del Governo, senza poterlo revocare.

Da un lato, dunque, il presidenzialismo maggioritario consente al Presidente della Repubblica, in virtù della sua legittimazione confermata dalla maggioranza parlamentare, di leggere in modo estensivo le competenze costituzionalmente

¹⁴ R. CASELLA, *Il progetto di riforme istituzionali del Presidente Macron e il ridimensionamento del Parlamento francese*, in *Nomos*, 3/2018, pp. 1 ss.

¹⁵ R. CASELLA, *Capo dello Stato e forma di governo dopo la riforma del quinquennato*, in *Nomos*, 2/2022, pp. 3-4.

assegnategli: consente, infatti, al Capo dello Stato di cumulare i vantaggi del regime parlamentare e di quello presidenziale. Dal primo deriva una posizione formale di irresponsabilità politica e la facoltà di servirsi del premier e dei ministri alla stregua di strumenti della sua politica (come una sorta di super *council of advisers*). Dal secondo deriva la durata del suo mandato, la possibilità di “costringere all’obbedienza” a mezzo del premier lo stesso Parlamento che di uguale segno politico si trova a veder ridotto il proprio ruolo a mera camera di registrazione sul piano normativo della volontà del presidente.

Dall’altro lato, il rafforzamento degli elementi parlamentari si evidenzia in un rapporto di sostanziale dualità tra Presidente della Repubblica e premier che consente di rivitalizzare norme sino a quel momento svuotate di significato, come l’art. 20 Cost., dando corpo a quelle virtualità di matrice parlamentare insite nella forma di governo francese, assorbite dalla *primauté présidentielle*.

Non si può, dunque, negare un nesso di interdipendenza tra le presidenziali e le legislative: tale collegamento, favorito sul piano formale dalla coincidenza delle due tornate elettorali e dalla posposizione delle legislative alle presidenziali, ha rafforzato nella prassi politica la deriva presidenzialista del sistema francese e la stabilità del risultato elettorale.

Tuttavia, non va nemmeno trascurata l’incidenza del sistema politico sulla stabilizzazione degli esiti elettorali e dunque sulla stabilità delle istituzioni.

A questo riguardo, l’effetto dirompente dell’elezione presidenziale a suffragio universale diretto consiste nel mutamento del rapporto tra corpo elettorale e Presidente: nell’evoluzione che ha caratterizzato lo sviluppo delle istituzioni della Quinta Repubblica a partire dal nuovo corso inaugurato dal “dopo 1962”, si è registrato, dunque un mutamento informale ciclico determinato dal fatto che il diritto costituzionale per quel che concerne la forma di governo non si riduce al testo costituzionale ma si estende alla giurisprudenza costituzionale e alle regole politiche (non giustiziabili, ma sanzionabili politicamente). In un simile contesto istituzionale, i partiti politici francesi, geneticamente deboli sotto il profilo strutturale, si caratterizzano per la tendenza a costituire alleanze elettorali bipolari, in modo da rispecchiare la bipolarità interna del sistema istituzionale introdotto con la Quinta Repubblica, sebbene la conformazione multipartitica del sistema politico dal 1962 al 1990 inclini più naturalmente verso una tripartizione dell’arena politica con l’emersione di tre forze politiche di cui una resta esclusa dal governo e, dopo il 1990, evidenzia la formazione di micro-partiti non organizzati, meglio conosciuti come partiti virtuali che coprono un largo spettro ideologico. Il ruolo dei partiti è tuttavia affidato prevalentemente alla prassi politico costituzionale: la Costituzione del 1958 negli art. 4 e 27 assegna al partito politico un ruolo non lontano dall’essere funzionale all’espressione del suffragio, stante il principio

fondativo della sovranità nazionale che non riconosce il mandato imperativo. La configurazione uninominale a doppio turno dello scrutinio rende molto fluidi i rapporti tra le forze politiche alla vigilia elettorale e favorisce le alleanze al secondo turno: si pensi alla *gauche plurielle* (che univa i socialisti alle forze dell'estrema sinistra e ai verdi) che aveva portato la sinistra francese alla vittoria del 1997 e alla lunga *cohabitation* con Chirac come Presidente della Repubblica e la cui polverizzazione nel 2002 ha determinato la fuoriuscita del partito socialista dalla scena politica.

Il sistema politico francese risente senza dubbio della peculiare forma di governo introdotta dalla Costituzione del 1958: a fronte del doppio bipolarismo istituzionale (inter-istituzionale tra Presidente e Parlamento e infra-istituzionale tra Presidente e Governo) si afferma un sistema partitico altrettanto bipolare, dominato da due forze politiche di maggioranza relativa e forze politiche minori che si strutturano intorno ai partiti maggiori attraverso il sistema delle coalizioni e degli apparentamenti¹⁶. La bipolarizzazione del sistema dei partiti risale alla fine del secondo conflitto mondiale quando le forze politiche si articolano intorno a due poli, la destra e la sinistra, a loro volta con articolazioni interne: la destra si separa in una branca liberale, moderata e una branca autoritaria, tradizionalista e sensibile al valore dell'ordine pubblico. La sinistra si scinde, a sua volta, in una sinistra radicale e rivoluzionaria e una sinistra moderata e riformista. Tuttavia, questa doppia struttura bipolare è in continuo mutamento, poiché ciascuno dei quattro elementi si trasforma, si divide e si coagula nuovamente a seconda della variazione delle relazioni tra le parti politiche (ad es. tra destra estrema e destra moderata; tra destra moderata e sinistra moderata) cui si aggiungono fenomeni di scissione interna che denotano un sistema di partiti estremamente instabile e fluido.

Nel 1958, in particolare, la ristrutturazione del sistema politico comincia proprio con la creazione di un potente partito maggioritario, il partito gollista, l'*Union pour la nouvelle République* (UNR) che riunisce intorno alla figura di de Gaulle diverse espressioni politiche tanto di destra quanto di sinistra (dal partito gollista discenderanno diverse varianti dal neogollismo di destra, incarnato da Pompidou e Chirac, al gollismo sociale centrista di Chaban-Delmas, al gollismo di sinistra di Capitant al gollismo ortodosso di Debré). L'UNR, che dopo la morte di de Gaulle si ristrutturerà ripetutamente, stabilizzandosi su politiche di destra e cambiando anche nome (da RPR a UDR sino all'attuale LR), evidenzia sin da

¹⁶ Per quasi trent'anni l'effetto del sistema elettorale maggioritario a doppio turno con clausola di accesso al secondo turno ha prodotto quello che Maurice Duverger ha definito "*quadrille bipolaire*": due partiti di centro-destra (gollisti e giscardiani) e due partiti di centro-sinistra (Socialisti e Comunisti) tra loro alleati (M. DUVERGER, *Le système politique français*, Paris, 1986).

subito la logica presidenziale che avrebbe informato per il futuro il sistema partitico francese, cui si affianca il partito comunista (PCF, la cui creazione risale al 1920 come primo partito strutturato in grado di mobilitare le masse popolari) che, nonostante sia rimasto il primo partito francese durante la Quarta Repubblica, subisce l'ondata gollista del 1958: tuttavia, la politica antigollista del PCF riuscirà a guadagnare consensi a discapito del partito socialista che sconta le divisioni interne al polo di sinistra sino alle elezioni del 1981, quando per la prima volta nella storia costituzionale francese un candidato socialista varca la porta dell'Eliseo¹⁷, confermando quella che sarebbe stata anche in futuro la cifra della debolezza endemica della sinistra francese e che si riproporrà ciclicamente (basti pensare alla *débâcle* del PSF al primo turno delle presidenziali del 2002, che avrebbe prodotto l'inedito ballottaggio Chirac/Le Pen).

Abbandonata ormai la dimensione parlamentare della Terza e della Quarta Repubblica, i partiti politici si presentano a "vocazione" presidenziale ossia sono strutturati per sostenere la candidatura e vincere la competizione elettorale presidenziale e, a questo scopo, cerca di costruire le sue alleanze ed è destinato a influenzare la strutturazione del sistema politico, con l'effetto di trascinamento della tornata elettorale presidenziale su quella legislativa¹⁸.

Questo elemento di stabilizzazione politica della forma di governo semipresidenziale non sarà, tuttavia, in grado di arginare l'impatto degli esiti delle tornate elettorali del 2022 e del 2024.

3. La prima avvisaglia dello smottamento nella tenuta del sistema politico francese, che costituisce il collante per la stabilità istituzionale della forma di governo francese, si è già avuta con le elezioni del 2017.

Le presidenziali del 2017 presentano un'evidente anomalia nella distribuzione del voto tra i due candidati, anomalia che ha messo in crisi la base rappresentativa del potere esecutivo, ossia l'intera logica originaria della Quinta Repubblica gollista incardinata nel rapporto diretto del Presidente con il popolo, in quanto regime incentrato sulla figura del "monarca repubblicano"¹⁹: la logica del doppio

¹⁷ Y. MÉNY, *Le système politique français*, Paris, 1991, pp. 58-74.

¹⁸ Sulla riduzione a cinque anni del mandato presidenziale L. MONTANARI, *Prime osservazioni sul quinquennato in Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, 989 ss.; C. MURGIA, *La riduzione a cinque anni del mandato presidenziale*, in *Rass. parl.*, 2001, 609-627; e sull'inversione del calendario elettorale si consenta il rinvio a M. CALAMO SPECCHIA, *La proroga dell'undicesima legislatura in Francia: la "riscossa" del presidenzialismo?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, 1424 ss.

¹⁹ Così efficacemente intitola il suo studio R. CASELLA, *Il monarca repubblicano: la figura del capo dello Stato nell'evoluzione costituzionale francese dalla Grande Révolution alla Quinta Repubblica*, Jovene, Napoli, 2009.

turno maggioritario impedisce, da un lato, che si radicalizzi un “potere di ricatto” dei piccoli partiti e, dall’altro, che si verifichi una rilevante trasposizione del voto (da negativo in positivo) di cittadini espressione di posizioni non coincidenti con quelle del candidato presidenziale prescelto.

Tutto questo è evidente nel doppio turno presidenziale del 2017 (confermato dal doppio turno delle legislative che riposano sulla medesima logica redistributiva): lo stretto scarto registrato al primo turno tra i tre candidati arrivati in testa (rispetto al 77,77% dei votanti, il 24,01% per Emmanuel Macron, il 21,30 per Marine Le Pen e il 20,01 per François Fillon²⁰) evidenzia la frammentazione dell’opinione pubblica – confermata al secondo turno dall’8% di schede bianche – che al primo turno si è polarizzata sul candidato moderato – anche a seguito della riproposizione di quello choc ideologico che ha caratterizzato le presidenziali del 2002, tanto da coagulare il voto – e ha determinato la vittoria al primo turno di un movimento che si è autodefinito “né di destra, né di sinistra”, la cui personalizzazione è indiscussa, e di una forza politica estremista e antisistema, determinando per la prima volta la fuoriuscita dalla competizione presidenziale delle due più grandi forze politiche (sorte che nel 2002 era toccata al solo partito socialista)²¹. Con la conseguenza che, se di primo acchito è possibile affermare che il sistema elettorale voluto da de Gaulle ha funzionato da riduttore della frammentazione politica anche in questa circostanza, considerato che il vincitore ha guadagnato i due terzi dei voti espressi e un’ampia maggioranza all’Assemblea nazionale, quello che muta è il bacino politico cui ha attinto e l’analisi morfologica dell’esito del voto conduce alla conclusione che quella che si è prodotta è una rappresentanza virtuale anziché reale, ossia realmente rappresentativa delle tendenze politiche dei cittadini espresse attraverso l’elezione, producendo una maggioranza tanto ampia quanto di matrice composita e dunque specchio di un tessuto politico tutt’altro che definito.

La successiva tornata elettorale presidenziale, che si è tenuta il 12-24 aprile 2022, è stata una delle più sofferte della storia repubblicana francese e ha

²⁰ Per un vivace confronto sugli esiti delle presidenziali francese si vedano i contributi, apparsi sul forum dpconline/Eliseo di L. CUOCOLO, *Macron, più Francia in Europa*; G. CERRINA FERONI, *Quel populismo in salsa francese, utile alla democrazia*; P. PASQUINO, *Qualche prima osservazione sul secondo turno delle elezioni presidenziali francesi*; M. VOLPI, *Le elezioni presidenziali francesi: crisi del sistema politico e incognite istituzionali*; nonché l’editoriale di S. CECCANTI, *La Quinta Repubblica dopo Macron: istituzioni invariate, sistema politico trasformato e riforma istituzionale per l’Unione europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2/2017, 5-6. Per una riflessione sulla crisi della destra e della sinistra interessanti sono gli studi apparsi sulla *Revue politique et parlementaire*, n. 1083-1084, avril-septembre 2017: F. HAEGEL, *Où va ka droite?*, 267 ss.; A. BERGOUNIOUX, *Où va la gauche?*, 275 ss.

²¹ Si leggano le interessanti riflessioni di: A.M. PETRONI, *Macron e l’eccezionalismo francese*, 26 luglio 2017, in *federalismi.it*, n. 15/2017; P. PASQUINO, *Elezioni francesi 2017. La vittoria di Emmanuel Macron: virtù, fortuna e istituzioni*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3/2017, 18 ottobre 2017.

confermato quegli elementi di fragilità del sistema politico che aveva già manifestato le sue crepe nel 2017, quando la mancata ricandidatura del presidente uscente Hollande ha sancito la crisi del partito socialista, uno degli assi portanti del sistema politico bipolare su cui si è fondato l'iperpresidenzialismo maggioritario, caratterizzato dalla prevalenza politica e istituzionale di un capo dello Stato che cumula in sé i poteri del presidente Usa (eletto democraticamente, sebbene indirettamente, e inamovibile) e del primo ministro britannico (quale leader del partito di maggioranza in Parlamento e titolare esclusivo del potere di scioglimento) rispetto al quale il ruolo del primo ministro è spesso utilizzato come cassa di risonanza dei successi presidenziali o come capro espiatorio delle responsabilità Capo dello Stato.

Le elezioni presidenziali non hanno prodotto l'auspicato effetto di trascinamento alle elezioni legislative, tenutesi il 12-19 giugno 2022, e hanno consegnato al Presidente Macron una maggioranza relativa all'Assemblea nazionale: ne è scaturito all'indomani del 19 giugno 2022 un quadro politico assai fluido che ci ha restituito un'Assemblea nazionale quadripolare, nella quale la coalizione presidenziale *Ensemble!*, che riunisce *Renaissance-La République en marche (LaREM)* (166), *MoDEM* (47), *Horizon* (28) e altri (6), guadagna la maggioranza relativa di 247 deputati con una perdita netta di un centinaio di deputati rispetto al 2017, il *cartel des gauches* cioè *La Nupes* 131 seggi, la destra lepenista del RN 89 seggi (contro gli 8 del 2017) e la destra moderata dei *Les Républicains* 61 seggi (contro i 111 del 2017). Rispetto al 2017, quando il partito di Macron, *LaREM*, aveva da solo più della maggioranza assoluta dei seggi pur condividendo il governo con il *MoDem* di François Bayrou, nel 2022 il partito di Macron non ha ottenuto nemmeno la maggioranza relativa, che è stata conseguita dalla coalizione *Ensemble!*.²²

Si è così confermata la frammentazione del sistema politico con una radicalizzazione del corpo elettorale e il debole consenso elettorale dei candidati sostenuti dai partiti tradizionali, fermi sotto al 5% dei suffragi (Valérie Pécresse per i neo-gollisti e Anne Hidalgo per i socialisti). La quadriglia bipolare di Duverger si è trasformata in un sistema politico fluido, nel quale un ruolo catalizzatore viene svolto dalle forze estremiste. Esattamente l'antitesi di ciò che il sistema maggioritario a doppio turno era in grado di assicurare, garantendo quell'alternanza politica dei due schieramenti moderati che si contendevano la carica più alta del paese in una chiara e distinta dinamica bipolare tra centrodestra e centrosinistra: il sistema maggioritario ha dunque fallito l'obiettivo di neutralizzare i partiti estremisti, i cui elettori si sono, invece, coalizzati per sconfiggere i candidati centristi.

²² Si rimanda all'accurata analisi delle tornate elettorali del 2022 di R. CASELLA, *Il presidente della Quinta Repubblica alla prova del macronismo*, in *DpceOnline*, 1/2023, pp. 963ss.

In questo quadro politico inedito per un paese che ha sempre contato su un sistema partitico strutturato, il Presidente Macron, scartando le ipotesi di un governo di coalizione, ha optato per la formazione di un governo minoritario con appoggio esterno su singole proposte: a questa opzione la Le Pen ha dichiarato di aderire, essendo ormai il suo partito traghettato dalle sponde turbolenti dell'estremismo di destra antisistema a quelle più tranquille dell'opposizione di sistema che non disdegna l'appoggio al governo su proposte condivise. Si tratta di un ulteriore passo verso l'istituzionalizzazione di questa forza politica con il superamento di quella che assomiglia alla *conventio ad excludendum* che ha colpito il partito comunista nell'ordinamento italiano.

Una soluzione non facile, preludio di accordi politici fluttuanti, ma che sembra emergere dalle fibrillazioni che si sono manifestate nell'emiciclo già all'indomani del discorso di Macron, percepito come un ribaltamento dei ruoli tra maggioranza e opposizione e con una maggioranza presidenziale che rimpalla la responsabilità della formazione del governo alle opposizioni, senza essere in grado di coagulare il consenso su concrete linee di azione. Si sono così succeduti tre governi minoritari (Elisabeth Borne, 4 luglio 2022-9 gennaio 2024; Gabriel Attal, 9 gennaio 2024-5 settembre 2024; Michel Barnier, 5 settembre 2024-13 dicembre 2024) indirizzati dal Presidente Macron come grimaldello politico per realizzare riforme fortemente contestate dall'opinione pubblica, anche forzando i meccanismi costituzionali: esemplificativa del forte conflitto che oggi oppone il Presidente della Repubblica all'Assemblea nazionale è la vicenda dell'approvazione della riforma pensionistica.

L'esame in Assemblea nazionale è stato sin da subito caratterizzato da un altissimo livello di conflittualità politica tra la fragile maggioranza presidenziale e la composita opposizione parlamentare, sfociato nella presentazione da parte della prima ministra Borne il 28 febbraio 2023 della questione di fiducia ex art. 49, comma 3, Cost. poi rigettata il successivo 3 marzo. Il progetto di riforma delle pensioni è diventato legge il 20 marzo 2023, dopo un duro braccio di ferro tra le forze politiche, superato dal governo solo grazie all'attivazione di tutti i meccanismi di razionalizzazione parlamentare disciplinati dalla Costituzione: in primo luogo, il progetto di modifica della legge sul finanziamento della previdenza sociale è stato presentato dal governo utilizzando la procedura a tempi abbreviati di discussione prevista dall'art. 47-1 Cost. per i progetti in materia finanziaria; in secondo luogo, l'11 marzo 2023 il governo in sede di discussione ha fatto ricorso al Senato alla procedura del *vote bloqué* prevista dall'art. 44, comma 3, Cost., che consente al governo di porre in votazione solo gli emendamenti a lui graditi (e dunque limitando il potere di emendamento parlamentare); infine, in sede di approvazione, il governo ha posto la questione di fiducia ex art. 49, comma 3, Cost. che consente al governo

di ottenere l'approvazione di un testo senza votazione, qualora non venga proposta una mozione di censura, come nel caso di specie è stato fatto dal gruppo parlamentare *Libertés, Indépendants, Outre-mer et Territoires* (LIOT), mozione respinta dall'Assemblea nazionale con uno scarto di soli nove voti.

L'utilizzo massiccio dell'intero arsenale di procedure di razionalizzazione parlamentare a disposizione del governo, nell'ambito di un unico procedimento legislativo, quello di approvazione delle misure di modifica dell'età pensionabile, è stato oggetto di un ricorso al Consiglio costituzionale, il quale con la sentenza n. 2023-849 DC del 14 aprile 2023 si è pronunciato in merito, legittimando il cumulo procedurale imposto dal presidente Macron al Parlamento, al fine di velocizzare l'approvazione della riforma delle pensioni e bypassare l'opposizione parlamentare, sebbene il giudice delle leggi abbia rilevato che «*l'utilisation com binée des procédures mises en œuvre a revêtu un caractère inhabituel*» e, pur tuttavia, abbia confermato che l'impiego cumulativo di tali procedure non è «*de nature à rendre inconstitutionnel l'ensemble de la procédure législative ayant conduit à l'adoption de cette loi*».

Nonostante la legittimità costituzionale di siffatta sovrapposizione procedurale sia stata acclarata dal *Conseil constitutionnel*, la Commissione di Venezia nel parere reso il 9-10 giugno 2023 sulla procedura legislativa impiegata per l'approvazione della riforma sulle pensioni e in particolare sull'impiego dell'art. 49, comma 3, Cost., ha ritenuto che «*la combinaison des articles 47-1 et 49-3 risque d'imposer une limitation encore plus lourde des débats parlementaires, qui peut paraître disproportionnée, si l'exécutif est libre de qualifier tout projet de loi comme rentrant dans le champ d'application de ces deux dispositions constitutionnelles*», concludendo per una sospensione del giudizio e stabilendo di procedere a un'analisi comparativa delle modalità con cui le Costituzioni degli Stati membri disciplinano le mozioni di sfiducia gli altri strumenti con i quali l'esecutivo può intromettersi nel potere legislativo dei Parlamenti.

4. La possibile sovrapposizione dei meccanismi procedurali previsti dalla Costituzione del 1958 al fine di fluidificare e snellire i rapporti tra governo e Parlamento per la realizzazione dell'indirizzo politico ma riversati nel procedimento di approvazione di una riforma altamente conflittuale sul piano sociale e resa non in un contesto di *fait majoritaire* ma in presenza di un presidenzialismo minoritario, ha prodotto oggi esiti che possono essere letti in chiave antiparlamentare. Siffatta strategia, fondata sul conflitto e non sulla mediazione politica, è pertanto lontanissima dalla responsabilizzazione di tutte le forze politiche chiamate ad agire nel contesto politico inedito emerso dalle elezioni legislative del 2022.

Per questo il Presidente Macron ha spiazzato il mondo politico francese con la sua decisione del 9 giugno 2024, presa a ridosso della tornata elettorale europea, di fare uso del potere di scioglimento che la Costituzione della Quinta Repubblica gli attribuisce in modo discrezionale, ossia senza controfirma, con la sola previsione della consultazione del primo ministro e dei presidenti delle due Assemblée legislative (artt. 12 e 19 Cost. francese). La decisione, se dal punto di vista politico non sorprende essendo finalizzata a fare chiarezza in un contesto di profonda trasformazione del sistema dei partiti e per recuperare quel rapporto con gli elettori alla base della legittimazione presidenziale oggi fortemente indebolita, ha destato qualche perplessità per le modalità con cui è stata assunta, modalità che fuoriescono dal perimetro tracciato dall'art. 12 della Costituzione del 1958: la reazione immediata ai risultati elettorali del Parlamento europeo, chiaramente contrari al Presidente Macron e che hanno visto la vittoria schiacciante del *Rassemblement National*, di sciogliere l'Assemblée nazionale è stata assunta non previe consultazioni istituzionali ma in privato con i più stretti consiglieri del Presidente; di detta decisione sono stati poi informati il primo ministro Attal e la presidente dell'Assemblée Nazionale Braun-Pivet; poi, lo scioglimento è stato comunicato telefonicamente al Presidente del Senato Larcher, che ha preso atto. Detta prassi, di mera informativa in luogo delle consultazioni non è nuova, ma tradisce la deriva iper-presidenzialistica delle istituzioni francesi, considerato che, nonostante le consultazioni non siano vincolanti, esse comunque contribuiscono alla tessitura di quei pesi e contrappesi che costituiscono la trama dei sistemi democratici caratterizzati dall'equilibrio tra i poteri. La Costituzione francese, infatti, mette in guardia da soluzioni efficientiste carenti di contropoteri: e nell'ipotesi dello scioglimento parlamentare lo fa con chiarezza, ritagliando un ruolo centrale alle quattro maggiori cariche istituzionali del Paese, procedura che esclude che il solo Presidente possa decidere in solitudine, considerata la centralità riservata alle consultazioni quale fase dialogica del procedimento di scioglimento parlamentare²³.

L'istituto dello scioglimento parlamentare²⁴, tuttavia, assume qui una colorazione peculiare rispetto al significato tradizionale di ricondurre ad unità l'opinione della maggioranza parlamentare e quella della maggioranza del corpo

²³ Sulla questione si rinvia a A.M. LECIS COCCO ORTU, *Lo scioglimento anticipato dell'Assemblée nazionale francese, ennesimo esempio dello squilibrio dell'iperpresidenzialismo della Quinta Repubblica*, in *Diritti comparati*, 19 giugno 2024, pp. 1-7.

²⁴ Prima dello scioglimento del 2024, nella storia costituzionale della Quinta Repubblica si contano cinque scioglimenti che presentano contorni e motivazioni differenti. Lo scioglimento disposto dal Presidente de Gaulle il 9 ottobre 1962, a seguito della mozione di sfiducia votata dall'Assemblée nazionale il 4-5 ottobre 1962 contro il governo Pompidou, che difendeva la decisione del Presidente della Repubblica di organizzare un *referendum* per proporre al popolo l'elezione diretta a suffragio universale del Capo dello Stato, assume il significato di uno scioglimento-sanzione.

elettorale: l'aver ricondotto le ragioni dello scioglimento parlamentare all'esito delle elezioni al Parlamento europeo, che hanno visto una decisa virata a destra e la sconfessione del partito del Presidente già ridotto a maggioranza relativa dalle legislative del 2022, ha conferito a questo istituto tipicamente parlamentare un carattere strategico, depurando l'istituto dello scioglimento parlamentare da quel connotato antirepubblicano eredità del *mauvais souvenir* del Presidente Mac Mahon e del suo mancato colpo di stato del 25 giugno 1877²⁵. Che tale sia il significato di questa difficile scelta, lo spiega lo stesso Macron nel suo messaggio

Diversa natura ha lo scioglimento disposto dal Presidente de Gaulle il 1968 per avere conferma della sua maggioranza: si tratta di uno scioglimento plebiscitario. Lo scioglimento è anche un mezzo che consente al Capo dello Stato di ottenere una maggioranza parlamentare a sostegno del suo programma politico, rovesciando una maggioranza parlamentare a lui ostile (scioglimento strategico): dopo le elezioni del maggio del 1981, il presidente Mitterrand si trova al cospetto di una maggioranza parlamentare a lui ostile e lasciare immutata tale maggioranza significava dover disattendere quel programma politico per il quale il popolo lo aveva eletto Presidente della Repubblica. In tale ipotesi, lo scioglimento dell'assemblea nazionale, disposto il 22 maggio 1981, costituiva il mezzo per chiedere al popolo di dare al Capo dello Stato quella maggioranza parlamentare di cui aveva bisogno per esercitare il suo mandato; la medesima strategia politica è stata messa in atto dal presidente Mitterrand nel 1988 con lo scioglimento disposto il 14 maggio di quell'anno. Anche lo scioglimento disposto dal presidente Chirac il 21 aprile 1997 rientra tra gli scioglimenti plebiscitari: sebbene percorsa da divisioni interne, la maggioranza parlamentare era favorevole al Capo dello Stato; il primo ministro conduceva una politica di riforme indispensabili ma non ben percepita dall'opinione pubblica. Consapevole di aver errato nel mancato scioglimento dell'assemblea nazionale immediatamente dopo le elezioni presidenziali, il presidente Chirac dispone uno scioglimento del genere di quello impiegato dal primo ministro britannico quando avverte che le circostanze politiche sono a lui favorevoli per consolidare la sua maggioranza. Solo che le motivazioni di un simile scioglimento non sono state ben percepite dall'opinione pubblica e hanno creato una situazione di confusione che ha generato l'emersione di una maggioranza *plurielle* di sinistra (P.S., P.C., M.D., Rad., Verdi), dando l'avvio alla terza coabitazione (Sul punto M. Calamo Specchia, *Les trois ages...*, cit., pp. 176-177). Per una disamina delle ragioni sottese agli scioglimenti parlamentari si rimanda a J. JACKSON, *De Gaulle. Une certaine idée de la France*, éd. Points, 2021, pp. 1162 ss.

²⁵ Si allude al tentativo di colpo di stato del Presidente della Repubblica Mac-Mahon nella primavera del 1877, a seguito dei ripetuti tentativi di imporre un gabinetto monarchico a una maggioranza parlamentare repubblicana (le elezioni del febbraio-marzo 1876 avevano portato alla Camera dei deputati una maggioranza di repubblicani, che tradotta in seggi, era di 373 contro 156): nel marzo 1876 Mac-Mahon deve nominare primo ministro un repubblicano moderato Jules Simon, che costringerà alle dimissioni il 16 maggio 1877 dopo un concitato braccio di ferro con l'Assemblea neo-eletta. Il successivo 17 maggio la Camera vota con 347 voti a favore e 149 contrari un ordine del giorno nel quale si afferma che «*la confiance de la majorité ne saurait être acquise qu'à un cabinet libre de son action*», il giorno dopo il Presidente indirizza alle Camere un messaggio contenente il decreto che le aggiorna per un mese e, il 20 maggio, 363 deputati adottano un manifesto di protesta contro l'interpretazione in senso presidenziale della Costituzione, negando al Presidente il diritto di congedare un gabinetto che gode della fiducia delle Camere. Mac-Mahon impone alla maggioranza parlamentare il governo di de Broglie, che riceverà una mozione di sfiducia dalla Camera il 19 giugno 1877 (con 363 voti favorevoli e 158 contrari), il giorno medesimo in cui la stessa riprende i lavori dopo un mese dal decreto di aggiornamento adottato dal Presidente della Repubblica, in virtù del potere conferitogli dall'art. 2 della legge costituzionale del 16 luglio 1875. Potendo ancora contare su una maggioranza conservatrice al Senato, Mac-Mahon con un messaggio indirizzato alla Camera alta, in virtù dell'art. 5 della legge costituzionale del 25 febbraio 1875 che subordina lo scioglimento della Camera dei deputati al parere conforme del Senato, manifesta le sue intenzioni di sciogliere la Camera dei deputati. Nonostante gli accorati appelli

del 9 giugno 2024: “*Cette décision est grave, lourde, mais c’est avant tout, un acte de confiance. Confiance en vous, mes chers compatriotes, en la capacité du peuple français à faire le choix le plus juste pour lui-même et pour les générations futures ; confiance en notre démocratie. Que la parole soit donnée au peuple souverain, rien n’est plus républicain. Cela vaut mieux que tous les arrangements, toutes les solutions précaires. C’est un temps de clarification indispensable*”.

Sotto questo profilo, il 1877 è lontanissimo dal 1958 quando lo scioglimento diviene una prerogativa del Capo dello Stato che in assenza di controfirma gode di un’ampia discrezionalità, rendendo il Presidente della Repubblica un arbitro del “gioco” istituzionale²⁶.

Le elezioni che si svolgono tra il 30 giugno e il 7 luglio 2024 passeranno alla storia come l’estremo tentativo di bloccare l’avanzata delle destre: una mobilitazione sociale in grado di mettere in atto un vero e proprio *barrage républicain* in grado di far emergere una maggioranza di sinistra grazie al gioco delle desistenze al secondo turno dei candidati della coalizione presidenziale *Ensemble!* (formata da *Renaissance*, *Mo.Dem* e *Horizons*) e i candidati del *Nouveau Front Populaire* (che raccoglie *La France Insoumise*, il Partito Socialista, il Partito comunista e *Les Ecologistes*) favorito dal sistema elettorale maggioritario a doppio turno che ha neutralizzato l’estrema destra, nonostante il percorso di *dediabolisation* del *Rassemblement National* che lo colloca in una posizione molto diversa rispetto al contesto politico del 2002, trattandosi all’epoca di elezioni presidenziali in un quadro politico parlamentare chiaro e non frammentato e polarizzato come quello odierno, e grazie a patti di desistenza tra candidati appartenenti a forze politiche molto distanti tra loro²⁷.

delle forze politiche liberali e moderate, il Senato si piegherà ai voleri del maresciallo, che il 25 giugno scioglie la Camera, nel tentativo di ricostituire una maggioranza monarchica nelle successive elezioni: malgrado gli artifizii giuridici impiegati dal gabinetto de Broglie e le pressioni poste in essere durante la campagna elettorale, nelle elezioni generali, ritardate sino al 14-28 ottobre 1877, i repubblicani riportano la maggioranza, benché ridotta da 363 a 325 seggi. Dopo un ultimo colpo di coda – Mac-Mahon tenta di costituire il 19 novembre un “gabinetto presidenziale” al di fuori della maggioranza parlamentare presieduto dal generale Rochebouët, per ottenere il varo della legge finanziaria, al cui tentativo la Camera risponde votando un ordine del giorno che vede nel gabinetto neocostituito «*la négation des droits de la nation à un régime parlementaire*» e provocando il 12 dicembre le dimissioni del gabinetto Rochebouët – il Presidente, dopo aver designato Dufaure alla guida del governo, in un messaggio alle Camere del 14 dicembre si piega ai principi della Repubblica parlamentare affermando l’irresponsabilità del capo dello Stato e l’indipendenza dei ministri dall’influenza presidenziale e riconoscendo così le condizioni della loro responsabilità dinanzi al Parlamento. Per una ricostruzione delle complesse vicende politiche dei primi anni della III Repubblica, M. CALAMO SPECCHIA, *Una «Repubblica senza Costituzione e senza repubblicani»*, cit., pp. XLVIII-L.

²⁶ P. AVRIL, *Commentaire de l’art. 12*, in *La Constitution de la République française*, Economica, Paris, 1989, p. 478.

²⁷ P. PICACCHIA, *La République est morte, Vive la République! Dopo le elezioni anticipate e il rebus sulla nomina del primo ministro, tutte le incognite sull’evoluzione della forma di governo, dal rischio di un ritorno all’instabilità della IV Repubblica ad una rilettura del parlamentarismo dualista*, in *Nomos*, 2/2024, pp. 2 ss.

Infatti, il primo turno delle legislative del 30 giugno 2024, con un tasso di partecipazione del 66,71%, che rappresenta una vera e propria discesa in campo in difesa della Repubblica (visto lo stacco del tasso di partecipazione rispetto al 2022 di circa 20 punti percentuali), ha visto in testa il *Rassemblement National* in coalizione con l'*Union des droites pour la République*, confermando i sondaggi elettorali precedenti al voto, con il 33,21% dei voti e 37 seggi; al secondo posto l'*Union de la Gauche* con il 28,06% dei voti e 32 seggi, al terzo posto *Ensemble pour la République*, la coazione presidenziale, con il 20% dei voti e 2 seggi, registrando un'ulteriore flessione di consensi rispetto al 2022; al quarto posto *Les Républicaines* con il 6,57% dei voti e 1 seggio.

Gli esiti elettorali del 7 luglio 2024 hanno restituito un'Assemblea nazionale non solo polarizzata ma anche frammentata in una pluralità di blocchi, di cui quattro trainanti, ma con un rovesciamento dei risultati del primo turno, con il blocco delle sinistre in testa. Grazie alla strategia delle desistenze (224 candidati hanno deciso di ritirarsi), al secondo turno ci sono stati confronti triangolari in 89 circoscrizioni (un record nella storia delle legislative francesi: nel 2022 si contano solo 7 “*triangulaires*”), confronti quadrangolari in due circoscrizioni, confronti testa a testa in 409 circoscrizioni e la seconda circoscrizione della Guyana con un solo candidato²⁸.

L'elemento di novità è stato indubbiamente l'alto numero di confronti triangolari tra le tre principali forze politiche del paese (*RN*, *Nouveau Front Populaire*, *Ensemble*) frutto degli accordi di desistenza tra i candidati della coalizione presidenziale e i candidati del *Nouveau Front populaire*.

Ne è scaturita un'Assemblea nazionale così composta: *Rassemblement National* con il 32,05% ha ottenuto 88 seggi (segno evidente del successo del *barrage républicain*); l'*Union de la gauche* con il 25,68% di voti espressi e 146 seggi; *Ensemble* con il 23,14% di voti e 148 seggi. Il restante numero dei seggi risulta diviso tra una pluralità di forze politiche: *Les Républicains* che ha ottenuto il 5,41% di voti e 38 seggi; l'*Union de l'extrême droite* con il 5% di voti e 16 seggi; *Divers droite* con il 6,25% di voti e 25 seggi; *Divers gauche* con l'1,47% di voti e 12 seggi; *Regionaliste* con l'1,6% di voti e 9 seggi; *Horizons* con lo 0,95% di voti e 6 seggi; *Divers centre* con lo 0,65% di voti e 6 seggi; *Union des Démocrates et Indépendants* con lo 0,44% di voti e 3 seggi; *Divers* con lo 0,14 di voti e 1 seggio; gli *Ecologistes* (al di fuori del NFP) con lo 0,14% di voti e 1 seggio; il *Parti socialiste* con lo 0,10% e 2 seggi²⁹.

²⁸ B. LA BORGNE, *Législatives 2004: triangulaires, duels... Visualisez les configurations du second tour après le nombreux désistements*, in Franceinfo, 3 luglio 2024, reperibile su: www.francetvinfo.fr/elections/legislatives/cartes-legislatives-2024-triangulaires-duels-visualisez-les-configurations-du-second-tour-apres-les-nombreux-desistements_6643359.html

²⁹ Per una ragionata rassegna degli esiti delle tornate elettorali francesi del 2024, P. PICIACCHIA, *La République est morte, Vive la République!...*, cit., pp. 9 ss.

Si complica, così, il quadro politico parlamentare nel quale il Presidente della Repubblica è chiamato a operare, sino a sfociare nel voto di sfiducia del Governo Barnier del 4 dicembre 2024: l'evidente crisi di legittimazione politica del presidente Macron, già manifestatasi nelle elezioni del 2022, ha spinto nel 2024 il Capo dello Stato a impiegare tutti gli strumenti di razionalizzazione parlamentare per bypassare la frammentazione politica dell'Assemblea nazionale. Così, la gestione della vicenda della riforma dell'età pensionabile e l'uso disinvolto del potere di scioglimento parlamentare del maggio 2024 sono un segnale evidente del tentativo di Macron di riaffermare la convenzione costituzionale della *primauté présidentielle*. D'altra parte, la Francia non è nuova a esperienze leaderistiche che hanno prodotto una vera e propria dottrina filosofica, politica e istituzionale e costituito la base ideologica di partiti politici: si pensi al gollismo che ha influenzato i movimenti neogollisti (dal *RPR-Rassemblement pour la République* all'*UMP-Union pour un Mouvement Populaire*) e più di recente al macronismo con la creazione de *LaREM-La République en Marche!*. E la personalizzazione della politica è un fenomeno a cui non si sono sottratti altri paesi: si pensi, in passato, al thatcherismo nel Regno Unito o, più di recente, al trumpismo negli USA.

La composizione frammentata dell'Assemblea nazionale ha reso evidente le fragilità di una forma di governo che si è retta quasi costantemente (eccettuate le tre coabitazioni) sul *fait majoritaire*: all'indomani del 7 luglio 2024, nell'ambito del quadro composito dell'emiciclo parlamentare, sfociato nella formazione di ben 11 gruppi parlamentari dichiaratisi tutti all'opposizione se non parti della compagine governativa, la vera incognita è stata la formazione del governo considerato che nessuna delle quattro maggiori forze politiche ha guadagnato la maggioranza assoluta di 289 seggi, circostanza che ha rievocato sin da subito i fantasmi della Quarta Repubblica per le difficoltà incontrate dal sistema istituzionale nel riassetarsi a seguito del mutamento della costituzione materiale e delle convenzioni costituzionali indotto dalla trasformazione del sistema politico-partitico.

Tale crisi si è repentinamente manifestata al momento della nomina del primo ministro, in relazione alla quale il Presidente Macron ha dovuto fare i conti con una maggioranza da costruire attraverso la desueta prassi delle consultazioni, riportando l'orologio costituzionale indietro di oltre settant'anni e sperimentando la pratica dei veti incrociati da parte del blocco delle sinistre favorevoli solo a un candidato espressione del *Nouveau Front populaire*: il nuovo governo ha potuto vedere la luce solo dopo due mesi dalle elezioni nella persona del primo ministro Michel Barnier, ma considerata la fragile legittimazione ha avuto vita effimera, cadendo sotto la scure della sfiducia parlamentare appena tre mesi dopo.

A fronte della volontà di Macron di dare alla Costituzione del 1958 la tradizionale lettura presidenzialistica, imponendo a una riottosa maggioranza il Governo

Barnier, l'ingovernabilità dell'Assemblea nazionale ha innescato un clima di conflitto politico permanente, che è culminato nell'approvazione della mozione di sfiducia del 4 dicembre 2024 – l'ultima sfiducia risale all'ottobre 1962, quando è stato sfiduciato il governo Pompidou per la riforma costituzionale sull'elezione diretta del Presidente della Repubblica – con 331 voti favorevoli (ben oltre la soglia del 289 necessari) grazie all'inedita convergenza tra l'estrema destra (*Rassemblement National*) e la sinistra del Nuovo fronte popolare, e confermando la crisi di legittimazione senza precedenti di una presidenza che non utilizza l'arma della mediazione politica preferendo brandire l'arma del parlamentarismo razionalizzato, destinato a infrangersi contro l'instabilità politica determinata dai partiti come ci insegnava Mirkine-Guetzevitch all'inizio del secolo scorso³⁰.

Il futuro politico del paese si presenta molto incerto e potrebbe riservare delle sorprese: innanzitutto, a seguito della caduta del Governo Barnier, Macron conferma la sua volontà di restare in carica sino al termine del suo mandato che scadrà nel 2027, sottolineando in tal modo che la legittimazione popolare diretta del Presidente è indipendente dalle sorti del governo legato alla legittimazione popolare dell'Assemblea nazionale e offrendo ancora una volta una lettura della Costituzione che si pone in linea di continuità con quanto praticato dall'inizio del suo secondo mandato. Secondo una logica di personalizzazione del sistema politico, Macron procede il 13 dicembre alla designazione del quarto governo del 2024, affidando alla Vigilia di Natale al moderato François Bayrou la guida di un Governo che si presenta sin da subito come un rimpasto del Governo Barnier, con lo scopo primario di far approvare la legge finanziaria e non far scattare l'esercizio provvisorio. Tra i 34 componenti fanno parte, infatti, i due ex premier, Borne e Valls, rispettivamente alla Pubblica Istruzione e all'Oltremare, e tranne qualche novità (il tecnocrate Eric Lombard nominato ministro dell'Economia, banchiere e presidente della *Caisse des dépôts et consignation* sotto il primo mandato presidenziale di Macron³¹) quasi tutti i ministri provengono dal precedente governo, ad onta del risultato elettorale che avrebbe imposto scelte più in linea con la nuova composizione dell'Assemblea Nazionale.

Tuttavia, se è vero che secondo la Costituzione formale la nomina del premier è un *pouvoir propre*, o – come diremmo noi – formalmente e sostanzialmente

³⁰ B. MIRKINE-GUETZÈVITCH, *L'échec du parlementarisme rationalisé*, in *Revue internationale d'histoire politique*, 1954, pp. 102 ss.

³¹ M. GAYRAUD, *Gouvernement Bayrou: qui est Éric Lombard, banquier et directeur de la Caisse des dépôts, nommé ministre de l'Économie?*, in *Le Parisien*, 23 dicembre 2024 (<https://www.leparisien.fr/politique/gouvernement-bayrou-qui-est-eric-lombard-le-banquier-nomme-ministre-de-leconomie-23-12-2024-MMX6AÉS7NDPRFYVWNJRWR53BM.php>).

presidenziale, il cui esercizio è sottratto sia alla controfirma che alle consultazioni, con il solo limite di un governo che poggi sulla maggioranza parlamentare, è altrettanto vero che tale potere di nomina raggiunge la massima discrezionalità quando la maggioranza presidenziale e quella parlamentare sono coincidenti e il *fait majoritaire* funge da cassa di risonanza della fiducia iniziale che non è più considerata obbligatoria (come lascerebbe intendere l'art. 49, comma 1, Cost. che impiega l'indicativo presente) lasciando che il rapporto fiduciario si estrinsechi attraverso la questione di fiducia e la mozione di sfiducia. Al contrario, un esito elettorale come quello scaturito dalle elezioni del 7 luglio 2024 ha ridotto la discrezionalità del Presidente della Repubblica la cui maggioranza è uscita sconfitta dal voto come sanzione dello scioglimento: tuttavia, per ben due volte Macron, interpretando l'esito del voto come una sanzione per il *Rassemblement National*, ha proceduto alla designazione di governi minoritari, a dispetto della prassi parlamentare che avrebbe imposto al Capo dello Stato in un simile contesto di promuovere la più ampia maggioranza possibile anche attraverso la formula della coalizione, facendo così prevalere la logica della presidenzializzazione, pur non potendo contare sulla propria maggioranza in Assemblea nazionale³².

Non sorprende pertanto che Jean-Luc Melenchon abbia già prospettato per gennaio 2025 nuovamente l'ipotesi di una mozione di sfiducia che farebbe piombare la Francia nel caos³³ e, a quel punto, lo scenario di un nuovo scioglimento, che comunque non potrebbe intervenire prima di luglio 2025 essendo subordinato alla decorrenza di un anno dalle ultime elezioni (art. 12 Cost.) aprendo un lungo periodo di stallo istituzionale, non sarebbe un'ipotesi fantasiosa.

5. Il semipresidenzialismo è giunto, così, a un tornante decisivo: nonostante i meccanismi di ingegneria costituzionale ideati nel 1958 e volti a razionalizzare la forma di governo, disinnescando i conflitti tra gli organi costituzionali attraverso formule tendenti a privilegiare ora l'Esecutivo (ad esempio con l'eccezione di irricevibilità o con il voto bloccato) ora il Parlamento (ad esempio con la commissione mista paritetica o con la mozione di sfiducia), il sistema politico-istituzionale, che a partire dal 2022 si è strutturato su tre-quattro forze politiche tra loro inconciliabili, è costantemente in bilico tra mozione di sfiducia e scioglimento parlamentare.

³² A. M. LECIS COCCO ORTU, *La Francia del post-“fait majoritaire”: le nuove dinamiche di formazione del governo e lo scenario inedito del governo minoritario “di coesistenza”*, in *Diritti Comparati*, 8 ottobre 2024.

³³ A.M. MERLO, *Governo Bayrou, la Francia cambia per non cambiare*, il Manifesto, 24 dicembre 2024.

Il sistema politico francese risente senza dubbio della peculiare forma di governo introdotta dalla Costituzione del 1958: a fronte del bipolarismo istituzionale (tra Presidente e Parlamento e tra Presidente ed Esecutivo) si afferma un bipolarismo partitico, dominato da due forze politiche di maggioranza relativa e forze politiche minori che si strutturano intorno ai partiti maggiori attraverso il sistema delle coalizioni, con funzione servente rispetto all'individuazione della figura presidenziale. In questo senso, i partiti politici nella storia costituzionale della Quinta Repubblica hanno fatto da stampella all'iperpresidenzializzazione del sistema costituzionale e, nonostante la naturale tendenza alla ricomposizione, per decenni il sistema politico francese è rimasto improntato alla logica della cd. quadriglia bipolare, con due schieramenti contrapposti uno di centro-destra e l'altro di centro-sinistra che si contendevano, nel gioco dell'alternanza, la maggioranza all'Assemblea nazionale. Di recente, però, qualcosa è mutato nell'assetto politico d'oltralpe: il vento di crisi della rappresentanza che soffia in Europa non ha risparmiato la Francia. Anche qui si registra, da almeno un decennio, una progressiva destrutturazione del sistema partitico, che inclina verso formule di esasperato leaderismo (e il *macronisme* ne è l'esemplificazione più evidente, intendendo per tale una modalità di azione presidenziale che prescinde spesso dall'assetto politico parlamentare) e che trova nella disintermediazione tra Stato e società civile la sua causa più profonda. Questa trasformazione del sistema politico-partitico è emersa in modo dirompente nelle elezioni legislative del 2022-24 con la sconfitta della maggioranza presidenziale e la frammentazione del quadro politico. Tale circostanza pone le istituzioni francesi di fronte allo scenario inedito della "normalizzazione" di governi minoritari o di coalizione, una sorta di *tertium genus* rispetto al *fait majoritaire* e alla *cohabitation*, reso possibile dai meccanismi procedurali di razionalizzazione parlamentare, in particolare la fiducia presunta e la necessità della maggioranza assoluta per sfiduciare l'esecutivo, che tuttavia in un quadro politico così poroso non ha impedito il coagularsi di una maggioranza grazie alla strategica alleanza dei due poli estremi (NFP e RN) che ha approvato la mozione di sfiducia al governo Barnier del 4 dicembre 2024.

Siamo, dunque, al cospetto di un contesto politico molto fluido e in continua evoluzione, nel quale il problema è quello di capire non solo "chi governa" ma anche come dare risposte alle istanze sociali che chiedono a gran voce di ricostituire il legame tra cittadini, politica e istituzioni. In questo quadro, l'elasticità della forma di governo francese, in virtù dei suoi due assi portanti (la verticalizzazione del potere attraverso l'esaltazione della figura presidenziale e la razionalizzazione del sistema parlamentare) che consentono la doppia lettura iperpresidenziale o parlamentare della Costituzione, consentirà all'impianto originario della Quinta Repubblica di resistere alle trasformazioni del sistema politico, che hanno scardinato

i tradizionali bilanciamenti tra i partiti politici francesi, già in atto durante il quinquennato di Hollande e conclamatasi in occasione delle elezioni del 2017 e del 2022-2024?

Di certo, gli eventi politico-costituzionali che si sono succeduti a partire dal 9 giugno 2024 hanno messo in evidenza la necessità di interrogarsi sulla tenuta della forma di governo semipresidenziale, la cui evoluzione non può non essere inquadrata in un ambito più ampio, ossia quello delle trasformazioni dei sistemi politici occidentali, e i cui elementi di debolezza vanno indubbiamente individuati nella crisi dei partiti politici, nel basso effetto di rendimento del sistema elettorale maggioritario a doppio turno e nella debolezza dei meccanismi di razionalizzazione parlamentare, nonché nella responsabilità giuridica e politica del Presidente della Repubblica, quando attiva i suoi poteri discrezionali senza la copertura della controfirma ministeriale, tra i quali com'è noto, rientra il potere di scioglimento.

Si è aperta, pertanto, una nuova fase della Quinta Repubblica che ci potrà riservare delle sorprese, sebbene vada sottolineato che nella storia della Quinta Repubblica non è la prima volta che il partito o coalizione presidenziale consegue la maggioranza relativa alle elezioni legislative (sebbene sia la prima volta dal c.d. “resettaggio” istituzionale del terzo millennio, ossia dopo le riforme del quinquennato e del calendario elettorale) e che nessun presidente rieletto ha ottenuto la medesima maggioranza nei due mandati.

La deriva iperpresenzialista della forma di governo ha contribuito a squilibrare i rapporti istituzionali a vantaggio della verticalizzazione del potere e della concentrazione della vita democratica del Paese sul rito dell'elezione del Presidente della Repubblica, innescando il progressivo *effacement* del Parlamento, che deve tornare a essere il luogo della decisione politica e non il mero ratificatore delle decisioni del Capo dello Stato, come avvenuto negli ultimi anni. Una riparlamentarizzazione della forma di governo francese assumerebbe un significato ancora più rilevante in un contesto politico radicalizzato su due poli estremi, quello dell'estrema destra e quello della sinistra antiglobalista, ecologista e movimentista di Mélenchon, sebbene le istituzioni francesi abbiamo perduto l'attitudine al compromesso, in ossequio alla logica maggioritaria fondata sulla contrapposizione e sull'alternanza.

Un monito, questo, anche per il nostro Paese, spesso tentato dall'iperpresidenzialismo d'oltralpe e dal “mito” delle riforme costituzionali³⁴.

³⁴ A. APOSTOLI, *Oltre l'idea di un riformismo costituzionale tellurico (destinato a tornare con forme e modalità imprevedibili)*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, p. 2.

Populismo U.S.A: dal People's Party a Donald Trump*

LUCIA CORSO

Sommario: 1. Premessa. – 2. Eccezionalismo americano? – 3. L'opinione di Richard Hofstadter – 4. Il populismo del *People's Party* – 5. Mito agrario, antiintellettualismo, paranoia e antisemitismo. – 6. La repubblica dei fucili. – 7. Il populismo dell'America di oggi. 7.1. Manicheismo: dal mito agreste all'Elegia americana. 7.2. Anti-intellettualismo ieri e oggi. 7.3. Teorie della cospirazione; nativismo e culto per la violenza privata. – 8. Conclusioni.

Although American political life has rarely been touched by the most acute varieties of class conflict, it has served again and again as an arena for uncommonly angry minds.

Richard Hofstadter

1. Parlare di populismo oggi sembra anacronistico: sia per la letteratura alluvionale che è fiorita negli ultimi decenni¹, sia per le tante e tali distinzioni all'interno di movimenti politici e culturali che vengono discussi con riferimento al populismo che è lecito dubitare della sua coerenza concettuale².

Anche sui singoli ingredienti dell'ideologia populista – ammesso che di ideologia si tratti – regna un'enorme confusione, specie oggi che molte delle tematiche tipiche del populismo hanno assunto confini e dimensioni ben più ampie e generalizzate. Per fare solo qualche esempio, lo spirito paranoico, tratto tipico dei populist, oggi, per una serie di fattori fra cui il dilagare dei social, la contrazione delle

* Il saggio non è stato sottoposto a valutazione per decisione della Direzione.

¹ A titolo meramente esemplificativo: C. MUDDE, *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, 2004, 39(4), pp. 541-563; H. BERGSDORF, *Rhetorik des Populismus am Beispiel rechtsextremer und rechtspopulistischer Parteien wie der "Republikaner", der FPÖ und des "Front National"*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 31: 3 (2000), p. 624; R. DAHRENDORF, *Acht Anmerkungen zum Populismus*, *Transit*, in *Europäische Revue*, 25 (2003), p. 156; per questa posizione, cfr. anche P. A. TAGUIEFF, *L'illusion populiste*, Paris, 2002; J. W. MÜLLER, *What is Populism?* Philadelphia, 2016; C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY (eds), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford – New York, 2017 (d'ora innanzi *The Oxford Handbook of Populism*); C. MUDDE, *Populism: an Ideational Approach*, in *The Oxford Handbook of Populism*, p. 27-47; K. WEYLAND, 'Populism: a Political-Strategic Approach', *The Oxford Handbook of Populism*, pp. 48-72; N. Urbinati, 'Populism and the Principle of Majority', in *The Oxford Handbook of Populism*, p. 571-589; P. Ostiguy, *Populism: A Socio-Cultural Approach*, in *The Oxford Handbook of Populism*, pp. 73-98.

² Y. MÉNY and Y. SUREL, *The Constitutive Ambiguity of Populism*, in Y. MÉNY and Y. SUREL (eds) *Democracies and the Populist Challenge*, New York, 2002, pp. 1-21.

vendite dei giornali, il deterioramento complessivo della deontologia dei giornalisti, è anche alimentato da una pervasiva disinformazione?³ Il manicheismo e il moralismo dei populistici sono oggi fenomeni molto più vasti che investono intere classi politiche e un'opinione pubblica che invocano un diritto penale sempre più severo e un codice di procedura penale più sbrigativo. L'antielitismo radicale di certi discorsi populistici può trovarsi in forme più blande nella pretesa che i sistemi democratici non cadano preda di oligarchie⁴.

Se il populismo è stato infatti utilizzato come un *catch all concept* – e cioè come un concetto sintesi – dei mali dai quali le democrazie possano essere affette, sarebbe forse opportuno verificare se alcune tematiche, tradizionalmente associate al populismo, non ne trascendano i confini.

Si tratta di un'operazione difficilissima che non mi riprometto di compiere in queste pagine. In questo articolo, proporrò un abbozzo – perché di un abbozzo si tratta – di alcuni temi che contraddistinguono il discorso politico americano e che la storiografia americana ha spesso identificato ricorrendo all'idea dello *spirito populista*. L'obiettivo è quello di segnalare che si tratta di temi per certi aspetti ricorrenti che possono dunque essere utilizzati anche per comprendere un fenomeno che all'occhio europeo sembra straordinario se non paradossale, e cioè la vittoria di Donald Trump alla presidenza degli Stati Uniti. Poiché il linguaggio utilizzato da scienziati politici e storici è quello del populismo, è a questo concetto che farò riferimento. Che si tratti di populismo vero e proprio, alla fine dei conti, non è la questione centrale.

2. In un saggio del 1996, il politologo Seymour Martin Lipset collocava il populismo fra i cinque elementi caratterizzanti dell'ideologia politica americana e del suo eccezionalismo, accanto alla libertà, l'egalitarismo, l'individualismo e il *laissez faire*⁵. Nella tradizione politica americana, tuttavia, il concetto di populismo è utilizzato in un senso piuttosto ampio e generico⁶ che trascende esperienze politiche specifiche, come quella di fine Ottocento del Partito del Popolo, che pur al fenomeno si sono esplicitamente richiamate. Per questa ed altre ragioni, la letteratura americana sul populismo è molto diversa da quella che è fiorita in Europa, e non solo negli ultimi trent'anni.

³ <https://www.populismstudies.org/Vocabulary/post-truth-politics/> e bibliografia ivi citata.

⁴ Per un tentativo di risposta, sia consentito il rinvio a L. Corso, *Anti-elitism and the Constitution. Some reflections on populist constitutionalism*, in M. Krygier, A. Czarnota, W. Sadurski (eds), *Anti-Constitutional Populism*, Cambridge University Press, pp. 67-98.

⁵ S.M. LIPSET *American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*, W. W. Norton & Company, 1996, p. 31.

⁶ L. GOODWYN, *The Populist Moment. A Short History of the Agrarian Revolt*. New York, London, 1978, p. 3.

In Europa, l'idea di popolo dei populist è stata a lungo identificata con qualche nozione densa come l'appartenenza etnica, come nei cd. neopopulismi dell'Europa centro-orientale⁷ o l'idea di patria idealizzata⁸. In molti dei saggi raccolti in un volume del 1969 edito da Ionescu e Gellner, l'associazione fra populismo e nazionalismo – e in alcuni casi anche fascismo – veniva data per scontata⁹.

La tradizione anglo-americana ha invece preservato un'idea di populismo diversa, dove la contrapposizione dominante non ha tonalità nazionaliste o nativiste ma si dispiega nella separazione della società in due entità distinte: le élite al potere da un lato e la gente comune dall'altro¹⁰. Questo tipo di contrapposizione – che poi può assumere connotati diversi a seconda dei contenuti che vengono investiti sia nelle élites che nella gente comune – incide sul modo di intendere la relazione fra populismo e democrazia. Se per alcuni, come lo storico Michael Kazin¹¹ e la teorica politica Margaret Canovan, il populismo – nella sua forma più blanda – può avere addirittura un effetto positivo sui sistemi democratici¹², altri ne hanno sottolineato l'aspetto fosco e illiberale. Lo storico Richard Hofstadter (1916-1970) è forse il più rappresentativo di questa seconda posizione.

L'idea che il populismo giaccia al fondo dello spirito democratico accomuna una vasta schiera di storici americani¹³, tanto che ancor oggi assistiamo a tentativi di riabilitare il fenomeno, ad esempio distinguendo fra varie forme di

⁷ H.G. BETZ, & S. IMMERFALL, (eds.) *The New Politics of the Right: Neo-Populist Parties and Movements in Established Democracies*. New York, 1998.

⁸ P. TAGGART, *Populism and the pathology of representative Politics*, in MENY & SUREL, *Democracies and the Populist Challenge*, cit., pp. 62-80, 67.

⁹ D. MACRAE, *Populism as an Ideology*, in G. IONESCU & E. GELLNER (eds.), *Populism. Its Meaning And National Characteristics*, London, 1969, pp. 153-165; cfr. anche G. GERMANI, *Authoritarianism, Fascism and National Populism*, New Brunswick, NJ, 1978, p. 88.

¹⁰ M. CANOVAN, *Populism*, New York, 1981, p. 231.

¹¹ M. KAZIN, *The Populist Persuasion: An American History*. New York, 1995; ID., *The American Dreamers: How the Left Changed the Nation*, New York, 2012.

¹² M. CANOVAN, *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in *Political Studies*, 1999, 47:2-16; ID., *Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy*, in MENY AND SUREL (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, cit., pp. 22-44; ID., *The People, The Masses and the Mobilization of Power: the Paradox of Hannah Arendt's Populism in Social Research*, 2002, vol. 69,2:403-422; contra, cfr. fra gli altri F. PANIZZA, *Introduction*, in ID. (eds.), *Populism and the Mirror of Democracy*, London, New York: 2005, pp. 1-31; Y. MOUNK, *The People vs. Democracy: Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*, Cambridge, Mass., 2018.

¹³ A titolo di esempio: J.D. HICKS, *The Populist Revolt: A History of the Farmers' Alliance and the People's Party*. Minneapolis, 1931; L. GOODWYN, *Democratic Promise: The Populist Moment in America*, New York, 1976; M. KAZIN, *The Populist Persuasion: An American History*. New York, 1995; ID., *The American Dreamers: How the Left Changed the Nation*, New York, 2012; N. POLLACK, *The Populist Mind*. Indianapolis, 1967.

populismo, a dispetto delle esperienze poco lusinghiere a cui esso ha nel tempo dato vita¹⁴. Michael Kazin è forse il più esplicito nel proporre una linea di continuità fra populismo e democrazia. Per Kazin, l'enfasi posta dal populismo sulla diffidenza nei confronti delle élite e la corrispondente fiducia nella gente comune – di solito concepita come quell'insieme di individui che lavorano sodo, sono devoti a qualche religione e, fino a qualche anno fa, in prevalenza bianchi¹⁵ – impone alla classe politica di un dato momento storico di riflettere sull'eventuale scollamento dalla base elettorale, spesso imputato all'eccessiva ingerenza di oligarchie e altri gruppi di pressione.

Anche i giuristi e perfino i costituzionalisti hanno assunto nei confronti del populismo alcune opinioni che all'occhio di un europeo suonano molto singolari. Mark Tushnet ha invocato alla fine degli anni '90 un costituzionalismo populista che facesse meno affidamento sulle decisioni delle corti costituzionali¹⁶. Richard Parker ha esplicitamente attaccato gli antipopulisti che a suoi dire avrebbero contribuito alla svolta elitista del costituzionalismo¹⁷. Jack Balkin si è servito della critica populista per denunciare alcune ipocrisie del cosiddetto costituzionalismo progressista¹⁸; mentre Akhil Reed Amar ha fatto riferimento allo spirito populista degli Anti-federalisti e dunque alla presenza di un certo populismo anche nelle radici del costituzionalismo americano¹⁹. Ma si tratta solo di qualche esempio²⁰. Insomma, se si pensa alla vastissima letteratura che negli ultimi dieci anni imputa per lo più al populismo la crisi del costituzionalismo contemporaneo²¹,

¹⁴ M. KAZIN, *Trump and the American Populism*, cit., p. 17. *Old Whines, New Bottles, Foreign Affairs* 95, no. 6 (November/December 2016): 17-24.

¹⁵ M. KAZIN, *The Populist Persuasion*, cit.

¹⁶ M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away From The Courts*, Princeton, NJ, 1999; cfr. anche M. TUSHNET and B. BUGARIC, *Power to the People. Constitutionalism in the Age of Populism*, New York, 2021.

¹⁷ R. PARKER, "Here the People Rule". *A Constitutional Manifesto*, 27 *Valparaiso University Law Review*, 1993, pp. 531-584; ID., *Here, the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto*. Cambridge, Mass., 1994.

¹⁸ J. BALKIN, *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, in *Yale Law Journal* 104, 1995, pp. 1935-1991.

¹⁹ A.K. AMAR, *Anti-Federalists, the Federalist Papers, and the Big Argument for Union*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy* 16, 1993, pp. 111-118; ID., *A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism and Populism*, in *Fordham Law Review* 65, 1997, pp. 1657-1667.

²⁰ Sulla relazione fra populismo e costituzionalismo in America sia consentito il rinvio, a L. CORSO, *What does populism have to do with constitutional law? Discussing Populist Constitutionalism and its Assumptions*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2, 2014, pp. 443-470.

²¹ Per fare qualche esempio, Y. MOUNK, *The People vs. Democracy*, cit.; P. NORRIS & INGLEHART, *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*, London 2019; T. GINSBURG and A.Z. HUQ, *How to save constitutional democracy*, Chicago 2018; S. LEVITSKY and D. ZIBLATT, *How Democracies die*, London, 2018.

l'accoglienza sostanzialmente benevola del fenomeno nella cultura giuridica americana quanto meno fino alla fine degli anni '90, appare ancora più sorprendente.

3. Lo storico Richard Hofstadter è una delle prime voci a levarsi contro un fenomeno che, come si è visto, riscuoteva non pochi consensi. Scrivendo nel 1955, e cioè in una America percorsa dal maccartismo, Hofstadter coglie l'occasione per identificare alcuni tratti ricorrenti ed illiberali che a suo dire caratterizzano il discorso politico americano in modo trasversale e per certi aspetti ricorrente. Anche Hofstadter però, nonostante le proprie profonde riserve nei confronti del fenomeno, associa il populismo ad un certo tipo di impulso popolare endemico alla cultura politica americana, e lo identifica con forme di risentimento provinciale e una certa riottosità democratica, nonché con uno stato d'animo diffidente e in guardia contro i soprusi²².

Hofstadter, pur dichiarando la propria intenzione di «non soccombere al consueto e stucchevole antiamericanismo della nostra epoca, o a un'autoflagellazione da provinciali»²³, individua nel populismo alcuni tratti, a suo dire preoccupanti. Ne individua cinque: manicheismo, l'anti-intellettualismo, il nativismo, il cospirazionismo, l'antisemitismo, a cui poi ne aggiungerà un altro, e cioè il culto per la violenza protetto dal secondo emendamento della costituzione americana. Per comprendere la posizioni di Hofstadter sarà però necessario spendere qualche parola sul *People's Party*, per poi ritornare ai temi dallo storico sollevati.

4. Secondo una certa letteratura, lo spirito populista avrebbe pervaso il pensiero politico americano sin dalla sua genesi. Se ne ritroverebbero i germi in uomini tanto diversi come Thomas Jefferson, Andrew Jackson e Abraham Lincoln.

Michael Kazin ravvisa in tutte e tre le figure alcuni tratti che definisce populistici: l'idea che la capacità di produrre abbia natura morale prima ancora che economica; lo spirito religioso; l'atteggiamento anti-elitario. Kazin ritiene che temi populistici, come l'appello ai lavoratori, la saggezza dell'uomo della strada, la diffidenza nei confronti dell'alta finanza siano piuttosto ricorrenti nel panorama politico americano²⁴.

²² R. HOFSTADTER, *The Age of Reform. From Bryan to F.D.R.*, New York, 1955, p. 7.

²³ R. HOFSTADTER, *Riflessioni sulla violenza negli Stati Uniti*, in ID., *La repubblica dei fucili. L'America come cultura delle armi e altri saggi*, Roma, 2024, p. 97.

²⁴ Sia consentito il rinvio a L. CORSO, *I due volti del diritto. Elite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Torino, 2016.

Con alcune eccezioni, fra cui quella già menzionata di Richard Hofstadter, sostanzialmente benevola è buona parte della storiografia sull'esperienza del *People's Party*²⁵, un partito dichiaratamente populista che fece la sua comparsa alla fine dell'Ottocento e che intercettò umori e malumori destinati a sopravvivere a lungo nella società americana e promosse le sue campagne politiche contro il monopolio delle compagnie ferroviarie, i potentati finanziari di Wall Street ed i vecchi partiti tradizionali²⁶. Il movimento si rivolgeva innanzitutto alla gente comune, i *common and ordinary people*, facendo appello alla capacità di costoro «di decidere per sé e di non essere manipolati da demagoghi»²⁷.

Il populismo di fine Ottocento è fatto da sanguigni avvocati, agguerriti proprietari terrieri, accaniti commercianti ed imprenditori schiacciati dai grandi monopolisti e dall'ascesa dei patrimoni finanziari. Raramente invoca l'idea di nazione su base etnica e sostanzialmente preserva intatta la facoltà dei suoi affiliati di parlare in modo autonomo. Quella componente anti-pluralista che i teorici contemporanei identificano nell'idea di popolo dei populist²⁸ mal si concilia con i discorsi di questi primi Populisti.

Questo non toglie che non vi fossero elementi preoccupanti. Il manifesto politico del Partito Populista, stilato ad Omaha nel Nebraska nel 1892 dall'eccentrico avvocato e scrittore Ignatius Donnelly, cominciava con il riferimento ad ipotesi cospirazioniste: «Siamo al centro di una nazione portata sugli abissi di una rovina morale, politica e materiale. La corruzione domina nei seggi elettorali, nel Legislativo, nel Congresso e tocca anche il potere giudiziario. La gente è demoralizzata ... I giornali sono in larga misura imbeccati o imbavagliati, l'opinione pubblica è tacitata»²⁹. E poi ancora: «Una vasta cospirazione contro l'umanità è stata organizzata nei due Continenti e sta rapidamente prendendo possesso del mondo. Se non fermata e vinta essa condurrà ad una terribile convulsione sociale, alla distruzione della civiltà, o allo stabilirsi del dispotismo»³⁰. La Piattaforma culminava nella proposta di riportare «il governo della Repubblica nelle mani della 'gente comune' con cui è cominciata»³¹ e proponeva di dividere in due la società:

²⁵ Si rinvia alla bibliografia della nota 13.

²⁶ B. BONGIOVANNI, "Populismo", *ad vocem*, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, 1996.

²⁷ L. GOODWYN, *The Populist Moment*. cit., p. 44.

²⁸ Cfr. ad esempio, C. MUDDE, *Populism: an Ideational Approach*, cit., p. 28; J. W. MÜLLER, *What is Populism?* cit.

²⁹ *The World Almanac*, New York 1893, pp. 83-85, pubblicato in G.B. TINDALL (eds.), *A Populist Reader. Selections from the Works of American Populist Leaders*. New York, 1966, pp. 90-96; cfr. anche R. HOFSTADTER, *The Age of Reform*, cit. p. 67.

³⁰ R. HOFSTADTER, *The Paranoid Style of the American Politics and Other Essays*, Cambridge, Mass., 1996, p. 74.

³¹ *The World Almanac*, cit., in TINDALL, *A Populist Reader*, cit., p. 90.

le persone comuni da un lato e l'élite corrotta dall'altro. «Da una parte ci stanno i ladri, dall'altra i derubati» avrebbe tuonato qualche anno dopo il lancio del Partito Populista, il politico del Kansas Jerry Simpson³². Gli avrebbe fatto eco William Bryan, candidato alla presidenza per il Partito Populista, che in uno dei più noti comizi elettorali affermò: «Da un lato ci stanno gli interessi economici degli Stati Uniti, gli interessi finanziari, combinazione di ricchezze e capitali, imperanti, arroganti, privi di compassione. [...]. Dall'altro lato ci sta una massa imprecisata di individui, che hanno dato al partito Democratico un nome per il quale parlare»³³.

Leonidas Polk, brillante cinquantatreenne della Carolina del Nord, già deputato del Parlamento del suo stato, non usava mezzi termini: «Mi dite chi ha più diritto di entrare nell'arena politica degli agricoltori? ... Vi dico io cosa vedrete: voi vedrete da un lato i grandi magnati del paese, i brokers di Wall Street ed il potere plutocratico; dall'altro vedrete il popolo ...»³⁴. Al pari di molti colleghi di partito, per Polk la ricetta politica avrebbe potuto essere molto semplice: «Il Congresso potrebbe fare una legge che in quarantotto ore ci dà sollievo, ma Wall Street dice no ... Io credo che entrambi i partiti abbiano paura di Wall Street; non hanno paura della gente»³⁵.

Il già citato avvocato Ignatius Donnelly, che si cimentò fra le altre cose anche in opere letterarie dal tenore apocalittico³⁶, è perentorio nel sostenere che lo spirito laborioso della gente che egli intende rappresentare non abbia nulla a che vedere con sfarzo e dissipazione: «Abbiamo assistito per più di un quarto di secolo alle lotte fra i due grandi partiti per il potere e per il saccheggio, mentre torti indicibili sono stati inflitti alla gente sofferente. [...]. Pensano di poter soffocare le lamentele della gente depredata con i toni elevanti di una battaglia finta, quella sulle tariffe: così che i capitalisti, le grandi imprese, le banche nazionali, gli oligopoli, i fondi di investimento, la borsa, la demonetizzazione dell'argento, l'oppressione degli usurai, tutto questo venga perso di vista. Pensano di sacrificare le nostre case, le nostre vite, i bambini all'altare di Mammona; di distruggere una moltitudine in modo da proteggere i fondi corrotti dei milionari»³⁷.

³² E. BARR, *The Populist Uprising*, in W.E. CONNELLY (eds.), *A Standard History of Kansas and Kansans*, vol. II, Chicago – New York, 1918, p. 1170.

³³ A. NEVINS, *Grover Cleveland. A Study in Courage*, New York, 1933, p. 540.

³⁴ *Polk's family Papers* 1850-1961, citato in GOODWYN, *The Populist Moment*, cit., p. 134.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ I. DONNELLY, *Cæsar's Column: A Story of the Twentieth Century*, Chicago, 1890.

³⁷ *The World Almanac*, cit., in TINDALL, *A Populist Reader*, cit., p. 96.

5. Richard Hofstadter si dissocia da quella storiografia che vede nel *People's Party* un'occasione di rinnovamento della vita politica americana. Piuttosto vi coglie alcuni temi che a suo dire sarebbero ritornati anche in movimenti politici successivi (come nel maccartismo).

Innanzitutto, Hofstadter segnala come i populist di fine Ottocento trasformassero il mito agreste, caro anche ai padri costituenti, nella difesa della vita di provincia non solo dalla corruzione della vita cittadina ma anche da quello che veniva percepito come il nuovo snobismo della classe emergente delle città nei confronti della vita di campagna. Quando nel 1849, un corrispondente del *Prairie Farmer* fece l'errore di lodare i lussi, la "società scintillante" e le opportunità economiche della vita cittadina, venne rimproverato per aver omesso che la vita urbana "distrugge, schiavizza e porta alla rovina migliaia di giovani, che senza pietà divengono vittime dei bagordi, di speculazioni sconsiderate e dei crimini più efferati"³⁸. Il mito non consisteva più dunque nella celebrazione del suo vecchio eroe, lo yeoman, proprietario di una piccola fattoria e dedito ad una vita persona semplice, onesta, sana, indipendente e felice³⁹, ma nel riscatto di una parte della popolazione arrabbiata per essere considerata inferiore.

«Nel nostro Paese c'è un gruppo di individui», si lamentava nel 1835 uno scrittore-agricoltore, «che tratta chi coltiva la terra come se facesse parte di una classe inferiore [...] e fosse capace solo di parlare di patate bollite e fette di pancetta». La città veniva dipinta come un coacervo di strozzini, dandy, damerini e aristocratici pieni di idee europee, gente secondo la quale ogni campagnolo era un bifolco⁴⁰. Insomma, il mito agreste veniva piegato dai populist in ragione dell'antagonismo fra città e provincia; e alla tranquillità d'animo dei suoi celebratori del passato (Thomas Jefferson si richiamava a Cicerone e Virgilio) si sostituiva un profondo risentimento.

«Nell'era populista», scrive Hofstadter, «molti contadini considerarono la città come un territorio alieno e riaffermarono con profondo rancore il primato dell'agricoltura come fonte di ricchezza». Willian Jennings Bryan, candidato alla presidenza per ben tre volte fra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, si fece interprete di questo stato d'animo: «Se bruciaste le vostre città senza toccare le nostre fattorie, le vostre città sorgerebbero ancora come per magia; se invece bruciaste le nostre fattorie, ogni strada di ogni città del Paese verrebbe infestata dall'erba»⁴¹.

³⁸ R. HOFSTADTER, [1956], *Il mito dell'allegro possidente*, in ID., *La repubblica dei fucili*, cit., pp. 79-92, p. 84.

³⁹ *Idem*, p. 80.

⁴⁰ *Idem*, pp. 86-87.

⁴¹ Il discorso che Bryan tenne nel 1896 viene riportato da HOFSTADTER, *Il mito agreste*, cit., p. 86.

Il secondo tratto che Hofstadter identifica è l'anti-intellettualismo⁴² e cioè un atteggiamento sostanzialmente irriflesso proprio non solo di chi non ha competenze specifiche ma di chi ritiene che esse siano inutili se non addirittura nocive alla gestione della cosa pubblica. Bryan si faceva vanto di proporre una riforma monetaria solo perché così chiedeva la sua gente: «Non so nulla dell'argento a costo zero. La popolazione del Nebraska è per l'argento a costo zero, ed io sono per l'argento a costo zero. Guarderò dopo quali sono gli argomenti»⁴³. Per Hofstadter, William Bryan esemplificò proprio quello spirito ottuso e irriflesso che si avvicinava al torpore: «Ciò che a lui [a Bryan] mancava era un senso di estraneamento. Non sentì mai l'eccitazione della scoperta intellettuale che viene dal rifiuto del proprio ambiente più intimo»⁴⁴. Tale anti-intellettualismo avrebbe prodotto, a dire dello storico, effetti politici disastrosi che si manifestarono in riforme di impronta giustizialista, ma anche nel modo semplicistico di impostare le questioni politiche e di identificare problemi politici con problemi morali⁴⁵.

Terzo tratto che Hofstadter coglie nel populismo americano, e già in quello di fine Ottocento, è una sospettosità paradossale al limite con la paranoia⁴⁶.

Lo storico chiarisce cosa intenda con questa espressione:

«Lo chiamo stile paranoico semplicemente perché nessun'altra parola evoca adeguatamente le qualità di accesa esagerazione, sospettosità e fantasia cospiratoria che ho in mente. Usando l'espressione "stile paranoico", non parlo in senso clinico, ma prendo in prestito un termine clinico per altri scopi. Non ho né la competenza né il desiderio di classificare personaggi del passato o del presente come pazzi certificabili. In effetti, l'idea dello stile paranoico avrebbe poca rilevanza contemporanea o valore storico se fosse applicata solo a persone con una mente profondamente disturbata. È l'uso di modalità espressive paranoiche da parte di persone più o meno normali che rende il fenomeno significativo»⁴⁷.

Hofstadter spiega anche nel nello stile paranoico, il sentimento di persecuzione è centrale e viene sistematizzato all'interno di teorie cospiratorie grandiose.

Sebbene lo storico intendesse riferirsi principalmente allo stile comunicativo del senatore McCarty, ne individua la genesi nel populismo di fine

⁴² R. HOFSTADTER, *Anti-Intellectualism in American Life*, New York, 1963.

⁴³ R. McMath, *American Populism. A Social History 1877-1898*, New York, 1993, p. 201.

⁴⁴ R. HOFSTADTER, [1948] *The American Political Tradition and the Men who Made It*, 1989, New York, p. 251.

⁴⁵ *Idem*, p. 247.

⁴⁶ R. HOFSTADTER, *The Paranoid Style of the American Politics and Other Essays*, cit.

⁴⁷ *Idem*, p. 5.

Ottocento⁴⁸ e addirittura ne coglie i germi anche in alcuni sermoni pronunciati in chiave anti-cattolica e anti-massonica già alla fine del Settecento.

Infine, l'antisemitismo. Hofstadter rinviene frequenti temi antisemiti negli scritti dei populistici di fine Ottocento. Il romanzo scritto da Donnelly, dal titolo *Caesar's Column*, che arrivò a vendere in pochi mesi 250.000 copie, aveva, ad esempio, una tonalità antisemita. Il protagonista, Gabriel Welstein, ha un nome ebreo, e arriva a New York in cerca di affari dall'Uganda (in quel periodo si era anche pensato di far nascere lo stato di Israele in Uganda). New York è la città del degrado e della violenza.

Non tutti gli storici però convergono su questa analisi. Norman Pollack, ad esempio, rigetta l'accusa di antisemitismo con riferimento al populismo di fine Ottocento⁴⁹.

6. Nel 1970, Hofstadter sembra aggiungere un ingrediente alla lista di elementi che compongono il populismo e lo rinviene nel culto per la violenza privata che contraddistingue, a suo dire, la società americana⁵⁰.

Gli Stati Uniti sono la sola nazione industriale dove la legge consente a un gran numero di abitanti di possedere fucili e pistole, scrive lo storico in modo enfatico⁵¹. E il diritto di portare armi è tutelato dalla Costituzione.

Per Hofstadter, la familiarità col fucile, legata in origine alle esigenze dell'agricoltura e della vita di frontiera, fu di grosso aiuto agli americani nelle battaglie della Rivoluzione: «quel fucile sopperì ai limiti e alla scarsa disciplina dei soldati americani, e diffuse la convinzione che uno yeoman armato fosse di gran lunga superiore a un militare di carriera europeo»⁵². Durante il dibattito per l'approvazione del testo costituzionale, furono gli anti-Federalisti i più convinti sostenitori dell'opportunità che la gestione della forza non fosse interamente delegata allo stato. Ma il diritto di portare armi aveva radici sostanzialmente trasversali.

Il costituzionalista Akhil Amar traccia un paragone fra milizie locali e giurie popolari. Entrambe le istituzioni furono congegnate per preservare qualche forma di potere nelle mani della gente comune: nel caso delle milizie, per

⁴⁸ *Idem*, p. 7.

⁴⁹ N. POLLACK, *The Myth of Populist Anti-Semitism*, in *American Historical Review*, 1962, vol. 68(1), pp. 76-80.

⁵⁰ R. HOFSTADTER, *Riflessioni sulla violenza negli Stati Uniti*, in ID., *La repubblica dei fucili*, cit., p. 120.

⁵¹ R. HOFSTADTER, *L'America come cultura delle armi*, in ID. *La repubblica dei fucili*, cit. p. 33.

⁵² *Idem*, p. 40.

controbilanciare l'esercito di professione; nel caso delle giurie, per limitare il potere di politici e giudici di professione⁵³. La bibliografia sul secondo emendamento è vastissima e in qualche misura spiega non solo una giurisprudenza costituzionale molto tiepida nell'interpretare questo diritto in chiave restrittiva⁵⁴ ma anche un'opinione pubblica, nella migliore delle ipotesi, ambivalente⁵⁵.

Richard Hofstadter rinviene nella trasformazione del diritto di portare armi, che a dire dello storico avrebbe radici nell'antimilitarismo Whig ostile agli eserciti di professione, alcune caratteristiche proprie dello spirito populista: e cioè il legame con la dimensione locale – e spesso provinciale – propria delle milizie organizzate, la diffidenza per il cosmopolitismo proprio degli eserciti di professione e infine l'idea che gli *ordinary men* sappiano applicare la legge e far funzionare le cose – ivi inclusa la sicurezza pubblica – quanto se non meglio delle istituzioni. Lo storico segnala come la violenza privata che il secondo emendamento tollera e addirittura garantisce non abbia natura ideologica e non sia indirizzata al governo centrale. Non va dunque confusa con la fascinazione per il terrorismo e per la rivoluzione: è la violenza privata di chi si fa giustizia da sé ma anche di chi ritiene che una popolazione armata scongiuri il rischio dell'ascesa di un Cromwell o di un Cesare e che quindi sia presidio per un governo libero⁵⁶.

Sebbene la formulazione del secondo emendamento faccia riferimento a milizie armate organizzate – e non dunque a forme di violenza individuale – la Corte Suprema è stata lapidaria nel riconnettere il diritto di portare armi alla difesa personale⁵⁷. La relazione fra il secondo emendamento e lo spirito individualista non può dunque essere negata. D.H. Lawrence, con il piglio tagliente che lo contraddistingueva, definiva l'anima americana indurita, solitaria, stoica, un'anima da assassino⁵⁸. Mentre sembrano esservi pochi dubbi sulla popolarità nella cultura di massa statunitense di figure solitarie e individualiste come il detective, lo sceriffo o il giustiziere.

⁵³ A.R. AMAR, *Appendix. Reinventing Juries: Ten Suggested Reforms*, in *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, New Haven: Yale University Press, 2008, pp. 161-178.

⁵⁴ Fra gli altri: *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. (2022); *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010); *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008). Fra la vasta bibliografia si vedano: M. Tushnet, *Out of Range: Why the Constitution can't end the battle over guns*, New York, 2007; C. Sunstein, *Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold*, in *Harvard Law Review*, vol. 122, 2008, pp. 246-274.

⁵⁵ <https://www.law.columbia.edu/news/archive/most-americans-oppose-gun-control-point-survey-finds>

⁵⁶ R. HOFSTADTER, *Riflessioni sulla violenza negli Stati Uniti*, in ID., *La repubblica dei fucili*, cit., p. 120.

⁵⁷ Cfr., *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. (2022).

⁵⁸ R. HOFSTADTER, *L'America come cultura delle armi*, cit., p. 40.

Oggi però si può mettere in discussione la tesi della natura non ideologica della violenza privata. Nella forma più grottesca che il populismo ha assunto sotto la prima amministrazione Trump, l'assalto a Capitol Hill – presentato come la difesa attraverso il fucile del palazzo del congresso da elezioni asseritamente truccate – ha poco a che vedere con il cittadino solitario che si fa giustizia da sé, celebrato ad esempio dai film di Clint Eastwood. Né ha nulla in comune con le milizie *regolate* di cui fa menzione il testo costituzionale. Risuona opportuno il monito di Tocqueville il quale, pure ammirando il senso del rischio degli americani che si spingevano verso ovest e poi cercavano mondi da conquistare, ne percepiva la temerarietà e una qualche forma di abbandono. Questo temperamento lo preoccupava: se era alla base della creatività della società americana, poteva anche condurla verso la distruzione⁵⁹.

7. Non basta un paragrafo per definire il fenomeno che Donald Trump rappresenta. Per un'analisi che accampi una qualche pretesa di serietà ci vorrebbero dati, piena conoscenza dei discorsi, nozioni sufficienti sulle azioni politiche intraprese sia all'interno che in politica estera, analisi dei *social network*, delle relazioni con investitori e altri *tycoon*, carte processuali delle azioni legali in cui il Presidente è stato coinvolto, e perfino note biografiche.

Lungi dall'avventurarmi in un terreno per il quale non avrei le competenze, mi limiterò a proporre l'idea che i temi già individuati da Hofstadter con riferimento a fenomeni politici del passato, oggi si ripresentano in una versione, per così dire, riammodernata. Questa idea ne sottende un'altra: il fenomeno Trump (spontaneo o costruito, poca importa) attinge ad una lunga tradizione e, seppure si manifesti oggi in forme grottesche e talvolta allarmanti, non è interamente nuovo, quanto meno sotto l'aspetto di alcuni temi a cui il Presidente fa appello.

Ripercorriamoli nelle loro espressioni contemporanee.

7.1. L'idea che un personaggio come Donald Trump si serva della distinzione fra un'élite corrotta e la gente semplice e onesta e si presenti come l'interprete di questa seconda categoria potrebbe suscitare stupore se non vera e propria ilarietà. Eppure, come si è visto qualche pagina sopra, questa contrapposizione non va identificata con quella – talvolta in voga in alcune esperienze populistiche europee e perfino italiane – del popolo dei puri che cerca di attaccare e sostituire la classe

⁵⁹ C. W. Collier, *The Armed Society and Its Friends: A Reckoning*, in Hastings L.J. 70, (2019), pp. 671-688; p. 671; cfr. Anche A. KALÉDIN, *Tocqueville and his America: A Darker Horizon*, New Haven, 2011, p. 379.

dei corrotti. Hofstadter ad esempio ha segnalato come questa distinzione vada associata ad altre, che via via nella storia del paese si sono presentate: quella fra città e campagna (o provincia), quella della gente dedita a lavori manuali e che lavora sodo⁶⁰ da un lato e degli intellettuali e soprattutto degli accademici dall'altro.

Oggi potremmo riformulare questo antagonismo nei seguenti poli: i lavoratori dell'industria locale, spesso licenziati per effetto della delocalizzazione delle aziende, e i sostenitori della globalizzazione, i cosmopoliti, i viaggiatori dall'altro; gli uomini, spesso bianchi (ma non solo), sostenitori – almeno idealmente – della famiglia tradizionale, e i movimenti che in modo approssimativo vengono caratterizzati come *woke*.

Ancora una volta, come negli esempi citati da Hofstadter, la contrapposizione non si riduce a un semplice contrasto di vedute ed interessi – come sarebbe perfettamente coerente ai sistemi delle democrazie costituzionali – ma viene invece intossicata dall'idea che coloro che si trovano nella seconda porzione dello spettro, i cosmopoliti, i fautori della globalizzazione, gli intellettuali *woke*, per intenderci, non solo dissentano dai primi ma che li disprezzino e perfino li dileggino.

Il successo editoriale dell'autobiografia del Vice Presidente J.D. Vance, dal titolo *Elegia Americana*, racconta proprio senza indulgenza la storia di una classe operaia bianca – spesso di sesso maschile – che sopravvive alle ceneri di un sogno americano infranto. Ma non è tanto, come pure è in voga affermare, la critica al modello meritocratico presupposta dal *selfmade man* della tradizione americana⁶¹, che costituisce la trama del discorso populista americano. La classe celebrata da Vance, ma probabilmente una cospicua fetta di elettori di Trump, non vuole compassione, non cerca sussidi. Anzi, è l'orgoglio ferito che genera il risentimento. Il popolo di Trump non chiede politiche redistributive (sennò avrebbe scelto altri candidati), ma vuole che la globalizzazione abbia fine. Chiede protezionismo e dazi, nel convincimento – poco importa quanto accurato – che queste politiche potrebbero riportare in auge la vecchia America profonda, quella che sa fare funzionare le cose.

È bene precisare che il manicheismo del populismo non si fonda su una reale contrapposizione fra puri e corrotti. Esso ha molto poco a che vedere col manicheismo di alcune sette religiose o con il fanatismo religioso stesso. Sarebbe sorprendete se ad affermarsi come leader populista fosse un personaggio ascetico. Questo spiega perché Donald Trump possa farsi interprete di gente che si sente vittima di politici e uomini d'affari corrotti e spiega altresì perché i processi intentati contro di lui non abbiano per nulla scalfito le intenzioni degli elettori.

⁶⁰ M. KAZIN, *The Populist Persuasion*, cit.

⁶¹ M. SANDEL, *La tirannia del merito. Perché viviamo in una società di vincitori e perdenti*, Milano 2021.

7.2. «Gli esperti sono terribili» affermò Trump discutendo di politica estera nella campagna alle presidenziali del 2016. «Guardate al casino in cui ci troviamo con tutti gli esperti che abbiamo»⁶². E poi: «Signori, non siamo governati da gente intelligente, anzi per metterla meglio, siamo governati da gente stupida. Gente stupida»⁶³. «Amo la gente poco istruita. Siamo i più intelligenti. Siamo i più leali»⁶⁴.

Nel già menzionato volume *Anti-Intellectualism in American Life*, Hofstadter esprime un'opinione poco lusinghiera sull'elettorato americano. Il cuore dell'America, a dire dello storico, è pieno di persone fondamentaliste da un punto di vista religioso, nativiste nel pregiudizio, isolazioniste in politica estera, conservatrici in economia. Per costoro, l'odio è elevato ad una sorta di credo e l'odio di gruppo occupa un posto in politica simile alla lotta di classe in altre società moderne. Nell'elenco dei gruppi ampiamente odiati Hofstadter collocava massoni, abolizionisti, cattolici, mormoni, ebrei, neri americani, immigrati, banchieri internazionali e intellettuali.

Un allievo di Hofstadter, Christopher Lasch, tuttavia si dissocia dal giudizio così radicale del proprio maestro e intravede anche nelle élites intellettuali liberal una parte di responsabilità per la diffidenza di larghe fette della popolazione nei confronti dell'accademia⁶⁵.

Trump ha saputo sfruttare questo tipo di cesura tutto interno all'accademia per cavalcare la propria strategia anti-intellettualistica. Ad esempio, le perplessità per alcuni eccessi del politicamente corretto non sono esclusiva della cultura di massa⁶⁶. Così come circola ormai da qualche anno una letteratura che segnala la strana relazione fra alcune varianti della teoria critica e gli aspetti più foschi e retrivi dell'ideologia culturale e politica. Il legame, apparentemente controintuitivo,

⁶² A. WATERS and E.J. DIONNE JR., *Is Anti-Intellectualism Ever Good for Democracy? Today's backlash against intellectual life cannot simply be written off as a popular celebration of mindlessness*, in *Dissent Magazine*, Winter 2019, su <https://www.dissentmagazine.org/article/is-anti-intellectualism-ever-good-for-democracy/>

⁶³ J CHAIT, *The Oddly Snobbish Anti-Intellectualism of Donald Trump*, <https://nymag.com/intelligencer/2016/10/the-oddly-snobbish-anti-intellectualism-of-donald-trump.html>

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ C. LASCH, *La cultura del narcisismo*, Milano 1981; ID., *La rivolta delle élites. Il tradimento della democrazia*, Vicenza 2017.

⁶⁶ P. VALENTIN, *L'ideologia Woke. Anatomia del Wokismo*, Parigi, 2022; cfr. anche H. SELCHOV, *Wokism and Hypernormality. Notes on the New Virtue Vigilantism*, Ahrensburg, 2024.

⁶⁷ D.L. BERNSTEIN, N. SHARANSKY, *Woke Antisemitism: How a Progressive Ideology Harms Jews*, New York, 2022; P.A. TAGUIEFF, *L'Antisemitismo*, Milano 2020; si veda anche l'intervista al filosofo francese A. FINKIELKRAUT, *Wokeism is the installation of hatred of the West in the heart of the West. It's a death cult*, Jan. 2024, <https://www.nzz.ch/english/french-philosopher-alain-finkelkraut-discusses-wokeism-and-antisemitism-ld.1773993>.

fra wokeismo e antisemitismo è suffragato da una serie di dati⁶⁷. Il concetto di intersezionalità, nato con il nobile proposito di individuare categorie svantaggiate che sfuggivano alle classificazioni in circolazione, ha finito per suggellare una lotta fra minoranze⁶⁸.

Insomma, non è da escludere che le discutibili minacce di Trump di non dare un solo penny «a qualsiasi scuola che spinga la teoria razziale critica, la follia transgender e altri contenuti razziali, sessuali o politici inappropriati ai nostri bambini»⁶⁹ abbiano riscosso consensi anche fra non populistici.

7.3. QAnon è una teoria del complotto secondo cui il mondo è governato da una congrega di celebrità di Hollywood, miliardari e democratici satanisti, dediti al traffico dei bambini. I sostenitori di QAnon credono che Donald Trump stia conducendo una battaglia segreta contro questo gruppo, che avrebbe complici nel cosiddetto *deep state*. A parte queste forme paradossali, Trump, anche con l'aiuto di abili collaboratori⁷⁰, sembra approfittare di una tendenza che diventa sempre più pronunciata negli elettorati delle democrazie contemporanee, quella di non credere all'informazione ufficiale. Per rintracciare la genesi di questa tendenza ci vorrebbero ben altri spazi. Ma di nuovo, Trump non ha inventato le teorie della cospirazione né, a mio avviso, si limita a sfruttare la creduloneria di molta gente (una parte non indifferente del suo elettorato nelle elezioni del 2016 era arrivata a credere alle accuse di pedofilia rivolte a Hillary Clinton). Quello che succede, ma di nuovo si tratta di una congettura, è diverso. Nella confusione generale – prodotta anche da discorsi che in modo evidente hanno poca attinenza con la realtà – Trump introduce un tema che riscuote consenso (il protezionismo, frontiere chiuse, educazione non woke, etc...): a questo punto, mentre le menzogne evidenti che i suoi discorsi contengono vengono per certi versi perdonate, e liquidate come menzogne fra le tante in circolazione, il tema che interessa una certa fetta di elettorato assume un ruolo centrale: e le menzogne che ne fanno da contorno diventano anzi prova della libertà di parola del rappresentante politico. Insomma, una torsione paradossale, dove mentire – peccato capitale nella cultura giuridico politica americana – diventa garanzia di dire la verità: un po' come se si dicesse: *sono costretto a spiarla grossa per farvi arrivare certe verità*.

Il nativismo è un tratto tristemente noto alla società americana, specialmente

⁶⁸ K. STÖGNER, *Intersectionality and anti-Zionism. New Challenges in Feminism. Anti-Zionism and Antisemitism*, in A. Rosenfeld (eds.), *The Dynamics of Delegitimization*, Bloomington 2019.

⁶⁹ <https://www.pbs.org/newshour/politics/trump-promised-to-end-woke-ness-in-education-he-has-promised-to-use-federal-funds-as-leverage>

⁷⁰ <https://www.facta.news/articoli/pizzagate-teoria-complotto-elon-musk>

quella degli stati del sud. Sebbene l'America di oggi sia immensamente diversa da quella di Hofstadter – che scriveva già negli anni '50 quando le resistenze alla desegregazione razziale erano forti e pervasive –, la questione dell'immigrazione ha in qualche misura rimpiazzato quella razziale. Ma non si tratta di certo di una questione che contraddistingue solo gli Stati Uniti. Come è noto, sentimenti molto simili sono presenti negli elettorati europei e in quelli di molti altri paesi, fra cui l'Australia.

Il culto per le armi esemplifica, come si legge nella *Repubblica dei fucili*, una certa idea di virilità:

Per milioni di ragazzi americani, sparare e passare dalla pistola giocattolo al primo fucile erano tappe fondamentali della crescita, che certificavano l'approdo all'età adulta. (Alcuni apologeti della cultura delle armi, e perfino qualcuno che le è avverso, sostengono ancora oggi che non si possa rinunciare al fucile in quanto simbolo essenziale della mascolinità)⁷¹.

Non vale la pena di spendere troppe parole sui rischi immensi che tale culto per le armi oggi comporta: non solo per l'ordine pubblico interno agli Stati Uniti, dove le morti per arma da fuoco continuano ad avere numeri impressionanti, ma anche per la situazione internazionale, dove anche la prospettiva di una guerra nucleare non appare così remota.

Ma anche qui c'è un paradosso, con il quale si chiuderà il paragrafo: questo culto delle armi viene presentato come funzionale alla pace. Non sono pochi coloro che confidano in Trump per la chiusura dei conflitti in corso: e non solo e non tanto per il dichiarato isolazionismo che il Presidente intende ristabilire ma per la serietà delle minacce sull'uso ritorsivo della violenza che avrebbe dunque un effetto deterrente.

8. Si è cercato in queste pagine di ripercorrere dei tratti ricorrenti nella cultura politica americana, tratti che negli scritti di storici e scienziati politici sono spesso stati identificati con il populismo.

Si è anticipato che non si intende prendere posizione su questa terminologia: se essa sia corretta o meno non è oggetto di questo saggio. L'obiettivo perseguito in questo abbozzo è stato un altro: di fronte alla singolare e preoccupante ascesa di un uomo politico come Donald Trump, il riferimento a temi già presenti nel passato può forse offrire qualche chiave di lettura. Anziché utilizzare le scorciatoie offerte

⁷¹ R. HOFSTADTER, *L'America come cultura delle armi*, cit., pp. 39-40.

da analisi sbrigative (il desiderio di intrattenimento dell'elettorato americano che spinge a scegliere un clown; l'ignoranza e l'atavismo dell'America profonda; il semplicismo del cittadino medio; i rischi del presidenzialismo, etc), la storiografia sul populismo americano – che è bene ripetere spesso tratta il fenomeno in termini elogiativi – può offrire qualche spunto di riflessione in più. Se non altro, per indagare sulle forme di malessere della società americana a cui Trump offre la prospettiva (o più verosimilmente l'illusione) di porre rimedio.

La Germania e le crisi: un Paese in cerca di identità*

ANDREA DE PETRIS

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Forma di governo. – 2. Caratteristiche e recenti modifiche del sistema elettorale. – 3. Il sistema partitico tedesco: peculiarità originarie ed evoluzioni recenti. – 4. Gli strumenti della governabilità: questione di fiducia e sfiducia costruttiva. – 5. Le diseguaglianze socio-economiche del sistema tedesco. – 6. Le ragioni strutturali della disuguaglianza. – 7. Riunificazione e disuguaglianze interne: le cause dell'estremismo neonazista xenofobo. – 8. Conclusioni: la Germania di fronte alla crisi di identità democratica.

La Germania del 2024 appare molto diversa dalla Nazione che le cronache normalmente descrivono. Il contesto sociale, politico, economico e culturale mostra diseguaglianze in misura sconosciuta fino a pochi anni fa, e ciò si riflette inevitabilmente sull'assetto politico e sulla stabilità istituzionale del Paese.

Il presente contributo intende riassumere i caratteri della forma di governo e dell'assetto politico-partitico del modello tedesco, per poi passare ad illustrare le possibili cause di disomogeneità che stanno affliggendo la Germania attuale, ed evidenziare quali conseguenze tutto ciò provoca sul piano della governabilità. Nelle conclusioni, infine, si prospettano possibili vie di uscite per un superamento delle crisi in corso, prima che queste degenerino in uno stallo sistemico difficilmente risolvibile.

1. Secondo l'Art. 20 della Legge Fondamentale (LF)¹ – la Carta costituzionale della Repubblica Federale di Germania, in vigore dal 1949 –, la Repubblica Federale Tedesca (RFT) è uno Stato federale con una forma di governo parlamentare altamente razionalizzata². Il sistema conferisce ai partiti politici un ruolo centrale nelle dinamiche istituzionali, motivo per cui la Germania è nota anche come *Parteiendemokratie* (democrazia dei partiti). Le elezioni per il rinnovo del Bundestag – la Camera rappresentativa dell'elettorato tedesco – si svolgono con un sistema proporzionale personalizzato, che attribuisce a ciascun elettore due voti:

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Art. 20 I LF: "La Repubblica federale di Germania è uno Stato federale democratico e sociale".

² K. VON BEYME, A. BUSCH, *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden, Springer, 13. Ed., 2023.

uno maggioritario, con il quale può eleggere in un solo turno un candidato nella propria circoscrizione, e uno di lista, con il quale può esprimere la propria preferenza per uno dei partiti in competizione, senza però poter esprimere preferenze tra i candidati della lista scelta³. Solitamente è necessario ricorrere ad una coalizione per formare un governo, poiché è estremamente improbabile che un singolo partito ottenga la maggioranza dei seggi nel Bundestag⁴.

Il Capo dello Stato è il Presidente Federale (*Bundespräsident*), eletto dall'Assemblea Federale (*Bundesversammlung*), composta dai membri del Bundestag e da un pari numero di rappresentanti dei Länder, gli enti sub-statali che compongono la Federazione tedesca, e riceve un mandato di cinque anni, rinnovabile una volta. Il potere legislativo è affidato a un sistema bicamerale imperfetto, in cui le due Camere hanno poteri parzialmente differenti. Il potere legislativo è conferito in particolare al Bundestag, che viene eletto ogni quattro anni a "suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto" (art. 38 LF) dal corpo elettorale. Su proposta del Presidente Federale, il Bundestag vota senza discussione a maggioranza dei suoi componenti solo per il Cancelliere Federale (art. 63 I LF), che in tal caso dovrà essere obbligatoriamente nominato dal Presidente Federale.

Il Cancelliere, in quanto Capo del Governo, determina le linee guida della politica interna ed estera dell'Esecutivo a livello federale (la cosiddetta *Richlinienkompetenz*) (art. 65 LF) e propone i Ministri del suo Gabinetto, anch'essi nominati dal Capo dello Stato (art. 64 LF). Al fine di stabilizzare la posizione del Governo e del Cancelliere in particolare, la Legge Fondamentale prevede una forma molto razionalizzata del rapporto fiduciario tra Esecutivo e Legislativo, incentrata sull'istituto della "sfiducia costruttiva" (art. 67 I LF). Questo prevede che il Bundestag possa esprimere la sfiducia solo nei confronti del Cancelliere Federale e non del Governo nel suo complesso, a condizione che, a maggioranza dei suoi membri, venga eletto un successore contestualmente alla delibera che sancisce la rimozione del Capo del Governo in carica, con il vincolo che tra la presentazione della mozione di sfiducia e il suo voto in Bundestag trascorran almeno 48 ore. In questo modo, la posizione dell'Esecutivo, e in particolare quella del Cancelliere, viene fortemente rafforzata, poiché il mancato ottenimento della maggioranza dei voti a favore di un candidato alternativo al Capo del Governo a rischio di sfiducia non solo può rafforzare indirettamente quest'ultimo, ma può anche portare a uno scioglimento anticipato del Bundestag stesso da parte del Presidente Federale, nel caso ravvisi che non

³ Per i dettagli del sistema elettorale tedesco v. infra, par. 2.

⁴ Per un'analisi accurata della forma di governo della RFT si veda F. PALERMO, J. WOELK, *Germania*, Bologna, Il Mulino, 2. Ed., 2022.

sussistano le condizioni perché il Governo si fondi su una maggioranza stabile in Parlamento. Le forze politiche sono quindi chiamate a valutare con molta attenzione l'opportunità di utilizzare l'istituto della sfiducia costruttiva⁵.

Le istituzioni del governo federale e la divisione dei poteri e delle responsabilità tra la Federazione e i Länder sono disciplinate in primo luogo dalla Legge Fondamentale, con il Tribunale Costituzionale Federale (*Bundesverfassungsgericht*) chiamato a garantire il rispetto del dettato costituzionale e, tra l'altro, la conformità della legislazione federale e statale alle disposizioni della Legge Fondamentale. I Länder sono rappresentati a livello federale dal Bundesrat, che partecipa al processo legislativo insieme al Bundestag quando le misure riguardano gli interessi degli enti sub-statali.

2. I principi costituzionali del sistema elettorale sono contenuti negli artt. 38, 39 e 41 della Legge Fondamentale, che prevedono: età minima per esercitare il diritto di voto per eleggere i membri del Bundestag al raggiungimento della maggiore età, ovvero a 18 anni⁶, stesso limite della eleggibilità; universalità del voto (tutti i cittadini tedeschi, con poche eccezioni, hanno il diritto di votare e di essere eletti, una volta raggiunta la maggiore età); voto diretto dei cittadini (senza possibilità di elezioni di secondo grado); libertà di voto (inteso come facoltà dell'elettore di esprimere le proprie preferenze elettorali senza costrizioni, ma potendo altrettanto liberamente optare anche per l'astensione); parità del voto (come garanzia che ogni voto abbia lo stesso valore e le stesse possibilità di successo, e conseguente obbligo che tutte le circoscrizioni elettorali comprendano più o meno lo stesso numero di elettori, evitando rischi di cd. *gerrymandering*); scrutinio segreto (come garanzia di anonimità del voto espresso dai cittadini: un punto che pone delle problematicità rispetto al voto per corrispondenza⁷).

I caratteri peculiari del sistema elettorale tedesco sono invece contenuti nella Legge Elettorale per il Bundestag⁸. Occorre ricordare che la scheda elettorale per

⁵ S. DEISSNER, *Die Vertrauensfragen in der Geschichte der BRD*, VDM Verlag, Saarbrücken 2009. Per una ricostruzione in italiano degli eventi relativi ai due casi di voto di sfiducia costruttiva registrati nei 70 anni di storia della RFT s. S. FILIPPONE THAUERO, *La "sfiducia costruttiva" nella Legge Fondamentale tedesca*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 4/1990, pp. 590-604.

⁶ Il limite era fissato a 21 anni fino al 31 luglio 1970

⁷ Art. 36 BWahlG. In Germania il voto per lettera è considerato ammissibile, nonostante la sua difficile compatibilità con il principio di segretezza del suffragio, in quanto si ritiene che rappresenti uno strumento utile a ridurre l'astensionismo. Nel 2009 il Tribunale Costituzionale federale ha di contro dichiarato incostituzionale l'uso di computer per l'espressione del voto in occasione delle elezioni del Bundestag del 2005, ritenendo che questi non offrissero sufficienti garanzie di segretezza del suffragio, cfr. BVerfG Az. 2 BvC 3/07 del 3.3.2009.

⁸ Bundeswahlgesetz nella versione pubblicata il 23.7.1993 (BGBl. I S. 1288, 1594), modificata da ultimo con art. 1 della L. del 7.3.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 91).

il Bundestag contiene due voti, e che il numero minimo di seggi è fissato a 598: 299 di questi vengono assegnati con un primo voto maggioritario, che seleziona i candidati che ottengono la maggioranza relativa dei voti validamente espressi in ciascuno dei 299 collegi uninominali in cui è diviso il territorio della RFT; gli altri 299 seggi vengono attribuiti con un secondo voto, determinante per stabilire l'entità della quota di seggi spettante a ciascun partito, che viene assegnato alle singole liste in corsa su scala nazionale, senza possibilità per gli elettori di esprimere preferenze per specifici candidati⁹.

Il sistema prevede inoltre un correttivo alla proporzionalità del voto, rappresentato da una soglia di sbarramento fissata al 5% dei voti di lista espressi a livello nazionale: i seggi vengono attribuiti solamente alle liste che superano tale soglia, mentre quelle che restano al di sotto non eleggono rappresentanti. A questo principio sono previste due uniche eccezioni: una prima riguarda i partiti che riescono a conseguire tre mandati diretti attraverso i primi voti in altrettanti collegi uninominali, ai quali per questa ragione è consentito di trasformare in seggi anche i voti di lista ottenuti nella quota proporzionale, quand'anche questi risultino al di sotto della soglia del 5%; una seconda riguarda i partiti che rappresentano minoranze nazionali, i quali sono esenti dall'obbligo di raggiungere la clausola del 5% per trasformare in seggi i voti ottenuti.

Fino al 2023 era inoltre previsto un sistema di compensazioni: da un lato, le liste che ottenevano un numero di seggi nei collegi uninominali superiore a quello che sarebbe spettato loro in base al voto di lista conservavano i seggi eccedenti (cd. *Überhangsmandate*); dall'altro, per evitare che con ciò si perdesse la proporzionalità generale del voto, dato dalle preferenze attribuite alle liste, erano stati introdotti dei mandati compensativi (*Ausgleichsmandate*) da attribuire agli altri partiti per conservare l'esito complessivo dell'elezione. Il combinato disposto di questi due elementi, tuttavia, aveva portato ad un sovradimensionamento del Bundestag, che dal suddetto minimo di 598 Deputati era aumentato fino a 735 componenti dopo le elezioni del 2021.

Ritenendo che ciò potesse rappresentare un problema per la funzionalità del Bundestag, il Legislatore è quindi intervenuto introducendo una riforma sostanziale del sistema elettorale, entrata in vigore nel giugno 2023¹⁰. La nuova legge conserva la tipica impronta fortemente proporzionale del sistema elettorale, perseguendo dichiaratamente l'obiettivo di contenere entro dimensioni ragionevoli

⁹ Dal 2005 la trasformazione dei voti in seggi avviene con il metodo *Sainte-Laguë*.

¹⁰ Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, BGBl. 2023 I Nr. 147 del 13.06.2023.

il numero dei seggi in Parlamento¹¹. In primo luogo, quindi, la riforma fissa ad un massimo di 630 il numero dei Parlamentari eleggibili al Bundestag, mentre mantiene nel contempo invariato il numero delle circoscrizioni elettorali. Anche la modalità di espressione del suffragio, suddivisa tra un voto personale nei collegi maggioritari ed uno di lista su base nazionale resta invariata, mentre sono invece cancellati sia i mandati eccedenti che quelli compensativi, che avevano prodotto l'ipertrofica rappresentanza parlamentare delle ultime legislature.

La riforma prevede delle sostanziali modifiche alle modalità di assegnazione dei seggi, che avviene ora in due fasi, ricorrendo a due criteri differenti. In primo luogo, si tiene conto della cosiddetta "ripartizione superiore" (*Oberverteilung*), che determina quanti seggi spettano a un partito a livello nazionale in base alla sua quota di secondi voti (di lista) complessivamente conseguita su base nazionale (misura che indica l'entità della rappresentanza proporzionale complessiva spettante a ciascun partito). Nella successiva fase della cosiddetta "ripartizione inferiore" (*Unterverteilung*) i seggi spettanti ad un determinato partito vengono distribuiti alle sue liste candidate nei 16 Länder, tenendo conto del numero di secondi voti (di lista) ottenuti in ciascun Land.

Il numero di seggi a cui ogni partito ha diritto in un Land è determinato dal solo voto di lista, e costituisce anche il numero massimo di seggi ottenuti nei collegi con la quota maggioritaria che spettano a ciascun partito in tale Land. Per distribuire i seggi a cui ogni partito ha diritto in base al risultato del voto di lista, i candidati di ciascun partito che hanno ottenuto la maggioranza relativa dei voti di preferenza nel loro collegio vengono innanzi tutto ordinati in una graduatoria in base alla quota di preferenze personali ottenute. I seggi spettanti a ciascun partito in un Land vengono quindi assegnati ai rispettivi candidati vincitori nei collegi in base a questa graduatoria, a partire dal candidato eletto con la maggior quota di preferenze personali. Nel caso in cui a tutti i candidati di questa graduatoria sia stato assegnato un seggio, ma il partito abbia ancora diritto ad altri seggi nel Land in base ai voti di lista ricevuti, tali seggi vengono assegnati ricorrendo ai candidati della lista presentata nel Land¹².

Laddove invece il numero di seggi spettanti ad un partito quantificato in base ai voti di lista ricevuti sia inferiore al numero di candidati nella quota maggioritaria risultati vincitori nei rispettivi collegi, restano privi di seggio i candidati del partito con la minor quota di preferenze personali ricevute. Un candidato nella

¹¹ *Wahlrechtsreform 2023. Was sich geändert hat*, mitmischen.de, 10.10.2024.

¹² Rechtspolitisches Kolloquium: Die Wahlrechtsreform der Ampel - Längst überfällig oder verfassungswidrig?

quota maggioritaria che “vinca” nel suo collegio, quindi, ottiene un seggio solo se il suo partito ha una copertura sufficiente in termini di voti di lista nel Land in cui egli è candidato. In caso contrario, pur essendo vincitore nel collegio, il candidato non entra nel Bundestag. Pertanto, a differenza di quanto accadeva in passato, con la riforma del sistema elettorale del 2023 la maggioranza relativa dei voti nella quota maggioritaria in un collegio non garantisce più di per sé la conquista di un seggio al Bundestag, ed in tal caso il collegio resta privo di un rappresentante diretto in Parlamento, a causa della mancata copertura con il voto di lista. L'unica eccezione riguarda i candidati di collegio indipendenti, ovvero non legati a partiti, i quali ottengono il seggio se conquistano la maggioranza relativa di preferenze nel voto maggioritario del collegio.

Resta invece in vigore la soglia di sbarramento al 5% dei voti di lista validi a livello nazionale come criterio di selezione per l'accesso alla trasformazione dei voti in seggi, con l'unica eccezione – mantenuta rispetto al passato – dei partiti espressione di minorazione nazionali. La riforma aveva inoltre cancellato la possibilità di aggirare la soglia di sbarramento conquistando seggi nella quota maggioritaria in almeno tre collegi: un'eventualità che ad es. aveva permesso alla *Linke* nelle elezioni del 2021 di conquistare 39 seggi al Bundestag pur avendo ricevuto solo il 4,9% dei voti di lista a livello nazionale, ma avendo ottenuto tre mandati diretti in altrettanti collegi.

Il combinato disposto “soglia di sbarramento al 5%/abolizione della clausola dei tre mandati diretti/obbligo di copertura del voto di lista” scaturito dalla riforma elettorale avrebbe teoricamente comportato che un partito con candidati vincitori nei rispettivi collegi sarebbe rimasto privo di seggi nel caso in cui non avesse superato la soglia di sbarramento del 5% dei voti di lista: questa eventualità è stata tuttavia ridimensionata da una sentenza del Tribunale Costituzionale federale del 30 luglio 2024¹³, che ha sostanzialmente attestato la costituzionalità della riforma, dichiarando tuttavia incostituzionale la nuova regolamentazione della soglia di sbarramento, in quanto non necessaria per il perseguimento dell'obiettivo di garantire la funzionalità operativa del Bundestag. In particolare, si legge nella sentenza, non sarebbe necessario escludere dall'assegnazione dei seggi un partito i cui deputati giunti al Bundestag formerebbero un gruppo parlamentare misto con deputati di un altro partito, se entrambi raggiungono insieme la soglia del 5% dei voti di lista¹⁴.

¹³ BVerfG, 2 BvF 1/23 del 30.7.2024.

¹⁴ La sentenza specifica come questa condizione sia attualmente applicabile solamente a CDU e CSU, che pur essendo partiti diversi raccolgono i loro Deputati eletti al Bundestag in un solo gruppo parlamentare.

A seguito della parziale bocciatura della riforma, il Legislatore è stato costretto a rimettere mano alla norma, in particolare regolando diversamente la parte relativa alla soglia di sbarramento, ma per il momento non sono stati ancora apposti dei correttivi. Nel frattempo, considerata l'imminenza delle elezioni del 2025, il Tribunale Costituzionale ha ordinato che restasse in vigore la precedente disciplina della soglia di sbarramento, che la rende aggirabile in caso di vittoria di candidati maggioritari in almeno tre collegi¹⁵.

3. Fin dalla nascita della *Bundesrepublik*, il sistema dei partiti è stato considerato l'asse portante della rappresentanza politica in Germania. La Legge Fondamentale dedica ai partiti un articolo molto ampio e dettagliato, che non solo riconosce loro un ruolo fondamentale ed esclusivo di mediazione tra collettività e istituzioni rappresentative ("I partiti concorrono alla formazione della volontà politica del popolo"¹⁶), ma impone anche il rispetto di una serie di obblighi alle organizzazioni che vogliano vedersi riconosciuto lo status di partito politico ("Il loro ordinamento interno deve essere conforme ai principi fondamentali della democrazia. Essi debbono fornire pubblico rendiconto della provenienza e dell'utilizzazione dei loro mezzi finanziari e dei loro beni"¹⁷). Inoltre, lo stesso articolo prevede la possibilità di attestare l'incostituzionalità, vietare e sciogliere d'ufficio con decisione del Tribunale Costituzionale federale i partiti che "per le loro finalità o per il comportamento dei loro aderenti mirino ad attentare al libero e democratico ordinamento costituzionale o a sovvertirlo o a mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica Federale di Germania"¹⁸. Completa il quadro una iperdettagliata Legge sui Partiti Politici¹⁹, emanata nel 1967, in cui sono enunciati in dettaglio tutti gli obblighi organizzativi, amministrativi e burocratici – con particolare attenzione alle garanzie di democraticità interna²⁰ – a cui devono sottostare i partiti politici nella RFT per poter concorrere nelle varie consultazioni elettorali ed avere tra l'altro diritto alle forme di co-finanziamento pubblico previste. La centralità dei partiti rispetto all'intero assetto della forma di governo tedesca è tale che, nel gergo costituzional-comparatistico, quello tedesco è notoriamente definito con

¹⁵ Das geltende Wahlrecht nach der Reform 2023, bundestag.de, 27.12.2024.

¹⁶ Art. 21 I 1 LF.

¹⁷ Art. 21 I 3-4 LF.

¹⁸ Art. 21 II LF.

¹⁹ „Parteiengesetz“, versione del 31.1.1994 (BGBl. I S. 149), da ultimo modificata con l'art. 1 della L. del 27.2.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 70).

²⁰ U. HAIDER-QUERCIA, *I profili costituzionali della democrazia interna ai partiti in Germania ed in Austria*, DPCE online, 1/2021, pp. 429-450.

la formula “*Parteienstaat*”²¹, ed è proprio a seguito di tale riconosciuta centralità che è ritenuto legittimo procedere al divieto e allo scioglimento coatto di partiti che per finalità ed azione si oppongano ai valori e ai principi democratici garantiti dall’ordinamento tedesco, in nome del noto adagio popperiano “nessuna tolleranza verso i nemici della tolleranza”²².

Questa cornice normativa ha inevitabilmente condizionato l’assetto partitico della BRD fin dal 1949, quando le formazioni politiche vietate dalla dittatura nazionalsocialista tornarono ad aggregarsi, e nuovi movimenti nascevano sulla base di interessi politici, sociali ed economici di nuovo liberi di essere rappresentati. L’attenzione prestata dall’assetto costituzionale nei confronti dei partiti rappresentava il corollario del rifiuto da parte dei Costituenti tedeschi nei confronti di qualsivoglia istituto di immediata identificazione tra popolo e singoli esponenti politici, nella convinzione che il plebiscitarismo esasperato e privo di mediazioni che aveva caratterizzato la concezione politica alla base del Nazionalsocialismo avesse fornito un poderoso contributo all’abbattimento del già fragile assetto democratico che la Costituzione repubblicana di Weimar aveva faticosamente tentato di costruire dal 1919 in poi²³.

Inoltre, la condizione di Stato occupato dal governo militare delle potenze occidentali vincitrici del conflitto in cui versava la Germania Occidentale dopo il 1945 contribuì ad evitare che emergessero forze politiche estremistiche o antidemocratiche. Pertanto, il *Parteienstaat* tedesco si articolò intorno a tre forze politiche principali: la CDU/CSU di matrice cattolica, conservatrice filo-atlantista e legata all’economia sociale di mercato, la SPD, storico movimento fondato a Lipsia nel 1863, rappresentativo della lunga tradizione socialdemocratica europea, e la liberale FDP. Nei concitati anni dell’immediato dopoguerra nacquero anche altri partiti, incapaci tuttavia di acquisire quote rilevanti di seggi sia per scarso favore degli elettori nei loro confronti, sia perché due di loro furono vietati in quanto in contrasto con i principi democratici dell’ordinamento tedesco²⁴.

²¹ Sul punto v. per tutti P. RIDOLA, *voce Partiti politici*, in: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, pp. 66 ss.

²² M. SICHERT, *Das Parteiverbot in der wehrhaften Demokratie, Keine Toleranz gegenüber den Feinden der Toleranz?*, in: *Die öffentliche Verwaltung*, 2001, pp. 671 ss.; M. THIEL (a cura di), *Wehrhafte Demokratie*, München, 2003, pp. 173 ss.; H.-J. PAPIER, W. DURNER, *Streitbare Demokratie*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2003, pp. 340 ss.; M. MORLOK, *Parteiverbot als Verfassungsschutz – ein unauflösbarer Widerspruch?*, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, pp. 2931 ss.

²³ H. A. WINKLER, *La Repubblica di Weimar 1918 - 1933: Storia della prima democrazia tedesca*, Donzelli, Roma 1998, pp. 105 ss.

²⁴ In particolare, il divieto fu applicato nel 1952 contro la Sozialistische Reichspartei (SRP), formazione di estrema destra neonazista, e nel 1956 contro i comunisti della Kommunistische Partei Deutschlands (KPD), cfr. R. VAN OUYEN, *Die Parteiverbotsverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in: M. Möllers/R. van Ooyen (Hrsg.), *Parteiverbotsverfahren*, 3. Ed., Frankfurt a. M. 2011, pp. 139–160.

Pertanto, grazie anche all'effetto dissuasivo/ostativo prodotto dalla soglia di sbarramento, fino alla fine degli anni '80 sono stati solo tre i partiti in grado di dividersi i seggi disponibili al Bundestag: un sistema che Giovanni Sartori definiva "a due partiti e mezzo", volendo intendere che ai due partiti maggiori che si contendevano la leadership di governo (CDU/CSU ed SPD) si accompagnava il "mezzo" partito liberale, che di volta in volta decideva con quale dei due coalizzarsi e decidere, in ultimo, quale dei due mandare al governo e quale all'opposizione. Con l'unica eccezione della Grande Coalizione del 1966-1969, che vide i due partiti maggiori uniti al governo, il periodo 1949-1980 è caratterizzato da questo schema a tre, con la FDP a fare da ago della bilancia per formare la maggioranza. Tuttavia, al di là delle differenze ideologiche e programmatiche, i tre partiti in questione condividevano fortemente i principi fondativi dell'ordinamento liberale e democratico tedesco, pertanto le divisioni tra loro riguardavano le diverse strategie con cui ciascuno di essi intendeva rispondere ai vari problemi che si andavano ponendo di volta in volta sul piano politico interno ed internazionale, ma senza mai mettere in discussione l'assetto valoriale sul quale era stata edificata la *Bundesrepublik*.

La situazione iniziò a cambiare soltanto nel 1983, quando per la prima volta il partito ambientalista dei Verdi riuscì a superare la soglia del 5% dei voti e a portare ben 27 rappresentanti in Parlamento. Da allora, l'assetto partitico tedesco è andato modificandosi, ma sempre con estrema gradualità: da assetto quadripartitico del periodo 1983-1987, si è passato ad un moderato multipartitismo a seguito della riunificazione delle due Germanie del 1990. Le elezioni straordinarie del 2 dicembre 1990 segnarono infatti l'ingresso al Bundestag di una nuova formazione politica, il Partito del Socialismo Democratico (PDS), che raccolse i consensi dei nostalgici della DDR, confluita nella Repubblica Federale nel 1990²⁵.

Ciò non modificò la composizione delle maggioranze, visto che dal 1983 al 1998 la Germania restò saldamente nelle mani di coalizioni di centro destra CDU/CSU-FDP, tutte guidate dal Cancelliere cristiano-democratico Helmut Kohl. Tuttavia, tanto l'ingresso in Parlamento dei Verdi negli anni '80, quanto quello della PDS dal 1990 in poi, hanno inevitabilmente aumentato la complessità del panorama partitico tedesco, dal momento che ogni "nuovo ingresso" nel "Club Bundestag" ha ampliato il coacervo di interessi, esigenze, bisogni ed

²⁵ Da notare come l'accesso della PDS al Bundestag si dovette ad una speciale deroga introdotta per le sole elezioni del 1990, quando invece di una furono previste due circoscrizioni separate: bastava superare la soglia di sbarramento in una delle due per poter trasformare i voti ottenuti in seggi, anche se a livello nazionale questi risultavano inferiori al 5% dei suffragi validamente espressi, e grazie a questa speciale regola la PDS conquistò 17 seggi nel primo Parlamento della Germania riunificata.

aspettative in cerca di rappresentanza a livello politico. Tale divaricazione non si deve esclusivamente alle conseguenze della riunificazione: a distanza di 50 anni dalla fondazione della RFT, era evidentemente fisiologico che le generazioni di elettori più giovani non condividessero le stesse priorità ed aspettative dei loro concittadini più anziani, portando con il loro voto queste differenze anche nelle aule parlamentari, come è giusto che sia.

Ciò ha conseguentemente complicato le trattative per la formazione dei governi, soprattutto a partire dal 1990, da quando cioè le forze politiche presenti al Bundestag non hanno più condiviso pienamente i medesimi riferimenti politici, economici, sociali e culturali. Il citato sistema a due partiti e mezzo è passato ad un assetto con due ali politiche diverse (di centro-destra e centro-sinistra) composte rispettivamente da “pre-coalizioni” CDU/CSU-FDP e SPD-Verdi, a cui si aggiungevano i seggi non coalizzabili della PDS. Negli anni '90 le urne diedero all'alleanza liberal-conservatrice i numeri per formare una maggioranza a sostegno di governi guidati ancora da Helmut Kohl, fino a quando nel 1998 per la prima volta si crearono le condizioni per una coalizione completamente alternativa a quelle registrate fino a quel momento, e sorse la prima coalizione rosso-verde della storia della RFT, con il socialdemocratico Gerhard Schröder alla guida della Cancelleria e un emblema della cd. Opposizione Extra-Parlamentare e tra i fondatori del movimento pacifista/ambientalista tedesco come Joschka Fischer al Ministero degli Esteri²⁶. L'alleanza si ripropose anche alle elezioni del 2002, per poi tuttavia sfaldarsi pochi anni dopo soprattutto a causa della crisi di consensi subita dalla SPD: le elezioni anticipate del 2005, volute dallo stesso Cancelliere Schröder nel tentativo di reagire al calo di popolarità del suo partito, portò alla seconda Grande Coalizione²⁷, inaugurando la serie di governi guidati da Angela Merkel, che si interromperà solo nel 2021, quando l'erede di Kohl deciderà di lasciare la scena politica nazionale.

Nel frattempo, il panorama partitico ha conosciuto ulteriori evoluzioni: il Partito del Socialismo Democratico è passato attraverso una trasformazione che, a cominciare dal nome (*Die Linke* - la Sinistra, appunto) lo ha reso un movimento di sinistra vero e proprio. Contestualmente, radicalismi di estrema destra relegati ai margini dello spettro politico tedesco fino ai primi anni 2000, hanno gradualmente acquisito visibilità anche sul piano elettorale, grazie alla capacità di farsene interprete di Alternative für Deutschland (AfD): partito fondato nel 2013

²⁶ T. POGUNTKE, R. SCHMITT-BECK, *Still the same with a new name? Bündnis 90/Die Grünen after the fusion*, German Politics 3/1994, pp. 91-113.

²⁷ B. MILLER, W. C. MÜLLER, *Managing Grand Coalitions: Germany 2005–09*, in: German Politics 3-4/2010, pp. 332-352.

soprattutto con finalità euroscettiche, nel corso di pochi anni è riuscito a profilarsi come il movimento di riferimento di tutti gli oppositori del “modello renano” su cui era sorta la RFT nel 1949²⁸. AfD non si è fatta scrupoli di dare voce anche alle posizioni più estreme, revisioniste ed antidemocratiche presenti nel dibattito pubblico tedesco²⁹, e questa scelta ha indubbiamente pagato in termini di consensi elettorali, visto che negli ultimi anni il partito ha registrato una crescita costante di preferenze non solo nei Länder dell’Est, ma ormai in tutto il territorio nazionale³⁰, consentendogli di concorrere come seconda forza politica più votata del Paese.

Populismo ed estremismo non sono tuttavia rimasti appannaggio solo della destra. Nell’ottobre 2023 la Deputata della *Linke* Sarah Wagenknecht, figura storica di riferimento della sinistra tedesca post-riunificazione, ha lasciato il proprio partito in dissenso con le scelte della dirigenza, per fondare un nuovo movimento: l’Alleanza Sahra Wagenknecht (*Bündnis Sahra Wagenknecht* – BSW)³¹. Il BSW risulta difficilmente classificabile secondo i tradizionali criteri tassonomici destra/sinistra, in quanto mescola il favore all’ordoliberalismo alla contrarietà verso la NATO, l’opposizione al sostegno europeo all’Ucraina contro l’invasione militare russa ad un moderato euroscetticismo e all’ostilità nei confronti dei fenomeni migratori³²: in ogni caso, l’operazione sembra per il momento pagare in termini di consensi, visti i risultati conseguiti dal partito in alcune elezioni regionali e nelle europee del 2024.

4. Nell’intento di garantire la stabilità dei governi nel rispetto del principio di democraticità³³, la Legge Fondamentale tenta di prevedere rimedi per qualsiasi ipotesi di crisi o instabilità dell’Esecutivo, contemplando anche l’eventualità che il Bundestag rifiuti di eleggere il candidato alla Cancelleria proposto dal Presidente Federale, per es. perché salta l’accordo tra i partiti della futura maggioranza. Anche in uno scenario estremo – e mai finora verificatosi – come questo, l’art. 63 LF tenta comunque di riportare la rappresentanza parlamentare al centro del processo di formazione del Governo, concedendo al Bundestag 14 giorni di tempo per eleggere un

²⁸ G. E. RUSCONI, *La Germania e l’«alternativa» populista*, in: *Teoria Politica*, 8/2018, pp. 219-228.

²⁹ E. VERRA, *La lingua dell’AfD. Uno studio politolinguistico sulla base di dibattiti televisivi*, in: *RICOGNIZIONI*, 7/2020, pp. 137-162.

³⁰ F. DECKER, *Venuti per restare. Dove sta andando l’Alternative für Deutschland?*, cespi.it, 26.3.2020

³¹ N. ALIPOUR, *Germany’s left-wing rebel launches populist party to run in EU elections*, euractiv.com, 23.10.2023.

³² J. P. THOMECZEK, *Bündnis Sahra Wagenknecht (BSW): Left-Wing Authoritarian—and Populist? An Empirical Analysis*, in: *Politische Vierteljahresschrift* 2024, pp. 535-552.

³³ Così F. PALERMO, J. WOELK, *Germania*, cit., pp. 75-76.

altro Cancelliere, sempre con la maggioranza assoluta dei suoi componenti. Ove ciò accada, il *Bundespräsident* deve rispettare tale decisione e nominare il Capo del Governo così designato, mentre qualora il Bundestag elegga un Cancelliere con la sola maggioranza semplice, il Capo dello Stato ha 7 giorni per valutare la situazione: nel caso in cui dovesse ritenere che il sostegno al Cancelliere è sufficientemente solido da fornire al Governo la necessaria stabilità, può procedere alla nomina del Capo del Governo; laddove invece ritenesse che non sussistono tali condizioni, procederà allo scioglimento anticipato del Bundestag, decretando il ritorno al voto.

Ovviamente, anche un governo nato con le migliori condizioni di stabilità può incappare in sconvolgimenti politici tali da compromettere l'alleanza tra i partiti che lo sostengono. Per questo il sistema prevede sì la possibilità di sfiduciare l'Esecutivo, ma la sottopone alla stessa razionalizzazione prevista per il complessivo rapporto tra Governo e Parlamento³⁴. L'art. 67 LF contiene il noto istituto della Sfiducia Costruttiva, che impone al Bundestag che voglia sfiduciare il Cancelliere in carica, di eleggere a maggioranza dei suoi componenti un suo successore entro 48 ore: in questo caso, il Presidente Federale deve prendere atto della mutata volontà delle forze politiche e nominare il nuovo Cancelliere così designato. Lo scopo dell'istituto è di coniugare l'autonomia decisionale dei Parlamentari con la garanzia di governabilità: pertanto, una crisi di governo si può aprire solo laddove il Parlamento sia pronto rapidamente a sostenere un Gabinetto alternativo a quello sfiduciato, nel tentativo di scongiurare quanto accaduto negli ultimi anni di Weimar, quando i partiti antisistema di destra e sinistra misero in crisi la sempre più debole democrazia tedesca, votando sistematicamente la sfiducia ai tanti candidati Cancellieri designati dal Presidente del Reich³⁵.

In ogni caso, nell'iter del *Konstruktives Misstrauensvotum* permane la centralità del Parlamento, che se da un lato dà vita al Governo con il voto a favore del Cancelliere concordato grazie ad accordi tra i partiti, dall'altro è chiamato a cercare al suo interno i voti per costituire una maggioranza alternativa a quella entrata in crisi. Nel momento in cui la parte "*construens*" della sfiducia parlamentare non viene realizzata, perché magari la maggioranza che si riesce a mettere insieme a sostegno dell'aspirante nuovo Cancelliere è soltanto semplice e non assoluta, si torna nella precarietà che spetterà al Presidente Federale gestire. Sarà il Capo dello Stato a valutare se il Gabinetto, pur sostenuto da una maggioranza più debole di

³⁴ Sulle peculiarità del rapporto di fiducia tra Bundestag e Cancelliere v. F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Giuffrè, Milano II ed. 2009, pp. 114 ss.

³⁵ Sulla funzione di "esempio negativo" di Weimar per i Costituenti di Bonn v. C. CORNELISSEN, G. D'OTTAVIO (a cura di), *La Repubblica di Weimar: Democrazia e Modernità*, Il Mulino, Bologna 2021, in part. pp. 38-43.

quella auspicata dalla Legge Fondamentale, possa ancora guidare il Paese, oppure se l'instabilità del Governo sarebbe tale da rendere più conveniente lo scioglimento anticipato del Bundestag.

L'altro strumento di sostegno alla governabilità, diverso ma complementare al primo, è quello della Questione di Fiducia, con cui in base all'art. 68 LF il Cancelliere può presentare al Bundestag una mozione, eventualmente avente ad oggetto l'approvazione di un provvedimento o semplicemente finalizzata a verificare se sussista ancora la maggioranza parlamentare che lo aveva eletto, dando luogo ad una votazione per appello nominale³⁶. Laddove i voti a favore della fiducia non raggiungano la maggioranza dei componenti del Bundestag, il Cancelliere può proporre al Presidente Federale lo scioglimento anticipato, a meno che il Parlamento non proceda ad eleggere un Capo del Governo alternativo entro 21 giorni a maggioranza dei suoi membri. La mozione di fiducia posta dal Cancelliere nasce dunque come strumento "chiarificatore" del rapporto tra Esecutivo e Legislativo, ma rimette la possibilità di uscire dal potenziale stallo al Bundestag, che può trasformare in corso d'opera la Questione di Fiducia in una Sfiducia Costruttiva, cercando al proprio interno le forze per sostituire con un altro Capo del Governo il Cancelliere che tenta una "prova di forza" con la propria maggioranza parlamentare.

Questa evoluzione della *Vertrauensfrage* sopprime in qualche modo all'assenza del potere di autoscioglimento del Bundestag, probabilmente per rispetto della cultura della stabilità che pervade la forma di governo tedesca. Così, il Cancelliere può ricorrere all'art. 68 I 1 LF non per ribadire la propria leadership politica rispetto alla propria maggioranza, ma per farsi intenzionalmente sfiduciare dal Bundestag e poter proporre al Presidente Federale il suo scioglimento anticipato. Secondo una parte della dottrina, in questo caso si sarebbe in presenza di una *finta* questione di fiducia, nel senso che l'obiettivo nell'occasione non sarebbe quello di consolidare la maggioranza (come per la *vera* fiducia), ma al contrario per evidenziarne l'avvenuto dissolvimento ed innescare l'iter che dovrebbe condurre allo scioglimento anticipato³⁷.

Le occasioni in cui è stato fatto ricorso alla questione di fiducia ne evidenzia la versatilità³⁸. Il primo caso risale al 1972, quando il Cancelliere socialdemocratico Willy Brandt, reduce da un tentativo di sfiducia costruttiva a fine aprile fallito per mancato raggiungimento della maggioranza necessaria, reagì ponendo

³⁶ J. DÖRNER, *Wie Kanzler Scholz das Vertrauen im Bundestag verlieren will*, Berliner Morgenpost, 10.12.2024.

³⁷ WU, HAO-HAO, *Die Frage nach dem Vertrauen: Warum das Taktieren mit der Vertrauensfrage zum verfassungsrechtlichen Problem werden könnte*, in VerfassungsBlog, 14.11.2024.

³⁸ S. GROSSMANN, *Vertrauensfrage: Von Willy Brandt bis Olaf Scholz*, ndr.de, 12.11.2024.

la questione di fiducia con l'intento dichiarato di andare ad elezioni anticipate³⁹, sperando che ciò avrebbe consolidato la sua coalizione, come poi effettivamente avvenne: a novembre la SPD ottenne il 45,8% delle preferenze, con conseguente conferma di Brandt alla Cancelleria.

Dieci anni dopo, il 3 febbraio 1982, il Cancelliere della SPD Helmut Schmidt chiese un voto di fiducia al Bundestag al culmine di un periodo di recessione economica globale che coinvolgeva anche la Germania. Di fronte alla crisi della maggioranza social-liberale che lo sosteneva, Schmidt ricorse al voto di fiducia per rinserrare i ranghi della coalizione, ottenendo la riconferma del sostegno della propria maggioranza. Tuttavia, appena sei mesi dopo la coalizione si sciolse, soprattutto per la volontà dei Liberali di rispettare il consolidamento del bilancio pubblico ed i tagli alla spesa. Dopo l'uscita della FDP dalla maggioranza, attraverso un voto di sfiducia costruttiva –nell'occasione utilizzato con successo per la prima e finora unica volta – il 1° ottobre 1982 il Cancelliere fu estromesso dal Governo con i voti della CDU/CSU e della maggioranza del gruppo parlamentare FDP. Questo permise al Capogruppo della CDU Helmut Kohl, di sostituire Schmidt alla Cancelleria senza ricorrere a nuove elezioni. Tuttavia, avvertendo l'anomalia di essere a capo di un Governo sostenuto da una maggioranza non uscita dalle urne, Kohl ricorse al voto di fiducia perdendolo intenzionalmente per tornare al voto⁴⁰, al pari di Willy Brandt dieci anni prima. I conservatori vinsero nettamente le successive elezioni del 6 marzo 1983, e Kohl divenne Cancelliere sostenuto da una coalizione tra CDU/CSU e FDP.

Nei primi anni 2000 fu il Cancelliere socialdemocratico Gerhard Schröder a fare uso per due volte della questione di fiducia, con finalità diverse nei due casi. La prima delle due questioni di fiducia fu posta nel 2001, dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre a New York e Washington, sulla richiesta del governo tedesco di schierare 3.900 soldati della *Bundeswehr* nella lotta al terrorismo internazionale sotto la guida degli Stati Uniti nell'ambito dell'operazione *Enduring Freedom* in Afghanistan. Molti Parlamentari della coalizione rosso-verde percepirono la mossa del Cancelliere come un ricatto, ma Schröder intendeva dimostrare di avere ancora l'appoggio della coalizione SPD-Verdi, ed il voto di fiducia lo confermò⁴¹.

Il secondo ricorso alla fiducia di Schröder avvenne nel 2005: la cd. "Agenda 2010"⁴² voluta dal Cancelliere aveva suscitato forte risentimento nell'opinione

³⁹ *Vor 50 Jahren: Willy Brandt stellt die Vertrauensfrage*, bundestag.de.

⁴⁰ *Helmut Kohls Vertrauensfrage*, bundestag.de.

⁴¹ *Gerhard Schröders erste Vertrauensfrage*, bundestag.de.

⁴² La cd. Agenda 2010 puntava a riformare il sistema di welfare tedesco e le condizioni di lavoro, con l'obiettivo dichiarato di promuovere la crescita economica e ridurre la disoccupazione.

pubblica, e nelle elezioni regionali successive la SPD subì svariate e pesanti sconfitte. Dopo aver perso le elezioni in Nord Reno-Westfalia - storico feudo elettorale socialdemocratico - il 1° luglio 2005 Schröder pose la questione di fiducia al Bundestag, con l'intento reale di tornare al voto un anno prima della scadenza naturale della Legislatura⁴³. Il voto anticipato del 18 settembre non impedì il passaggio della Cancelleria ad Angela Merkel, ma arginò almeno in parte l'emorragia di consensi della SPD, che restò al governo come partner minore di una *Große Koalition* con la CDU/CSU.

L'ultimo a presentare la questione di fiducia è stato il Cancelliere socialdemocratico Olaf Scholz, l'11 dicembre 2024, con lo scopo di dimostrare il definitivo dissolvimento della maggioranza che aveva dato vita alla "Coalizione Semaforo" sorta a seguito delle elezioni parlamentari del 26 settembre 2021⁴⁴, e di portare il Paese al voto anticipato nei primi mesi del 2025⁴⁵. Il 16 dicembre il voto dei Deputati tedeschi ha rispettato le aspettative: Scholz avrebbe avuto bisogno di almeno 367 voti per ottenere la maggioranza, ma solo 207 Parlamentari hanno confermato la fiducia, mentre 394 hanno votato contro, 116 si sono astenuti e 16 non hanno partecipato alla votazione⁴⁶. Come previsto, dunque, il Cancelliere ha potuto richiedere al Presidente Federale Steinmeier lo scioglimento del Bundestag, il quale il 27 dicembre ha concluso la XX Legislatura e fissato elezioni anticipate⁴⁷ per il 23 febbraio 2025⁴⁸.

La prassi mostra dunque come lo stesso Istituto si sia prestato ad usi differenti: accanto al tradizionale ricompattamento della maggioranza intorno al Cancelliere (per due volte: Schmidt 1982 e Schröder 2001), prevale l'utilizzo "eterogeneo" dell'Istituto, finalizzato allo scioglimento anticipato del Parlamento e al ritorno alle urne (Brandt 1972, Kohl 1983, Schröder 2005 e Scholz 2024). La "disinvoltura" con cui svariati Cancellieri hanno fatto ricorso alla fiducia non ha lasciato indifferenti gli attori politici, che per due volte hanno contestato la pratica in questione chiedendo al Tribunale Costituzionale federale di verificarne la compatibilità con il dettato costituzionale, dando l'opportunità ai supremi giudici di

⁴³ Gerhard Schröders zweite Vertrauensfrage, bundestag.de.

⁴⁴ Le consultazioni politiche tedesche del 26 settembre 2021, Scheda n° 1 - Risultati elettorali, sistema di voto, giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale 28 settembre 2021, Camera dei Deputati, Servizio Studi.

⁴⁵ Vertrauensfrage und vorzeitige Neuwahlen, Bundestag.de.

⁴⁶ 394 Abgeordnete sprechen Bundeskanzler Scholz nicht das Vertrauen aus, Bundestag.de.

⁴⁷ Steinmeier verkündet Auflösung des Bundestags und Neuwahlen, Bundestag.de.

⁴⁸ Da notare come nel discorso in cui annunciava lo scioglimento anticipato del Bundestag, il Capo dello Stato abbia dichiarato di aver verificato se potesse crearsi un Governo sostenuto da una coalizione diversa da quella dissoltasi in novembre, riscontrando tuttavia che non sussistevano le condizioni per una tale operazione, cfr. „Neuwahlen sind jetzt der richtige Weg“, Bundespräsident.de.

Karlsruhe di precisarne natura e finalità, ma in entrambe le occasioni il BVerfG ha confermato la correttezza dell'uso della *Vertrauensfrage*⁴⁹.

5. In Germania negli ultimi anni il tasso di povertà ha raggiunto livelli mai raggiunti in precedenza, sebbene già dagli anni 2010 le fasce più povere della popolazione siano rimaste indietro dal punto di vista economico rispetto alle altre classi di reddito, traendo scarso vantaggio dallo sviluppo economico e reddituale complessivamente positivo attraversato dal Paese nell'ultimo decennio⁵⁰.

Il grado di disuguaglianza della distribuzione del reddito può essere quantificato ricorrendo a due indici statistici frequentemente utilizzati in ambito scientifico: il cosiddetto coefficiente Gini ed il rapporto tra quintili di reddito. Il coefficiente Gini⁵¹ mostra come nel 2010 la disuguaglianza di reddito in Germania fosse pari a 0,28, e come da allora sia andato progressivamente aumentando ad ondate, arrivando al 0,31 nel 2021, nuovo massimo dal 1990, anno della riunificazione.

L'altro parametro di valutazione è la misurazione dei quintili⁵², che mostra come in Germania la distribuzione del reddito sia sempre più diseguale, considerando l'andamento dei tassi di povertà e ricchezza: in tempi recenti la percentuale di popolazione che vive al di sotto della soglia di povertà è aumentata di oltre tre punti percentuali, raggiungendo nel 2021 il massimo storico del 17,8%, contro il 14,2% del 2010, mentre la percentuale di persone che vivono in condizioni di grave povertà è aumentata ancora più nettamente del tasso di povertà (dal 7,8% all'11,3%). Di contro, la popolazione appartenente alle fasce ricche e molto ricche della popolazione registra variazioni minime, attestate rispettivamente a poco meno dell'8% e poco meno del 2% per i due gruppi. Inoltre, il dato relativo al reddito del quintile superiore della popolazione, che dal 2010 al 2019 risultava di 4,3 volte superiore a quello del quintile inferiore, è salito a 4,5 volte nel 2020, a 4,7 volte nel 2021 e a 4,6 volte nel 2022⁵³.

⁴⁹ 2 BvE 1/83, 16.2.1983 (cd. *Vertrauensfrage I*) e 2 BvE 4/05, 25.8.2005 (cd. *Vertrauensfrage II*).

⁵⁰ HANS BÖCKLER STIFTUNG, *Einkommensungleichheit und Armut haben seit 2010 deutlich zugenommen – Sorgen um Lebensstandard strahlen bis in Mittelschicht aus*, 4.11.2024.

⁵¹ L'indice "Gini" ha una varianza da zero a uno: a zero, tutte le persone in Germania avrebbero lo stesso reddito; a uno, l'intero reddito del Paese sarebbe attribuibile a una sola persona. Questo intervallo rende evidente che anche variazioni apparentemente piccole del coefficiente hanno un impatto significativo. Il "Gini" può essere utilizzato sia per calcolare la disuguaglianza di reddito che per quella di ricchezza: in Germania quest'ultima è tradizionalmente distribuita in modo molto più diseguale del reddito.

⁵² Per determinare il rapporto tra i quintili di reddito, i redditi della popolazione vengono ordinati per livello e si formano cinque gruppi di uguali dimensioni. Il reddito del quinto superiore viene quindi confrontato con quello del quinto inferiore.

⁵³ HANS BÖCKLER STIFTUNG, *Soziale Ungleichheit in Deutschland*, 3.12.2024.

Le fasce di popolazione colpite dalla povertà in misura superiore alla media sono i disoccupati, gli occupati con impieghi da poche ore giornaliere o settimanali, i tedeschi dell'Est, le donne, i genitori single, le persone con un background migratorio, i single e le persone con titolo di studio equivalente al massimo alla licenza media inferiore.

Secondo una recente analisi dell'*Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung* (IMK) di ottobre 2023 sulla politica economica tedesca degli ultimi anni, i gravi shock legati dalla crisi provocata dal Covid e dalla guerra in Ucraina avrebbero arrecato al mercato del lavoro e ai redditi delle persone meno danni di quanto si temeva, grazie agli orari di lavoro ridotti, ai contributi sociali di sostegno e ai freni ai prezzi dell'energia⁵⁴.

D'altro canto, nonostante di recente in Germania l'inflazione sia tornata a diminuire, i dati sulla disuguaglianza non riflettono pienamente gli effetti dell'elevata situazione inflattiva degli ultimi anni. Studi sul tema mostrano come l'inflazione abbia gravato maggiormente sulle famiglie più povere nel 2022 e nel 2023⁵⁵: in questi anni, infatti, sono stati soprattutto i beni di consumo quotidiano, come i generi alimentari e l'energia, a trainare l'inflazione, colpendo in particolare le famiglie a basso reddito, che devono spendere più dei loro introiti disponibili per assicurarsi tali beni.

6. In generale, le condizioni di disuguaglianza e povertà nel sistema tedesco si devono ad una serie di fattori strutturali. In primo luogo, si è creato nel tempo un mercato del lavoro disfunzionale, con un conseguente aumento dall'inizio del millennio della percentuale di persone che vivono in povertà pur lavorando regolarmente: nel 2019, circa l'8% delle persone occupate in Germania era in condizioni di povertà, ovvero era povero nonostante lavorasse, e nella fascia dei cittadini poveri tre su dieci lavoravano regolarmente⁵⁶. Ciò si deve in parte alla quota crescente di salari bassi, rispetto ai quali la politica ha tardato a prendere contromisure, come l'introduzione del salario minimo.

Le donne, soprattutto le madri single, sono colpite in modo sproporzionato dalla povertà, perché sussistono ancora notevoli ritardi nella parità tra donne e

⁵⁴ F. LINDNER, A. TIEFENSEE, *Nachhaltigkeit der Wirtschaftspolitik in Zeiten von Corona und Inflation - Lehren aus dem Neuen Magischen Viereck*, IMK Study Nr. 88 2023, Düsseldorf.

⁵⁵ S. DULLIEN, S. TÖBER, *IMK Inflationsmonitor. Basiseffekte überlagern Abwärtstendenz der Inflation – Inflationsunterschiede zwischen Haushalten im Juni 2023 sinken leicht*, IMK Policy Brief Nr. 154, luglio 2023.

⁵⁶ C. LINCKH, A. TIEFENSEE, *Armut trotz regelmäßiger Erwerbstätigkeit*, in: WSI Mitteilungen, 4/2021, pp. 315-322.

uomini in quasi tutti i settori della vita lavorativa, in particolare per quanto riguarda il tasso di partecipazione alla forza lavoro, l'orario di lavoro e il reddito⁵⁷.

In termini generali, inoltre, quasi la metà dei dipendenti tedeschi non è coperta dalla contrattazione collettiva, finendo pertanto per essere sottoposta a condizioni di lavoro significativamente peggiori: i dipendenti a tempo pieno delle aziende senza contratti collettivi lavorano in media 54 minuti in più a settimana e guadagnano comunque l'11% in meno rispetto alle aziende comparabili con contratti collettivi⁵⁸.

A questo si aggiungono altri fattori che aggravano questa condizione di disuguaglianza. Da un lato, per es., sussiste una grave carenza degli alloggi: quasi il 13% delle famiglie di inquilini nelle principali città tedesche ha un reddito inferiore al minimo vitale al netto dell'affitto, e nelle grandi città gli alloggi a prezzi accessibili sono troppo pochi, soprattutto per le persone a basso reddito⁵⁹. Dall'altro, la rete protettiva offerta dallo stato sociale si va perdendo, specialmente per chi è disoccupato o chi, dopo molti anni di lavoro, scivola nella povertà perché la sua pensione è troppo bassa e subisce una condizione finanziaria precaria⁶⁰.

Sul piano macroeconomico, nonostante le difficoltà attraversate dalla Germania negli anni più recenti, i conti pubblici sono rimasti sostanzialmente sotto controllo: se infatti nel 2020-2021 il rapporto deficit/PIL è schizzato al 68%, dal 58,7% del 2019, già dal 2022 in poi è tornato a scendere, passando dal 65% del 2022 al 62,9% del 2023, ed infine al 62,8% del 2024⁶¹. Il problema principale è la scarsa crescita economica del Paese: nel 2023 il PIL tedesco è calato dello 0,3%, e di un ulteriore 0,2% nel 2024⁶²: questo inibisce le capacità della spesa pubblica, che in mancanza di aumento del PIL comporterebbe un aumento dell'indebitamento, che nessun governo tedesco vorrebbe determinare. D'altro canto, le difficoltà strutturali che la Germania sta affrontando da vari anni necessiterebbero anche di una politica di investimenti pubblici e sostegni ai redditi bassi, che però proprio per le ragioni indicate non sono facilmente praticabili. Ciò incrementa il

⁵⁷ S. PFAHL, E. UNRAU, Y. LOTT, M. WITTMANN, *Stand der Gleichstellung von Frauen und Männern in Deutschland in ausgewählten Branchen*, WSI-Report Nr. 80, Gennaio 2023.

⁵⁸ M. LÜBKER, T. SCHULTEN, *Tarifbindung in den Bundesländern: Entwicklungslinien und Auswirkungen auf die Beschäftigten*, Analysen zur Tarifpolitik Nr. 96, Aprile 2023.

⁵⁹ A. HOLM, V. REGNAULT, M. SPRENGHOLZ, M. STEPHAN, *Muster sozialer Ungleichheit der Wohnversorgung in deutschen Großstädten*, Working Paper della HBS-Forschungsförderung Nr. 222, Agosto 2021.

⁶⁰ M. BRUSSIG, L. ZINK, *Erwerbsverlaufsmuster von Frauen und Männern mit Niedrigrenten*, Altersübergangsreport 2/2018, Novembre 2018.

⁶¹ Germania - Debito pubblico (% del PIL), dati Eurostat citati da trading economics.

⁶² G. DI DONFRANCESCO, *Germania in recessione: nel 2024 il Pil è sceso dello 0,2%*, Il Sole 24ore, 15.1.2025.

clima di insoddisfazione e frustrazione dell'elettorato, che di regola premia i partiti antisistema e considerati alternativi al tradizionale *mainstreaming* politico⁶³.

7. Quando, nei mesi successivi alla caduta del Muro e delle barriere tra Germania Est ed Ovest, si ragionava delle modalità con cui i due Stati tedeschi avrebbero potuto tornare ad unirsi, in molti sostenevano che una riunificazione rapida avrebbe consentito anche ai cittadini orientali di godere in pochi anni di un'esistenza pari a quella a cui erano abituati da tempo i loro omologhi occidentali. Non andò così, ed ancora a quasi 35 anni dall'incorporazione della DDR nella *Bundesrepublik*, sancita ufficialmente il 3 ottobre 1990, sussistono considerevoli differenze sociali, economiche ed infrastrutturali tra le due parti del Paese: nel 2023 i salari della Germania Est erano ancora inferiori di quasi il 30% rispetto a quelli della Germania Ovest, mentre la ricchezza media delle famiglie tedesche orientali risultava essere inferiore al 50% della media di quelle occidentali⁶⁴. Alle difformità socio-economiche si accompagnano le disuguaglianze di carattere politico e culturale, dovute al fatto che per 40 anni le popolazioni dei due Stati erano state formate in contesti valoriali diversi, con riferimenti storici, educativi e sociali differenti.

Al netto della volontà comunque prevalente di tornare ad essere unita, superando le divisioni che la storia aveva imposto, la Germania del 1990 restava una Nazione in cui aspirazioni, esperienze e tradizioni differenti continuavano a convivere, e che non potevano essere accantonate semplicemente abbattendo dei muri. Emblematica a riguardo l'intervista rilasciata nel 2020 da una trentaduenne cittadina tedesca cresciuta a Berlino Ovest, la quale osservava come mentre i tedeschi occidentali avevano conosciuto la libertà di movimento e la convivenza con altre nazionalità fin dalla nascita della RFT, salvo particolari eccezioni i tedeschi dell'Est entrarono effettivamente in contatto con cittadini stranieri solo dopo la caduta del Muro⁶⁵. Questo ha generato una diffidenza verso lo "straniero" che non ha tardato a trovare espressione in atteggiamenti più o meno apertamente razzisti nei cd. "nuovi Länder" orientali della Repubblica Federale.

In questo "brodo di coltura" fatto di risentimento, rimpianto, disorientamento e paura⁶⁶, i messaggi più estremistici e populistici hanno trovato facile ascolto, e

⁶³ M. HÜTHER, M. DIERMEIER, *Perception and Reality—Economic Inequality as a Driver of Populism?*, *Analyse & Kritik*, 2/2019, pp. 337-358.

⁶⁴ C. BARTELS, T. NEEF, *Einkommens- und Vermögensunterschiede drei Jahrzehnte nach der Wiedervereinigung: Die anhaltende wirtschaftliche Teilung zwischen Ost- und Westdeutschland*, ostbeauftragter.de.

⁶⁵ D. REGEV, *Wiedervereinigung: Was Ost und West noch trennt*, *deutschewelle.de*, 3.10.2020.

⁶⁶ M. GREVE, M. FRITSCH, M. WYRWICH, *The 'Alternative for Germany': The rise of right-wing populism at the heart of Europe*, *Journal of Regional Science*, 2/2023, pp. 409-445.

conseguentemente seguito anche sul piano politico ed elettorale⁶⁷. L'abilità principale della AfD, senza porsi alcuno scrupolo rispetto ai mezzi utilizzati⁶⁸, è stata probabilmente quella di cogliere meglio di tutte le altre formazioni politiche l'esistenza di questo disagio, e di dargli voce⁶⁹.

8. Più che un Paese in crisi, la Germania del 2025 sembra un Paese alla ricerca di una nuova identità. Forse le complessità legate alla riunificazione del 1990, e quelle connesse alle varie diseguaglianze sviluppatesi ed accresciute negli ultimi 10-15 anni, stanno presentando il conto ad una politica che non è stata in grado di percepire *le* (plurale) crisi in arrivo e di preparare risposte adeguate.

La forma di governo tedesca, come visto, si incentra pienamente sull'assetto partitico: fino ad ora sono stati i partiti a garantire la stabilità di fondo dei governi e del sistema istituzionale complessivo. Sia la formazione delle coalizioni che le crisi di governo si sono sempre risolte nell'alveo parlamentare, grazie ad istituti come la Questione di Fiducia e la Sfiducia Costruttiva, il cui funzionamento si basa sull'indissolubile legame Iscritti/Partiti/Gruppi Parlamentari e viceversa. Questa *Parteiendemokratie*, vera chiave del successo del modello tedesco⁷⁰, ha funzionato grazie alla omogeneità di base dei soggetti che l'hanno impersonata fino ad ora: al netto delle pur consistenti differenze ideologiche e programmatiche, almeno fino alla metà degli anni 2010 tutti i movimenti politici tedeschi presenti al Bundestag⁷¹, financo la *Linke*, si sono riconosciuti nel patrimonio valoriale della democrazia liberale su cui nel 1948-49 fu costruita la Legge Fondamentale⁷².

⁶⁷ HANS BÖCKLER STIFTUNG, *Aufstieg des Rechtspopulismus: Erklärungsansätze und Analysen*, 10.6.2024.

⁶⁸ C. FLINZ, *Il lessico della politica di destra in Germania*, in: L. Sini, M. Andretta (a cura di), *Populismi, nuove destre e nuovi partiti: quali discorsi politici in Europa?*, Pisa University Press, 2018, pp. 131-144.

⁶⁹ A. GRIPPO, *La Germania europea tra euroscetticismo e xenofobia. Recenti sviluppi dell'estremismo di destra*, in: M.C. Marchetti (a cura di), *L'Europa della crisi*, Sapienza Università Editrice, Roma 2019, pp. 105-137.

⁷⁰ E. HOLTSMANN, *Der Parteienstaat in Deutschland*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2012, pp. 250 ss.

⁷¹ D. SCHEFOLD, *Das Grundgesetz und die deutsche Verfassungstradition*, in: G. Cerrina Feroni, F. Palermo, G. Parodi, P. Ridola (a cura di), *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 19-28.

⁷² Tale tendenziale omogeneità viene inoltre favorita dalla circostanza che le assemblee parlamentari dei Länder spesso fungono da "laboratori politici" in cui i partiti di avventurano in alleanze di governo mai provate a livello federale, e che non di rado si rivelano funzionali alla realizzazione di Gabinetti regionali stabili ed efficienti: questo riduce conseguentemente il grado di conflittualità anche al Bundestag, perché difficilmente si potrà condurre una battaglia di completa chiusura tra partiti di maggioranza e opposizione, e che tuttavia governano insieme in vari Länder del Paese.

Le disuguaglianze politiche, sociali, economiche e culturali hanno incrinato questa omogeneità: oggi la società tedesca sembra non riconoscersi più unitariamente in quel coacervo di diritti e doveri costituzionali che Jürgen Habermas definì felicemente “Patriottismo Costituzionale”⁷³, e che ha innervato la nascita e la crescita di una identità tedesca nuova⁷⁴, distante dagli orrori aberranti del nazionalsocialismo⁷⁵.

Il fenomeno non è isolato: buona parte dell’Occidente è afflitto dalle stesse problematicità, e spesso in misura molto maggiore di quanto non accada a Berlino, a cui di norma non si perdona ciò che in altri ordinamenti a volte si tende a tollerare. Ma per chi ha a cuore la democrazia europea, la Germania ha sempre rappresentato un caso particolare, una sorta di baluardo che riusciva a contenere il populismo antisistema senza cedere sui “fondamentali” dello Stato di diritto⁷⁶. La crisi tedesca è dunque una crisi di identità⁷⁷, a cui la politica deve rispondere innanzi tutto chiarendo cosa la Germania *non* vuole essere e diventare: gli elementi antisistema non si possono cancellare, per il momento, ma quanto meno possono restare isolati, in attesa di combatterli con gli strumenti democratici che pure l’ordinamento tedesco conosce, come il divieto dei partiti anticonstituzionali⁷⁸, di cui dovrebbe finalmente verificarsi l’utilizzabilità⁷⁹. Nel frattempo, si auspica che le cause che ne hanno determinato il successo siano affrontate adeguatamente da chi sarà chiamato a governare il Paese dopo le elezioni del 2025, perché una democrazia tedesca forte rende forte anche la democrazia europea, mentre una sua crisi farebbe recedere i valori democratici di tutta l’Europa: sarebbe bene ricordarlo sempre.

⁷³ T. WIHL, *Die Unbestimmtheit der Verfassung: „Verfassungspatriotismus“ mit Jürgen Habermas nach 70 Jahren*, Verfassungsblog.de, 23.5.2019.

⁷⁴ E. DENNINGER, *Grundrechte und Menschenwürde im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit*, in: G. Cerrina Feroni, F. Palermo, G. Parodi, P. Ridola (a cura di), *160 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 137-148.

⁷⁵ D. GRIMM, *Verfassungspatriotismus nach der Wiedervereinigung*, in: Id., *Die Verfassung und die Politik*, Beck, München 2001, pp. 107-117.

⁷⁶ M. STEINBEIS, M. DETJEN, St. DETJEN, *Die Deutschen und das Grundgesetz*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2009, pp. 205-240.

⁷⁷ U. VILLANI-LUBELLI, *Unità Diritto Libertà. Il fattore Weimar e l’identità costituzionale in Germania*, Jouvence, Milano 2018, pp. 98 ss.

⁷⁸ L’istituto del *Parteiverbot* non ha sempre funzionato secondo le attese, soprattutto per una recente linea giurisprudenziale adottata dal Tribunale Costituzionale Federale in merito all’istanza di divieto di un altro partito di destra radicale, la *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (NPD), che non fu sciolto nonostante la sua accertata incostituzionalità in quanto giudicato dotato di un seguito elettorale troppo poco rilevante per renderlo un reale pericolo per la democrazia tedesca, cfr. E. CATERINA, *La metamorfosi della «democrazia militante» in Germania*, DPCE 1/2018, pp. 239-258.

⁷⁹ A. FISCHER-LESCANO, *AfD-Verbotsverfahren als demokratische Pflicht*, Verfassungsblog.de, 18.1.2024.

La Costituzione britannica oggi, tra bilanci politici e riflessioni istituzionali*

CLAUDIO MARTINELLI

SOMMARIO: 1. Il Regno Unito a una svolta. – 2. Il *Coalition Government* Tory-LibDem. – 3. La Costituzione britannica di fronte alla vicenda *Brexit*. – 4. Il difficile post-*Brexit*. – 5. Le *General Elections* 2024: evidenze numeriche e valutazioni di sistema. – 6. Le prospettive politico-istituzionali della legislatura.

1. Il 22 maggio 2024 il Primo Ministro Rishi Sunak, con un breve discorso tenuto sotto la pioggia davanti all'ingresso di Downing Street n. 10, annunciava la chiusura anticipata della legislatura e la fissazione delle *General Elections* per giovedì 4 luglio. Successivamente, come prevede la procedura, il Premier si recava a Buckingham Palace per rivolgere al Re l'*advice* per la *Dissolution* del Parlamento. Così, il 30 maggio Carlo III provvedeva a sciogliere anticipatamente il Parlamento, dando così avvio al *timing* previsto per la campagna elettorale e le operazioni di voto.

Si concludeva così una delle legislature più tormentate e controverse della storia recente del Regno Unito. Una legislatura che si era aperta nel dicembre del 2019 sotto il segno di Boris Johnson e della conclamazione della *Brexit* (31 gennaio 2020); proseguita poi con la Pandemia, con una serie di scandali e scandaletti che erano costati la carriera allo stesso Johnson, le divisioni interne ai Conservatori, il breve interregno di Lizz Truss, la premiership di Sunak, le difficoltà dell'economia britannica, il sostegno all'Ucraina, il *Rwanda Plan*, e tanto altro. Insomma, una legislatura complicata che ha visto il Partito conservatore protrarre le divisioni già emerse negli anni della *Brexit* e mostrare spesso notevoli difficoltà ad imprimere al Paese un indirizzo politico chiaro ed efficace, soprattutto sul terreno economico-sociale.

Pertanto, al momento dello scioglimento anticipato non poteva stupire che i sondaggi dessero i tory in caduta libera, con una ventina di punti di svantaggio rispetto ad un Partito laburista che sotto la guida di Keir Starmer sembrava riuscito a darsi una nuova fisionomia politica e solide prospettive di governo.

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

Cionondimeno, pur con queste prospettive, e dopo il tracollo dei Conservatori alle *Local Elections* di maggio, il Primo Ministro prende atto che la legislatura non ha altro da dire e che forse, per evitare ulteriori logoramenti, anche per il suo partito è meglio affrontare subito le urne con lo stesso Sunak come leader.

Le *General Elections* di luglio, giunte al termine di una campagna elettorale sostanzialmente tranquilla ma piuttosto scialba, hanno determinato un risultato tanto netto quanto importante: la fine del lungo ciclo Conservatore a Downing Street, iniziato nel 2010, e l'avvio di una fase nuova e diversa, con il ritorno al Governo dei Laburisti.

Quale migliore occasione per procedere ad un *check* sulla Costituzione britannica attraverso un bilancio, ragionato e articolato, del ciclo che si è chiuso e uno sguardo prospettico sull'identità che il nuovo Primo Ministro Keir Starmer mostra di voler dare al Partito laburista e alla sua azione di governo? Una domanda che forse potrebbe apparire anche un po' retorica, se è vero che nel *Westminster Model* le elezioni non sono mai un momento banale, talvolta determinano l'apertura di fasi politiche destinate a incidere anche sul piano storico e sempre rinnovano la tradizione costituzionale con la linfa della democrazia. Tuttavia, nel caso specifico, l'occasione è particolarmente propizia per questo tipo di analisi, e per diversi motivi.

Innanzitutto, perché si conclude un ciclo politico particolarmente variegato, molto diverso dai precedenti tory e labour.

Quello Conservatore che iniziò nel 1979 e si concluse nel 1997 ovviamente fu dominato dalla figura di Margaret Thatcher e poi venne completato da John Major a seguito di una sostituzione decretata nel 1990 dal *Parliamentary Party*. A sua volta quello Laburista (1997-2010), più breve ma non meno significativo¹, è ricordato come il momento blairiano della "*Cool Britannia*", concluso, anche in questo caso dopo una staffetta decisa dal Gruppo parlamentare, dalla *premiership* di Gordon Brown, obiettivamente più incolore.

L'ultimo, invece, ha visto dapprima l'esperienza, per molti versi inedita, del *Coalition Government* Tory-LibDem, poi è ruotato attorno alla vicenda *Brexit*, tra negoziati sulla nuova membership britannica, deliberazione referendaria, avvio delle trattative con la Ue per concordare le modalità dell'uscita, stipulazione dei Trattati, e così via. Una volta chiuso quel tormentato periodo, il Partito conservatore si è poi prodotto in un *turmoil* politico a causa delle profonde divisioni

¹ Anzi, sul piano delle innovazioni costituzionali, cioè rispetto ai profili che maggiormente interessano le nostre analisi, lo fu molto di più considerato che, tra la fine del Ventesimo secolo e l'inizio degli anni Duemila, la Costituzione britannica entrò in una poderosa fase di modernizzazione, tra *Devolution*, *Human Rights Act*, *Constitutional Reform Act*, e tanto altro.

interne, appunto macinando Primi Ministri, indirizzi politici e credibilità nei confronti dell'opinione pubblica, precipitando così in una crisi di portata storica che si è conclamata alle *General Elections* del 2024 e che il Partito laburista ha saputo capitalizzare come raramente era accaduto in passato.

Dunque, rileggendo criticamente, anche se sinteticamente, tutti questi passaggi e avvenimenti, l'obiettivo del presente scritto è proporre alcune riflessioni sulle evoluzioni recenti della Costituzione britannica, nel peculiare rapporto tra politica e istituzioni, dentro una realtà che, appunto, offre spunti e materiali particolarmente ricchi.

2. Nella primavera del 2010 il Regno Unito si approssimava alle *General Elections* in condizioni non ottimali. Le conseguenze della crisi finanziaria scoppiata nel 2007 negli Stati Uniti con il caso *Lehman Brothers* si facevano ancora sentire in maniera pesante, soprattutto sul sistema bancario inglese e scozzese², e nonostante le massicce iniezioni di liquidità assicurate dal Tesoro britannico³. Queste criticità contingenti si sommarono a elementi di crisi strutturali sul piano socio-economico, dovuti in particolare a profonde disuguaglianze che attraversavano ceti e territori⁴.

Sul piano politico-istituzionale gli orizzonti non si presentavano molto spaziosi. La sensazione generale era che si stesse esaurendo l'importante ciclo laburista guidato da Tony Blair e che il ruolo del successore Gordon Brown fosse sostanzialmente quello di giungere dignitosamente al termine della legislatura e di rendere la probabile sconfitta Labour meno rovinosa possibile⁵.

Dal canto loro i Conservatori, ormai da qualche anno, avevano trovato un leader giovane e scalpitante, David Cameron, che era giunto alla *leadership* del

² Per una ricostruzione di quegli avvenimenti e per una loro dettagliata spiegazione cfr. J.B. FOSTER & F. MAGDOFF, *The great financial crisis: causes and consequences*, Monthly Review Press, New York, 2009.

³ Riflessioni sulle cause della crisi e sugli strumenti messi in campo per farvi fronte cfr. G. MURADOGLU, *The Banking and Financial Crisis in the UK: What is Real and What is Behavioural?*, in *Qualitative Research in Financial Markets*, 2, 1, 2010, pp. 6-15.

⁴ Per una lucida trattazione da questo punto di vista si veda, nella vasta letteratura sul tema, G. TAYLOR, *Understanding Brexit: Why Britain Voted to Leave the European Union*, Hemerald Publishing Limited, Bingley, 2017, pp. 29-34.

⁵ Sul profilo politico di Brown e sui rapporti con l'alleato-rivale Tony Blair cfr. N. LUPO, *Gordon Brown (2007-2010). "Finalmente" premier, ma nel momento sbagliato*, in A. TORRE (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi ministri*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020, pp. 1113-1126.

partito con un mix di continuità thatcheriane e innovazioni liberal (per esempio, una rinnovata attenzione ai temi ambientali), e ora si mostrava desideroso di proporsi all'opinione pubblica come l'alfiere del ritorno dei Tory a Downing Street.

Ebbene, sulla base di queste premesse, tutto sommato non particolarmente entusiasmanti, il Corpo elettorale fu chiamato ad esprimersi nel maggio del 2010. Il risultato non sarà affatto in linea con le consuete dinamiche elettorali del Regno Unito e, dunque, segnerà l'avvio di una stagione con caratteri peculiari, sul piano politico e su quello istituzionale. Infatti, come ampiamente previsto dagli istituti demoscopici, nessun partito ottenne la maggioranza assoluta, pari almeno alla faticosa soglia di 326 seggi ai Comuni che consente di formare un *Single Party Government*.

Non si trattava della prima situazione di *Hung Parliament* del dopoguerra, ma il precedente del febbraio 1974 si presentava con caratteristiche diverse, tanto da non offrire spunti davvero utili per uscire dall'impasse in cui ora si trovava il sistema politico britannico⁶.

Tuttavia, tra le forze politiche prevalse il senso di responsabilità e la constatazione per cui l'effetto puramente maggioritario garantito dal sistema elettorale è di tipo matematico/statistico e non giuridico, e dunque, a intervalli per la verità piuttosto lunghi, anche il sistema bipartitico britannico può dover fare i conti con l'assenza di una *overall majority* alla Camera dei Comuni. Condizione certamente spiacevole per Conservatori e Laburisti, ma astrattamente possibile e, quindi, talvolta concreta.

Comunque, non si può non rilevare come dalla situazione imbarazzante il sistema politico riuscì ad uscire in tempi piuttosto celeri e con una soluzione efficace, naturalmente nell'ambito delle condizioni date. Nel breve volgere di qualche giorno i vertici dei Conservatori (307 seggi, con il 36,1% dei voti) e dei Liberal-Democratici (57 seggi e il 23%) raggiunsero un accordo (*Coalition Agreement*⁷) su cui costruire una coalizione parlamentare in appoggio ad un governo guidato ovviamente dal leader tory David Cameron, affiancato in qualità di vice (Deputy Prime Minister) da Nick Clegg, a capo dei LibDem. Un *Coalition Government*, dunque; una condizione non sconosciuta alla politica britannica, ma da tempo confinata nei libri di storia⁸.

⁶ La complessa vicenda politica legata ai risultati delle *General Elections* del 1974 è compiutamente descritta in V. BOGDANOR, *The Monarchy and the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 149 ss.

⁷ Cfr. HM Government, *The Coalition: our program for government – Freedom Fairness Responsibility*, Cabinet Office, London, 2010.

⁸ Come messo bene in luce da L. MAER, *Hung parliaments*, in *House of Commons Library Standard Note*, n. 04951, 10 June 2010, pp. 12-15.

Il *Coalition Agreement* prevedeva una cospicua lista di interventi in molteplici settori: dallo sviluppo economico alle disuguaglianze, dall'istruzione all'ambiente, dai diritti civili all'immigrazione, dalla giustizia all'ordine pubblico, e tanti altri. Ovviamente si trattava di un programma che non coincideva con il contenuto di ciascuno dei Manifestos presentati dai partiti coinvolti e tuttavia, pur determinato da un *bargaining* politico, risultava particolarmente ambizioso⁹. L'accordo trovato era il frutto di una serie ben congegnata di compromessi tra le diverse impostazioni politiche dei Conservatori e dei Liberal Democratici, e rifletteva la volontà di non rinunciare a imprimere una svolta nell'economia, nella società e nelle istituzioni.

Infatti, anche dal punto di vista delle questioni costituzionali l'Accordo di coalizione si presentava denso e articolato, toccando profili eterogenei ma tutti importanti per il funzionamento del sistema istituzionale: dalla situazione della Devolution all'assetto degli Enti locali, dallo status del parlamentare all'*accountability* del sistema politico, fino alla struttura e alle funzioni della *House of Lords*¹⁰.

Ma i punti di gran lunga più rilevanti sul piano istituzionale toccavano due gangli vitali del *Westminster Model* e da soli sarebbero bastati a dare un preciso indirizzo a tutta l'attività della Coalizione: la trasformazione della Camera dei Comuni in Parlamento a durata fissa, con la relativa conseguenza di cancellare l'antica prerogativa del Primo Ministro di decidere, attraverso l'*advice* al Sovrano, la chiusura anticipata della legislatura; la celebrazione di un referendum sul sistema elettorale, con un quesito che proponeva l'opzione tra il mantenimento del tradizionale *First-Past-The-Post* e il passaggio ad una forma particolare di *Alternative Vote System*¹¹, sulla falsariga di quello adottato dalla Camera bassa australiana.

Si trattava di due riforme diverse ma entrambe corrispondenti alle richieste di fondo dei LibDem, a cui non sembrava vero di avere in mano l'occasione della vita: colpire due capisaldi del sistema bipartitico, dalle cui dinamiche erano

⁹ Per una riflessione sul rilievo politico-istituzionale che rivestono gli *Electoral Manifestos* dei partiti politici britannici cfr. B. PAXTON, C. HADDON, *What is a manifesto? Manifestos set out the policies a political party would deliver if they were to win a general election*, in *The Institute for Government – Explainer*, 30th May 2024.

¹⁰ La prospettiva evocata su questo aspetto dal *Coalition Agreement* era particolarmente ambiziosa perché consisteva, sia pure con qualche ambiguità in relazione ai modi e ai tempi, nella trasformazione, almeno parziale ("*wholly or mainly*"), della House of Lords in Camera elettiva e con rappresentanza proporzionale.

¹¹ Per un approfondimento su entrambi questi punti programmatici sia consentito rinviare a C. MARTINELLI, *Le principali riforme costituzionali alla luce del Coalition Agreement*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2010, pp. 645-658; nonché Id., *Formazione del Governo e scioglimento del Parlamento nel processo evolutivo del modello Westminster: regole convenzionali, norme scritte e prassi politica*, in *Nascita e crisi dei governi nelle più recenti dinamiche del parlamentarismo*, in *Il Filangieri – Quaderno* 2018, pp. 7-47.

sostanzialmente esclusi a partire dalla sconfitta elettorale del 1945¹². Cameron era stato costretto ad accettarle, altrimenti sarebbe saltata la piattaforma programmatica che gli avrebbe consentito di accedere a Downing Street, e tuttavia, almeno sulla questione decisiva della legge elettorale, aveva concordato con Clegg una sorta di *right to differ*. Ovvero, i due partiti avrebbero votato la legge istitutiva del referendum ma poi avrebbero legittimamente condotto la campagna referendaria su fronti opposti. Era un modo elegante e accettabile, anche per i rispettivi simpatizzanti, per chiudere con reciproca soddisfazione un accordo di governo che non si sarebbe sciolto come neve al sole un minuto dopo la celebrazione del referendum, in cui uno dei due sarebbe risultato comunque soccombente. A dimostrazione del fatto che i partiti inglesi, pur refrattari a stipulare accordi di governo, quando sono costretti dalle circostanze procedono con modalità volte a dare sostanza e continuità alla legislatura toccata da questa condizione inconsueta.

Ebbene, il risultato di questa ingegnosa e delicata costruzione politica fu, da una parte, il mantenimento del FPTP¹³ e, dall'altra, l'approvazione del *Fixed-term Parliaments Act* 2011.

Il Corpo elettorale si esprime molto chiaramente a favore del tradizionale sistema uninominale maggioritario secco, rigettando l'opzione dell'*AV System* che, giova ricordare, non è un sistema proporzionale ma anch'esso un maggioritario a turno unico, però molto più complicato nella struttura e meno adatto a garantire una maggioranza chiara e univoca ai Comuni. Probabilmente questi elementi giocarono un ruolo decisivo nell'orientamento degli elettori, ben consapevoli del fatto che nella *uncodified British Constitution* il sistema elettorale non è un elemento accessorio del Modello Westminster bensì il suo principale caposaldo¹⁴. Torneremo in seguito su questo aspetto cruciale del diritto costituzionale d'oltremania quando discuteremo i risultati delle ultime *General Elections* (2024).

¹² Naturalmente il riferimento va dapprima alla storia del Liberal Party, e poi a quella dei *Liberal Democrats*, formazione politica nata nel 1988 dalla fusione tra quel glorioso partito del sistema britannico (che annovera Primi Ministri del calibro di Palmerston, Russell, Gladstone e Lloyd George) con il *Social Democratic Party*, sorto nel 1981 a seguito di una scissione dal *Labour Party*. Dapprima i due partiti formarono un'alleanza elettorale (*Alliance*), come naturale conseguenza di una collaborazione già sperimentata all'epoca del *Lib-Lab Pact* nella seconda metà degli anni Settanta, per poi fondersi appunto in un partito unico di stampo liberal-riformatore verso la fine degli anni Ottanta.

¹³ Sulle premesse e sugli esiti di quel referendum, se si vuole, cfr. C. MARTINELLI, *Molto rumore per nulla, ovvero il referendum elettorale nel Regno Unito*, in A. TORRE e J.O. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 375-398.

¹⁴ Per un'approfondita disamina di come cambierebbe il Modello Westminster a fronte di una modifica del sistema elettorale cfr. J. SARGEANT, J. PANNELL, R. MCKEE, A. LILLY, A. THOMAS, C. HADDON, *Electoral reform and the constitution. What might a different voting system mean for the UK*, Institute for Government – Bennett Institute for Public Policy, London-Cambridge, July 2023, pp. 1-61.

Quanto al FTPA 2011, si trattava della legge che, come detto, incideva sull'antica norma, contenuta nel *Septennial Act* 1715, che indicava nel Settennato (e poi quinquennato, con il *Parliament Act* 1911) la durata massima del Parlamento inglese. Proprio questa caratteristica aveva consentito la formazione della *constitutional convention* secondo cui spettava al Primo Ministro la prerogativa di chiedere (e ottenere) al Sovrano lo scioglimento anticipato della Camera dei Comuni. Ebbene, la legge del 2011 imponeva al Parlamento una durata fissa di cinque anni, accorciabile solo in virtù di una crisi di governo non rimediabile nel giro di quattordici giorni, oppure di una mozione di autoscioglimento approvata dai Comuni a maggioranza dei due terzi dell'Assemblea¹⁵.

Dunque, in termini agonistici, il bilancio delle due operazioni politiche costituiva una sorta di pareggio tra le forze della maggioranza. Un risultato che tutto sommato si dimostrò molto utile per dare solidità e respiro all'Accordo di coalizione e all'azione di governo.

In sede di consuntivo, ormai a qualche anno di distanza e nonostante alcuni importanti punti programmatici siano rimasti inevasi¹⁶, non si può non rilevare

¹⁵ Come è noto, la legge verrà poi abrogata dal *Dissolution and Calling of Parliament Act* 2022, ossia dallo *statute* con cui, dopo la *Brexit*, i Conservatori di Boris Johnson hanno voluto ripristinare l'antica consuetudine costituzionale della prerogativa del Primo Ministro nel quadro di un Parlamento a durata massima.

¹⁶ Come nel caso della riforma della House of Lords. Infatti, nell'estate del 2012 venne incaricato ai Comuni il *Bill* governativo che prevedeva, tra l'altro, una graduale trasformazione della natura e delle dimensioni della Camera Alta che a regime sarebbe stata composta da 360 membri elettivi (con STV system), 90 nominativi e fino a 12 *Lords Spiritual*. I membri elettivi e nominativi sarebbero rimasti in carica 15 anni e avrebbero potuto dimettersi, essere espulsi o sospesi. Durante il *second reading*, però, il Governo dovette registrare il voto contrario di quasi cento MPs appartenenti al Gruppo conservatore e pertanto preferì dichiarare il ritiro del progetto, con grande disappunto del *Deputy Prime Minister Clegg* che in un discorso ai Comuni accusò i Tory di tradimento del patto. Dalle ceneri di questa sconfitta nacque però un progetto, magari meno ambizioso ma che arrivò in porto, nonostante il governo avesse fatto un passo indietro lasciando che venisse presentato da un *backbencher* conservatore, Dan Byles, come *private Members' bill*. Così, l'*House of Lords Reform Act* 2014 ora prevede la potestà per i membri di rassegnare le dimissioni ("may retire or otherwise resign") irrevocabili, nonché la sanzione della cessazione dalla carica in caso di assenza prolungata per un'intera sessione (certificata dal Lord Speaker) a partire dall'inizio della sessione successiva, oppure a causa di una condanna ad una pena di almeno un anno, anche per fatti commessi prima di assumere la qualifica di *Peer*. Questo limitato processo riformatore della Camera Alta è stato poi completato con l'*House of Lords (expulsion and suspension) Act* 2015, anch'esso frutto di un *private Members' bill* (Baroness Hayman), che ha introdotto la possibilità per il regolamento di questo ramo del Parlamento, come del resto accade già per l'altro, di prevedere norme in base alle quali decretare la sospensione temporanea o perfino l'espulsione definitiva di un suo membro a causa di una condotta indegna. Sull'intera vicenda si vedano le chiare e opportune considerazioni proposte da G. CARAVALE, *Regno Unito: "modest and simple". L'House of Lords Reform Act 2014 e la "piccola" riforma della Camera dei Lords*, in *Forum Quad. Cost.*, 19 maggio 2014; nonché ID., *Recall dei Comuni ed expulsion dei Lords: il Parlamento di Westminster approva le riforme*, in *Forum Quad. Cost.*, 8 aprile 2015.

come il bilancio finale della legislatura non fosse affatto banale o interlocutorio, ma, anzi, ricco di importanti successi sul piano economico (in quegli anni UK cresceva a ritmi superiori alla media europea), e in tema di riconoscimento di nuovi diritti civili. Su quest'ultimo terreno basterebbe pensare all'approvazione del *Same-sex Marriage Act 2013*, fortemente voluto dal Primo Ministro che, pur di conseguire l'obiettivo, accettò tutti i rischi di una spaccatura nei suoi Gruppi parlamentari, fidando sull'appoggio del *junior partner* della coalizione, nonché di gran parte delle forze di opposizione.

3. Allo stesso tempo, però, è doveroso sottolineare come quella legislatura sia stata attraversata da una sorta di “convitato di pietra” o, se si preferisce, da uno spettro che si aggirava tra i Palazzi delle istituzioni e cominciava a farsi largo anche nell'opinione pubblica: l'ipotesi della fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea.

Le difficoltà incontrate da larghi settori della società britannica a seguito della crisi finanziaria avevano offerto alle forze politiche e sociali da sempre contrarie alla membership britannica l'occasione per riproporre la narrazione, tipicamente populista, secondo cui la causa principale dei problemi fosse da ricercare a Bruxelles, segnatamente nelle burocrazie sorde e fameliche che occupavano le istituzioni della UE.

La presenza di un governo di coalizione, di cui faceva parte il partito tradizionalmente più europeista del Regno Unito, cioè i Liberal Democrats, impedì a questa prospettiva di manifestarsi esplicitamente con una presa di posizione ufficiale del Partito conservatore, pena ovviamente la caduta del Governo Cameron. I Conservatori, per tenere comunque viva la questione, si limitarono a portare poche e innocue “punture di spillo”, presentando alcuni *private Members' bill* che, pur non potendo arrivare in fondo all'iter parlamentare, avevano il pregio di ricordare al sistema politico e all'opinione pubblica che presto o tardi ci sarebbe stato un *redde rationem*, in un senso o nell'altro. Come infatti avvenne nella legislatura successiva¹⁷.

Questa situazione di relativo stallo venne però infranta a seguito della clamorosa vittoria dello Ukip, ossia del partito della *Brexit*, alle elezioni europee del

¹⁷ Su questi progetti di legge cfr. O. GAY, *European Union (Referendum) Bill 2013-14 – progress of the Bill*, in *House of Commons Library Standard Note*, n. 06711, 5 March 2014; R. KELLY, *European Union (Referendum) Bill and the Parliament Acts*, in *House of Commons Library Standard Note*, n. 6912, 18 June 2014; nonché E. POTTON, O. GAY, V. MILLER, R. KELLY, *European Union (Referendum) Bill. Bill 15 2014-15*, in *House of Commons Library Research Paper*, n. 14/55, 15 October 2014.

2014: una vera e propria deflagrazione i cui danni avrebbero condizionato la politica britannica per tutto il decennio successivo.

A questo punto lo spettro non poteva che palesarsi, assumendo sembianze terrorizzanti nelle file dei Tory. Ampi e influenti strati del partito e del mondo conservatore cominciarono a premere affinché il Primo Ministro assumesse un'iniziativa per mostrare a simpatizzanti ed elettori che la lezione era stata recepita e che i Tory si sarebbero adoperati per mettere al centro della successiva campagna elettorale il tema della membership di UK in EU.

In queste dinamiche si trovano le reali radici della *Brexit*. Per arginare le minacce interne ed esterne alla sua leadership, vertenti appunto su questa questione, Cameron si convince della necessità di proporre nel Manifesto per le *General Elections* del 2015, giunta la legislatura a scadenza naturale come previsto dal FTPA 2011, una doppia soluzione, articolata su due procedure parallele e contemporanee. In caso di *overall majority* ai Conservatori, il nuovo governo, da una parte, avrebbe subito avviato un negoziato con le istituzioni europee per rinegoziare i termini della *membership* del Regno Unito, auspicabilmente su basi ancora più favorevoli di quanto già non fossero in quel momento, e, dall'altra, avrebbe incardinato in Parlamento l'iter di un progetto di legge istitutivo di un referendum popolare proprio sulla nuova *membership*, da celebrare ovviamente al termine del negoziato e vertente sull'opzione tra Remain, con le nuove regole, oppure Leave, comunque e a prescindere.

Come è noto, le cose sono andate esattamente così: il disegno di Cameron ha funzionato nei termini descritti fino al 23 giugno 2016, quando però l'elettorato ha votato in maggioranza Leave, imboccando così la strada della *Brexit* e decretando la fine della carriera politica del Primo Ministro¹⁸.

Non è tra gli obiettivi di questo scritto ripercorrere gli impervi sentieri che hanno portato il Regno Unito alla fuoriuscita dall'Unione europea, e tuttavia, trattandosi di una vicenda che ha dominato per anni il dibattito pubblico britannico, ritengo di qualche utilità ribadire le radici di quella vicenda, come abbiamo appena fatto, ma soprattutto chiarire, pur brevemente, i motivi per cui l'intera parabola della vicenda *Brexit* può e deve essere considerata un "*constitutional moment*", naturalmente nel senso che si deve attribuire a questa espressione nel contesto della *uncodified Constitution* per eccellenza¹⁹. Ovviamente, per ragioni

¹⁸ Anche se successivamente David Cameron è stato nominato *Peere*, come membro della House of Lords, ha ricoperto la carica di Ministro degli Esteri nel Governo Sunak. Per un'analisi delle problematiche costituzionali determinate dall'assunzione di una cruciale carica ministeriale da parte di un componente della Camera Alta, cfr. C. COLEMAN – E. SCOTT, *Ministers in the House of Lords: Role and accountability to Parliament*, in *House of Lords Library, In Focus*, 31 July 2024.

¹⁹ Per una ricostruzione dell'intera vicenda *Brexit*, con una particolare attenzione ai suoi profili costituzionali e politici, mi permetto di rinviare a C. MARTINELLI, *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2023.

di sintesi, mi soffermerò solo su alcuni passaggi particolarmente significativi in tal senso, i cui effetti sono già ben visibili sul dibattito interpretativo attorno alla Costituzione britannica.

Naturalmente spicca per importanza il valore costituzionale del referendum. Il referendum *Brexit* ha concretizzato un'occasione senza precedenti per una riflessione su questo punto cruciale perché il suo risultato costituisce un inedito assoluto nella storia politica britannica: per la prima volta ha prevalso un'opzione referendaria contraria allo status quo dell'ordinamento giuridico.

Al cospetto di questa soluzione si è aperto un intenso dibattito tra gli studiosi britannici vertente sui caratteri del rapporto tra sovranità parlamentare e sovranità popolare²⁰. Il tema trovava un epicentro logico attorno agli interrogativi sulla natura giuridica del referendum *Brexit*: solo *advisory* o anche *mandatory*? E ancora, nel secondo caso, *mandatory* in che senso?

Le due sentenze della Corte Suprema, *Miller 1*²¹ e *Cherry/Miller 2*²², hanno fornito alcune importanti indicazioni per orientare il ragionamento giuridico sul punto, a cominciare dalle caratteristiche intrinseche del quesito.

A differenza di quanto accaduto in altri casi, la legge istitutiva del referendum *Brexit* non poteva costruire un quesito simmetrico, ovvero un quesito che consentisse all'elettore di scegliere tra due opzioni le cui conseguenze giuridiche fossero state disciplinate a priori²³.

²⁰ Su questo binomio/dicotomia cfr. K. EWING, *Brexit and Parliamentary Sovereignty*, in *The Modern Law Review*, 80, n. 4/2017, pp. 711-726.

²¹ Cfr. [2017] UKSC 5: *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*. Per una riflessione su questa sentenza, universalmente conosciuta anche come *Miller 1*, cfr. M. ELLIOTT, A. YOUNG AND J. WILLIAMS (eds), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, Hart Publishing/Bloomsbury, London, 2018. Per un'analisi puntuale di tutti i variegati aspetti di questa pronuncia cfr., nella dottrina italiana, tra gli altri, A. Torre e P. Martino, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel triennio 2015-2016-2017*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6, 2018, pp. 2910-2973.

²² Cfr. [2019] UKSC 41: *[R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent); Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)]*. Per un commento alla pronuncia, inquadrata nell'ambito del contesto *Brexit*, in generale, e della *Prorogation* voluta dal Primo Ministro Boris Johnson, in particolare, sia consentito rinviare a C. Martinelli, *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 6/2019, pp. 1-26.

²³ Cfr. *European Union Referendum Act 2015 – Chapter 36*, su cui cfr. G. CARVALE, *Il "silenzio" dell'European Union Referendum Act 2015*, in C. MARTINELLI (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017, pp. 99-101. A questo *statute* bisogna aggiungere, per completare il quadro delle regole giuridiche che hanno disciplinato la celebrazione dello *European Union Referendum 2016*, anche due *statutory instruments* che il Governo sottopose all'attenzione e all'approvazione del Parlamento tra gennaio e febbraio dello stesso anno. Sui rilevanti aspetti di questa *secondary legislation* relativa al *Referendum Brexit* cfr. E. UBEROI – I. WHITE, *The EU Referendum Campaign*, in *House of Commons Library Briefing Paper*, n. 7486, 25

Per esempio, nel caso del già citato referendum sul sistema elettorale del 2011 il Parlamento aveva preventivamente scritto la legge elettorale ispirata all'*AV System* che sarebbe stata applicata in caso di sconfitta referendaria del FPTP. Ma in quella circostanza questo lavoro preliminare del legislatore fu possibile perché la disciplina delle conseguenze di qualunque deliberazione referendaria erano tutte nelle sue mani.

Al contrario, nel caso del referendum *Brexit*, che per sua natura non poteva che vertere sull'opzione tra rimanere nella UE o fuoriuscire da essa, il Parlamento non aveva affatto il controllo di tutte le conseguenze del referendum. Infatti, solo la vittoria del Remain avrebbe comportato un risultato certo e univoco: il mantenimento dello status quo, che nel caso specifico coincideva con l'entrata in vigore del Trattato Cameron/Tusk, ossia della nuova, e favorevolissima, *membership* britannica negoziata dal Primo Ministro e firmata dalle parti nel febbraio del 2016. A questo proposito è opportuno rammentare come l'articolo 4 del Trattato prevedesse, però, anche una sorta di clausola di autodistruzione, immediata e irrimediabile, in caso di vittoria dell'opzione antieuropea al referendum *Brexit*. Dunque, la prevalenza del Leave ha avuto come conseguenza automatica la cancellazione della nuova *membership*, ma, appunto, non ha determinato null'altro rispetto al futuro assetto dei rapporti UK/EU, né avrebbe potuto farlo in alcun modo.

Molto opportunamente la Corte Suprema rileva questa differenza, notando come l'asimmetricità accomuni le leggi istitutive dei due referendum *Brexit* (1975 e 2016): «*By contrast, neither the 1975 Act nor the 2015 Act, which authorised referendums about membership of the European Community or European Union, made provision for any consequences of either possible outcome. They provided only that the referendum should be held, and they did so in substantially identical terms*»²⁴. Ovviamente solo il successivo negoziato con l'Unione europea avrebbe potuto stabilire le caratteristiche concrete della fuoriuscita di UK da EU.

Una condizione che avvicina i referendum *Brexit* al quesito del 2014 sulla secessione della Scozia. Anche in quel caso il referendum era asimmetrico perché la legge nulla aveva preventivamente stabilito in relazione alle circostanze dell'indipendenza scozzese, nel caso da negoziare poi tra i Governi di Edimburgo

February 2016, pp. 5-6. Per una dettagliata spiegazione della collocazione degli *statutory instruments* nell'ordinamento britannico e, in particolare, nelle procedure parlamentari cfr. R. KELLY, *Statutory Instruments*, in *House of Commons Library Briefing Paper*, n. 06509, 15 December 2016.

²⁴ Cfr. [2017] UKSC 5, cit., Par. 119.

e Londra. Un'occasione di cui molti hanno perso la memoria per il semplice motivo che il 18 settembre 2014 prevalse il No, ossia vinse lo status quo e pertanto non si pose il problema di come dare seguito al risultato. Ma questa non è una buona ragione per sostenere che anche quella consultazione fosse solo *advisory*, ossia senza una reale capacità di incidere sull'ordinamento. Al contrario, si trattava anche in quel caso di una fondamentale decisione del Corpo elettorale, ovvero quello scozzese, investito di questo potere dalle legittime deliberazioni delle istituzioni rappresentative del Regno Unito e della *country devoluta Scotland*, conseguenti ad un accordo politico stipulato dai due Governi nel 2012 e chiamato *Edinburgh Agreement*.

Tutte queste costatazioni e considerazioni hanno la forza di smentire recisamente l'affermazione, talmente ripetuta da diventare perfino un luogo comune, secondo cui il referendum *Brexit* aveva un valore meramente consultivo poiché privo del carattere *mandatory* di altre esperienze referendarie della storia britannica, come appunto quello sul sistema elettorale. Adesso risulta evidente l'equivoco di fondo: una indebita confusione tra due piani diversi e distinti. L'asimmetria congenita alla natura del quesito non ha nulla a che vedere con il suo valore giuridico, ma solo con le caratteristiche intrinseche del suo significato sistemico, inevitabilmente riconosciute dal legislatore in sede di elaborazione della legge istitutiva.

In realtà, l'unico parametro da chiamare in campo per definire la portata di questa forza è costituito essenzialmente dalla ragione d'essere, in se stessa considerata, del referendum nella costituzione britannica: esercitare una delega del Parlamento al Corpo elettorale a prendere una decisione di rango istituzionale. Dunque, una valenza pienamente costituzionale di tipo decisorio.

Sul piano costituzionale, infatti, il referendum *Brexit* dispiegava la propria forza fino all'invocazione dell'art. 50 TUE che le istituzioni rappresentative avevano il compito di implementare con le forme del diritto. Questa era la reale portata della deliberazione assunta dall'elettorato: l'attivazione della procedura prevista dall'art. 50 TUE con le modalità previste dal diritto costituzionale britannico (così come chiarite dalla Corte Suprema nella sentenza *Miller 1*). Una decisione del Corpo elettorale, delegatagli dal circuito della democrazia rappresentativa, che infatti non venne mai messa seriamente in discussione in Parlamento, nonostante la maggioranza dei parlamentari si fosse schierata per il Remain.

E, del resto, una conferma definitiva a questa interpretazione la troviamo proprio nella sentenza *Cherry/Miller 2* della Corte Suprema, la quale dapprima posta opportunamente la questione della forza giuridica del referendum da un inesistente piano tecnico-legislativo al ben più pregnante terreno della democrazia costituzionale, definendo il referendum come «*democratically binding*» *Cherry/*

Miller 2²⁵, e successivamente afferma: «*A fundamental change was due to take place in the Constitution of the United Kingdom on 31st October 2019. Whether or not this is a good thing is not for this or any other court to judge. The people have decided that*»²⁶.

Dunque, alla luce di tutte queste considerazioni, mi pare che la vicenda *Brexit*, con tutte le sue problematiche riguardanti il referendum, abbia avuto il merito di imporre, alle istituzioni e agli studiosi, una riflessione sulla necessità di relativizzare due principi che se assunti in modo assoluto non potrebbero convivere: sovranità parlamentare e sovranità popolare. La prima ha definitivamente preso congedo dai suoi stilemi ottocenteschi per calarsi nella realtà più complessa e magmatica delle democrazie contemporanee. Per cui è facile prevedere che la motivazione di fondo dei *Brexiters*, ovvero “*back the sovereignty*”, non comporterà un pedissequo ritorno al passato, proprio perché la sovranità che deve tornare indietro oggi non è più solo quella che si esprime nelle aule parlamentari. La seconda sa di non esprimersi più solo con le schede elettorali ma anche con le opportunità referendarie, naturalmente nel quadro delle procedure previste e nei limiti consentiti dall’ordinamento, ossia dalla Costituzione britannica, con i suoi caratteri peculiari ma anche con nuove potenzialità sempre da scoprire.

4. Come è noto, il 31 gennaio 2020 si compiva il *Brexit Day*, cioè il giorno in cui ufficialmente il Regno Unito cessava di essere un membro dell’Unione europea, e la Union Jack veniva mestamente ammainata dai Palazzi di Bruxelles e di Strasburgo. Era così arrivato il giorno della tanto attesa festa per i *Brexiters* e, per contro, della fine di una fase storica per gli europeisti britannici, iniziata il lontano 1° gennaio 1973 e che aveva suscitato in loro grandi speranze.

Ma come si era giunti allo showdown finale? Dall’estate del 2019 il protagonista assoluto della politica britannica era diventato Boris Johnson. Dopo le dimissioni di Theresa May, vince nettamente il *Tory Contest*, diventando così leader del partito e Primo Ministro, e impone un cambio di linea sulla *Brexit*, puntando su un inasprimento del conflitto con i negozianti europei e sulla riapertura della trattativa sull’Irlanda del Nord. Nonostante lo scetticismo generale, riesce nel suo intento: stipula un nuovo *Withdrawal Agreement* con la UE; ingaggia una battaglia con il Parlamento per farselo ratificare; non ci riesce, e allora si gioca la carta delle elezioni anticipate lanciando agli altri partiti una sfida politica a cui non possono sottrarsi. Infatti, i Laburisti e perfino i LibDem che, come sappiamo,

²⁵ Cfr. [2019] UKSC 41, cit., Par. 7.

²⁶ *Ibidem*, Par. 57.

avevano fatto della sottrazione al Primo Ministro della prerogativa di scegliere il momento del voto, finiscono per approvare la mozione di scioglimento anticipato: un apparente paradosso che si spiega soltanto con l'ennesima dimostrazione di quanto continuo le antiche consuetudini nella Costituzione britannica, perfino quando formalmente abrogate. Per cui, se il Primo Ministro lancia una sfida politica chiamando in campo la funzione decidente dell'elettorato è buona norma accettarla e giocare la competizione fino in fondo, anche quando, come in questo caso, il rischio di perderla è molto forte. Tutto ciò potrà risultare stonato rispetto ai nostri astrusi bizantinismi, ma è invece molto in sintonia con la cultura tradizionalmente competitiva degli inglesi.

Il Partito conservatore guidato da Johnson vince le elezioni acquisendo una maggioranza schiacciante e pertanto ripropone al Parlamento la legge di ratifica dell'Accordo con l'Unione europea facendosela approvare nel giro di poche settimane²⁷. Così, a fine gennaio può celebrare il *Brexit Day*, ovvero l'obiettivo per cui aveva lavorato dal febbraio del 2016, quando durante una seduta ai Comuni aveva comunicato a Cameron e alla nazione che da quel momento si sarebbe messo alla testa del fronte *pro-Leave*.

Con il *Brexit Day* prendeva avvio la terza fase del ciclo politico egemonizzato dai Tory, ma da quel momento le cose avrebbero assunto una piega inaspettata, in primis da Johnson ma in realtà un po' da tutti. Innanzitutto a causa della Pandemia, a cui il Governo tenta di far fronte dapprima puntando su una sorta di immunità di gregge, per poi ripiegare su distanziamento e inviti alla popolazione a "*stay home*". Poi con l'emersione di importanti divisioni all'interno del partito. Johnson pensava che le spaccature emerse durante la vicenda *Brexit* fossero state superate grazie alla politica di johnsonizzazione del Gruppo parlamentare da lui perseguita al momento delle elezioni del dicembre 2019. Da questo punto di vista non si sbagliava ma non aveva considerato che, dentro questa generazione di tory johnsoniani, covavano ambizioni e personalismi che non avevano molto da invidiare, per intensità e spregiudicatezza, alle fratture interne che emersero poderosamente sulla questione europea.

Questa realtà si manifestò in maniera plastica nell'estate del 2022 quando, approfittando dell'indebolimento del leader finito in un imbuto di scandali e scandaletti, i maggiori del Partito conservatore e i ministri in carica fecero terra bruciata attorno al Premier, costringendolo a dimettersi.

²⁷ Sul Trattato e sulla legge di ratifica cfr. S. DE MARS, G. COWIE, F. DAVIS, *The New Withdrawal Agreement Bill*, in *House of Commons Library Briefing Paper*, n. 08776, 6 January 2020; nonché G. CARVALE, *A volte ritornano ... L'European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 ed il nuovo rafforzamento dell'Esecutivo britannico*, in *Nomos*, 3, 2019, pp. 1-18.

Le dimissioni di Boris Johnson aprirono una delle fasi più turbolente della politica britannica da molti decenni a questa parte. Tra lotte asperre per la leadership e per la premiership, il Modello Westminster sembrava entrato in una crisi profonda che trovò il suo picco quando la nuova Premier Lizz Truss a sua volta si dovette dimettere dopo solo quarantacinque giorni, a causa di errori marchiani compiuti soprattutto in politica economica.

Le succede l'ultimo Primo Ministro di quella tormentata legislatura, Rishi Sunak, che per lo meno avrà il merito di restituire un minimo di stabilità al sistema in attesa delle successive elezioni. Tuttavia, l'ultimo provvedimento importante della legislatura è anche uno dei più controversi e discussi: il *Rwanda Plan*²⁸, con cui il Governo britannico intende provare ad arginare il fenomeno dell'immigrazione illegale attraverso l'ausilio, concordato e retribuito, di un Paese terzo.

Dunque, al termine di questa analisi, quale bilancio trarre del ciclo Tory 2010-2024? È molto difficile fare riferimento ad un'unica tendenza prevalente su cui tracciare un consuntivo, proprio in virtù della lunghezza del ciclo, della sua ricchezza in termini di avvenimenti e passaggi cruciali, nonché della varietà e contraddittorietà delle decisioni politiche che sono venute in gioco. Proprio per questo credo sia stato utile suddividerlo in almeno tre fasi, ciascuna portatrice di una sua fisionomia e di specificità che la differenziano dalle altre. Tuttavia, come sempre accade nella democrazia britannica, quello che conta veramente è il giudizio degli elettori. E allora, seguendo questo parametro, non si può prescindere dalla profonda severità con cui il Corpo elettorale ha bocciato l'operato dei Tory, per lo meno avendo riguardo agli errori compiuti nell'ultima legislatura e allo spettacolo poco edificante a cui hanno dato vita. Un giudizio dell'elettorato che, come vedremo subito, non poteva essere più tranciante e senza appello.

5. Nella tradizione politica britannica il momento elettorale costituisce, prima di ogni altra considerazione, una sorta di sentenza inappellabile sull'operato del partito che nella legislatura appena terminata, godendo della maggioranza assoluta ai Comuni, ha impresso l'indirizzo politico del Paese. Quindi, un giudizio che si articola su diversi fattori: il grado di corrispondenza tra quanto presentato nell'*Electoral Manifesto* e quanto poi effettivamente implementato, la capacità del Governo di dare risposte ai problemi emersi in corso d'opera, l'autorevolezza dimostrata dal Primo Ministro nella guida della compagine ministeriale

²⁸ Su cui mi permetto di rinviare a C. MARTINELLI, *Illegal Immigration: il Rwanda Plan tra accordi inter-governativi, legislazione e giurisprudenza*, in *DPCE Online*, 2, 2024, pp. 783-806.

(premiership) e nel mantenere l'unità del partito (leadership), oltre ovviamente al suo *standing* internazionale e alla sua comunicativa dentro e fuori i Palazzi istituzionali. Ma l'elenco degli elementi che concorrono a determinare il giudizio di ciascun singolo elettore potrebbe continuare all'infinito, tante sono le variabili che condizionano l'opinione pubblica in una moderna democrazia di massa.

Alcune di quelle citate si sono rivelate fatalmente decisive per orientare gli elettori a formarsi un'idea negativa sull'operato dei Tory nella legislatura e a manifestare tutta la loro irritazione verso quel partito con il voto. Il primo e più fondamentale esito delle *General Elections* tenute il 4 luglio 2024 è essenzialmente questo: una sconfitta di dimensioni storiche del Partito conservatore.

Sul piano numerico le proporzioni della disfatta sono racchiuse nella differenza tra i seggi conquistati nel 2019 e quelli conseguiti cinque anni dopo: 365 contro 121, dunque con un disavanzo di ben 244 seggi²⁹.

Ma procediamo con ordine nell'analisi numerica delle elezioni, per apprezzare quanto le cifre possono dirci in termini politici e istituzionali.

Il primo dato da cui partire è il *Turnout*, cioè la percentuale di affluenza al voto, che in questa occasione è stata pari al 59,8%, contro il 67,3% della volta precedente. Si tratta della più bassa degli ultimi venti anni. Ne possiamo ricavare l'indicazione secondo cui, presso la generalità dell'elettorato, la volontà di portare comunque a termine la vicenda *Brexit* suscitò maggiore interesse della presumibile conclusione di un ciclo politico e l'apertura di uno nuovo. Probabilmente perché quest'ultimo esito veniva dato largamente per scontato, a prescindere dal tasso di partecipazione.

Ma le considerazioni più interessanti vertono attorno alle reali dimensioni del voto laburista. Il partito guidato da Keir Starmer ha vinto in 411 constituency, con il 33,70% dei consensi a livello nazionale. Questa percentuale è più alta di un 1,6% rispetto a quella fatta registrare dal partito nel 2019, ossia quando venne pesantemente sconfitto dai Tories di Boris Johnson, ma contemporaneamente è anche lo share più basso mai fatto registrare da un partito che ha ottenuto la maggioranza assoluta dal dopoguerra ad oggi.

Per capire fino in fondo le reali dimensioni della vittoria laburista è necessario completare il quadro con la performance del competitor più diretto. I 121 seggi conquistati dal Partito conservatore costituiscono il peggiore risultato mai conseguito dai Tory a partire dal 1832, ossia il "*dies a quo*" che di solito viene utilizzato in Gran Bretagna per questo tipo di classifiche perché è l'anno del *Great Reform*

²⁹ Per un'ampia e dettagliata analisi di tutti i risultati delle *General Elections* del 2024 cfr. R. CRACKNELL, C. BAKER, *General election 2024 results*, in *House of Commons Library Research Briefing*, n. 10009, 18 July 2024, pp. 1-50.

Act, vero e proprio *turning point* della storia della legislazione elettorale del Regno Unito. In termini percentuali, i Conservatori si sono fermati al 23,70%, ossia circa venti punti sotto la quota raggiunta cinque anni fa: anch'esso il risultato peggiore della loro storia dal 1832.

Ebbene, alla luce di tutti questi dati, quali considerazioni si possono proporre in merito ad una vittoria schiacciante e ad una sconfitta epocale? La tentazione naturale sarebbe di fermarsi qui, cioè di limitarsi a registrare, appunto, un trionfo e un crollo. E tuttavia, la complessità dei numeri, soprattutto se intrecciati tra loro, ci dice certamente qualcosa di più, e non di poco conto.

Il primo elemento che emerge è che non vi è stata alcuna “marea rossa”, ossia non siamo di fronte a un massiccio incremento di consensi a favore del Partito laburista. Un elemento che trova conferma nei valori assoluti. Ovvero, i Laburisti hanno preso 9,7 milioni di voti, cioè mezzo milione di meno del 2019.

Il secondo è complementare al primo. L'incremento di 211 seggi rispetto al 2019 è la risultante del combinato disposto tra una migliore distribuzione dei voti laburisti, assunti constituency per constituency, e il concomitante tracollo Conservatore. Ed è chiaro che queste tendenze si tengono insieme come due facce della stessa medaglia: se il Partito di Starmer non si fosse presentato come un'alternativa credibile sul piano del governo del Paese non sarebbe riuscito a convincere più di sette milioni di elettori a non votare più Conservatore perché molti di questi avrebbero comunque confermato il loro precedente orientamento anche solo per bloccare le velleità laburiste.

Queste considerazioni, che si impongono sulla base della fredda contabilità numerica, non sminuiscono affatto le dimensioni politiche della vittoria laburista. Politicamente, infatti, si tratta di un vero e proprio trionfo elettorale poiché, nella logica stringente del sistema FPTP, l'unico risultato che conta veramente per stabilire chi ha vinto e chi ha perso, e secondo quali relative proporzioni, è la dimensione della *overall majority* conseguita dal partito, ossia di quanti seggi esso può contare oltre i 326 coincidenti con la soglia. E nel caso specifico sono ben 85. Per non parlare del divario sul secondo partito che ammonta a 290 seggi. Dunque, nell'ottica britannica un trionfo assoluto e su tutta la linea.

Ma, a questo punto, conviene fermarsi un attimo a riflettere proprio sulla logica sottostante al sistema elettorale e alla concezione britannica della rappresentanza e della governabilità, soprattutto per mettere in luce le profonde differenze rispetto a quelle che caratterizzano la cultura politica e istituzionale italiana. L'obiettivo non è tanto di andare alla ricerca di scoperte strabilianti ma, più semplicemente, di sottolineare alcune direttrici pienamente confermate da questa tornata elettorale.

Ebbene, la premessa da cui partire riguarda la concezione tipicamente inglese, risalente nel tempo addirittura a prima della formazione del Regno Unito, della

rappresentanza politica. Per gli inglesi essa è il frutto di una competizione. Come tutte le contese agonistiche organizzate secondo la loro cultura anche quelle elettorali necessitano di alcuni elementi essenziali: certamente talune regole scritte, ma anche un generale fair play capace di dettare comportamenti non disciplinati dalle norme; un terreno di gioco, definito secondo finalità legate al tipo di competizione a cui si vuole dare vita; giocatori che non solo accettino pienamente le regole del gioco ma se ne nutrano e ne facciano tesoro per orientare le proprie strategie di gara.

Questi elementi di fondo valgono, *mutatis mutandis*, per tutte le competizioni che animano le passioni al di là della Manica: dal rugby al football, dalle corse dei cani a quelle dei cavalli, dall'automobilismo alle scommesse su qualunque cosa.

Le elezioni per il Parlamento di Westminster non fanno eccezione, anzi ne costituiscono una delle espressioni più caratteristiche. In questo ambito, le regole scritte sono quelle del FPTP e di tutta la normativa di contorno³⁰, il fair play dovrebbe essere insito nei canoni di un sistema politico in cui la praticabilità dell'alternanza è patrimonio comune alle forze politiche, il campo di gara è una porzione di territorio, necessariamente di dimensioni ridotte per rendere praticabili proprio le dinamiche competitive, e infine i giocatori sono i candidati afferenti ai partiti.

Queste sono le premesse concettuali e organizzative della contesa elettorale, che informano tutta la procedura, come è possibile costatare perfino nella cerimonia di "proclamazione", seduta stante, del vincitore che va in scena in ciascuna constituency³¹: una volta contati i voti espressi, i candidati si dispongono in fila orizzontale nel salone della loro constituency destinato a questa funzione, lo speaker dà lettura dei risultati conseguiti da ciascuno e assegna il seggio a colui che ha preso anche solo un voto in più degli altri, e naturalmente costui fa un passo avanti, esulta e viene complimentato dagli altri, cioè dagli sconfitti. In sostanza, una specie di podio di una gara sportiva, con la differenza che qui viene assegnata solo la medaglia d'oro, ossia il seggio ai Comuni.

La ricostruzione appena proposta potrebbe sembrare scontata ma aveva solo il compito di mettere nella luce più chiara e illuminante il concetto di fondo: se si prescinde dalla visione agonistica della rappresentanza tipica degli inglesi, non si possono capire le ulteriori conseguenze sistemiche sugli assetti politici e

³⁰ Come, per esempio, il *Political Parties, Elections and Referendum Act 2000*, che disciplina le campagne elettorali e referendarie, su cui cfr., tra gli altri, R. TAYLOR, *Referendums and Parliamentary Democracy*, in *House of Lords Library Briefing*, 13 July 2018.

³¹ Ovviamente nei rispettivi edifici utilizzati in ciascun collegio come quartier generale delle procedure elettorali.

istituzionali. A cominciare dalla presenza di una linea di continuità tra la rappresentanza della singola constituency e la geografia politica nella *House of Commons*. Ossia, quest'ultima non sarà altro che la risultante della somma algebrica delle gare che si sono svolte all'interno delle 650 fette di territorio. Dunque, una concezione della rappresentanza intimamente legata ai risultati di competizioni in cui necessariamente si registrano vincitori e vinti.

Il passaggio logico successivo è altrettanto pregnante e risponde al seguente interrogativo: la funzione maggioritaria del sistema elettorale è giuridicamente garantita? Oppure, detto in altre parole, l'acquisizione di una maggioranza assoluta da parte di uno dei partiti politici in lizza è assicurata da una norma giuridica? Come è noto la risposta è no: nessun meccanismo previsto in tal senso dall'ordinamento, ma solo un effetto probabilistico di tipo matematico-statistico. Ciò che è opportuno ribadire è che questa classica constatazione non è un elemento accessorio del sistema ma ne costituisce un fondamento essenziale proprio perché qualunque artificio giuridico volto a determinare a priori una prevalenza maggioritaria, come per esempio un premio di maggioranza, verrebbe considerato un'intollerabile distorsione dei meccanismi "naturalisti" della competizione. Tra questi, troviamo l'idea che siano gli elettori, appunto con le somme algebriche dei loro voti, a conferire o meno una *overall majority*, non la legge. Se ciò accadrà, le procedure del modello Westminster, in larga misura dettate da consuetudini costituzionali, si dispiegheranno con grande linearità e rapidità, altrimenti sarà onere delle forze politiche, e non certo della moderna Corona, trovare pragmaticamente la soluzione più idonea caso per caso, come appunto avvenne nel 2010 con la formazione del *Coalition Government*.

L'accettazione di questa visione, appunto così risalente nel tempo e che si sostanzia in un sistema elettorale, peraltro perfino confermato da un voto popolare referendario, che non è affatto fondato sulla necessaria attribuzione di una maggioranza assoluta³², consente di capire perché non vi è nulla di strano o di eversivo nella constatazione che, nel caso specifico, il Partito laburista abbia ottenuto 411 seggi con il 34% dei voti. Quei seggi sono il portato della capacità dimostrata dalla forza politica guidata da Keir Starmer di acquisire sul territorio una grande capacità rappresentativa, in grado di coagulare consensi talmente ben distribuiti da consentirle di vincere 411 gare.

Una caratteristica che invece non aveva mai dimostrato lo stesso partito quando era guidato da Jeremy Corbyn, pur incassando talvolta perfino un numero

³² Ma, in termini matematici, nemmeno quella relativa visto che non vi è alcuna norma che impedisca a due partiti di ottenere lo stesso numero di seggi.

maggiore di voti in senso assoluto. Ma, appunto, come accade nello sport, cioè il terreno agonistico per eccellenza, le gare si vincono o si perdono non assumendo valori assoluti ma giocando le proprie possibilità dentro il quadro relativo che ciascuna competizione propone in quel momento, compreso lo stato di forma dell'avversario³³.

A fronte di tutte queste costatazioni e considerazioni, quale dovrebbe essere il punto di caduta del discorso? A mio parere, il seguente: dopo ogni *General Election* per il Parlamento di Westminster, mostrare grande stupore e irritazione per la violazione di un astratto e superiore principio di democraticità fondato su una concezione proporzionalistica e distributiva della politica, significa scontare un *bias* logico, e cioè discettare sui risultati di un procedimento elettorale obliterandone le premesse. Quei risultati sono pienamente iscritti nel novero delle conseguenze rese statisticamente possibili proprio dalle premesse concettuali che stanno alla base della tradizione elettorale inglese, del suo sviluppo in senso liberale e democratico, delle funzioni che in quel contesto devono svolgere i partiti, del rapporto tra sistema politico e forma di governo.

Quelle premesse e quello sviluppo sono necessariamente da condividere? Ovviamente no, così come nessuna declinazione dello Stato democratico, dal punto di vista della forma di governo e della legislazione elettorale, è obbligatoriamente da condividere da parte di Paesi altrettanto democratici e che vantano altre tradizioni, altre concezioni e altri percorsi storici verso la modernità democratica. Tuttavia, e specularmente, sarebbe altrettanto assurdo giudicare quegli assetti politico-elettorali sulla base di diverse culture, condannandoli come antidemocratici.

Ebbene, le premesse e le conseguenze delle regole elettorali nella tradizione del Regno Unito si coniugano pienamente con i caratteri del sistema politico e della forma di governo. In questo contesto, vi è un caposaldo fondamentale dei costumi democratici di quella realtà che è sotto gli occhi di tutti ma di cui non viene mai abbastanza sottolineata la pregnanza sistemica: nelle dinamiche politiche della Gran Bretagna non esistono le coalizioni elettorali. I soggetti politici che concorrono nelle competizioni per i seggi a Westminster sono sempre e soltanto i partiti politici, ciascuno con la propria storia (anche molto risalente, come nel caso dei due principali), nonché propri: identità, programma, leadership e candidati. Questa è una costatazione decisiva per inquadrare il reale funzionamento del Modello Westminster. La sua linearità è garantita proprio dalla semplicità con cui le forze politiche si rivolgono agli elettori: un partito, un candidato nel collegio,

³³ E, come detto, lo "stato di forma" dei Conservatori era disastroso, come quello di un atleta che aveva dissipato ogni residua energia rincorrendo i propri errori.

un voto da parte dell'elettore, un leader nazionale la cui sorte dipende dalle competizioni locali³⁴.

È esattamente questo schema che instaura il legame tra misura del consenso popolare, livello di potere decisionale, quantità di responsabilità politica di cui farsi carico. Qui non ci sono alchimie astruse che rendono la relazione elettori/candidati molto più tortuosa; non ci sono equilibri di coalizione da concordare e conservare, leadership da attribuire a tavolino e talvolta perfino da ricercare fuori dalla classe politica, necessarie contemperazioni da ricercare tra coalizioni da costruire e singole soggettività da mantenere, anche sul terreno della visibilità mediatica.

Nel Regno Unito le problematiche relative agli equilibri interni vengono definite nei congressi di ciascun partito, momenti spesso altamente drammatici dove le diverse convinzioni, impostazioni e sensibilità emergono e si sfidano per la prevalenza interna in quella determinata fase. Una volta costruita questa impalcatura, il soggetto politico, ossia il partito, porterà sé stesso nella competizione elettorale, in modo che l'elettore sappia con chi ha che fare, e possa decidere con piena cognizione a quale tra i soggetti in lizza affidare il proprio consenso, ossia chi premiare e chi bocciare³⁵.

Una visione della politica e delle elezioni a cui i partiti sono propensi a sacrificare perfino le proprie chances di vittoria. Tanto per evocare un esempio del passato, si pensi al quadro politico degli anni Ottanta del secolo scorso. Laburisti e neonati LibDem avevano un avversario comune, e particolarmente forte: il Partito conservatore guidato da Margaret Thatcher. Eppure, non si presentarono mai uniti in coalizione alle *General Elections*, perché questa strategia, probabilmente vincente sul piano meramente numerico³⁶, avrebbe contravvenuto alle consuete dinamiche della tradizione politica britannica.

³⁴ Per un'ampia riflessione generale sul ruolo esercitato dai partiti politici nel Modello Westminster cfr. T. BALE, *Britain's political parties and the constitution*, Institute for Government – Bennett Institute for Public Policy, London-Cambridge, February 2023, pp. 1-24.

³⁵ Ovviamente la definizione preventiva dei contrasti interni non può di per sé preservare il partito dall'emersione durante la legislatura di divisioni tra le sue diverse anime, oppure di conflitti tra notabili, magari anche per ragioni di idiosincrasia personale. Come ricordato, i recenti psicodrammi dei Tory lo dimostrano plasticamente. Ma questa constatazione non incide sul tema che stiamo portando alla luce, che invece riguarda le modalità con cui il partito politico britannico si presenta davanti all'elettore nel momento in cui gli richiede il consenso attraverso il voto nel collegio uninominale.

³⁶ Basti pensare alle elezioni del 1992, quando i Conservatori ormai guidati da John Major sovvertirono tutti i pronostici che li davano per spacciati prevalendo di misura sui Laburisti. Un risultato che consentì loro di prolungare il ciclo iniziato nel 1979 per altri cinque anni. È facile immaginare che, almeno in quella occasione, un'esplicita alleanza Lib-Lab avrebbe potuto affermarsi, sia in termini percentuali che di seggi.

La sottolineatura del ruolo dei partiti come unico soggetto politico-elettorale è utile anche per fare chiarezza su che cosa si debba intendere per “sistema bipartitico” nel parlamentarismo anglosassone. Spesso si tende a confondere questa condizione con il dualismo o con il bipolarismo.

Innanzitutto è bene ribadire con forza che il sistema politico britannico è bipartitico non perché siano presenti ai nastri di partenza delle competizioni elettorali solo due partiti. Al contrario, nella società britannica di partiti se ne possono contare a dozzine³⁷, e collocati a tutti i livelli territoriali: *UK-wide, regional e local*.

Nella prima categoria, oltre ai due maggiori, nelle ultime elezioni abbiamo trovato: Liberal Democrat (12,2%; 72 seggi)³⁸; Reform UK (14,3%; 5 seggi)³⁹; Green Party (6,75%; 4 seggi)⁴⁰.

Nella seconda categoria ve ne sono una nutrita schiera, in cui spiccano alcune realtà particolarmente sedimentate e rappresentative della propria country di riferimento.

Lo Scottish National Party, con il 2,5% e 9 seggi, dopo anni di egemonia politica nelle Terre Alte ha subito una sconfitta storica (meno 39 seggi rispetto al 2019)⁴¹, frutto di una crisi profonda in cui il partito si dibatte da circa due anni, tra strategie perdenti e scandali giudiziari, di cui hanno beneficiato i Laburisti e, in parte, anche i LibDem.

³⁷ Per esempio, alle elezioni del 2024 hanno presentato candidature nei collegi ben 52 partiti politici.

³⁸ A dimostrazione di una acquisita capacità del partito di rendersi maggiormente competitivo nei singoli collegi. In passato, infatti, aveva ottenuto spesso percentuali più lusinghiere ma un numero di seggi sensibilmente inferiore.

³⁹ Un risultato che andrebbe letto attentamente da parte di coloro che all'indomani delle elezioni hanno parlato di successo travolgente degli estremisti. Costoro probabilmente dimenticano che nel 2015, l'allora partito di Farage (poi, appunto, fondatore del Reform UK), ossia il già citato Ukip, ottenne la ragguardevole percentuale del 12,6%, con la vittoria di un seggio. Dunque, la dirompente avanzata dell'estrema destra nel 2024 si risolverebbe in un incremento di meno di due punti, con quattro seggi di più (e con un Partito conservatore ai minimi termini, a differenza che nel 2015). Forse sarebbe il caso di riconoscere che tra le caratteristiche peculiari del FPTP c'è anche quella di costituire un argine rispetto ai partiti antisistema. Una barriera silenziosa, in pieno stile *understatement*, che non ha bisogno di “cinture repubblicane”, coalizioni raccogliatrici, doppi turni confusionari, soglie di sbarramento o premi di maggioranza: tutti elementi che poi si riverberano sulla formazione dei governi e sulla loro navigazione, come da ultimo dimostra plasticamente l'esempio francese.

⁴⁰ Per la precisione, questi dati sono la risultante della sommatoria dei consensi ottenuti da tre distinte formazioni politiche, e cioè Green Party of England and Wales, Scottish Green Party e Green Party Northern Ireland. Ho ritenuto opportuno presentare il risultato aggregato perché ovviamente si suddividono la partecipazione alle constituency appartenenti al proprio territorio di competenza.

⁴¹ Tuttavia, si tenga conto del fatto che la redistribuzione delle *constituency* sulle diverse aree del regno, decisa periodicamente prima delle elezioni in funzione degli spostamenti relativi di quantità di popolazione, aveva determinato una riduzione dei collegi scozzesi di due unità. Sul tema cfr. C. Baker, N. Johnston, *Boundary review 2023: Which seats will change in the UK?*, in *House of Commons Library Insight*, 20 March 2024.

Il gallese Plaid Cymru, che in questa occasione ha confermato i propri 4 seggi (con lo 0,68%); lo Sinn Féin, ovvero il principale partito della comunità cattolica in Irlanda del Nord, che ha mantenuto i suoi 7 seggi (con lo 0,73%); sul fronte opposto il Democratic Unionist Party che ha perso tre seggi, passando da 8 a 5 (con lo 0,60% dei voti).

Infine, nella terza categoria, sono ricompresi decine di partiti e partitini, talvolta al limite del folklore, che in molti casi si presentano in una quantità irrisoria di collegi, tanto da rendere la loro presenza nulla più che un dato statistico. Per esempio, nel 2024 ben 18 di queste formazioni hanno ottenuto lo 0,1% dei suffragi a livello nazionale.

Ebbene, tutta questa variopinta pluralità politica ci dice essenzialmente due cose: la legge elettorale non fonda la propria efficienza su sbarramenti all'ingresso; il sistema FPTP tende a ben rappresentare, e anzi a livello numerico forse sarebbe più corretto dire a sovrarappresentare, la dimensione locale, proprio perché strettamente legata alla concezione britannica della rappresentanza come risultante di un rapporto che si costituisce a partire dal basso.

E allora, come si coniuga questa apparente frantumazione con le dinamiche del modello Westminster, e in particolare con la struttura bipartitica del suo parlamentarismo? Per capirlo è necessario comprendere che il sistema è a tutti gli effetti bipartitico per tre motivi, inscindibilmente legati: perché fondato sui partiti e non sulle coalizioni; perché esiste un'alta probabilità statistica che dopo ogni elezione si formerà un *single party government* conservatore o laburista, coerente con la titolarità della maggioranza assoluta ai Comuni; perché questo risultato verrà serenamente accettato da tutte le forze politiche coinvolte nella competizione elettorale in quanto pienamente in linea con i dettami della Costituzione e nella convinzione che chiunque vinca quei dettami non saranno messi in discussione e che le scelte politiche della maggioranza e del governo non saranno mai volte a ridurre lo spettro dell'azione politica delle opposizioni.

Questo quadro non ha nulla a che vedere con un sistema politico fondato su un generico dualismo dicotomico, ovvero sull'alternativa tra due schieramenti che non si riconoscono reciprocamente il diritto a governare, pur nel tempo limitato di una legislatura. Ne fu un esempio il quadro politico italiano quando era egemonizzato dall'alternativa tra Democrazia cristiana e Partito comunista, e loro alleati: per lungo tempo è stato un sistema dicotomico ma certamente non bipolare, e tanto meno bipartitico, proprio perché mancavano le condizioni di fondo, domestiche e internazionali, per una normale alternanza tra diverse ma legittime opzioni. In sostanza, si trattava di un'alternativa di sistema, non di una normale alternativa politica.

Così come sono evidenti le differenze rispetto alle varie forme di bipolarismo, più o meno radicato e compiuto, che caratterizza il sistema politico italiano da

quando, verso la metà degli anni Novanta, complici la crisi dei partiti tradizionali e la discontinuità delle leggi elettorali, si sono proposte nuove forze politiche e nuove dinamiche sistemiche.

Proprio questa differenza dovrebbe indurre ad un'attenta riflessione coloro che si mostrano sempre pronti ad accusare di antidemocraticità il sistema politico-elettorale britannico perché irrispettoso del rapporto proporzionale tra voti e seggi. Ebbene, che cos'è più democratico e corrispondente alla volontà popolare? Un sistema in cui ciascun partito si presenta agli elettori a viso aperto e assumendo le proprie responsabilità, oppure un sistema in cui le forze politiche si aggregano in grandi agglomerati, chiamati coalizioni, costruiti solo per battere gli avversari nelle urne, senza alcuna cura della coerenza programmatica ma volti esclusivamente a raccattare più voti possibile? Senza contare che in certi momenti, poi sanzionati dall'intervento della Corte costituzionale, abbiamo disegnato leggi elettorali in cui all'impianto proporzionale si univa la previsione di un collegio unico nazionale di stampo maggioritario per la conquista del premio di maggioranza, con la variante della dimensione regionale al Senato.

La realtà ci dice che in Italia da trent'anni siamo impegnanti nella brillante impresa di proporzionalizzare il maggioritario e rendere maggioritario il proporzionale. Come coerenza democratica forse non siamo i più titolati a dare lezioni in giro per il mondo, soprattutto a chi la competizione democratica tra partiti politici ha contribuito ad inventarla e la pratica da molto prima. Potranno non piacerci le basi competitive su cui si fonda la democrazia britannica, ma forse sarebbe elegante e intelligente accettarle come significative dell'identità di un popolo, della sua cultura politica, della sua storia costituzionale e della sua concezione della responsabilità insita nel rapporto di rappresentanza.

6. L'apertura di un nuovo ciclo politico si caratterizza sempre per un certo grado di discontinuità rispetto al precedente, ma nel caso specifico il programma del nuovo Governo laburista pone in essere particolari profili di antitesi con quelli Conservatori che lo hanno preceduto.

L'elaborazione delle linee guida su cui il partito di Starmer intendeva incentrare la sua politica trovò un momento cruciale nel documento pubblicato nel dicembre del 2022 al termine dei lavori di una Commissione appositamente istituita e guidata dall'ex Primo Ministro Gordon Brown⁴². Il Brown Report

⁴² Cfr. *Report of the Commission on the UK's Future, A New Britain: Renewing our democracy and rebuilding our economy*, December 2022. Per analisi e commenti al Report Brown, con una particolare attenzione ai suoi profili costituzionali, cfr., tra gli altri, Institute for Government,

provvedeva a dare un'identità al nuovo corso del partito fondata su politiche presentate come in grado di rilanciare la crescita economica e ridurre le profonde disuguaglianze sociali riscontrabili tra le diverse aree del Paese⁴³.

Dal punto di vista giuridico è interessante notare come l'impostazione del documento sostenesse l'opportunità di intrecciare profili economici e costituzionali, letti sostanzialmente come profili diversi ma complementari di un unico indirizzo politico. A questo proposito risultano significative, per chiarezza e sintesi, le parole spese a commento del Report da Hannah White, analista dell'Institute for Government, secondo la quale: «Many might see constitutional and economic questions as entirely separate, but the Brown commission motivates its constitutional recommendations by pointing to economic failings – stagnant productivity growth for the last decade and large geographic inequalities that have persisted for far longer. It argues that economic failings in England in particular are at least partly a result of a constitutional settlement that is not working with powers too centralised and local government too weak»⁴⁴.

Il Manifesto elettorale del Partito laburista per le *General Elections* del 2024 ha ripreso molti aspetti del Brown Report, adattandoli ai canoni della campagna

Labour's constitutional proposals: Report on the Commission of the UK's future, 6th December 2022; A. MCHARG, *The Future of the Territorial Constitution under Labour? The Report of the Commission on the UK's Future*, in *UK Const. L. Blog*, 8th December 2022; A. TUCKER, *Entrenchment, Parliamentary Sovereignty, and the Limited Radicalism of the Brown Report*, in *UK Const. L. Blog*, 15th December 2022; M. GORDON, *A new Britain, A new Constitution? Labour's Proposals for Constitutional Entrenchment*, in *UK Const. L. Blog*, 16th December 2022; R. GREALLY, *The Brown Report: Political Legitimacy and the Power of the Assembly*, in *UK Const. L. Blog*, 26th January 2023; G. GUTHRIE, *Brown vs Dewar – The Labour Commission on the UK's Future*, in *UK Const. L. Blog*, 8th February 2023. Per un'analisi dettagliata e organica del Report, prodotta dalla dottrina italiana, cfr. A. TORRE (a cura di), *A New Britain: renewing our democracy and rebuilding our economy*, in *DPCE Online*, 3, 2024, Sezione Monografica.

⁴³ «This report offers a fresh start - with proposals to create a virtuous circle where spreading power and opportunity more equally throughout the country - with the right powers in the right places - unlocks the potential for growth and prosperity in every part of the country, and in doing so revives people's faith that we can all benefit from a responsive and accountable system of government». Cfr. Report of the Commission on the UK's Future, *A New Britain*, cit., *Introduction*, p. 2. Una lotta alle disuguaglianze che fa leva sui valori comuni che, secondo i Laburisti, permangono fortemente nei quattro angoli del regno e che debbono solo essere rivitalizzati. Sul punto specifico cfr. il contributo di G. MANNARINI, *Un Regno Unito a misura di tutti*, a A. TORRE (a cura di), *A New Britain: renewing our democracy and rebuilding our economy*, cit., pp. 1847-1861, secondo la quale «È così che, dunque, il Labour presenta se stesso come l'unico e solo portabandiera di un nuovo Regno Unito, basato su quella commistione fatta di eredità culturale e valori comuni che caratterizza il popolo britannico, incamminandosi verso una rinnovata prosperità e nuove opportunità di crescita, sfuggendo al pericolo del baratro sociale ed economico in cui recentemente, secondo i Laburisti, avrebbe rischiato di cadere».

⁴⁴ Cfr. H. WHITE, *Five things we've learned about the Brown Commission on the UK's future*, in *The Institute for Government – Comment*, 6th December 2022.

elettorale attraverso una descrizione specifica, peraltro non sempre particolarmente dettagliata e precisa, degli interventi legislativi da implementare⁴⁵.

Dal complesso di questo importante restyling è emerso un Labour Party caratterizzato da una calcolata miscellanea di solido statalismo vecchio stampo, notevoli capacità innovative di matrice blairiana e immancabili stilemi di cultura woke, ormai introiettati da buona parte dell'opinione pubblica⁴⁶.

Dentro questa piattaforma programmatica hanno trovato uno spazio non secondario alcune tematiche di natura prettamente costituzionale⁴⁷. In particolare, credo meriti un focus specifico per portata istituzionale e pregnanza politica l'articolato progetto di riforma e trasformazione della House of Lords.

Ormai da decenni la Camera Alta è oggetto delle attenzioni riformatrici del Partito laburista. Come è noto, la drastica riduzione degli *Hereditary Peers* risale al 1999, ossia ai primi anni della stagione blairiana. Poi, come ricordato in precedenza, il *Coalition Government*, nonostante il forte impulso dei LibDem, non riuscì nell'intento di procedere ad una radicale revisione del suo ruolo nel sistema costituzionale. Ora i Laburisti intendono riprendere questo percorso con una serie di interventi che progressivamente dovrebbero trasformare la House of Lords

⁴⁵ Cfr. *Labour Party Manifesto 2024, Change*, articolato su sei punti qualificanti, definiti come *Labour's first steps for change*: 1. Deliver economic stability; 2. Cut NHS waiting times; 3. Launch a new Border Security Command; 4. Set up Great British Energy; 5. Crack down on antisocial behaviour; 6. Recruit 6,500 new teachers.

⁴⁶ Per una dettagliata descrizione dei profili cruciali del Manifesto laburista cfr. Institute for Government, *General election 2024: 10 things we learned from the Labour manifesto. What is in the Labour manifesto?*, 13th June 2024. Per completezza è opportuno segnalare che, dopo una "luna di miele" con l'elettorato durata per tutta l'estate, a partire dall'autunno 2024 il Governo Starmer ha cominciato a incontrare notevoli difficoltà sul suo cammino, andando incontro ad un netto calo di popolarità. Difficoltà di diversa e varia natura, ma tutte sostanzialmente riconducibili, sul piano politico, alla constatazione della gravità della situazione economica in cui si dibatte il Regno Unito post-*Brexit* e di come in questo contesto sia molto difficile, almeno nel breve periodo, dar seguito ai propositi ambiziosi contenuti nelle elaborazioni programmatiche. A tutto ciò si aggiungano le patenti contraddizioni manifestate sulle politiche migratorie. Dapprima, lotta durissima al *Rwanda Plan* da parte dell'opposizione laburista, perché incentrato sul trasferimento in un Paese terzo di migranti giunti in UK al di fuori delle procedure legalmente previste. Una contrarietà talmente forte da farne uno dei principali cavalli di battaglia in campagna elettorale. Poi, improvvisamente, grande favore del Governo, e del Primo Ministro in particolare, verso forme di esternalizzazione del problema, come, per esempio, il Piano Albania del Governo italiano. Normalmente l'opinione pubblica britannica mostra grande disappunto quando riscontra una discrasia troppo marcata tra il momento della raccolta del consenso e quello dell'esercizio dell'azione di governo. Tuttavia, la storia insegna che i Primi Ministri si misurano nel lungo periodo e sulla loro capacità di fare fronte ai momenti di impopolarità. Starmer gode di numeri parlamentari adeguati per lavorare con una prospettiva di legislatura. Se non dovesse riuscire a coprire questo arco temporale vorrebbe dire che a essere inadeguato era proprio lui. Così funziona il Modello Westminster.

⁴⁷ Tra cui, oltre a quella di cui ci occuperemo in queste righe relativa alla Camera dei Lord, anche una modernizzazione delle procedure della Camera dei Comuni, lo sviluppo della Devolution, i rapporti con l'Unione europea dopo la *Brexit*, l'istituzione di una Commissione per l'Etica in politica, il conferimento del diritto di voto ai sedicenni.

in un'assemblea completamente diversa rispetto a quella disegnata dalle quasi millenarie evoluzioni della storia⁴⁸. La direzione era già stata indicata dal Brown Report: sostituzione della *House of Lords* con una Seconda Camera elettiva e rappresentativa di «Nations and Regions»⁴⁹.

A sua volta, il Manifesto percorre la strada già tracciata ma provvede a suddividerla in un tracciato step by step.

Il primo di questi step è già stato affrontato. Il 5 settembre 2024 il Governo Starmer ha presentato ai Comuni un progetto di legge che cancella i residuali 92 Hereditary Peers rimasti in carica dopo la riforma del 1999⁵⁰. In quella occasione, grazie ad un emendamento su cui era stato trovato un accordo bipartisan, invece di rimuovere la membership di tutti i Pari Ereditari venne stabilito di fare eccezione per 90, eletti dagli stessi componenti della medesima categoria tra coloro che avessero presentato la candidatura a mantenere la carica⁵¹. L'applicazione di tale modalità ha consentito in questi decenni di lasciare inalterato il numero dei restanti Pari Ereditari, pur nell'eventualità di decessi, dimissioni o espulsioni⁵². Ai 90 superstiti ne andavano aggiunti altri due, titolari di importanti attribuzioni in cerimonie ufficiali che vedono come protagonista il Sovrano, quali lo *State Opening* (con il *King's Speech*) e la *Coronation*: Earl Marshall e Lord Great Chamberlain.

Ebbene, il nuovo progetto di riforma cancella la membership per ciascuno di loro, comprese le due cariche istituzionali, per le quali tuttavia è comunque previsto che continuino ad assicurare le loro funzioni anche senza essere membri della Camera Alta.

Il Manifesto prevede poi un secondo step consistente nell'introduzione di «*a mandatory retirement age. At the end of the Parliament in which a member reaches 80 years of age, they will be required to retire from the House of Lords*»⁵³.

⁴⁸ Per un'approfondita disamina di tutte le possibili prospettive di riforma della Camera dei Lords e delle numerose criticità che presenterebbero cfr. M. RUSSELL, *House of Lords reform: navigating the obstacles*, Institute for Government – Bennett Institute for Public Policy, London-Cambridge, March 2023, pp. 1-39: «*This paper goes beyond knee-jerk reactions to the House of Lords, to explore what the institution does, how it has evolved, what proposals for change have been put forward and what the key reform objectives and priorities should be. In doing so, it also touches on what experience from other bicameral (two chamber) parliaments can teach us*».

⁴⁹ Cfr. *Report of the Commission on the UK's Future, A New Britain*, cit., *Reform of the House of Lords*, pp. 135-143, su cui cfr. T. KHATTAN, *An Elected Second Chamber? Some Thoughts on the Brown Report*, in *UK Const. L. Blog*, 25th January 2023.

⁵⁰ Si tratta del *House of Lords (Hereditary Peers) Bill*, su cui cfr. N. WINCHESTER, *House of Lords (Hereditary Peers) Bill*, in *House of Lords Library, In Focus*, 10 October 2024. Il Bill ha poi ricevuto il suo *Second reading* ai Comuni il 15 ottobre 2024.

⁵¹ R. TAYLOR, *Proposed legislation to remove hereditary peers from the House of Lords: 1999-2024*, in *House of Lords Library, In Focus*, 10 September 2024.

⁵² Sul punto cfr. E. SCOTT, *Hereditary By-elections: Results*, in *House of Lords Library Briefing*, 23 November 2018.

⁵³ Cfr. *Labour Manifesto*, p. 108.

Ora, questi due step hanno in comune di avere riguardo all'efficientamento e al *size* della House of Lords, ossia si collocano nel solco di una sua ulteriore modernizzazione. Invece, il successivo, sempre previsto dal Manifesto, ha una natura diversa perché, se portato fino in fondo, implicherebbe non una riforma dei Lord, bensì la trasformazione della *House of Lords* in Camera delle autonomie territoriali: «*Labour is committed to replacing the House of Lords with an alternative second chamber that is more representative of the regions and nations. Labour will consult on proposals, seeking the input of the British public on how politics can best serve them*»⁵⁴.

Di fronte a questa prospettiva di portata storica per la *British Constitution* è auspicabile che durante la consultazione pubblica emergano tutte le possibili implicazioni di questa radicale trasformazione sulle dinamiche della forma di governo, a prescindere da qualunque giudizio di merito se ne possa dare. Passare da un bicameralismo plasmato dalla storia, e articolato tra una Camera democratica e una nominativa, a uno sancito da uno *statute* e in cui viene introdotta una seconda Camera anch'essa legittimata democraticamente, non solo non sarebbe una semplice riforma dell'esistente, ma imporrebbe all'intero Modello Westminster un ripensamento in funzione dei caratteri di questa innovazione.

Certo, nulla di impossibile, ma molto di impattante.

⁵⁴ *Ibidem.*

“Governo di legislatura”, premierato e
neo-parlamentarismo. Rileggendo
“La République moderne” di Pierre Mendès France:
il dibattito istituzionale francese (e italiano)
sull’instabilità ministeriale tra razionalizzazioni
e (tra-)sfigurazioni delle forme parlamentari*

MARCO PLUTINO

SOMMARIO: 1. “La République moderne”, ovvero uscire dall’alternativa tra ingovernabilità e autoritarismo. – 2. “Non esiste è chiaro una formula miracolosa”. Ipotesi di rinnovamento della forma di governo parlamentare: le riflessioni di Mendès France e il “cantiere” istituzionale francese. – 3. Alla ricerca della stabilità.

1. Uomo dei lumi, modernizzatore, impregnato – è stato perfino detto – di una coloritura messianica¹, la figura di Pierre Mendès France rappresenta una delle più affascinanti personalità politiche del ‘900 europeo. Ingegno precocissimo, uomo di pensiero e di azione, dispiegata finanche sui campi di battaglia, la sua eredità oggi appare alquanto appannata². Del resto, il tempo di una politica che ha divorziato con la cultura e che si limita a replicare, con rare eccezioni, solo sfumature di populismo si concilia difficilmente con il lascito di un politico serio e rigoroso, che del legame tra le due sfere dell’attività umana, divulgato anche attraverso un’intensa attività di scrittura pubblicistica, ha fatto il centro della propria azione. Mendès France ha attraversato il tempo dell’impegno politico con uno stile improntato all’integrità morale, al rigore e al coraggio, senza mai cedere all’opportunismo e alle convenienze³. Questo lascito viene riconosciuto da tutti, ma la sua opera merita di essere discussa per i contributi più duraturi offerti al dibattito. In un’epoca in cui i libri scritti dai politici erano rari, riservati alle spiccate personalità, “La République moderne”, recante quale sottotitolo “Propositions”

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Quest’ultima espressione è stata utilizzata ad esempio da J.-P. RIOUX, *Pierre Mendès France modernisateur*, in *Vintième Siècle, Revue d’histoire*, 1987, n. 15, p. 81.

² A ventitré anni aveva già pubblicato un libro e fu deputato a venticinque, il più giovane della Repubblica.

³ I tratti della personalità sono ben illustrati da C. DELPORTE, *L’Express, Mendès France et la modernité politique (1953-1955)*, in *Matériaux pour l’histoire de notre temps*, 2001, pp. 96 ss.

(Gallimard, Paris, 1962⁴), lasciò subito il segno e fu tradotto all'estero in diverse lingue. Per l'edizione italiana (1963, Einaudi⁵) l'autore medesimo volle scrivere una breve prefazione dove rimarcava l'esigenza di coordinare politiche e azioni tra Stati, tanto più all'interno di un mercato ormai comune, e dichiarava di offrire le sue proposte al dibattito italiano per l'edificazione di una Repubblica moderna "a un tempo politica ed economica".

In interviste e discorsi celebri precedenti all'uscita del libro, Mendès France aveva già ravvisato l'esistenza di una vera e propria crisi di regime nella degradazione dei costumi politici, nell'assenza di civismo testimoniata anche dall'indifferenza dei giovani alla politica, nelle tendenze all'astensionismo e al voto protestatario a favore di partiti estremi, proponendo quale ricetta "morale" il ripristino delle virtù civiche nel senso montesquieuiano. Il libro riprende questa analisi e accentua la parte della proposta. Nonostante parti significative delle analisi e delle proposte appaiano fortemente datate e segnate dai tempi, l'opera merita la definizione di classico sia per l'importanza che ha avuto nel dibattito politico francese, e non solo, sia per la permanente attualità di alcune riflessioni nel campo istituzionale.

L'autore afferma che il saggio non ha pretese di originalità e che molte idee riprese "sono nell'aria" (p. 10). Tuttavia rivendica di inquadrarle in un progetto compiuto, facendo emergere quel "comune denominatore", quella "base di accordo intangibile", quel "tutto inscindibile" (pp. 9-10) che riassume nell'obiettivo di una "repubblica moderna", costruita sulla base della "cultura e [de]la lucidità" che "devono sostituire l'impellenza del bisogno". E' nella capacità di analisi e nella consapevole progettazione delle istituzioni che risiede un insegnamento importante ancora oggi, in cui sembra smarrita la via di un approccio progettuale (se non pianificatorio, nell'autore) di fronte ad alla contingenza e orientamento alla comunicazione effimera.

Qui, coerentemente con la Rivista che ci ospita, faremo riferimento in particolare agli aspetti istituzionali ed ancor più precisamente alla discussione sulla riforma della forma di governo, che rappresenta del resto la parte più interessante e longeva del saggio. Tuttavia occorre ribadire la forte unitarietà della riflessione che muove dalla sensazione di transitorietà degli esordi della Quinta Repubblica, a cui dedica pagine accorate e drammatiche, adombrando il rischio della guerra civile

⁴ Una seconda edizione uscì in Francia nel 1966. La principale novità è la proposta di soppressione del Senato con il rimpiazzo da parte del Consiglio economico e sociale (v. *infra* nel testo) rafforzato ulteriormente.

⁵ Abbiamo scelto di lasciare nel corpo del testo i richiami puntuali a pagine de "La Repubblica moderna", e di riservare l'apparato di note alle indicazioni ulteriori utili a collocare libro e autore nel contesto e nei dibattiti dell'epoca.

in conseguenza degli spasmi della decolonizzazione, per inoltrarsi nella ricerca di una terza via che si metta alle spalle il politicismo della Quarta Repubblica, erede dell'assolutismo parlamentare e della *puissance législative* della Terza, sia il declivio istituzionalista della Quinta Repubblica, accentuatosi nel 1962⁶. Il doppio rifiuto conduce ad un bisogno di "qualcosa di nuovo" (p.20), dando corpo ad un'autentica ricerca basata su dati e proposte di soluzioni che affondano le radici nell'attenta considerazione di fatti e di idee maturate nei decenni precedenti. Ad avviso dello statista, la Francia non vuole più il parlamentarismo che ha sperimentato ma neanche si riconosce nel regime basato sul potere personale che si va dispiegando (p. 20, 23). La Francia è pertanto alla ricerca di una soluzione altra sia al regime parlamentare corrotto e irresponsabile del passato che ai rischi di un potere personale che non nasconde il disprezzo per il parlamento e i partiti. L'autore ravvisa una via d'uscita in una democrazia concepita come azione continua del cittadino non solo sugli affari dello Stato ma anche sugli altri livelli territoriali e in seno alla società (p. 25). La stessa "modernità" sarebbe, afferma, null'altro che un'educazione permanente del cittadino. Ed è questo ciò che chiama "Repubblica" e, più precisamente, "Repubblica moderna": "il movimento, il progresso sono possibili solo se una democrazia, estesa a tutto il corpo sociale, comunica alla vita collettiva una linfa sempre nuova. La democrazia è efficace solo se è operante in ogni settore in ogni momento. La salvezza non giungerà dunque dall'alto [...]" (*ult. cit.*). L'analisi del fallimento delle due Repubbliche (la IV e, quello incipiente della V) prelude ad una proposta di riforma istituzionale, di riorganizzazione dei rapporti e dei poteri delle regioni e delle comunità locali, di rimodulazione del rapporto tra rappresentanza politica ed economica (con una seconda camera di rappresentanza di interessi sociali e professionali, p. 73 ss.), di un rinnovato ruolo per la pianificazione economica, che deve investire il settore pubblico. L'autore è invece assai più cauto circa il vincolo che deve dispiegare sul settore privato ("si può discutere del grado di costrizione", p. 97, sia pure nel quadro di un approccio volto a nazionalizzare interi settori economici: "il settore nazionalizzato costituisce, o dovrebbe costituire, lo strumento privilegiato della pianificazione", p. 113), di un protagonismo sociale del sindacato, fino alle pagine conclusive (p. 167 ss.) sulla rivitalizzazione dell'azione del cittadino anche al di fuori della democrazia locale ed economica.

La rilevata obsolescenza di non poche parti del libro, l'ipoteca di una certa sensibilità corporativa (pur negata, p. 82-84), il dispiegamento di una idea superata

⁶ Non solo nel senso che la Quinta repubblica si fonda su radicali soluzioni istituzionali ma prima ancora nell'idea di De Gaulle che lo stato della Francia dipendesse più da cattive istituzioni che dal comportamento degli uomini (*La repubblica moderna*, cit., p. 27). L'autore assume una posizione mediana, nel senso che i due fattori fossero interdipendenti.

di programmazione, pianificazione e relazioni industriali e la trattazione di altrettanto superate questioni di assetto locale e di regionalismo (in un tempo in cui la regione non aveva ancora trovato un'espressione istituzionale: p. 156), pur essendo nel testo fortemente legati in chiave di analisi e di proposizione con la parte più propriamente istituzionale e relativa alla riflessione sulla forma di governo, non sopprimono l'autonomia di quest'ultima, tale da renderla ancora leggibile e stimolante sia sul piano dell'analisi che sul piano delle proposte. L'analisi costituisce anche l'occasione per ricostruire analogie e differenze tra vari riformismi e fissare alcuni punti fermi rispetto a questioni di modellistica su un tema non poco scivoloso quale quella della delimitazione dei modelli, a partire da quello parlamentare.

Su un primo e generalissimo piano, va notato come le idee istituzionali di Pierre Mendès France restino, nonostante l'approccio orientato all'innovazione e la professione di riformismo, all'interno delle coordinate tradizionali della cultura francese, rifuggendo da innovazioni radicali e salti nel buio. In particolare, il suo modo di guardare dal diritto pubblico e al diritto costituzionale è influenzato dalla dottrina europea degli anni '30 (Mirkiné Guetziévitch, che arrivò solo quasi trentenne, dal 1920, in Francia, e i costituzionalisti del diritto pubblico francese dell'anteguerra, come Barthélémy e A. Hauriou) e, pur incline a qualche sperimentalismo, resta immune da quella contaminazione tra metodo giuridico e metodo politico che attraversa la riflessione istituzionale di quegli anni. Questa ibridazione, presentandosi come un metodo "combinatorio" in realtà rappresenta una semplice dissoluzione del metodo specificamente giuspubblicistico, in quanto costruisce una scienza politica o, meglio, una nuova scienza politica, *contro* il diritto⁷. Mendès

⁷ Questo modo di concepire il cosiddetto rinnovamento metodologico, basato su veri e propri equivoci e che ha prodotto esiti estremamente negativi sulla dottrina francese e non solo, è stato corrente in Francia e viene attribuito ad es. da Georges Laveau allo stesso Duverger, non esclusi certi interessi di tipo accademico ("il avait intérêt à créer son "royaume" à l'intérieur des facultés de droit". G. LAVEAU - F. HAEGEL - J.-B. LEGAVRE, *Profession politiste. Entretien avec Georges Laveau*, in *Politix*, vol. 2, n. 7-8, 1989, p.133. L'autore afferma peraltro che i migliori studiosi del diritto pubblico della fine dell'800 conoscevano la produzione degli scienziati della politica del loro tempo, ma si fanno nomi come Carl Schmitt e Bryce, i quali non possono non essere considerati anche giuristi alla luce del rigoroso terminologico e della padronanza del metodo giuridico. Allo stesso modo con Léon Duguit (e lo stesso Mirkiné) c'era stata una importante apertura agli apporti sociologici (e al diritto non scritto), ma i risultati, come ampiamente riconosciuto, sono rimasti di altissimo livello scientifico, e hanno contribuito ad alimentare una delle vette del pensiero giuridico dell'800-'900, ovvero l'istituzionalismo. Sul pensiero di Duguit quale apportatore di rigore e purificatrice rispetto ad una certa metafisica presente nel diritto pubblico dell'epoca v. infatti S. PINON, *Le "nouveau droit constitutionnel" à travers les âges*, 27 septembre 2008, VII Congrès française de droit constitutionnel (50 ans de la Constitution de 1958, p. 2 ss. paper. quanto al noto giudizio di Mirkiné-Guetziévitch nei confronti di "coloro che non vedono nella vita costituzionale che il gioco delle regole, che non vedono nel 'costituzionale' che il solo 'giuridico'", esso va inteso alla luce della concreta produzione dell'autore. Non certo contrassegnata dalla dissoluzione del metodo giuridico, quanto soprattutto quale apertura al diritto non scritto, alle convenzioni e alla vita costituzionale, insomma al fatto

Frances è sempre rimasto lontano da dispute di tipo metodologico, ma nei suoi scritti ha dimostrato di saper districarsi bene nel ginepraio del laboratorio istituzionale e metodologico di quegli anni e di orientarsi con una certa sicurezza nel rinnovamento delle soluzioni nell'ambito di un armamentario che fa leva su un metodo giuridico riconoscibile e consolidato.

La sua riflessione istituzionale si iscrive certamente in quella tendenza alla razionalizzazione del potere messa in rilievo da Mirkine a partire dalla sua celebre opera sulle Costituzioni del primo dopoguerra, traducendola in proposte innovative capaci di restare nel solco della riflessione giuspubblicistica tradizionale e andando ad iscriverne in un reale tentativo di rinnovamento del regime parlamentare. Le soluzioni che propone non possono accomunarsi all'autoproclamato rinnovamento del parlamentarismo (*rectius*: della forma di governo parlamentare) che, proposto peraltro con ambiguità anche quale forma ulteriore di presidenzialismo, si è presto rivelato un semplice superamento e un *déplacement* delle logiche parlamentari, per quanto ne resti sfuggente la sua qualificazione in positivo.

Mentre ancora negli anni '70 Marcel Prélôt affermava di riconoscere la doppia appartenenza del diritto costituzionale alle scienze giuridiche e alle scienze politiche⁸ (e sono fin troppo note le questioni inerenti alla sistemazione scientifico-accademica, da cui discende il peculiare taglio della manualistica francese) quasi all'inizio di questa clamorosa vicenda metodologica Mendès Frances preferisce dichiarare la propria fedeltà ad autori che avevano operato entro coordinate giuridiche (giuspubblicistiche e costituzionalistiche) consolidate e coerenti con le restanti correnti europee, italiane e tedesche *in primis*, e ciò tanto nella riflessione sulla forma di governo che nella discussione di temi di forma di stato. Né il rifiuto del gollismo lo fece inclinare verso un'apertura di credito verso un'accentuazione dell'utilizzazione degli strumenti di democrazia diretta, complici le ambigue categorie che spesso queste esperienze si trascinavano; in ciò a differenza di studiosi autorevoli come Raymond Carré de Malberg, Berthélemy, Burdeau, Tardieu ed altri che ne furono affascinati. Nella costante denuncia del gollismo quale esperienza insieme personale, plebiscitaria e monocratica (comunque incompatibile

giuridicamente rilevante; certamente vi è anche l'apporto delle risultanze delle scienze politiche e storiche (come ben chiarito da B. MIRKINE-GUÉZTÉVICH, *Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1949, in part. p. 398), ma non giocato contro il diritto. Ciò che il grande studioso perora, sia pure con linguaggio della sua epoca, è un lavoro collettivo dove gli apporti di una scienza fungono da premessa per l'altra, rispettando i vincoli metodologici di ciascuna, ma non certo il mero superamento del dato giuridico, quanto semmai l'accantonamento di una concezione che risolve il diritto nel diritto scritto o in una scienza che ha in sé tutti gli strumenti interpretativi senza aver bisogno di apporti di altre discipline (storia costituzionale, diritto comparato e scienza politica *in primis*).

⁸M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1972, p. 45.

con la concezione democratica alla quale “puor ma part j’ai toujours été fidèle”⁹), la democrazia diretta veniva ad essere parte di una manipolazione autoritaria. Ne “La democrazia moderna”, e ancor più successivamente, l’autore sottolinea l’elemento di strappo anche legale, di colpo di stato (una lettura che ebbe una profonda influenza sul dibattito italiano), costituito anche solo dalla Quinta repubblica francese nella sua versione del ’58, in cui ravvisava null’altro che una “falsa democrazia”. Nei quattro anni precedenti, scrive, “il potere è stato sempre più monopolizzato” e il paese non è mai stato chiamato a prendere decisioni “anche se ogni tanto si fa finta di consultarlo con i referendum” (p. 29)¹⁰; “al Café du Commerce, aggiunge, si sente dire: <Se fossi de Gaulle...>; nessuno dice più: <Se fossi il governo...>, aggiungendo sconcolato: “Niente potrebbe dare una misura più precisa della nullità dei testi del 1958” (p. 30). La sua polemica contro la personalizzazione rappresentata dal gollismo negli anni successivi diventerà sempre più aspra, e ciò ha giocato senz’altro a favore di Mendès France un paladino della razionalizzazione parlamentare incline alla costruzione di una democrazia di indirizzo, antitetica alla democrazia che si sarebbe detta di investitura.

⁹ Da una conferenza pronunciata il 21 giugno 1961 all’Hôtel de Ville di Versailles, ora in P. MENDÈS FRANCE, *Ouvres Complètes*, tome IV, Paris, 1987, p. 658, qui ripreso da S. BERNSTEIN, *Pierre Mendès France et les institutions de la Ve république*, in *Matériaux pour l’histoire de notre temps*, 2001, p. 83.

¹⁰ Ma v. anche ID., *La Repubblica moderna*, cit., p. 38, ove si rammenta che le idee originarie di Vedel erano affatto diverse, più improntate ad una divisione e a un equilibrio di compiti. A pag. 40, sempre alludendo al gollismo, parla della facilità con cui gli esecutivi cedono alle “tentazioni antidemocratiche”. A pag. 45 parla di un paese “sulla via dell’assolutismo e dell’arbitrio”. Non c’è dubbio che il giudizio di Mendès France ha avuto un peso enorme sulla giuspubblicistica europea, ed in particolare sulla primissima giuspubblicistica italiana che ha commentato gli svolgimenti costituzionali francesi, come ad esempio Cuocolo (che scrive nel 1958 un lungo articolo su Civitas, ove già dubita che si resti nel campo della forma parlamentare), Galeotti, il quale ne “La nuova costituzione francese. Appunti sulla recessione del principio democratico nella V Repubblica”, del 1960, denunciava che il nuovo assetto desse corso ad una deriva autoritaria, come del resto, non dissimilmente, Elia, Mortati, qualche anno dopo (nel 1965) Bassanini. Le circostanze di contesto storico (e anche i precedenti di Weimar) ebbero un ruolo importante nei giudizi perché appare ragionevole ritenere che le idee originarie non solo di Vedel, ma dello stesso Debré avrebbero potuto dar corpo nel tempo ad un funzionamento piuttosto conforme alle logiche parlamentari, spizzato dalla riforma del 1962. In controtendenza si registrò il fecondo giudizio di G. NEGRI, *Verso la Quinta Repubblica. L’evoluzione costituzionale contemporanea in Francia*, Pisa, Nistri-Lischi, 1958, p. 5 il quale, rigettando la tesi di un piano inclinato autoritario, affermò che si intravedeva “la sagoma di nuove strutture, di nuovi istituti, di cui nel diritto costituzionale contemporaneo, in rapidissima evoluzione, quasi esiste il presentimento”; un giudizio anticipatore e di notevole audacia intellettuale e perspicacia. Un’interessante ripresa dell’approccio, e una sua estensione alla riflessione sul neo-parlamentarismo, si ha in L. ELIA, *Governo (forme di)*, vol. XIX, Giuffrè, Milano 1970, ora ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 240: il pericolo che la democrazia sia percepita sempre più come investitura “non toglie che le formule presidenziali o neoparlamentari rappresentino una delle tendenze modellistiche immanenti alla vita costituzionale contemporanea, e non soltanto una trovata di professori francesi in vena di political engineering”. Sulla problematicità di inquadrare le “tendenze modellistiche” che vengono definite neo-parlamentarismo, e non solo, v. *infra*.

Pertanto Mendès France si oppone nettamente sia ad una pseudo-democrazia centrata sui referendum (la democrazia "continua"¹¹) sia ad una delega in bianco all'uomo solo al comando, denunciandole come facce di una medesima medaglia con cui si detronizza la sovranità popolare. In effetti de Gaulle non si percepiva come capo di una maggioranza ma interprete autentico del popolo, un "monarca elettivo"¹², secondo una concezione sicuramente lontana dalle idee iniziali di Debré, il quale nella riforma istituzionale vedeva semplicemente il modo per assicurare il prevalere di un potere governativo legittimato da una ampia base e poi (dal 1962) dal voto popolare contro le assemblee rappresentative, e semmai più vicina alle idee di René Capitant. Proprio il richiamo alle idee originarie di Debré consente di richiamare quella sorta di comune *milieu* parlamentaristico delle riflessioni che nella crisi della III, e poi IV Repubblica cercavano di trovare uno sbocco.

In particolare, in Mendès France si registra la confluenza di tre filoni culturali che, prescindendo da sigle contingenti e vicende che spesso le hanno intersecate e sovrapposte, possono identificarsi nella cultura radicale (quindi di ascendenza liberale), in quella socialista e in quella repubblicana¹³. Questo intreccio dà corpo ad un pensiero integralmente democratico, di base liberale ma non privo di qualche suggestione organicista. E' soprattutto sulle coordinate fondamentali del suo pensiero istituzionale relativo alla forma di governo, in ogni caso, che si nota l'assenza di sbavature e deviazioni di sorta rispetto ad una visione ineccepibile di matrice liberal-democratica. Con lucido insegnamento anche per l'oggi, lo statista francese ad esempio distingue concettualmente in modo netto e chiaro stabilità ed efficienza, e afferma che il tema fondamentale dei fautori della Quinta repubblica è stata "la stabilità assai più che l'efficienza", aggiungendo che però è quest'ultima a dover essere "l'obiettivo principale", pur ammettendo che di essa "è più difficile provare la realtà" (p.44).

Non bisogna dimenticare l'influenza sulle sue idee di un'esperienza diretta di Presidenza del Consiglio breve (sette mesi) e poco fortunata, ma capace di decisioni storiche, anche se ritenute spesso, con qualche torto di troppo alla sua figura,

¹¹ Secondo la felice espressione poi utilizzata da D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ-Bruylant, 1995, con riferimento peraltro non solo agli istituti di democrazia diretta ma anche a quelle che chiama (p. 10) le nuove forme di organizzazione dell'opinione pubblica. De Gaulle riteneva il referendum la forma più democratica di uso della sovranità (almeno finché non cominciò a perderli...) e il suo allievo Pompidou la forma più perfetta di democrazia.

¹² Su questi aspetti v. ad es. L. HAMON, *Du référendum à la démocratie continue*, in *Revue française de la science politique*, 1984, pp. 1084 ss.

¹³ Tra le varie ricostruzioni del suo percorso politico, comunque di uomo di sinistra, oltre ai riferimenti nelle altre note, si veda G. MORIN, *Pierre Mendès France et l'union de la gauche*, in *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 2001, pp. 70 ss.

ascrivibili ad una sorta di “governo del Presidente”. Esperienza che comunque ha lasciato nell’uomo politico la convinzione che il sistema istituzionale, come quello politico, abbisognassero di mutamenti importanti, anche per evitare lo sbocco autoritario. La Costituzione, scrive, “non offre i mezzi per risolvere gli antagonismi [...] se quindi un eventuale conflitto è senza soluzione legale, un uomo che sa essere popolare, e che dispone di tutti i mezzi di informazione moderni, viene inevitabilmente indotto ad abusare delle sue facoltà per mettere a tacere le opposizioni”. Di conseguenza non meraviglia che Luigi Napoleone o Charles de Gaulle abbiano schiacciato l’assemblea. Ciò non è avvenuto “accidentalmente” ma quale “risultato inevitabile del sistema” (p. 47). L’autore mostra di aver chiaro, sul piano di un’intersezione tra le forme di governo e di stato, il *continuum* tra un plebiscitarismo almeno apparentemente democratico e il declivio autoritario, anche se eccede, col senno di poi, nel giudicare il gollismo come una sorta di dittatura commissaria. La sua visione della democrazia è impregnata da un approccio umanista e umanitario che si traduce in una visione della democrazia “integrale”, che innerava tutta la società attraverso i corpi intermedi, e ciò lo allontana sia da concezioni tecnocratiche (o, si direbbe oggi, epistemocratiche), sia da visioni, quali quelle di Duverger, apparentemente iper-democratiche ma in realtà non poco segnate da un approccio di tipo elitista (per non dire dei tratti plebiscitari) che perde quella limpidezza di ispirazione e di costruzione presenti nell’elitismo democratico di un Friedrich o nella concezione democratica di un Sartori¹⁴.

2. Il virgolettato citato nell’intitolazione del paragrafo appare ne “La Repubblica moderna” all’*incipit* della riflessione dello statista francese in tema di forma di governo (p.57). A tal proposito non si può dimenticare il ruolo attivo, di uomo delle istituzioni, svolto da Mendès France, per cui egli guarda al cambiamento istituzionale con grande senso di realismo e anche quando scrive analisi lo fa in

¹⁴ In particolare l’elitismo democratico di Sartori è una versione compiuta e integralmente risolta che rappresenta, a tutti gli effetti, la concezione standard della democrazia liberale attuale.

Molto diverso per metodo (e, bisogna dirlo, capacità speculative) da quello di Schumpeter (vero fondatore dell’elitismo democratico) e Sartori (che però scrive dopo Duverger, in scia e che in palese dialettica forma il suo sistema di pensiero, con la parziale eccezione con il regolamento di conto avvenuto con il pensiero crociano) ma sul piano della concezione della democrazia sostanzialmente coincidente, in particolare con la teoria della democrazia sartoriana. Infatti entrambi gli autori ritengono che la democrazia sia governo controllato dal popolo o, più specificamente ancora, governo di una élite eletta dal popolo (una poliarchia elettiva, nella terminologia dello studioso fiorentino). Duverger fin dal suo libro sui partiti politici (ma meno nella sue prime proposte di riforma della forma di governo, v. *infra*) fa riposare i poteri popolari soprattutto nella scelta della maggioranza di governo o su strumenti come le primarie, ma è molto scettico sulla possibilità di aprire i partiti, gestiti dalle oligarchie, alla determinazione della linea politica da parte degli iscritti: le stesse primarie sono sostanzialmente un momento di investitura di personale.

ragione di esperienza diretta, a partire da quella solo apparentemente minore della "réformette" del 7 dicembre 1954, che invece meriterebbe una riabilitazione quale tentativo di riformismo istituzionale. Questa riforma, certamente giunta dopo un *iter* lunghissimo e tormentato e non capace di creare un nuovo "regime" o di farsi "costituente", era stata troppo sbrigativamente derubricata a mero palliativo mentre probabilmente non fu messa in condizione di rendere secondo le sue possibilità¹⁵. Un aspetto su cui il dibattito pubblico si era presto appuntato era il conferimento di un potere formale o comunque sostanziale di scioglimento del parlamento da parte del Presidente del Consiglio e circa le sue eventuali limitazioni: un potere già previsto del resto già nella Costituzione del 1946, con alcune cautele¹⁶. Lo statista discute ampiamente di questi aspetti, sottolineando che il potere di scioglimento rappresenta un aspetto molto delicato dei rapporti con il parlamento, e lo fa nell'ambito di una riflessione istituzionale che, come tutte le altre dell'epoca (comprese quelle che in seguito alle elezioni del 1956 avrebbero poi

¹⁵ Secondo una visione piuttosto diffusa la sua portata non era solo modesta, ma al contrario regressiva e contraria alle necessità ("la résurgence du passé", ad esempio si veda il giudizio di Avril e Gicquel, a cui appartiene anche il precedente virgolettato, secondo cui "n'est rien de moins que la re-parlementarisation du régime". P. AVRIL – G. GICQUEL, *La IVème entre deux Républiques*, in *Pouvoirs*, 1996, n. 76, p. 31).

Gli interventi riguardavano la designazione diretta del presidente del Consiglio da parte del Presidente della Repubblica, il ripristino del bicameralismo, la reintroduzione della sessione parlamentare ordinaria, che poteva essere chiusa dal governo decorsi sette mesi, lo scioglimento dell'Assemblea e la fiducia. Veniva soppressa la doppia investitura dell'esecutivo da parte della maggioranza, con eliminazione della maggioranza assoluta per l'investitura del Presidente del Consiglio, per cui la maggioranza (semplice, a scrutinio segreto) votava solo al momento della presentazione del governo e del programma. Venivano estesi i poteri del Consiglio della Repubblica, a cui però veniva tolto il potere di veto a maggioranza assoluta, e venivano reintrodotte le cd. navette fino alla formazione del testo identico da parte delle due camere. Veniva introdotto, a tale proposito, un termine di cento giorni per l'approvazione del progetto a partire dal momento in cui il testo era adottato in Assemblea Nazionale.

Ad ogni modo non era passato un anno che F. GOGUEL, *La révision constitutionnelle de 1954*, in *Revue française de science politique*, 1955, pp. 432 ss. già ne parlava come di un fallimento.

¹⁶ La soluzione riprendeva una proposta del 1953 di Paul Reynaud, il quale da Presidente del Consiglio designato arrivò a subordinare la sua accettazione a costituire un governo ad un previo voto di una riforma costituzionale che la prevedesse (cosa che non avvenne, prevedibilmente). Lo scioglimento automatico viene ipotizzato quale razionalizzazione istituzionale agli inizi degli anni '30, ovviamente nell'ambito del funzionamento dei sistemi parlamentari, ma considerato una soluzione troppo ardita. Solo nel secondo dopoguerra venne riproposto in un certo numero di riflessioni scientifiche e progetti. Prima di allora, nell'immediato dopoguerra un progetto socialista prevedeva che al sopraggiungere della seconda crisi di governo nell'ambito di una legislatura si dovesse produrre lo scioglimento automatico dell'Assemblea nazionale. Nel 1958 ben tre ex Presidenti del Consiglio ripresero la soluzione in un controprogetto opposto a quello del governo del tempo, ma il loro progetto fu bocciato da un vertice di leader politici. Dell'istituto si tornò a parlare nel 1961, poco prima dell'uscita del libro di Mendès France.

Una discussione dello scioglimento parlamento come via di risoluzione dei conflitti tra governo e parlamento in F. CLEMENTI, *Profili ricostruttivi della forma di governo primo-ministeriale tra elezione diretta e indiretta*, Aracne, Roma, 2005, pp. 35 ss.

condotto alla V Repubblica), maturarono nel tentativo dichiarato di una razionalizzare del regime parlamentare, anche se poche di esse lo furono effettivamente. E' noto che di forma non integralmente parlamentare, ma semi-parlamentare o, finalmente, semi-presidenziale, si parlerà solo molto più in avanti, ben oltre il 1962¹⁷, quando la massima parte degli studiosi avrebbe sottoscritto l'autorevole opinione di Georges Lavau il quale ebbe a definire il regime del tempo in cui scriveva come un parlamentarismo razionalizzato con l'aggiunta di un Capo dello Stato con poteri personali estesi, per quanto poco compatibili con la sua irresponsabilità davanti al Parlamento¹⁸.

E' vero, che accanto al filone che rifletteva sulle relazioni tra governo e parlamento coesisteva un filone che, traendo spunto da Weimar e dalle costituzioni del primo dopoguerra, si concentrava sulla figura del Capo dello Stato, ma anche in tal caso si mirava a fare della figura un arbitro tra i poteri e, al tempo stesso, un detentore di poteri di eccezione in tempo di crisi; non una figura governante nell'ordinarietà della vita costituzionale quale sarà poi. Coloro che riflettevano sui rapporti tra gli organi tradizionali dell'indirizzo politico, tra cui Azar e Debré fin dal 1945 e durante tutta l'esperienza della IV Repubblica, miravano essenzialmente a razionalizzare il rapporto di fiducia rafforzando la posizione del governo. E in questa ottica si poneva anche la riflessione di Mendès France, sempre attenta agli equilibri costituzionali. E' a questo punto che, nella dialettica tra questi due filoni, Maurice Duverger mescola le carte in tavola sia sul piano lessicale che concettuale, parlando di "presidenzialismo" consistente, però, nel rafforzamento del Presidente del Consiglio e dai caratteri non troppo dissimili da quelli di un presidenzialismo alla statunitense. Il regime presidenziale era allora sostenuto da pochissimi, tra cui Vedel, il quale guardava agli Stati Uniti come ad un ripiego funzionale per l'impossibilità di importare il modello *Westminster*¹⁹, e successivamente, non a caso, questi si convinse della fecondità della proposta duvergeriana e convergerà su di essa.

L'antigollismo di Mendès France lo tiene invece lontano da posizione definibili anche solo per assimilazione come "presidenzialiste" e lo conduce ad una

¹⁷ La sistemazione del caso francese in un tipo definito semi-presidenziale si deve, come noto, a M. DUVERGER, *Echec au roi*, A. Michel, Paris, 1978. L'inquadramento del sistema francese nelle tipologie delle forme di governo non si è mai del tutto sopito, anche in Francia. Ciò si deve sia al modo progressivo di realizzazione della Quinta Repubblica quale la conosciamo oggi, sia alla lente concettuale delle razionalizzazioni dei parlamentarismi, che richiede il non semplice compito di porre dei limiti tassonomici davanti a casi in punto di diritto o di rendimento ibridi.

¹⁸ G. LAVEAU, *Réflexions sur le régime politique de la France*, in *Revue française de science politique*, 1962, p. 814.

¹⁹ In tal senso L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, ora in *Id.*, *Costituzione, partiti, istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 238.

riflessione sulla razionalizzazione del rapporto fiduciario. Sono anni di dibattito infuocati, che portano molti ad interrogarsi perfino se la V Repubblica rientri ancora nel tipo democratico o se non sia, invece, ormai una autocrazia (o, secondo una terminologia alternativa, ma pure presente, una dittatura), e ciò non solo per lo stile politico di de Gaulle, ma anche per le vicissitudini della decolonizzazione che portano anche ad una certa restrizione all'esercizio di alcune "libertà pubbliche". Il nostro statista è profondamente preoccupato per lo stato di salute della Repubblica.

Certo è che l'idea che la Quinta Repubblica contempli un mero arbitraggio presidenziale sparisce presto, e i commentatori tra cui, autorevolmente Raymond Aron, rilevano subito che il parlamento stenta a trovare un proprio ruolo nel sistema. Presto vengono meno anche i dubbi sulla natura diarchica dell'esecutivo, ad esempio prospettati da Kirchheimer. La crisi algerina gioca un ruolo importante, che emerge bene in una ben nota serie di riflessioni in forma di articoli di giornale coevi di George Vedel. Il tentativo di inquadrare le novità del 1958 sotto l'etichetta delle razionalizzazioni, anche se esorbitanti il rapporto tra parlamento o governo, fa transitare rapidamente da posizioni come quelli di G. Beria che definisce, però nel 1961, il sistema come un tipo di modello *Westminister* peculiare (un giudizio non lontano, come si vede, da quello di Laveau), a P. Avril che nel 1964 parla, polemicamente, di "principato", transitando per il giudizio di Duverger che definisce la V Repubblica un parlamentarismo weimariano mal riuscito²⁰. Mentre Mendès France usa parole durissime contro il nascente regime gollista, non pochi stimano le novità del 1958 inutili quanto della *réformette* di qualche anno prima.

Ma è prima del 1962, soprattutto a partire dal 1958, che nel dibattito infuocato si fa strada la dirimente campagna propagandistica di Duverger e Vedel sull'instaurazione di un regime "presidenziale"²¹, portata avanti in particolare nel biennio 1960-61, e sposata anche dal Club Jean Moulin nel suo manifesto, "Lo Stato e il

²⁰ In questa sede si evita di riportare puntualmente i riferimenti bibliografici relativi alle posizioni indicate, tratti dal nutrito saggio di C. EMERI, *Les institutions de la Ve République: État des travaux*, in *Revue française de science politique*, 1965, pp. 297-330, che contiene una ricostruzione sintetica ma ampia del dibattito di quegli anni, citando più di trecento opere, a cui si rinvia.

²¹ L'opera principale resta M. DUVERGER, *La VIème république et le régime présidentiel*. Arthème Fayard, Paris 1961 (tradotta in Italia da Edizioni di Comunità nel 1962), su cui ampiamente *infra*. La campagna di Duverger a favore dell'instaurazione di un regime presidenziale inizia molto prima, nel 1956 su *Le Monde* (e in parte *Combat*), tra aprile e giugno del 1956 (settimane in cui appare anche una riflessione consonante di F. Goguel). Vedel aveva dedicato alcune monografie al nuovo assetto ma propone l'ipotesi presidenzialista in alcuni articoli su rivista o in rapporti (come quello presentato al Comitato di studi sulla Repubblica). Vedel, come detto nel testo, era "presidenzialista" già prima del 1958. I due autori riprendono la loro campagna culturale dal 1960, sempre dalle colonne di *Le Monde*, e nel 1961, in particolare a seguito di alcuni articoli di Duverger, inizia un ampio dibattito pubblico, non poco critico, sulle proposte. Sul tema ampiamente J. L. PARODI, *Quatre années de controverses constitutionnelles*, in *Revue française de science politique*, 1962, pp. 845 ss., in part. pp. 859 ss.

cittadino” del 1961 con la proposta per un “gouvernement de législature élu au suffrage universel”²². Ricordando che Mendès France è sempre rimasto estraneo al Club, anche se culturalmente non lontano, la proposta si pone all’origine di quella commistione e confusione tra tipo parlamentare e presidenzialismo – favorita anche dalla denominazione in parte comune alle due figure principali (“Président”) – rispetto al quale lo statista francese si è sempre mantenuto lontano. Mentre gli studiosi giocano disinvoltamente con alchimie istituzionali, l’ex primo ministro francese fissa la sua attenzione sull’idea del “governo di legislatura” che rappresenta un po’, per diffusa considerazione, una scarnificazione dell’esperienza *Westminister*, talora definito dalla dottrina francese del tempo come “système du mandat” per la virtualità di consentire con un unico voto la scelta di *men and measures*. Un sistema, quello britannico, ipostatizzato da Duverger e trasformato in un presidenzialismo atipico e successivamente proposto, sempre per ragioni essenzialmente strategiche e comunicative, come “neo-parlamentare”, basato su un Presidente del governo eletto. Nel frattempo la dottrina francese già negli anni ’60 già considerava il tipo (o sotto-tipo) “*Westminister*” in declino nei suoi automatismi (“aujourd’hui il est clair que l’élection-référendum est un voie de disparaître”²³), mentre Duverger, disinvoltamente, lo accosta ad una forma di democrazia diretta per gli automatismi che sarebbe in grado di produrre e per le decisioni che il voto è in grado di integrare, in contrapposizione alle “deleghe in bianco” del vetero-parlamentarismo: è la nota idea della democrazia “immediata”, categoria che si pone, con tutta evidenza, sul piano delle forme stato, cioè dei regimi²⁴.

²² Tradotto in Italia, M. DUVERGER, *Lo Stato e il cittadino*, Comunità, Milano, 1963, pp. 267 ss. Il volume definisce il modello “gouvernement de législature élu au suffrage universel”, e in questi mesi viene per questa caratteristica dell’elezione come “presidenziale (sul punto v. infatti il bollettino “Pour un vrai régime présidentiel”, 31, juin-juillet, 1962).

Sono proprio Vedel e Duverger a curare la parte delle questioni istituzionali dell’opera, che si avvale anche di un contributo di Crozier. Il Club cesserà le proprie attività agli inizi degli anni ’70.

²³ A. MABILEAU, *Le régime britannique en question*, in *Revue française de science politique*, 1966, p. 1084, il quale parla di “parlamentarismo presidenziale”. L’autore afferma che il cittadino sceglie sempre meno una politica (cit.) e che il voto verte sempre più su una leadership, con chiara “personalisation des élections” (p. 1086), verso un modello, diremmo, di investitura, che secondo l’autore si dispiega pienamente nel 1966 quando il plebiscito diventa veramente personale e il leader è nettamente separato sia dal suo partito che dalla squadra di governo. Con arguzia l’autore ricollega la tendenza al ruolo dei media e alla crescente disintermediazione partitica (1987-88). In verità nelle pagine successive afferma l’esistenza di un circuito elettorale che connette l’opinione pubblica ad un bipartitismo (dove l’alternanza è garantita dal voto “fluttuante”, e il bipolarismo si alimenta anche grazie al cd. voto utile) e di un circuito governativo dominato dal Primo Ministro (p. 1094).

²⁴ Anche l’autore citato nella nota precedente parla di un modello più vicino alla democrazia diretta che a quella “mediatizzata” ma, appunto, limitatamente alla scelta dei governanti (cit., p. 1088), mentre Duverger, che pure è per diversi aspetti un elitista, continua a offrire una descrizione del modello britannico, che per lui (sempre in omaggio ad un metodo che confonde regolarità e

Negli stessi anni invece Mendès France propone dunque un “governo di legislatura” che a mezzo di alcune razionalizzazioni intende restare all’interno del tipo parlamentare. A tal proposito si noti che l’espressione intende essere al tempo stesso descrittiva e prescrittiva, indicando un modo d’essere e un obiettivo. Le proposte “presidenzialiste” di Duverger e Vedel, fatte proprie del club Jean Moulin, da Laveau, da Avril sono, nelle parole di quest’ultimo, “l’intégration de la durée dans les mécanismes de la décision”²⁵. Il governo di legislatura viene da loro scartato perché appunto chiaramente rientrando nei tipi parlamentari (si intende: classico), e l’approccio strutturale fonda il sistema su un bipartitismo stabilito o un partito maggioritario certo (“assuré”) quale condizione per abbinare equilibrio efficacia e stabilità. Il presidenzialismo di questi autori è, quindi, una “struttura di partiti”, secondo l’espressione di Vedel, una condizione che per Avril non esiste e che spiega la sua opzione presidenzialista basata su una rigida separazione dei poteri, laddove gli altri studiosi ritengono impraticabile la soluzione d’oltreoceano ma, pur intendendo restare entro logiche in qualche modo a base parlamentare, si orientano verso una contaminazione di logiche senza troppo interrogarsi sul limite tra razionalizzazioni che restano nel tipo e travisamenti e fuoriuscite dal tipo parlamentare.

Nulla di tutto ciò in Mendès France, in quanto il suo governo di legislatura è basato su un “contratto”, detto “di maggioranza” o “di governo”, tra un governo costituito, scrive, “à l’image dell’Assemblée” (il testo originale rende meglio della traduzione italiana, che parla di rispecchiamento: “che rispecchi la maggioranza”), fissato ad inizio legislatura, e l’Assemblée, integrando un programma definito dal governo in applicazione del quale il governo “vivra, par principe, autant que l’Assemblée elle-même”²⁶. Il tratto caratterizzante di questa proposta è che il governo deve avere il diritto di sciogliere l’Assemblée affinché il paese possa fungere da arbitro, in quanto si ritiene o che il governo non abbia mantenuto i propri impegni o che l’Assemblée voglia modificare il contratto, e appare pertanto naturale che il paese possa essere chiamato a risolvere il conflitto²⁷. Va detto chiaramente. Il meccanismo nella migliore delle ipotesi assicura un governo *per* legislatura

diritto) si distingue dal governo parlamentare, secondo il suo funzionamento idealtipico di scelta di personale di governo e politiche.

²⁵ P. AVRIL, *Un président, pour quoi faire?*, Seuil, Paris, 1965, p. 114.

²⁶ Cit. da P. MENDÈS FRANCES, *La République moderne*, Gallimard, 1962, p. 75.

²⁷ P. MENDÈS FRANCES, *La République moderne*, cit., p.63. In senso analogo le idee di J. BARTHELEMY – P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933, p. 693, secondo i quali l’appello al paese era l’unico metodo nella Costituzione del tempo per consultare in modo abbastanza preciso il popolo sui grandi problemi.

ma non la conclusione naturale di quest'ultima, e dunque non riesce a garantire la stabilità, intesa secondo questo ordine di idee quale durata. Ragione per cui l'autore discute anche della proposta di Paul Reynaud di razionalizzare ulteriormente il rapporto con lo scioglimento automatico, laddove lo scioglimento del governo in caso di inattuazione del contratto di governo sarebbe eventuale in caso di messa in minoranza del governo (come chiarito a p. 66). Scioglimento automatico aspramente criticato in dottrina in ragione di diversi inconvenienti specifici²⁸. In questo quadro, lo statista francese fa un cenno ai diversi sistemi di partito ma non prefigura, come altri autori del tempo, schieramenti governativi precostituiti alle elezioni per facilitare una logica *Westminister*, ed anzi ammette che il discrimine tra bipolarismo (o bipartitismo) e pluripartitismo può fare la differenza, in quanto il primo gode di un "indiscutibile vantaggio" (p. 62), anche se un po' apoditticamente afferma che ormai "prevale la regola o la pratica della concomitanza tra la durata della legislatura e quella della vita del governo" (*cit.*).

Appare con evidenza il vero punto debole della concezione dello statista francese: il contratto di maggioranza non si basa su un assetto in grado di garantirlo adeguatamente. V'è un'insufficienza di mezzi rispetto allo scopo, e i partiti restano arbitri del gioco. Ed infatti, se si considera che la richiesta di scioglimento da parte del governo in caso di rottura del contratto sarebbe soltanto eventuale e che l'autore diffida da regole che definisce "rigide e assolute" (p. 66) come lo scioglimento automatico dell'assemblea proposto da Paul Reynaud e André Hauriou, si comprende bene che dell'idea-forza del "governo di legislatura" resta ben poco. L'autore afferma chiaramente, del resto, di non volerlo a tutti i costi e ammette che "ci sono casi in cui la sostituzione di un governo con un altro non deve implicare necessariamente il ricorso alle elezioni generali" (p. 67), individuandoli in fatti che riguardano la figura del Presidente (si citano, accanto a motivi di salute, "sbagli personali") ma che esistono comunque "circostanze difficili" in cui "le elezioni generali potrebbero essere controindicate". Affermazioni di puro buon senso, che però frustrano l'obiettivo dichiarato. In definitiva, Mendès France ritiene che dare il diritto di scioglimento al governo, rimettendo l'ultima parola sui contrasti agli elettori, non solo è conforme ai principi democratici e al "quadro democratico" ma può dare più saggezza politica all'assemblea e più stabilità ed efficacia al governo. Tuttavia la proposta è circondata da tali cautele che sembra risolversi in una pedagogia che razionalizza, preservando la flessibilità del sistema parlamentare, ma che appare in grado di realizzare ciò che promette.

²⁸ Ad es. F. GOGUEL, *Réflexions sur le régime présidentiel*, in *Revue française de science politique*, 1962, p. 304.

Il governo di legislatura, infatti, al fuori di condizioni politiche precise, e peraltro spesso idealizzate, è realizzabile solo con un notevole tasso di rigidità e comunque senza alcuna garanzia di efficacia, ricorrendo a "razionalizzazioni" ben più forti: secondo alcuni, e nel modello invalso in Italia, non esclusi alcuni automatismi. Invece l'autore affida al rigore e alla puntualità nella stesura di questo "contratto-programma" il segreto del successo del governo, tanto che nel 1964 in una lettera privata arriverà a lamentarsi della disinvoltura di Mitterand, come se un programma si potesse mettere su "en una demi-heure": "Je suis, je l'avoue, très sévère pur cette conception qui et, a mona vis, la base même de la faillite de la IVème"²⁹.

3. Il tema posto dalla riflessione sul governo di legislatura, posto mediante un contratto di governo o maggioranza o per altre vie, è per un verso un tema di mezzi sufficienti e adeguati rispetto ad un fine da parametrare con la Costituzione, per altro verso un tema di tassonomia delle forme di governo che può essere speculato sia per via teorico-generale che alla luce di un ordinamento costituzionale che faccia da cornice e limite, ovviamente in sovrapposizione con il primo aspetto. Abbiamo già notato che il governo di legislatura è un obiettivo più che uno strumentario. Tale obiettivo si qualifica come di durata relativamente ad un organo costituzionale, anche se non è così inteso da Mendès France, ed è parametrato sulla legislatura, intesa quale scadenza naturale delle camere. Può notarsi che nel prototipo *Westminister* storico sembra conservare due virtualità relative alla della corrispondenza tra governo e legislatura: la legislatura può essere intesa quale giunta a scadenza naturale, cioè compiuta, oppure la corrispondenza con il governo può contemplare una sua fine anticipata: un governo per l'intera legislatura nel primo caso; un governo per ciascuna legislatura, basicamente, nel secondo caso.

Il tema, pertanto, attiene in sostanza ad una riflessione sui modelli parlamentari, in quanto nei modelli presidenziali la durata del governo è di regola indipendente da quella delle assemblee parlamentari e discende da una elezione popolare diretta o indiretta. Rispetto a questa dicotomia, il semi-presidenzialismo alla francese pone la difficoltà concettuale derivante dall'esecutivo bicefalo, in quanto la durata del Presidente della Repubblica segue le regole dei presidenzialismi e quella del governo in senso stretto regole conformi ai modelli parlamentari. In questa singolare forma di governo, pertanto, l'espressione "governo di legislatura" appare

²⁹ Così in P. MENDÈS FRANCE, *Ouvres Complètes*, tome V (Préparer l'avenir, 1963-1973), Paris, 1989, p. 85.

ambigua per molti aspetti, se non perde di significato, e ciò non solo in dipendenza della condizione politica di controllo o meno, da parte del Presidente, delle camere, ma anche per le regolamentazioni specifiche: il Presidente è sottoposto ad un mandato popolare in senso proprio e il governo a forme varie e stringenti di razionalizzazione del rapporto fiduciario. Il tema della stabilità del governo, connesso alla sua durata (e presunta premessa della governabilità/efficacia) riguarda, pertanto, le sole forme parlamentari. La conclusione è però meno certa da quando nella riflessione sulle forme di governo è entrata l'ipotesi un Presidente del Consiglio, o come che sia definito il vertice di governo, eletto direttamente dal corpo elettorale. Tale condizione replica, in parte, le condizioni del semi-presidenzialismo (definito, questo, in senso meramente formale), con la differenza che qui è il Presidente del Consiglio, anziché quello della Repubblica, a poter vantare un mandato elettorale in senso proprio, in quanto carica monocratica eletta dal corpo elettorale. Ciò determinerebbe, per logica istituzionale, l'impossibilità di una sfiducia che lo colpisca e, tanto meno, di una sua sostituzione parlamentare. Diversamente il suo non potrebbe dirsi un mandato in senso proprio, come lo è quello di un presidente statunitense come carica di governo, o di un parlamentare di una camera bassa in una democrazia occidentale. Qui il mandato indicherebbe solo l'origine popolare, mentre starebbe in carica secondo regole *quodammodo* improntate alle logiche dei sistemi parlamentari. In altre parole, una forma di governo con il presidente eletto sarebbe una chiara tipologia a sé a condizione che il Presidente sia eletto direttamente dal corpo elettorale e sia rimuovibile solo per forme di responsabilità giuridiche, e quindi sia indipendente dalle assemblee. Tale condizione consente di affermare che l'esempio di Israele degli anni '90 realizzava il modello, almeno secondo Giovanni Sartori, in modo piuttosto coerente e conseguente, in quanto il Primo Ministro era eletto contestualmente ma con scheda separata rispetto al parlamento. La contestualità o meno, ovviamente, ha un certo rilievo politico in quanto il problema di tutti i governi è sempre e comunque di portare avanti il proprio programma di governo che, quale che sia la forma di governo (da cui consegue l'assetto delle fonti, o comunque i due aspetti sono in reciproca embricazione), presuppone la capacità di poter ottenere leggi o comunque fonti primarie per svolgere le politiche. Nel modello israeliano di cui abbiamo detto, l'espressione "governo di legislatura" è del pari ambigua, perché se riferita al Primo ministro eletto indica, in sostanza, il mandato popolare e la stabilità/inamovibilità della figura sul piano politico e dice poco. Se invece riferita all'organo-governo diventa invece problematicamente configurabile. La necessità per il Premier di ottenere, una volta eletto, la fiducia parlamentare (una forma di razionalizzazione per raccordare le due legittimazioni contestuali ma separate) lo ha reso dipendente da maggioranze parlamentari. La fiducia pertanto si caratterizza non solo come una razionalizzazione

politica, cioè una semplificazione e una utilità, ma come una razionalizzazione giuridica, nella specie di un obbligo giuridico. Peraltro il sistema elettorale prescelto e la stessa soluzione della scheda di elezione separata aveva contribuito nel caso israeliano a frammentare ulteriormente il panorama partitico. In ogni caso, la novità dell'elezione diretta in quell'esperienza veniva tradita dal rapporto fiduciario e le ipotesi di crisi sia del parlamento sia del governo erano molto articolate aprendo a svariate possibilità, dove non erano escluse ipotesi di "elezioni speciali" del solo premier: l'esatto contrario di un premier che dispone di un potere di scioglimento per sperare che il corpo elettorale arbitri il conflitto con il legislativo in suo favore, favorendo la creazione di una maggioranza disposta a sostenerlo. D'altra parte, il rapporto fiduciario non era solo un tradimento della logica della elezione diretta, ma dal momento che il governo ha a prescindere dalla forma di governo il problema di attuare il programma dirigendo il parlamento (*passando*, come si dice in gergo parlamentare, in parlamento), appare un vantaggio nella misura in cui coordina(-va) a monte i due organi. La soluzione israeliana intendeva chiaramente evitare una compiuta "presidenzializzazione" della forma primo-ministeriale, rifuggendo dalle sue conseguenze ultime, come la realizzazione di una chiara separazione dei poteri, che rende il controllo della maggioranza solo eventuale. Né la fabbricazione di una maggioranza era agevolata, a differenza di certe soluzioni neo-parlamentari. In tal modo il *surplus* politico costituito dalla legittimazione elettorale veniva disperso facilmente, restando assorbito dalle dinamiche partitiche e di fazione. E' per queste ragioni che, come noto, sulla base di proposta di Duverger, in Italia trovava un certo consenso l'ipotesi, appunto, di un "governo di legislatura" in cui l'obiettivo perseguito della coincidenza tra governo e legislatura apparisse più realistico. Di qui le soluzioni delle elezioni contestuali o delle schede uniche, dei premi di maggioranza, della drastica clausola *simul... simul* che collega i destini dei due organi. "Razionalizzazioni" volte in fatto non solo a garantire una maggioranza iniziale, sdrammatizzando il tema della fiducia quantomeno iniziale, ma anche a rendere poco probabile la sfiducia al governo. Grazie alla lente del neo-parlamentarismo, per lo più si sono ritenute queste razionalizzazioni compatibili con la forma parlamentare. In realtà sistemi siffatti ingessano completamente il meccanismo istituzionale, favoriti, nei livelli locali, dall'assenza di una alterità tra vertice del governo e capo dell'ente, e proteggono oltremodo il governo da qualunque infortunio, con eccezioni dipendenti da fattori di contesto nei singoli livelli di governo che qui non si possono approfondire: basti ricordare che la sfiducia a livello regionale è praticamente inoperante, mentre a livello locale è "solo" relativamente infrequente.

Sia il modello israeliano che tipo neo-parlamentare all'italiana accentuano la difficoltà di indicare un preciso confine tassonomico tra le forme di governo. Se le proposte di Mèndes France restava comodamente nella riflessione classica del

parlamentarismo, coevamente emergeva prepotentemente non tanto il tema del mandato elettorale (nel senso politico dell'espressione), di cui anche lo statista francese si preoccupa, ma di assicurare in modo credibile il governo di legislatura con rimedi istituzionali e, specificamente, costituzionali, ben altrimenti forti. Un controllo di maggioranza, peraltro non reso obbligatorio e non regolamentato, e uno scioglimento eventuale del parlamento rimesso alla decisione del governo chiaramente non apparivano sufficienti a raggiungere l'obiettivo dichiarato. Occorreva pertanto un *surplus* di ingegneria costituzionale, e ciò vuol dire minor credito alle risorse della politica su cui lo statista francese, come abbiamo visto, faceva tanto affidamento. Con ciò emergeva però anche il tema dell'irrigidimento delle dinamiche parlamentari, da cui la proposta mendesiana appare esente: se c'è un'essenza dei modelli parlamentari, infatti essa è da ravvisare nella loro flessibilità. Se c'è un difetto è, come noto, nella frequente tendenza alla instabilità ministeriale. Battere il tasto della governabilità, o anche solo della stabilità governativa, per superare il difetto storico delle forme parlamentari, non poteva che significare – per chi si ponesse sul piano ingegneristico, utilitaristico, positivistico dei “premi” e delle “punizioni” – irrigidire il modello, ponendo la questione dei suoi confini. La dottrina francese degli '50 e '60, pur adusa allo sperimentalismo, non aveva sufficienti strumenti per cogliere lucidamente il tema del rischio dell'eccessiva rigidità di un modello parlamentare razionalizzato. Si colgono i limiti o l'improponibilità del modello statunitense e si apprezza il coordinamento e la fusione degli organi, ma perde nelle nebbie il tema della dignità del parlamento immaginando cicli funzionali garantiti sulla base dell'idea che la durata è pre-condizione della efficacia. Lo strumento concettuale (non necessario ma evocativo) che ha guidato questa ricerca è stata l'idea della democrazia “immediata”³⁰, contrapposta a quelle mediatizzate dal ruolo dei partiti e dalla libertà dei parlamenti (il cd. principio della legittimazione parlamentare). In altre occasioni si è avuto modo di notare che non casualmente l'espressione democrazia immediata veniva anche resa, in Francia, da Duverger, non poco curiosamente come “democrazia diretta”, e che peraltro si pretendeva allo stesso tempo di avere una “parlamentarismo” benché “neo”, novello. Per di più in una prima prospettazione, poi superata, proponendolo come un “presidenzialismo” per quanto atipico³¹. Va ricordato che le espressioni “democrazia diretta” e “semi-diretta” erano in quegli anni usate

³⁰ Tra i primi riferimenti M. DUVERGER, *La repubblica tradita*, Edizioni di Comunità, Milano, 1960, pp. 61 ss.

³¹ Il presidenzialismo in senso proprio era stato proposto da pochi autori, come Calamandrei e Valiani del Partito di Azione, e da altri esponenti laici come Crisafulli, che poi avrebbe aderito all'ipotesi del “governo di legislatura”.

frequentemente in Francia, e lo sono in parte ancora oggi, ma in uso discutibile e qualche volta decisamente non accettabile. La democrazia diretta è un non-modello antitetico alla democrazia rappresentativa: ciò che esistono sono strumenti improntati all'ideale della democrazia diretta. Non tanto si è preso troppo sul serio, quanto si è letto male Rousseau.

Quando, anche in Italia, si è parlato di ripristinare il principio democratico della sovranità popolare, privandolo delle mistificazioni³², ci si è posti in linea di collisione che il modello rappresentativo-parlamentare in quanto tale, e non solo con i suoi eccessi. Dal momento che il modello *Westminister* era notoriamente non trapiantabile per carenza di condizioni politiche, ci si propone di trasporlo per surrogati funzionali. Ma a monte di questo tentativo, v'è un'operazione concettuale molto incisiva. Duverger procede a isolare il sistema *Westminister*, chiaramente ipostatizzato, tipologicamente dalle forme parlamentari (spinte, evidentemente, verso la prevalenza delle assemblee), proponendolo non solo come tipo a sé quanto riferimento plastico del modello democratico *tout court*, identificato peraltro dalla categoria della "democrazia immediata" (che, come detto, con il tempo sostituisce sempre più ricorrenza nella terminologia duvergiana quella della "democrazia diretta": entrambe e sempre riferite, non lo dimentichiamo, al modello *Westminister*!).

In questo modo il più flessibile dei governi parlamentari viene tradotto in forme rigide, asseritamente (neo-)parlamentari, ma discutibilmente tali. Del modello *Westminister* viene negato il fondamento sul principio della legittimazione parlamentare in luogo di un "mandato popolare" che in realtà non è mai stato visto dalla dottrina più autorevole in antitesi con il ruolo della rappresentanza e dei partiti, tanto da essere altrettanto correnti le diciture "party mandate" "party government", "representative government" e altre. La flessibilità del modello parlamentare in Francia è stata storicamente schiacciata sull'assolutismo parlamentare della "Repubblica dei deputati" e delle camarille, come in Italia sul trasformismo quale carattere ricorrente dell'esperienza unitaria³³. In tal modo, la necessità di una riflessione seria sui rimedi all'instabilità ministeriale (prima e più che del trasformismo) diviene la stura per posizioni ideologiche anti-liberali, talora venate di organicismo e autoritarismo, presentate come democratiche³⁴. Tuttavia,

³² S. GALEOTTI, *Dalla disciplina dei partiti alla riforma del sistema di governo. Spunti per una politica costituzionale* (1966), ora in ID., *Alla ricerca della governabilità*, Giuffrè Milano, 1983, p. 95.

³³ La frase pronunciata da Depretis in tema di "trasformazione dei partiti", ben presto ridefinito come trasformismo era: "Se qualcuno vuole entrare nelle nostre file, se vuole accettare il mio modesto programma, se vuole trasformarsi e diventare progressista, come posso io respingerlo?". Si noti la logica di adesione ad un programma che, in sé, veniva considerato un dato.

³⁴ Sul crogiolo culturale di M. Duverger v. ad es. M. PLUTINO, *Duverger. La sinistra alla francese*, in *Mondoperaio*, 2015, n. 3, p. 45.

per quanto spesso vi fosse un retaggio, antiliberal, lo slittamento verso soluzioni iper-rigide, difficilmente compatibili non solo con il mantenimento di un modello parlamentare, ma democratico avviene per gradi.

Per esempio, l'elezione diretta del Presidente del Consiglio entra nel nostro dibattito istituzionale italiana già nel 1966 ad opera di Serio Galeotti³⁵, in anni in cui si persegue ancora la strategia della riforma dei partiti³⁶. Anche la sua proposta viene definita "governo di legislatura" ed è configurata come una elezione popolare del Presidente del Consiglio, con voto a turno unico alternativo-trasferibile, simultanea a quella del Parlamento e assistita dallo scioglimento automatico del Parlamento in caso di sfiducia al governo. Galeotti affermerà in seguito di aver solo reinventato idee altrui, riferendosi a Duverger³⁷. Anche nella sua proposta non è garantita la durata del governo per l'intera legislatura in quanto esiste sia la possibilità di dimissioni del governo, sia della sfiducia da parte del Parlamento, la quale sarebbe espressione, afferma, della conservazione del "principio caratteristico del governo parlamentare". Pertanto in scritti successivi prende a definire la forma di governo proposta come neo-parlamentare, ma ribadisce che l'espressione governo di legislatura non sia fuori luogo perché "il governo nascerebbe e morirebbe con il Parlamento che gli è gemello". Alla luce di quanto osservato sopra questa soluzione realizza solo una delle possibili virtualità della formula del governo di legislatura, ovvero un governo per ciascuna legislatura, senza quella garanzia di durata e corrispondenza con la legislatura che sarebbe tipico delle logiche presidenzialistiche in senso proprio. Si consideri tuttavia che tale proposta cala in un sistema dove l'esperienza conosce solo le crisi extra-parlamentari per comprendere come l'intento fosse, più che di parlamentarizzare le crisi, dato il connesso decretarsi della fine della legislatura, di prolungare la durata del governo incidendo sulle logiche di coalizione e correntizie (queste ultime in prevalente riferimento alla Democrazia Cristiana). In quegli anni peraltro comincia a circolare la discussa categoria delle democrazie immediate, e la connessa distinzione

³⁵ S. Galeotti, *Dalla disciplina dei partiti*, cit., p. 71 ss, in part. pp. 97 ss, pubblicato originariamente come "Prefazione" al volume di C. E. TRAVERSO- V. ITALIA, M. BASSANI, *I partiti politici. Leggi e statuti*, Istituto editoriale Cisalpino, Milano, 1966.

³⁶ A tal riguardo c'è un passo significativo del 1973 in cui l'autore afferma di aver superato "certe mie posizioni di dieci anni prima" e di non ritenere "che la disciplina legislativa dei partiti fosse l'esigenza prioritaria di riforma", ma che i partiti avrebbero trovato una cornice nella quale rigenerarsi naturalmente entro la riforma istituzionale. S. GALEOTTI, *Alla ricerca*, cit., p. 276. Si noti tuttavia che l'autore non abbandonò mai almeno l'idea di una riforma della disciplina legislativa del finanziamento ai partiti, del resto resa sempre più urgente, se non ineludibile, nella sua linea di pensiero, a causa della mancata riforma istituzionale. Galeotti ebbe, come noto, un ruolo di rilievo nella fase di massimo rilievo dell'uso dell'istituto referendario, all'inizio degli anni '90.

³⁷ S. GALEOTTI, *Alla ricerca*, cit., p. 242.

tra elezioni-volontà ed elezioni-deleghe in bianco. A tale proposito nel lavoro di Galeotti dedicato al potere di decisione³⁸ Inghilterra e Stati Uniti vengono unificate in una comune figura di "investitura del capo del governo" che "scaturisce immediatamente dal voto popolare". L'autore è ben consapevole che ciò che distingue l'esperienza *Westminster* dalle forme di governo parlamentari continentali è il multipartitismo; consapevolezza che è alla base della nota scelta di Leopoldo Elia di individuare un ruolo specifico, costitutivo e non solo caratterizzante, per il sistema dei partiti nella forma di governo. Tuttavia nello studio le assimilazioni funzionali appaiono troppo disinvolute, se si considera che in quegli stessi anni Giovanni Sartori pubblica la capitale monografia per il mercato di lingua inglese sui sistemi di partito che offre un'articolazione dei sistemi di partito di ben altro spessore, distinguendo forma, struttura, sistema e intrattenendosi sulle dinamiche, il tutto in chiara e diretta polemica con questi approcci, e con Duverger in particolare. Se Galeotti ha ragione quando afferma che è pericoloso assorbire senza residui la sovranità popolare nei partiti³⁹, d'altra parte fornisce una prospettiva teorica che tende a configurare il libero mandato parlamentare quasi come una anomalia, comunque un ostacolo al dispiegarsi della "vera" democrazia. Le idee dell'autore si adatteranno al tempo restando però fedeli nel loro nucleo nel loro sostegno del "governo di legislatura", che, delle tante definizioni, resterà quella in definitiva preferita dall'autore⁴⁰. Allo stesso tempo, per quasi cinquant'anni non rinuncerà a inquadrare tali soluzioni "nel quadro del sistema parlamentare", ravvisato nel suo principio caratteristico della necessaria omogeneità politica di governo e parlamento basato sulla fiducia⁴¹. Con parole che riecheggiano quelle di M. France, l'autore sollecita un'emersione di una più piena intellegibilità del gioco delle responsabilità politiche e di un ruolo arbitrale del corpo elettorale. Ma le due proposte sono e restano nettamente differenti e, tra l'altro, Galeotti si mostra fiducioso, sempre sulla scia di Duverger che la riforma costituzionale condurrebbe "naturalmente" al bipartitismo⁴². E' vero d'altra parte che Galeotti non cede a certi eccessi della dottrina francese e rifiuta, ad esempio, l'idea della "democrazia governante" sostenuta da Burdeau, intesa, come una democrazia "continua e

³⁸ Ora, S. GALEOTTI, *Alla ricerca*, cit., p. 140.

³⁹ *Op. ult. cit.*, p. 142.

⁴⁰ "L'ipotesi riformistica del governo di legislatura, che io sostengo da anni", ora S. GALEOTTI, *Alla ricerca*, *op. ult. cit.*, p. 285. Il saggio in questione, dal titolo "Democrazia forte" è pubblicato del 1973, poi integrato e rinominato come "Democrazia autorevole" nella raccolta del 1983. L'autore ha in seguito ricordato di aver chiamato inizialmente la sua proposta "neo-parlamentare", ma avendo poi preferito definirla "governo di legislatura" per distinguersi da Duverger, anche a causa degli adattamenti di quella proposta (*Op. ult. cit.*, p. 336).

⁴¹ *Op. ult. cit.*, p. 243.

⁴² *Op. ult. cit.*, p. 245.

senza intermittenze”⁴³. Né sembra considerare il modello *Westminster* un modello a sé, affermando che “di norma” si atteggia come un governo di legislatura e sottolineando il ruolo giocato dalle convenzioni costituzionali. La sua posizione è dunque assai più solida sul piano metodologico (quantomeno giuridico). Il governo di legislatura sarà sempre presentato come uno “sviluppo e variazione” “in senso immediatamente popolare”⁴⁴, sulla base della conservazione del rapporto fiduciario. Il vantaggio offerto dalla garanzia di omogeneità politica è, in fondo, la ragione principale per cui ribadisce l’ancoraggio al tipo parlamentare, ma non bisogna dimenticare che tale omogeneità deve essere qualcosa di sostanziale e non qualcosa che si traduce in una connessione strutturale di tipo solo formale, che espone il governo a continui incidenti parlamentari o degradi la dignità del parlamento con la minaccia della dissoluzione⁴⁵. Non a caso un maestro del diritto del diritto pubblico italiano, non certo poco attento alle ragioni dell’efficienza governativa, e decisamente aperto a forme anche incisive di razionalizzazione anche in funzione di quello che poi sarebbe stato chiamato un mandato popolare del governo, osservava già nel secondo dopoguerra: “non sembra concepibile che il governo possa disporre dell’atto più importante, lo scioglimento, quando l’assemblea gli

⁴³ *Op. ult. cit.*, p. 268, contrapponendogli le idee sulla democrazia di Sartori, delle quali, evidentemente non trae tutti i possibili frutti quanto la stigmatizzazione dell’idea del governo del popolo come idea letterale.

⁴⁴ *Op. ult. cit.*, p. 325.

⁴⁵ L’Autore riconduce la dissoluzione automatica del parlamento che sfiducia il governo ad una forma di assunzione di responsabilità (“ingaggio”) del parlamento medesimo e fa derivare questa necessità dal fatto che i due organi sono nati contestualmente, anche al fine di ribadire la natura arbitraria del potere popolare. S. GALEOTTI, *op. cit.*, p. 359. L’idea che la dissoluzione automatica del parlamento in caso di voto di sfiducia al governo fosse capace di restituire dignità al Parlamento e una piena responsabilità dei suoi atti, e non fosse, al contrario, degradante o comunque una sanzione costituzionale, è sempre stata abbastanza corrente nel dibattito francese. Esistono, come è evidente, diversi modi di intendere la responsabilità, la stessa espressione “mettere il parlamento in faccia alle sue responsabilità”, può indicare l’emersione di una colpa, come tale da sanzionare, ovvero sottolineare la delicatezza della scelta, da adottare a cagione delle sue conseguenze con tutte le prudenze del caso. Sul modo di intendere la responsabilità politica nelle forme parlamentari v. comunque la seconda parte del saggio, su un numero successivo della rivista.

Bisogna infine segnalare come caso-limite quello svedese, dove l’art. 5 del capitolo relativo al governo della Legge sulla forma di governo consegna al Primo ministro la possibilità di sciogliere il parlamento entro sette giorni dalla sfiducia a lui o ad un ministro. Questa possibilità cozza frontalmente con le logiche parlamentari perché riduce molto la libertà di azione del parlamento, giungendo non molto lontano da una clausola *simul... simul*. Più simile alla logica di un autoscioglimento l’ipotesi della Costituzione francese del 1946 all’art. 51 (le cui fattezze talora fanno capolino ancora in dibattiti attuali) che prevedeva la possibilità dello scioglimento governativo (ma decretato formalmente dal Presidente della Repubblica) dopo due crisi ministeriali ma non prima di diciotto mesi dall’inizio della legislatura: potere previsto da disposizioni la cui portata fu peraltro ampiamente dibattuta, v. anche nota *infra*.

Su una corretta (a nostro avviso) impostazione del tema della responsabilità politica torneremo a fondo *infra*.

⁴⁶ G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Jovene, Napoli, 1990 (ristampa

abbia ritirato la propria fiducia⁴⁶, per quanto poi con argomenti che oggi appaiono non del tutto convincenti finisse per ammettere che uno scioglimento successivo da parte del governo offrisse "sufficienti garanzie di non poter essere utilizzato per un attacco alle istituzioni"⁴⁷. La questione fondamentale, dunque, veniva ad essere quella della rigidità di questo sistema, come che si volesse qualificare. E' peraltro da notare che l'autore non patrocinerà mai il ricorso a "premi di maggioranza". Anche per l'eventualità di crisi extraparlamentari, indubbiamente capaci di attribuire significativi spazi al Presidente della Repubblica, affermerà, un po' apoditticamente, che un Premier non potrebbe avere alcun interesse a dimettersi, in quanto politicamente rovinoso⁴⁸, fino ad affermare che il governo di legislatura bandisce in fatto, anche se non diritto, le crisi extraparlamentari⁴⁹. Né ebbe a escludere che nelle more della riforma si potesse pervenire al governo di legislatura per via convenzionale, come sostenuto per primo da Antonio La Pergola, poi ripreso da altri, mediante schieramenti pre-elettorali che in qualche modo vincolassero il Capo dello Stato a farsi garante del "mandato elettorale", prospettando una versione del governo di legislatura funzionante su un "patto di legislatura".

Le idee di Galeotti faranno molta strada, sposate più o meno fedelmente o rielaborate attraverso percorsi originali. Ma questa è, almeno in parte, un'altra storia, che porta lontano dalle idee di Mendès France.

dell'edizione 1949), p. 204 che prosegue: "se la costituzione espressamente enuncia la norma della responsabilità ministeriale, la dottrina deve escludere lo scioglimento successivo, che rispetto alla prima a natura eccezionale, se esso a sua volta non sia prevista da una disposizione derogante espressa". Si ricordi che all'epoca c'era la discussione di Weimar sullo scioglimento governativo e poco prima l'art. 51 della Costituzione francese del 1946, di cui l'autore si occupa, in relazione ai numerosi dubbi interpretativi a pag. 245 ss. (nonché negli stessi mesi, si elabora la Legge fondamentale di Bonn). Guarino, per rafforzare quanto si afferma nel testo, distingue le elezioni in sistemi bipartitici che a suo avviso sono "decisione", "pronunzia di volontà" dai casi di società meno omogenee dove la volontà popolare si esprime solo in forma negativa, come volontà popolare di non esserci, e che in suo luogo ci siano altre volontà come quelle di partiti, gruppi, individui, eccetera. L'affermazione oggi appare grossolana ma, come si vede, è molto vicina all'idea di democrazia immediata di Duverger e alle concezioni, anche precedenti a quest'ultimo, di Burdeau. Una simile concezione si ritrova in molti autori in diversa misura, compresi alcuni noti per l'attenzione agli equilibri costituzionali e alle ragioni del parlamento, come Mario Galizia e Leopoldo Elia. Per il primo autore v. ad es. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Giuffrè, Milano 1972, p. 248. Sul secondo autore si rinvia all'apparato di note in questo contributo.

⁴⁷ S. GALEOTTI, *Alla ricerca*, cit., p. 282.

⁴⁸ *Op. ult. cit.*, p. 326.

⁴⁹ *Op. ult. cit.*, p. 345.

I CONTEMPORANEI DEL FUTURO

«Cada vez que matan a un hombre en la calle». Note su Francisco Tomás y Valiente e la transizione democratica spagnola*

FRANCESCO SERPICO

SOMMARIO: 1. Una (doverosa) premessa – 2. L'ultima stagione franchista: una dittatura «ammorbidita»? – 3. Costituzione e società civile – 4. Stato e Chiesa nella Carta del 1978 – 5. ¿Que es España?

1. È difficile dissimulare l'emozione quando si sfoglia la «Pagina introduttiva» anteposta da Paolo Grossi al venticinquesimo volume dei *Quaderni Fiorentini* nel 1996. Quattro lustri di attività sono un traguardo da festeggiare per una rivista. Eppure non era quello il tempo per l'enfasi retorica e per le celebrazioni rituali. Il 14 febbraio dello stesso anno un commando di Euskadi Ta Askatasuna (ETA) guidato da Jon Bizenboba Arretxe, «Karak», aveva assassinato nel suo studio nell'Università Autonoma di Madrid Francisco Tomás y Valiente, storico del diritto, magistrato e poi Presidente del *Tribunal Constitucional*, tra i più illustri collaboratori del periodico fiorentino¹.

Lo stile di Grossi è, *more solito*, elegantissimo e sorvegliato, eppure per questa volta sembra cedere alla commozione di fronte alla tragica notizia della scomparsa di un amico. È opportuno auscultarne le pulsazioni cedendogli immediatamente la parola. «Tra me e Francisco Tomás y Valiente», scriveva, «vi era un'amicizia, vera, confidente, totale». Il rapporto, «nato sul piano della stima intellettuale e

* Il saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Per un profilo bio-bibliografico è possibile consultare i saggi presenti in numerose opere collettanee che ne hanno ricordato la figura all'indomani della prematura scomparsa. Tra i numerosi lavori: B. CLAVERO, *Tomás y Valiente, jurista en tiempos de tribulación y transición* in E. TORRIJANO PÉREZ, S. DE DIOS DE DIOS, J. INFANTE MIGUEL-MOTTA (Ed.), *El derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX). En memoria de Francisco Tomás y Valiente*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 15-39. E. GARZÓN VALDÉS, P. SALA SÁNCHEZ, F. RUBIO LLORENTE, M. LORENTE SARRIENENA, F. LAPORTA, E. DÍAZ, V. FERRERES CORNELLA, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Cuadernos Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 33, 2012, *Maestros de ciudadanía*, Manuel Broseta, Ernest Lluch, *Francisco Tomás y Valiente*, Valencia, Universidad de Valencia, 2014. J. M. GÓMEZ BRAVO (dir.), *Una mirada valiente: homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, Polifemo, 2016; M. P. ALONSO ROMERO (dir.), *Francisco Tomás y Valiente: memoria y legado de un maestro*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2016, EAD., *Francisco Tomás y Valiente (1932-1996) in España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 807-820.

della considerazione scientifica, era spontaneamente calato sul terreno dei sentimenti profondi, quelli che si radicano nello spirito e contribuiscono ad affinarlo»². D'altro canto, lo sdegno per il gesto di «un'aberrante e nefanda mano assassina»³ si rivolgeva contro chi aveva sottratto alla comunità internazionale un giurista che faceva del suo essere un uomo di cultura, nel senso di una «indefettibile capacità critica e una perfetta autonomia intellettuale»⁴, il tratto caratteristico della sua esperienza di accademico e di uomo delle istituzioni. Un personaggio profondamente orientato al dialogo e alla partecipazione, perché, come egli precisava, Tomás y Valiente «credeva nella pluralità delle verità», cosciente «che esse fossero disseminate sparsamente», intimamente consapevole «di essere portatore soltanto di una verità – di ciò che lui chiamava un '*fragmento de verdad*' – e di doversi pertanto porre in comunicazione con quei frammenti che sicuramente erano nell'interlocutore e, perché no?, nell'avversario»⁵.

Le parole di Paolo Grossi forniscono una precisa indicazione di metodo per questo contributo. La ricerca continua ed inesausta di «frammenti di verità» rende l'opera sul terreno politico e culturale di Francisco Tomás y Valiente insuscettibile di essere incasellata in una prospettiva predefinita, refrattaria ad ogni valutazione che ne sfumi la sua complessità. L'impressione è di trovarsi di fronte ad una figura irriducibile a ritratto unitario, nel quale l'apertura e la profondità culturale (testimoniata, a tacer d'altro, dalla sterminata bibliografia)⁶ e il richiamo all'impegno civile lo pongono di volta in volta di fronte a scelte tormentate, ma anche a svolte repentine e a dolorosi ripensamenti.

Del resto, i pochi anni che ci separano dalla sua prematura scomparsa rendono estremamente difficile il lavoro dello storico, e in particolare quello dello storico del diritto, spesso non abituato all'analisi del tempo presente. Lo studio della personalità dei giuristi ha spesso bisogno di un diaframma rispetto all'attualità, di un determinato periodo di decantazione. Meglio affidarsi a Maestri che ne hanno

² P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXV, 1996, p. 2.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ivi*, p. 3.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Non è possibile in questa sede fornire un elenco esaustivo dell'amplessissima produzione di Francisco Tomás y Valiente. A tal fine, accanto alle opere citate *infra*, si può rinviare a: *Bibliografía de Francisco Tomás y Valiente*, in A. ROMANO (a cura di), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle corti costituzionali europee. Profili storici e comparatistici. Atti di un Convegno in onore di Francisco Tomás y Valiente (Messina, 15-16 marzo, 1993)*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 279-290; *Tomás y Valiente contribución a la Historia del Derecho. Ensayo de bibliografía*, in *Avisos. Noticias de la Real Biblioteca*, 4 febrero 1996. Una ricchissima raccolta che comprende accanto alla produzione scientifica anche gli interventi sulla stampa d'opinione, nonché i discorsi editi, in: F. TOMÁS Y VALIENTE, *Obras Completas*, 6 voll., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

condiviso l'impegno sul piano scientifico, come testimoniano le commosse pagine di Paolo Grossi o la ricchissima biografia intellettuale redatta da un altro grande storico del diritto da poco scomparso come Bartolomé Clavero⁷.

Per questo, senza l'ambizione di offrire una completa analisi dell'opera di Francisco Tomás y Valiente, le pagine che seguono proveranno a fornire una traccia limitata a leggere alcuni momenti della sua esperienza di giurista in stretta connessione con le vicende politiche e istituzionali della Spagna del secondo Novecento. A ben vedere, oggi disponiamo di un buon numero di studi settoriali e di prospettive volti ad indagare la complessa transizione democratica della Spagna, di una serie di ricerche dirette a mettere a fuoco il contesto in cui maturarono le scelte dei contemporanei in questa fase decisiva della sua storia⁸. Seguendo questa prospettiva, il contributo proverà ad esplorare un itinerario nel quale si intrecciano fino a confondersi le anime di *magistrado* e *historiador* di Francisco Tomás y Valiente, un cammino che può cercare di fornire una chiave di lettura per delinearne la figura ed esaminare più da vicino, attraverso il contributo di un protagonista, la delicata transizione costituzionale della Spagna all'indomani della caduta del franchismo e l'avvio del suo cammino verso la democrazia.

⁷ B. CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè, 1996. All'opera è anteposto un ricordo di P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità. Omaggio a Francisco Tomás y Valiente*, ivi, pp. VII-XXXVI, riedita in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVI, 1997, pp. 771-799. Il testo di Clavero, che si avvale di un minuto scavo filologico della produzione edita ed inedita di Tomás y Valiente, reca in appendice una serie di appunti biografici redatti dal magistrato e storico del diritto valenciano datati 2 enero 1990 (cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Autobiografía intelectual y política*, in B. CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente*, cit., pp. 345-358).

⁸ Tra i numerosi studi apparsi in lingua italiana: L. MORLINO, *Dall'autoritarismo alla democrazia: Spagna, Portogallo, Grecia*, in M. FIRPO, N. TRANEGLIA (a cura di), *La storia*, IX, Torino, UTET, 1986; V. PÉREZ DÍAZ, *La lezione spagnola. Società civile, politica, legalità*, Bologna, Il Mulino, 2003; A. BOSCO, *Da Franco a Zapatero. La Spagna dalla periferia al cuore dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2005; C. ADAGIO, A. BOTTI, *Storia della Spagna democratica. Da Franco a Zapatero*, Milano, Mondadori, 2006. In ordine alla produzione in castigliano: J.M. DE REILZA, *Cuadernos de la Transición*, Barcelona, Planeta, 1983; J. TUSSEL, A. SOTO, *Historia de la transición (1975-1986)*, Madrid, Alianza, 1996; J. M. COLOMER, *La transición a la democracia: el modelo español*, Madrid, Anagrama, 1998; J. ARÓSTEGUI, *La Transición (1975-1982)*, Madrid, Acento, 2000; I. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *La Transición a la Democracia en España. Historia y fuentes documentales*, Guadalajara, ANABAD Castilla-La Mancha/Asociación de Amigos del Archivo Histórico Provincial de Guadalajara, vol. 2, 2004; B. ANDRÉ-BAZZANA, *Mitos y mentiras de la Transición*, Barcelona, el Viejo Topo, 2006; S. BALFOUR, A. QUIR, *España reinventada: nación e identidad desde la transición*, Barcelona, Península, 2007; M.C. CHAPUT, J. PÉREZ SERRANO (eds.), *La Transición española. Nuevos enfoques para un viejo debate*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2015; E. GRANDIO SEONE, *Sobre la transición democrática y el siglo XXI. Nuevos caminos, nuevas fórmulas*, in *Studia Historica. Historia Contemporánea*, 35, 2017, pp. 241-264.

2. È opinione condivisa all'interno del dibattito storiografico che i prodromi della transizione alla democrazia vadano ricercati all'interno della società spagnola degli ultimi anni della dittatura franchista. Le trasformazioni socio-economiche che investirono in modo tumultuoso il Paese a partire dalla metà degli anni Sessanta rappresentarono l'incubatore di una società civile che, in concorso con altri attori individuali e collettivi, prima s'incaricò di denunciare la fisionomia sclerotica di una dittatura e, successivamente, di guidare il processo di transizione verso un assetto politico orientato alla democrazia e al pluralismo. In particolare, come è stato messo in luce, un ruolo guida nel processo trasformativo del Paese fu assunto dalla generazione che, come Tomás y Valiente, si affacciò sulla scena politica e sociale del Paese tra il 1956 e il 1968⁹. Favoriti dalle (timide e sospettose) riforme della dittatura in campo economico, mutamenti profondi (per molti aspetti imprevedibili per lo stesso *establishment* che li aveva avviati) stavano investendo sottotraccia i modi di produrre e consumare, di affrontare il presente e di pensare al futuro. A fronte dell'irruzione di nuovi gusti e di più complesse culture, la Spagna rurale stava cedendo il passo ad una più complessa identità che al suo interno disegnava nuovi scenari, ridefiniva geografie sociali, erodeva lentamente ma inesorabilmente la cappa di cupo immobilismo degli anni precedenti¹⁰.

È all'interno di questo quadro che è possibile leggere la prima produzione scientifica di Tomás y Valiente, caratterizzata fin dal suo esordio da una decisa scelta di campo verso la storia moderna. Si tratta di un rilievo tutt'altro che anodino per la ricostruzione del quadro d'insieme per più di un motivo. In primo luogo perché la sua opzione rompeva con una tradizione assai consolidata nella storiografia giuridica (non solo quella iberica)¹¹ che privilegiava come *focus* d'indagine epoche risalenti al passato medievale, per le quali la preoccupazione per l'erudizione minuta e l'acribia ricostruttiva – ciò che Bartolomé Clavero chiama con un'espressione

⁹ V. PÉREZ DÍAZ, *La lezione spagnola*, cit. pp. 167-169; C. ADAGIO, A. BOTTI, *Storia della Spagna democratica*, cit. p. 19.

¹⁰ Sulle motivazioni anche legate alla politica internazionale, nonché degli effetti a lungo termine prodotti dal *Plan de nueva ordinación económica* del 1959, volto ad abbandonare, non senza reticenze e contrasti all'interno dello stesso Movimento, lo schema dell'autarchia corporativa che aveva caratterizzato la politica spagnola all'indomani della fine della guerra civile: J.P. FUSI, "La autarquía cuartelaria": las ideas económicas de Franco a partir de un documento inédito, in *Historia*, 116, 1985, pp. 41-49; E. FUENTES QUINTANA, *La economía española desde el Plan de Estabilización: el papel del sector exterior*, in T. MARTÍNEZ VARA, *Mercado e desarrollo económico en la España contemporánea*, Madrid, Siglo XXI, 1986, pp. 131-158; A. BRODER, *Historia económica de la España contemporánea*, Barcellona, Alianza, 2000; J.L. DELGADO, J.C. JIMÉNEZ, *La España del Novecento. Economía*, Padova, Cedam, 2004; M. VARELA, *El Plan de Estabilización: elaboración, contenidos y efectos*, in E. FUENTES QUINTANA (dir.), *Economía y economistas españoles*, 8, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2004, pp. 129-162.

¹¹ P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, cit., p. XVIII.

memorabile «filologia autista»¹² – assorbivano l'attenzione dello storico del diritto, convogliandone la produzione in circuiti di lettura altamente specialistici, se non decisamente autoreferenziali. L'avvio della riflessione sul diritto moderno assumeva una valenza marcatamente politica perché, attraverso lo spostamento dell'oggetto conoscitivo in epoche per forza di cose più documentate e meno lontane, l'analisi storiografica ingaggiava un rapporto dialogico con il presente, mostrando limiti e contraddizioni latenti nel sistema giuridico dei propri tempi¹³.

Certamente, la critica non sceglieva mai la strada dell'attacco frontale, del combattimento corpo a corpo, ciononostante essa esprimeva una forte carica di dissenso verso la dittatura. Non è casuale infatti che, tra i numerosi campi d'indagine aperti dalla riflessione sulle istituzioni della modernità, Tomás y Valiente scegliesse di orientare la sua attenzione sull'ambito in cui si rileva in modo palese il nervo scoperto del rapporto tra autorità dello Stato e libertà civile, come quello del diritto e del processo penale. Titoli come *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*¹⁴, la curatela all'edizione del *Dei delitti e delle pene* del 1969¹⁵, non ultime, tra le altre, le penetranti indagini dedicate all'istituto della tortura giudiziaria nel processo di antico regime¹⁶, dimostravano attraverso il taglio e la selezione degli argomenti come la critica all'autoritarismo del regime franchista potesse alimentarsi anche con le armi dell'analisi storica mediante un messaggio velato, eppure immediatamente percepibile, volto a riflettere sull'origine e sulle funzioni delle garanzie e delle libertà individuali¹⁷.

¹² B. CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente*, cit. p. 34.

¹³ M. SBRICCOLI, *Gobernar castigando. Francisco Tomás y Valiente e la storia del diritto penale moderno*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVI, 1997, pp. 689-715, p. 692.

¹⁴ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII, XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969.

¹⁵ C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1969. All'edizione dell'opera dell'illuminista milanese era anteposto un saggio del curatore: F. TOMÁS Y VALIENTE, *Derecho y proceso penal a final del siglo XVIII: la crítica de Beccaria*, cfr. ivi, pp. 9-53.

¹⁶ F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura judicial en España. Estudios históricos*, Barcelona, Ariel, 1973.

¹⁷ È significativo che nelle note anteposte all'edizione ampliata della sua opera del 1973 sulla tortura, riedita nel 1994, lo studioso valenciano precisasse «En 1973, dicho sea níguna nostalgia, todo era muy distinto [...] Durante las últimas (nadie aseguraba, sin embargo, que lo fueran) décadas del franquismo era frecuente la estrategia de hablar sobre determinados temas no en presente de indicativo, lo cual era imposible, sino a relación a tiempos pasados. El escritor confiaba en que el lector sabría entenderlo, porque uno y otro eran cómplices que intercambiaban guiños y descifraban claves, por la demás, muy poco cabalísticas». F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura judicial en España*, Barcelona, Crítica, 2000, p. 5. Sul punto, M. SBRICCOLI, *Gobernar castigando*, cit., p. 692, n. 8. Del resto, come chiarisce l'autore, nel 1973 «ya estaba compuesta la cubierta del librito y encuadernado, éste: el título en tinta roja decía así “La tortura judicial en España”. La censura dijo que no. Que así no». Dopo una singola trattativa telefonica con lo zelante funzionario del regime, scriveva Tomás, «se llegó en acuerdo: suprimir la palabra “judicial” [...] y añadir en tinta negra estas dos palabras “Estudios históricos”». F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura judicial en España*, cit., p. 6.

È opportuno soffermarsi su questa strategia – presente nella prima produzione dello storico valenciano – perché essa finisce per toccare uno dei tratti più discussi nel dibattito storiografico relativo al periodo finale della dittatura di Franco. Ciò vale, in particolare, per quelle tesi che, più o meno influenzate da motivazioni politiche contingenti, hanno finito per porre l'accento sul carattere «ammorbidito» del regime, presente nelle ultime fasi dell'esperienza franchista. Il riferimento a quelle ricostruzioni che, attraverso più o meno raffinate interpretazioni evolutive dei caratteri del regime, hanno provato a porre l'accento su un affievolimento della censura, sul carattere più paternalistico che autoritario del trattamento dei dissidenti, del limitato pluralismo politico che, secondo queste tesi, avrebbe caratterizzato la parte finale dell'esperienza politica del *caudillo*¹⁸.

Sebbene la parola «apertura» ricorresse con una certa frequenza nei discorsi della classe politica, è sufficiente ricordare come la natura brutalmente repressiva del regime franchista non conobbe interruzioni praticamente fino al termine dell'esperienza della dittatura¹⁹. Le analisi quantitative condotte sull'attività del Tribunale per l'ordine pubblico, il famigerato TOP, istituito nel 1963 e destinato ad assorbire (parzialmente) la competenza dei tribunali militari, dimostrano come esso emise condanne in numero sempre crescente fino al 1974. Del resto, a finire nelle maglie della repressione del dissenso non furono solo esponenti politici come Julian Grimau, dirigente comunista condannato a morte dopo essere stato barbaramente torturato, ma anche esponenti delle organizzazioni sindacali (più di un migliaio finirono sotto processo nel 1973). Nel 1975, anno di morte di Franco, la repressione si acuì. Il 28 agosto il Tribunale militare di Burgos pronunciò la condanna a morte per due militanti indipendentisti baschi, alla quale seguì una terza pronunciata il 19 settembre dal Tribunale di Barcellona.

¹⁸ C. ADAGIO, A. BOTTI, *Storia della Spagna democratica*, cit., 14. Sul 'pluralismo limitato' negli ultimi anni del franchismo, è d'obbligo il rinvio allo di J. J. LINZ, *L'opposizione ad un regime autoritario: il caso della Spagna*, in *Storia contemporanea*, 1970, 1, pp. 63-102; e 2, pp. 299-355, pubblicato originariamente nel 1964. Per una critica questa impostazione: M. CARRILLO, *El derecho represivo de Franco (1936-1975)*, Madrid, Trotta, 2023, che sottolinea il vero e proprio ossimoro della formula del "pluralismo limitato": «Que el franquismo reunía en su interior expresiones políticas plurales en función de las diversas familias políticas que le daban apoyo era una evidencia (el Ejército, la Falange, los católicos de la Asociación Nacional de Propagandistas, los tecnócratas del Opus Dei, los tradicionalistas, etc.). Pero igual de evidente era que se trataba de un «pluralismo» sin participación política abierta, restringido a los contornos siempre infranqueables de un régimen de dictadura que en ningún momento perdió dicha condición» cfr. ivi, p. 30.

¹⁹ Sull'organizzazione e sul funzionamento dell'apparato repressivo del dissenso politico nel regime franchista, tra i numerosi lavori: F. J. BASTIDA FREIJO, *¡Suces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo de la Dictadura*, Barcelona, Ariel, 1986; J. AROSATEGUI (COORD.), *Franco: la represión como sistema*, Barcelona, Flor de Viento, 2012; M. CARRILLO, *El derecho represivo de Franco (1936-1975)*, cit.

Contemporaneamente il Tribunale militare di Madrid condannava alla pena capitale sei militanti del *Frente revolucionario antifascista y patriótico* (FRAP) suscitando veementi reazioni dell'opinione pubblica europea e sollecitando un accorato appello alla moderazione da parte del Pontefice Paolo VI²⁰.

A fronte di questa realtà, si comprende come la scelta di Tomás y Valiente di orientare la propria ricerca storiografica su tematiche così sensibili costituisse un'opzione tutt'altro che neutrale sul piano politico. Lo avrebbe chiarito lo stesso autore in un passo della sua *Autobiografía*. «En la Monarquía absoluta y en el régimen franquista bajo el que vivía mientras estudiaba aquella» egli scriveva «el Derecho penal y el proceso penal exento de garantías constituyeron formidables instrumentos de poder. La conexión entre la historia que vive el historiador y la Historia que escribe siempre me ha parecido obligada, aunque sé que es metodológicamente peligrosa. Pero ¿cómo se podía escribir sobre la tortura en España de 1960 ó 1970? Yo lo hice ablando y condenando la tortura de 1690 ó 1790. No me arrepiento, aunque algún disgusto me costó. La misma última finalidad animaba mis pequeños trabajos sobre la Inquisición, otro tema apasionante sobre el que volveré cuando pueda»²¹.

3. A voler indulgere nella retrospettiva – pericolo che si annida sempre nel lavoro dello storico – è possibile intravedere una traccia di continuità tra le ricerche sul processo penale di antico regime e gli interessi che avrebbero occupato l'orizzonte della sua riflessione negli anni a venire. A ben vedere in Tomás y Valiente era assai netta la consapevolezza del rilievo costituzionale del tema, nel senso che il processo penale, riguardando direttamente la regolazione dei rapporti tra i poteri attribuiti agli organi giudiziari e la salvaguardia dei diritti individuali, rappresenti uno dei principali, se non il più importante, rivelatori del tipo di ordinamento politico di ciascun Paese; come a dire, per usare un'espressione di comune utilizzazione del linguaggio dottrinale, che le norme che ispirano e regalano il processo penale si risolvono in un vero e proprio «diritto costituzionale applicato»²².

²⁰ J.J. DEL ÁGUILA TORRES, *El TOP, la represión de libertad*, Madrid, Fundación Abogados de Antocha, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, 2020². Sul punto, ancora C. ADAGIO, A. BOTTI, *Storia della Spagna democratica*, cit., p. 14.

²¹ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Autobiografía*, cit., p. 354. Su questa testimonianza, anche P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, cit., p. XIII. Tra gli studi sul tema della giustizia di fede e il suo legame con l'assetto istituzionale della monarchia: ID., *Expedientes de censura de libros jurídicos por la Inquisición a finales del siglo XVIII y principios del XIX*, in *Anuario de historia del derecho español*, 34, 1964, pp. 417-462; ID., *Relaciones de la Inquisición con el apartado institucional de Estado*, in P. PÉREZ VILLANUEVA (coord.), *La Inquisición española, nueva visión, nuevos horizontes*, Madrid, Siglo XXI, 1980, pp. 41-59.

²² Sulla genesi della formula (Angewandtes Verfassungsrecht) nella dottrina tedesca del secondo Dopoguerra, cfr. D. NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*,

È dunque a partire dalla nozione genuinamente liberale di limite all'esercizio del potere e di garanzia²³ dei diritti individuali che prende avvio la riflessione di Tomás y Valiente sul terreno della Costituzione. Un ambito, quest'ultimo, destinato a prendere forma all'indomani dell'avvio della transizione istituzionale seguita alla morte del *caudillo*.

Come è noto, in seguito alla morte di Franco, il principe Juan Carlos assunse la carica di re proclamando di voler garantire il futuro degli spagnoli sulla base di un effettivo consenso e della concordia nazionale. Prese avvio, in tal modo, il processo che avrebbe condotto alla scomparsa dal panorama politico delle istituzioni sulle quali si era retto il Paese fin dal *putch* del 1936²⁴. Attraverso un'infaticabile opera di mediazione che riuscì a superare l'ostinata resistenza dei settori più retrivi del franchismo, la legge di riforma politica fu dapprima votata dalle Cortes, e successivamente sottoposta a referendum popolare il 15 dicembre del 1976. Il duplice profilo di legittimità della legge, che da un lato salvaguardava la continuità istituzionale ma dall'altro si basava sulla volontà popolare, si rifletteva in un ambizioso programma che delineava i caratteri della nuova forma di Stato e di governo. A questa legge seguì una serie di misure fondamentali per garantire lo svolgimento di libere elezioni ed assicurare la partecipazione delle opposizioni: la soppressione del TOP, il riconoscimento dei partiti politici, lo scioglimento della segreteria politica del Movimento (partito unico sotto il regime) e la legalizzazione del Partito Comunista²⁵. Le prime elezioni democartiche che si tennero il 15 giugno 1977 sancirono la necessità di raggiungere un compromesso costituzionale per la redazione della futura Carta Costituzionale, approvata a larghissima maggioranza dalle Cortes il 31 ottobre 1978 e ratificata con referendum popolare il 6 dicembre dello stesso anno²⁶. La nuova Costituzione segnava così un deciso cambio di prospettiva rispetto al passato affermando la sua natura di «Stato sociale e democratico di diritto che propugna

in *Sistema penale e giustizia*, 2, 2019, pp. 553-561. Sui profili valoriali e programmatici di questa formula nelle democrazie pluraliste: G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 521-528.

²³ M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 85.

²⁴ G. PECES BARBA MARTÍNEZ, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

²⁵ Sul processo costituente spagnolo all'indomani della morte di Franco: J.M. MARAVALL, *La política de la transición 1975-1980*, Madrid, Taurus, 1982; R. MORODO, *La transición política*, Madrid, Tecnos, 1984; J. F. TEZANOS, R. COTARELO, A. DE BLAS, *La transición democrática española*, Madrid, Sistema, 1989; A. SÁNCHEZ NAVARRO (comp.), *La transición española en sus documentos*, Madrid, Boletino Oficial de Estado, 1998; N. SARTORIUS, A. SABIO, *El final de dictadura. La conquista de la democracia en España, noviembre de 1975- junio de 1977*, Valladolid, Universidad de Valladolid; R. QUIROZA CHEYROUZE Y MUÑOZ, M. FERNÁNDEZ AMADOR (eds.), *Poder y transición en España. Las instituciones políticas en el proceso democratizador*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2018.

²⁶ Sul punto, diffusamente, R. L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, a cura di M. IACOMETTI, Torino, Giappichelli, 2017³, pp. 30-36.

come valori supremi del suo ordinamento la libertà, la giustizia, l'uguaglianza e il pluralismo politico» (art. 1), i caratteri della forma politica della monarchia parlamentare, il riconoscimento e la garanzia dell'«autonomia delle nazionalità e delle regioni e la solidarietà fra tutte le medesime» (art. 2)²⁷.

Ancora una volta i sentieri storiografici percorsi da Tomás y Valiente possono costituire un punto di orientamento per esaminare le tensioni latenti che laceravano la società spagnola durante la transizione. Interrogativi di difficile risposta sembravano gettare un'ombra di pericolosa incertezza sui futuri scenari politici del Paese. In effetti se per «transizione» s'intende un processo che segna il passaggio «da un regime costituzionale ad un altro nell'ambito delle forme di Stato»²⁸, allora essa, oltre a far leva sulla sua necessaria forma istituzionale, deve basarsi indefettibilmente su una solida base sociale che ne orienti gli esiti in senso duraturo. In altri termini, al di là dei meriti e della strategia degli attori politici coinvolti nel processo istituzionale, ciò che sembrava necessario per ancorare saldamente il Paese alla democrazia era la presenza di una società civile che attraverso la propria partecipazione permettesse di garantire un futuro stabile all'orizzonte costituzionale²⁹.

Questa fondamentale esigenza, tuttavia, rischiava di tradursi in una semplice aspirazione. A ben vedere, se esaminati nell'ottica della storia costituzionale, rimanevano sul campo problemi mai risolti. La compromissione della vita politica

²⁷ Sui caratteri fondamentali della Costituzione spagnola del 1978 si può rinviare alla completa raccolta bibliografica curata da E. ESPIN TEMPLADO, P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Constitución española. 20 años del bibliografía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, così come al ricchissimo apparato di riferimenti presente in J. GARCÍA ROCA, E. ARBERTI (coord.), *Treinta años de Constitución. Congreso extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, *40 años de Constitución*, Gobierno de España, Ministerio de Justicia, 2019. Per le edizioni in lingua italiana, accanto a G. DE VERGOTTINI, *Una Costituzione democratica per la Spagna*, Milano, Franco Angeli, i completi apparati bibliografici presenti nell'edizione italiana di M.A. APARICIO, *Lineamenti di diritto costituzionale spagnolo*, Torino, Giappichelli, 1992; R. L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978* a cura di M. IACOMETTI, cit.

²⁸ F. CORTESE, *Dalle transizioni costituzionali alla grande transizione nazionale: una costante e ostinata narrativa* in G. BASCHERINI, G. REPETTO (a cura di), *Per una storia costituzionale d'Italia attraverso la letteratura*, Milano, Franco Angeli, 2022, pp. 98-114, pp. 98-99. Per un approccio ai problemi giuridici sollevati dalla categoria della transizione costituzionale: G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1998; A. SPATARO, *Le trasformazioni costituzionali nell'età della transizione*, Torino, Giappichelli, 2000; L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova CEDAM, 2003; F. BIAGI, *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Bologna, Il Mulino, 2016. Per un'analisi che fornisce un'accurata messa a punto dei campi di tensione individuati nel dibattito storiografico: F. BERTAGNA, L. TEDOLDI (a cura di), *Transizioni in Europa e in America Latina (1945-1995)*, Milano, Biblion, 2018.

²⁹ Sul ruolo assunto dalla società civile spagnola nel guidare il processo di transizione democratica: V. PÉREZ DÍAZ, *The Return of Civil Society. The Emergence of Democratic Spain*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1993; ID., *From «Civil War» to «Civil Society», Social Capital in Spain 1930s-1990s*, in D. PUTNAM (ed.), *Democracies in Flux*, New York, OUP, 1998, pp. 245-287; ID., *La lezione spagnola*, cit. pp. 110-115.

e sociale, l'assenza di un sistema di partiti, i profondi *cleavages* territoriali avevano in effetti caratterizzato l'intera vita istituzionale della Spagna³⁰. Il colpo di Stato del generale Primo de Rivera, la *dictablanda* seguita alla sua caduta e ancor di più la dittatura franchista avevano bloccato sul nascere ogni prospettiva evolutiva sul piano della partecipazione in un sistema che già nell'Ottocento si caratterizzò (diversamente da altre omologhe esperienze europee) per la mancata parlamentarizzazione, favorendo il consolidamento di forze alternative, ma di fatto cointeressate al mantenimento dello *status quo* come l'oligarchia economica, la Chiesa, l'esercito³¹.

La generazione alla quale apparteneva Tomás y Valiente sembrava essere però conscia della propria diversità rispetto a quelle che l'avevano preceduta. Ma, allo stesso tempo, era impegnata in un profondo esercizio di autocoscienza per comprendere fino in fondo i caratteri della propria diversità. Dal punto di vista delle prospettive politiche i dubbi riguardavano la tenuta della società civile rispetto alle sfide poste dalla vita democratica. Se era vero, come si è detto, che la (cauta) politica aperturista del franchismo aveva permesso il consolidamento e l'affermazione di una classe media, non potevano non sorgere legittimi interrogativi circa la sua capacità di guidare sul piano politico la transizione verso l'affermazione di una salda democrazia e di affrontare le pericolose derive estremistiche che potevano profilarsi all'orizzonte³².

Ciò può contribuire a spiegare il perché una delle principali chiavi di lettura di Tomás y Valiente, storico delle Costituzioni, sia la costante attenzione posta nei confronti della nascita e dell'affermazione della borghesia in una prospettiva di lungo corso a partire dai prodromi della modernità giuridica. Gli studi sulla *desamortization* in Età moderna³³, ad esempio, indagano non solo sul piano politico

³⁰ B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1989; J. VARELA SUANCES, *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007; G. PECES BARBA MARTÍN, E. FERNÁNDEZ GARCÍA, R. DE ASIS ROIG, J. ANSUATEGUI ROIG, J. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Historia de los derechos fundamentales, Siglo XIX, III*, Dickinson Madrid, 2008; M.A. GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *Historia del parlamentarismo español*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010, F. MARHUENDA, T. ZAMORA, *Historia político-constitucional de España*, Madrid, Universidad, 2015.

³¹ J. FONTANA, R. VILLARES (coord.), *Historia de España*, P. RUIZ TORRES, *Reformismo e Ilustración*, vol. V; J. FONTANA, *La época del liberalismo*, vol. VI, R. VILLARES, J. MORENO LUZÓN, *Restauración y Dictadura*, vol. VII, J. CASANOVA, *República y Guerra Civil*, vol. VIII, Madrid, Critica-Marcial Pons, 2006-2008. Sui caratteri di fondo della storia costituzionale della Spagna: J. SOLÉ TURA, E. AJA, *Constituciones y períodos constituyente in España (1808-1936)*, Madrid, Siglo XXI, 1984; R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Introducción a una historia del constitucionalismo español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, nonché, R. L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978* a cura di M. Iacometti, cit., pp. 26-30.

³² R. QUIROZA CHEYROUZE Y MUÑOZ (ed.), *La sociedad española en la transición. Los movimientos sociales en el proceso democratizador*, Madrid, Biblioteca nueva, 2011.

³³ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, Ariel, 1971, il testo sarebbe stato riedito nel 1972 nel 1977 nel 1983 e nel 1989.

ma anche su quello della sociologia storica, nel quale un ruolo relevantissimo è assunto dalla mentalità, dai principi, dalle aspettative di una classe borghese pronta a sostituire al paesaggio ideale dell'antico regime il proprio atlante valoriale basato sull'individualismo, sull'autoaffermazione, sullo spirito imprenditoriale.

Oppure, il suo progetto di più ampio respiro: il *Manual de Historia del derecho*, costruito sulla pietra angolare della parte V, dedicata al «Sistema normativo del estado liberal de derecho». Assai significativa è la circostanza che la trattazione si aprisse con un capitolo intitolato «Revolución borghesa e derecho: las bases del sistema», che illustrava gli effetti radicali prodotti sull'essenza stessa del fenomeno giuridico dal crollo dell'antico regime – «come la clase social protagonista del y beneficiaria del cambio fue la burguesía y como tal cambio fue radical, se habla generalmante a estos efectos de revolución burguesa»³⁴ –, ma problematizzandone la trattazione, spingendosi a formulare, attraverso il confronto con l'omologa esperienza francese una domanda esiziale. «Ahora bien» scriveva «¿eran le condiciones sociales de España iguales a las des Francia? ¿Había en nuestro país una burguesía tan poderosa como en el vecino [...] tan decidido a romper violentemente con el régimen señorial, con las estamentos privilegiados y con la Monarquía absoluta?» Come si affrettava ad aggiungere «la respuesta a ambas preguntas es negativa. La peculiaridad del proceso revolucionario español consistió, vista da esto ángulo, en el contraste entre unos programas innovadores elaborados en gran parte “a la francesa” y unas realidades sociales en nada parecidas a aquel país»³⁵. In tal senso, dunque, la riflessione sul modello costituzionale a partire dall'Ottocento, e in particolare sulla Costituzione gaditana, avveniva nella consapevolezza che in Spagna «la revolución burguesa [...] se llevó a cabo no según las pautas del modelo francés, ni tampoco obedeciendo a los criterios y normas de un supuesto “tipo ideal” de revolución burguesa [...] sino tal y como lo permitieron las reales y peculiares características de la sociedad española»³⁶.

Si tratta, a ben vedere, di una pagina rappresentativa non solo del piano di lavoro storiografico di Tomás y Valiente, ma anche delle profonde connessioni che il suo metodo maturava dalla concreta realtà della transizione spagnola. Come tratto di fondo la critica basata sul rifiuto di un formalismo semplicistico, che sul piano costituzionale fa perdere di vista la fisionomia concreta della società, appiattisce le differenze, ignora le condizioni reali perdendosi in modelli ed astrazioni,

³⁴ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1983⁴ (1979), pp. 401-402.

³⁵ Ivi, p. 403.

³⁶ Ivi, p. 404.

ma soprattutto la consapevolezza che il nuovo orizzonte della Spagna democratica dovesse necessariamente integrare tutte le energie che ne erano rimaste fino a quel momento ai margini – il costituzionalismo ottocentesco «predicaba la igualdad jurídica [...] aunque tal igualdad fue mucho más aparente que real» e «fue utilizada por la burguesía sólo en beneficio propio y no trascendió más allá de las declaraciones formales»³⁷.

4. Non è casuale che queste riflessioni maturino quando nel dibattito politico cresceva, fino a divenire ineludibile, l'interrogativo circa le strategie degli attori sociali rispetto alla democrazia, in particolar modo del mondo cattolico. Il tema era ieri come oggi assai divisivo in Spagna, dove il livello di contiguità della Chiesa con la dittatura ha da sempre costituito l'oggetto di un dibattito assai aspro nel quale le ragioni dell'ideologia hanno spesso prevalso sul piano della concreta e approfondita ricostruzione storica³⁸. Eppure, negli anni della transizione le domande investivano più che altro le forme di coinvolgimento politico dei fedeli, con numerosi analisti pronti a scommettere che un forte partito cattolico sul modello italiano della Democrazia Cristiana, d'ispirazione interclassista e dotato di quel consenso di massa che la Chiesa è in grado di ricevere, rappresentasse l'unico strumento per garantire l'egemonia dei cattolici anche attraverso il libero gioco democratico della dialettica politica³⁹.

Se si considerano questi interrogativi, si comprendono le ragioni che sollecitarono Tomás y Valiente a proporre un singolare ma riuscitissimo esperimento scientifico. Nel *verano* del 1987 l'Università di Santander organizzava un corso intitolato «Delito y pecado en la España del Barroco», al quale contribuirono tra gli storici più affermati del nuovo corso della storiografia giuridica iberica: Bartolomé Clavero, Enrique Gacto, José Luis Bermejo, Antonio Manuel Hespánha, Clara Álvarez Alonso. Non si trattava solo di un'iniziativa dedicata

³⁷ Ivi, p. 402.

³⁸ Tra gli studi più equilibrati che hanno analizzato il rapporto Stato e Chiesa negli anni della dittatura e nella transizione: G. HERMET, *Los católicos en la España franquista. I. Los actores del juego político*, II. *Crónica de una dictadura*, Madrid, CIS, 1980-1981, R. DÍAZ SALAZAR, *Iglesia, dictadura y democracia. Catolicismo y sociedad en España (1953-1979)*, Madrid, HOAC, 1981; F. MONTERO, *La Acción católica y el franquismo. Auge e crisis de la Acción católica especializada*, Madrid, UNED, 2000.

³⁹ C. ADAGIO, A. BOTTI, *Storia della Spagna democratica*, cit., p. 51. Gli autori evidenziano anche il progressivo scollamento intervenuto a partire dal Concilio Vaticano II tra numerosi settori dell'opinione pubblica cattolica e la politica del regime, un atteggiamento, questo, che – anche attraverso la diffusione di modelli che giungevano dall'estero (la *nouvelle théologie*, i preti operai) nonché l'aperta simpatia (filo-basca o filo-catalana) manifestata da settori consistenti dal clero locale – avrebbe acuito la polarizzazione tra progressisti e conservatori nella Chiesa spagnola già negli anni della dittatura (cfr., ivi, pp. 20-24).

all'approfondimento di uno dei gangli vitali sul quale si fonda la modernità giuridica e la tradizione giuspolitica liberale (la separazione tra diritto e morale)⁴⁰, ma anche di un'occasione per riflettere sui meccanismi di disciplinamento adottati dai sistemi giuridici dell'antico regime⁴¹. Le lezioni tenute da Tomás y Valiente, ricche di riferimenti alla letteratura coeva e alla teologia morale⁴², finivano per mostrare l'indubbia rilevanza dei meccanismi impliciti, informali e quotidiani del potere nell'esperienza giuridica⁴³.

Il messaggio sembrava suonare assai chiaro. Anche attraverso l'irridimibile alterità delle fonti da lui compulsate, l'operazione condotta metteva in guardia contro i rischi della morale imposta da un confessionalismo aprioristico e dogmatico. Tutt'altro che sopiti, in effetti, erano a quel tempo gli echi della polemica assunta contro la posizione compromissoria del testo costituzionale sui rapporti tra Stato e Chiesa, un testo che, pur ascendo la libertà religiosa e negando l'affermazione di una religione di Stato, utilizzava una formula ambigua accennando all'atteggiamento di «cooperazione» che avrebbe dovuto guidare l'azione dei pubblici poteri nei rapporti con la Chiesa⁴⁴. Del pari, tale polemica avveniva mentre la Spagna si scopriva un paese molto più secolarizzato sul piano del costume di quanto era stata abituata a pensarsi negli anni del conformismo della dittatura⁴⁵. Non vi è dubbio che la nuova sensibilità maturata in primo luogo

⁴⁰ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 386

⁴¹ Le lezioni sarebbero state raccolte in F. TOMÁS Y VALIENTE, B. CLAVERO, E. GACTO, J.L. BERMEJO, A.M. HESPANHA, C. ÁLVAREZ ALONSO, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid Alianza, 1990.

⁴² F. TOMÁS Y VALIENTE, *Delinquentes y pecadores*, in F. TOMÁS Y VALIENTE, B. CLAVERO, E. GACTO, J.L. BERMEJO, A.M. HESPANHA, C. ÁLVAREZ ALONSO, *Sexo barroco*, cit., pp. 11-33

⁴³ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El crimen y pecado contra natura*, in F. TOMÁS Y VALIENTE, B. CLAVERO, E. GACTO, J.L. BERMEJO, A.M. HESPANHA, C. ÁLVAREZ ALONSO, *Sexo barroco*, cit., pp. 33-56.

⁴⁴ Al di là dell'atteggiamento di quotidiani progressisti come *El País* contro la posizione assunta dal testo costituzionale, considerata come una pericolosa regressione sul piano delle libertà civili, il peculiare assetto dei rapporti tra l'organizzazione politica e la confessione cattolica nell'ordinamento spagnolo è approfondita da: J.M. DE PISÓN CAVERO, *Constitución y libertad religiosa en España*, Madrid, Dickinson, 2000; P. LORENZO VÁZQUEZ, *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Madrid, Centros Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001; A. OLLERO TASSARA, *España: ¿Un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2005; R. VÁZQUEZ, M.A. RUIZ-JOSEPH, M. VILAHISANA RUBIO, *Democracia, religión y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico europeo, 2010; J.M.C. NUÑEZ RIVERO, *Estado laico. La Iglesia Católica y lo Estado constitucional. El caso, español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

⁴⁵ Basti citare a questo riguardo l'impatto sulla vita quotidiana e della mentalità individuale dei temi del corpo e della sessualità, una storia che aveva radici risalenti nel periodo della transizione, allorché Pepa Flores (*alias* Marisol, già volto del cinema di regime) appariva nuda sulla copertina del settimanale *Interviú* sfidando la censura, o la copertina dell'edizione spagnola di *Cronica sentimentale de la transición* di Manuel Vasquez Montálban – forse lo scrittore che seppe interpretare con più profondità il senso del cambiamento nel suo Paese – che ritraeva la foto a seno nudo dell'attrice Susana Estrada stretta a Enrique Tierno Galván, amatissimo sindaco di Madrid. Del resto, la capitale spagnola sarebbe stata il teatro di quel rito liberatorio e dissacrante che fu la *Movida* che trovò

sui temi della morale sessuale apriva questioni che costringevano tutti i partiti a confrontarsi su temi assai sensibili, specie in Spagna dove la crescente laicizzazione e lo sviluppo delle istanze individualistiche sembravano lanciare una sfida alla tradizione. Ciò può contribuire a spiegare, ad esempio, l'atteggiamento dei partiti conservatori di fronte ai programmi di modernizzazione sociale proposti dal governo socialista di Felipe Gonzalez. Al massiccio ostruzionismo che non esclude il ricorso al *Tribunal Constitucional* in merito alla legge che depenalizzava l'interruzione volontaria di gravidanza, fortemente osteggiata dalla Chiesa, non corrispose una mobilitazione compatta sulla *Ley organica sul derecho a la educación* da parte del mondo cattolico e di importanti settori della Conferenza episcopale spagnola che mantennero un atteggiamento più cauto (anche perché il piano di riforma dell'istruzione non metteva in discussione il finanziamento statale alle scuole cattoliche)⁴⁶.

5. L'impegno di Tomás y Valiente sul piano dei valori costituzionali era entrato in una fase nuova, dal momento che la sua storia professionale si era arricchita di un nuovo (prestigioso) capitolo: la nomina di *juez* presso il *Tribunal Constitucional*, istituzione della quale occupò la presidenza a far data dal 1986. Entrato a far parte del collegio incaricato di stilare i principi di funzionamento del *Tribunal*, prima ancora che esso aprisse le sue porte all'esercizio dei poteri, Tomás y Valiente contribuì poi in modo decisivo alla formazione dei primi indirizzi della giurisdizione costituzionale della Corte, apportando il suo contributo di storico del diritto e non esitando a far uso frequente del voto di minoranza. L'impegno "pionieristico" sul versante della giurisdizione costituzionale sarebbe stato ricordato dallo stesso autore: «fuimos creados eso que los juristas llaman doctrina»⁴⁷. Si

come suo cantore un giovane *mancheco*, Pedro Almodovár, sia con le sue cronache folgoranti (*Le memorie di Patty Dephusa*) sia con il suo cinema a partire da *Pepi Luci Bum y otras chicas del montón*. Su questi temi: C. ADAGIO, A. BOTTI, *Storia della Spagna democratica*, cit., p. 98. Sugli aspetti culturali del processo di transizione: M. A. NAVAL, Z. CARANDELL, (eds.), *La Transición sentimental. Literatura y cultura en España desde los años setenta*, Visor, Madrid, 2007; F. GARCÍA NAVARRO, *Cultura, subcultura, contracultura. Movida y cambio social (1975-1985)* in C. NAVAJES ZUBELDA, D. ITURRIAGA BARCO (eds.), *Coetánea. Actas del III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo*, Logroño, Universidad de La Rioja, 2012; J. MIR GARCÍA, *Salir de los márgenes sin cambiar de ideas. Pensamiento radical, contracultural y libertario en la Transición española*, in *Ayer*, 81, 2016, pp. 83-108. C. PEÑA ARDID (ed.), *Historia cultural de la Transición. Pensamiento crítico y ficciones en literatura, cine y televisión*, Madrid, Los Libros de la Catarata 2019; G. PASAMAR, *La Transición española a la democracia ayer y hoy. Memoria cultural, historiografía y política*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

⁴⁶ J. PIÑOL, *La transición democrática de la Iglesia española*, Madrid, Trotta, 1999.

⁴⁷ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español: diez años e funcionamiento*, in *Revista vasca de administración pública*, 31, 1991, pp. 19-33. Sul punto: P. GROSSI, *Alla ricerca*, cit. p.

trattava di una tensione costante che si esprimeva nei confronti di una profonda coscienza del significato storico della Costituzione del 1978, nella quale il suo impegno di «giudice progressista» s'identificava nello sforzo rivolto all'attuazione di alcune scelte di rottura compiute dal legislatore costituente rispetto al passato⁴⁸, in particolare nell'attenzione costante al profilo delle garanzie intese non solo sul piano negativo, come non compromissione dei diritti di libertà, ma anche sul piano positivo dell'obbligo di attuazione concreta dei diritti sociali, intesi come una componente irrinunciabile della stessa cittadinanza spagnola⁴⁹.

È il filo rosso che lega in un complesso equilibrio il gioco delle forze sempre mutevoli facenti capo ai poli della libertà e dell'uguaglianza ad aver ispirato anche la sua riflessione sull'esercizio della giurisdizione costituzionale nella sua *ponencia*, presentata in occasione dei quindici anni della legge organica che disciplinava la fondazione del *Tribunal Constitucional* e già presente nei suoi interventi sui temi nevralgici dell'assetto costituzionale della Spagna, raccolti poi in *Escritos desde y sobre el Tribunal Constitucional*⁵⁰. Tra questi temi, merita una considerazione a parte la delicata questione dell'autonomia e del regionalismo storico⁵¹, oggetto di una relazione tenuta da Tomás y Valiente su *Soberanía y Autonomía en las Constituciones de 1931 y 1978* nel seminario organizzato dalla cattedra di Storia del diritto e delle istituzioni dell'Università di Barcellona, in collaborazione con il Consiglio di Giustizia della Generalitat della Catalogna⁵².

Anziché prendere le mosse da una tralatizia partizione logica (sovranità = potere originario, autonomia = potere derivato), la sua argomentazione volta all'enucleazione delle differenze tra i due concetti muoveva dall'esame storico della nozione di sovranità a partire dalle fondamentali asserzioni di Jean Bodin e Thomas Hobbes, evidenziando il ruolo fondamentale assunto da questo concetto per

XXVIII. Sui primi anni di operatività del *Tribunal Constitucional*: S. OUBIÑA BARBOLLA, *El Tribunal Constitucional: pasado, presente y futuro*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

⁴⁸ M. LLORIENTE SARINENA, *Semblanza de Francisco Tomás y Valiente*, in www.tribunalconstitucional.es, URL consultato il 12.10.2024.

⁴⁹ F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, in *Anuario de historia del derecho español*, 50, 1980, pp. 721-751.

⁵⁰ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁵¹ Tra i numerosi contributi che analizzano in chiave storica i caratteri dell'autonomismo spagnolo: J. SOLÉ TURA, *Nacionalidades y nacionalismos en España*, Madrid, Alianza, 1985; R.L. BLANCO VALDÉS, *Los rostros del federalismo*, Madrid, Alianza, 2012; J.M. GOIG MARTÍNEZ, *El Estado autonómico español*, Madrid, Dickinson, 2014; J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, S. MUÑOZ MACHADO, *La organización territorial de lo Estado en España. Del fracaso de la I República a la crisis de lo Estado autonómico (1873-2013)*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.

⁵² F. TOMÁS Y VALIENTE, *Soberanía y autonomía en las Constituciones de 1931 y 1978*, in A. IGLESIA FERREIRÓS (COORD.), *Autonomía y Soberanía. Una consideración histórica*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 113-131.

l'affermazione dello Stato moderno in Europa e per superare l'assetto universalistico del potere dell'eredità medievale⁵³. Tuttavia, come precisava Tomás y Valiente, la nozione di sovranità avrebbe conosciuto un mutamento di significato radicale con la Rivoluzione francese e la nascita del costituzionalismo moderno, ancorandone la sua fondazione al rispetto dei diritti individuali, alla separazione dei poteri, al principio di uguaglianza⁵⁴. A partire da questo *turning point*, le Costituzioni del Novecento – come quella repubblicana del 1931 e la Carta dal 1978 – avevano ulteriormente percorso la strada di un progressivo affinamento del significato della sovranità, legandone il suo destino non alla semplice primazia della legge (come avveniva nello Stato di diritto ottocentesco) ma alla volontà di tutti i cittadini (dunque non solo la minoranza al quale era attribuito il diritto di voto), considerati come corpo collettivo sia nel processo costituente sia nella dinamica rappresentativa propria dei regimi democratici. Autonomia e sovranità, dunque, si differenziano profondamente non tanto e non solo sul piano delle attribuzioni conferite ai soggetti detentori dei poteri, ma per la diversa funzione che assumono proprio sul piano costituzionale, dal momento che l'una attiene alla libera determinazione dei mezzi e dei fini attraverso i quali si stabilisce il proprio indirizzo politico, l'altra è il principio basilare dal quale promana la stessa organizzazione statale ed il rapporto tra essa e tutti i cittadini, e che, come egli precisa, «reside ne lo Estado *ad extra* y en el pueblo *ad intra*, entendido como un todo indivisible»⁵⁵. Dunque, sovranità come presupposto dello Stato, ma di uno Stato che trova la sua

⁵³ «Soberanía es, pues, un poder absoluto y perpetuo consistente de manera principal en dar y derogar leyes [...] Bodino emplea un lenguaje directo, ejemplifica sus conceptos con referencias completas a personajes singulares. Hobbes emplea un estilo distinto, más abstracto, más creativo, más intemporal, y per lo mismo, más moderno y actual. También para Hobbes la soberanía es *pote-stas normandi* [...] Las leyes las hace la república, pero como esta no es una persona, no tiene capacidad por hacer nada si no es por medio de su representante, es decir, el soberano, y así el soberano es el único legislador». Ivi, pp. 114-116.

⁵⁴ «No toda ley que a misma se denomine Constitución lo es "eo ipso", sino que, restrictivamente hablando, solo será Constitución la ley suprema de un Estado que lo organice con arreglo al principio de división de poderes y que garantice unos derechos del hombre entonces considerados, dentro de la tradición del iusnaturalismo y de la Ilustración, como «naturales, inalienables y sagrados». F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, cit., p. 723.

⁵⁵ Ivi, p. 122. In questo delicato equilibrio di forze risiedeva la peculiarità dell'esperienza costituzionale del 1978: «entre unidad y diversidad, ente soberanía y autonomía [...] entre Constitución y Estatutos reina la necesidad de un equilibrio que dé razón y haga fecunda la complejidad. Todo se complica porque se diversifica. Todo se relativiza, incluidos los conceptos de soberanía y autonomía, pero nada se confunde. O no debiera confundirse». F. TOMÁS Y VALIENTE, *Soberanía y autonomía en las Constituciones de 1931 y 1978*, cit. p. 130. Del resto come aveva puntualizzato a chiare lettere: «Historiadores y políticos tienen el deber inexcusable de conocer, dar a conocer y asumir toda la historia de España [...] Pero no toda la historia es válida para crear en el presente y hacia el futuro ese Estado [...]. La Constitución la selecciona, y, en ese sentido, legítima determinadas tendencias o elementos de la historia de España y de la de sus pueblos componentes [...] Que esa selección haya sido o no acertada y deba o no ser corregida ha de decidirlo el titular de la soberanía

ragion d'essere nel rispetto dei diritti di ogni individuo superando la spinta degli interessi particolaristici e confliggenti⁵⁶.

Si trattava di un ragionamento rigoroso sul piano dei principi, ma che al tempo stesso prendeva le mosse dalla natura assai problematica dell'autonomismo spagnolo del quale non si ignorava affatto la specifica carica identitaria⁵⁷. Assai significativa in tal senso, una pagina emblematica del suo *Manual* che illustrava in modo assai efficace il travaglio *in subiecta materia* che attanagliava il suo Paese. «Los hombres del siglo XIX gastaron no pequeña de sus energías en discutir, y a veces en matarse para hallar respuesta satisfactoria a esta pregunta: ¿Que es España? ¿Es una nación homogénea compuesta por individuos desarraigados de su entorno inmediato, de modo que entre el Estado y el individuo no existen realidades políticas intermedias? De ser así, el aparato institucional de gobierno debe ser uniforme. Si por el contrario se entiende que España está compuesta da entidades históricas dotadas de una personalidad más o menos antigua, más o menos diferenciada, la consecuencia será la necesidad de construir un esquema institucional político-administrativo flexible, diferenciado, y no uniforme»⁵⁸.

Eppure, l'appello del giudice e dello studioso a ritrovare il filo di un discorso a partire dalle sue premesse, a ragionare su principi inclusivi perché fondati sulla comune fiducia nel dialogo, sembravano cadere nel nulla rispetto alla drammatica escalation che interessò la crisi dei Paesi baschi. I fatti sono noti e rimandano al vero e proprio terremoto istituzionale che interessò la Spagna tra il 1993 e il 1996, causato dall'emersione delle responsabilità del governo nelle illegalità condotte nella lotta al terrorismo dell'ETA (oltre i venti omicidi condotti dalle

actuando en todo caso por los cauces constitucionales [...]. Conviene repetir una vez más que el régimen jurídico de cada Comunidad Autónoma no debe identificarse con el que haya esta do vigente en su territorio en cualquier etapa del pasado, pues la Constitución está por encima de toda tentación fuerista y de toda nostalgia que intente resucitar sin más instituciones pretéritas [...] Porque la Constitución es el fundamento sobre el que hay que construir el presente, un presente que también es historia» F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, cit. pp. 750-751.

⁵⁶ Come avrebbe sottolineato lo stesso Tomás y Valiente mettendo in luce il carattere aporetico, quasi paradossale, della necessaria garanzia statuale dei diritti fondamentali: «No se puede pensar en los derechos fundamentales sin pensar en el Estado, ni fortalecer aquéllos sin fortalecer el Estado. La inolvidable e ineludible paradoja consiste en que para hacer realidad esos derechos humanos declarados por y frente al Estado es necesario el Estado. El Estado crea Derecho y debe garantizar y respetar los derechos, pero sin Estado no hay Derecho ni derechos: sólo hay caos» F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los derechos y lo Estado*, in ID., *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 159-171. Sul punto, le osservazioni di P. GROSSI, *Alla ricerca*, cit. p. XXIX e B. CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente*, p. 282.

⁵⁷ F. TOMÁS Y VALIENTE, *La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías (1978-1983)*, in *Revista vasca de administración pública*, 36, 1993, pp. 45-63.

⁵⁸ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, cit., p. 417.

squadre paramilitari dei GAL) e dei finanziamenti illeciti di cui aveva goduto il PSEO, che condussero alla sconfitta elettorale di Felipe Gonzalez⁵⁹. A pagare con la vita di fronte all'emersione di un doppio livello di illegalità che alimentava complicità e interessi tra le fila dei settori più oscuri dell'apparato statale, sarebbe stato un uomo come Tomás y Valiente, che aveva fatto della trasparenza e del rispetto dei valori della persona umana la cifra del suo impegno nelle aule di insegnamento, così come nelle aule dei consessi giudiziari. Una cifra che si ostinò a ribadire anche nelle ultime, ignare, ore della sua vita, quando, dando fondo alla sua inesaurita vena di *periodista*, inviava un articolo al quotidiano *El País* in occasione dell'assassinio dello storico dirigente del Partido Socialista de Euskadi Pedro Mugica, dove ribadiva con forza i valori della solidarietà democratica verso la cieca violenza terroristica. La strada era una e non poteva ammettere ripensamenti perché «*cada vez que matan a un hombre en la calle, nos matan a todos un poco a cadauno de nosotros*»⁶⁰.

⁵⁹ Un'accurata ricostruzione dei convulsi avvenimenti è in P. WOODWORTH, *Dirty War, Claen Hands. ETA the GAL and Spanish Democracy*, Cork, Cork, University Press, 2001. Sulla sconfitta socialista e la "questione morale" aperta in Spagna a metà degli anni Novanta: C. ADAGIO, A. BOTTI, *Storia della Spagna democratica*, cit., pp. 116-119.

⁶⁰ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Razones y tentaciones del Estado*, in *El País*, 15 febrero 1996.

LO SCAFFALE

Recensione a Jacob Grimm, *La poesia nel diritto*,
a cura di L. Garofalo e F. Valagussa. Con un saggio
di V. Pescatore, Marsilio, Padova, 2024

MAURO GRONDONA

Inizio questa brevissima recensione con una domanda solo apparentemente retorica: ci può essere un parallelismo tra poesia e diritto? È solo apparentemente retorica proprio perché il saggio di Jacob Grimm qui segnalato è tutto rivolto a fornire una risposta affermativa (più sul piano del dover essere – invero, e se guardiamo le cose retrospettivamente – che non sul piano dell'essere). E la risposta di Grimm è affermativa per una ragione piuttosto semplice: il diritto, come la poesia, appartiene alla dimensione ancestrale; più si va indietro nel tempo, e più possiamo recuperare l'autenticità delle origini. Con il (a mio avviso) poco di positivo e invece il (sempre a mio avviso) molto di almeno potenzialmente negativo.

Il positivo e il negativo (ovvero, il giusevoluzionismo, da un lato, e, dall'altro, un giustradizionalismo che si erge a barriera contro la realtà sociale vivente, dando così luogo a un rapporto unilateralmente oppositivo e non a un rapporto bilateralmente dialettico) emergono con molta nettezza dal corposo saggio introduttivo di Luigi Garofalo (*Il diritto nell'unità delle scienze dello spirito. Una mappa per il lettore di Jacob Grimm*, pp. 7-60).

Il volume è accompagnato da altri due saggi, che aiutano il lettore a chiarire il contesto in cui Grimm scriveva e le idee (a volte espresse con tono oracolare, più allusivo che non dimostrativo) dell'autore: il primo è di Francesco Valagussa (*Grimm: il lavoro dell'analogia. L'inclinazione alla tautologia tra poesia e diritto*, pp. 61-84. Valagussa è anche l'eccellente traduttore del testo, che risale al 1816: questa a nostra disposizione è la prima traduzione italiana, arricchita dalle preziose *Note del traduttore*, pp. 165-171); il secondo, di chiusura, è di Valerio Pescatore (*Origine del diritto e identità culturale in Jacob Grimm*, pp. 173-194).

Si tratta dunque di un testo senza dubbio piuttosto breve (copre le pp. 87-164 del volume), ma la direttiva di fondo dell'autore, oltre che essere molto netta (diritto e poesia sono dimensioni tra l'umano e il mistico, fuori dalla storia ma radicate nella storia, inaccessibili e sacri, da cui il sentimento di 'meraviglia', che, però, è anche timore di ciò che si sa ma non si conosce, o addirittura di ciò che deve restare avvolto da un'aura mistica, e dunque va conosciuto solo attraverso l'applicazione, la condotta, e non già attraverso il discernimento), è anche utile, in chiave conoscitiva, rispetto a un tema che, a ben vedere, rappresenta il

genus nel quale è contenuta la *species* parallelismo poesia/diritto: alludo ovviamente al parallelismo lingua/diritto¹.

In questo senso, lo scritto di Jacob Grimm è significativo, non solo retrospettivamente e storiograficamente, ma vorrei dire anche per la giuridicità contemporanea: il ‘creazionismo giudiziario’, fino a pochi anni orsono visto come un fisiologico sviluppo della creatività giudiziale, è oggi in buona parte messo sotto osservazione critica, e non tanto per veri o presunti ‘eccessi ermeneutici’, ma per il problema in sé rappresentato da una giurisdizione spesso contromaggioritaria. Se l’operare contromaggioritariamente è opportuno, e anzi salvifico, in presenza di un regime illiberale (s’intende: per quanto si possa essere contro-maggioritari sotto un tale regime), lo è molto meno, o non lo è affatto, in un regime liberaldemocratico. Una giurisdizione che abbia una predisposizione contromaggioritaria deve necessariamente muovere da un assunto che ha molto, anzi troppo, del veteropositivismo, ovvero del positivismo teorico²: deve cioè presupporre che ci sia un’unica strada per attuare la Costituzione, e in particolare i principi costituzionali; che ci sia un’unica strada per dare attuazione alla legge, e dunque per compiere opera di ermeneutica giuridica: quella percorsa dalla medesima giurisdizione maggioritaria. Il che, ovviamente, non è; e sarebbe del resto ben singolare (anzi bizzarro) che la fisiologica discrezionalità politica del legislatore venisse espropriata da un ceto giudiziario giustamente provvisto di una coscienza politica, nonché della consapevolezza della politicità della giurisdizione, ma che poi, beffardamente, diverrebbero falsa coscienza, se tale discrezionalità politica venisse negata proprio al legislatore.

Orbene, Grimm, saldando poesia e diritto, rivendica al diritto una collocazione mistica, che fa sì che il non giurista, il ‘laico’, sia necessariamente escluso da quella sapienza giuridica per forza di cose professionale. Poesia e diritto quali luoghi dell’inattingibilità. Si potrebbe allora dire: ecco, in concreto, la grande forza di

¹ In tema, va ora visto, anche per i molti riferimenti, P. COSTA, *L’istituzionalismo fra linguistica e giuristica: un episodio di dialogo interdisciplinare*, in *Lingua nostra*, settembre-dicembre 2023, pp. 65-77 (ringrazio Federico Bambi per aver richiamato pubblicamente l’attenzione sullo scritto e per avermelo reso materialmente accessibile).

² Cfr. ora R. GUASTINI, *Realismo e positivismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2024, pp. 389-401, e spec. p. 391, sul positivismo teorico, quale «teoria del diritto, più precisamente la teoria generalmente condivisa dai giuristi europei continentali del XIX secolo, la quale comprende una serie di tesi sostanziali, come le seguenti: (a) la legge è l’insieme dei comandi emanati da un’autorità sovrana; (b) tali comandi hanno forza vincolante, e questa è garantita dalla minaccia di sanzioni; (c) il diritto è un sistema completo e coerente, sicché non si danno né lacune, né conflitti normativi; (d) l’interpretazione giuridica è un’impresa conoscitiva, che consiste nell’accertare la volontà dell’autorità legislativa; (e) l’applicazione della legge è un’attività eminentemente logica che consiste nell’accertare fatti e dedurre prescrizioni individuali da norme generali (“Tutti i ladri devono essere puniti. X è un ladro. Quindi X deve essere punito”))».

intermediazione del giurista, tra dimensione giuridica e dimensione sociale, che trasforma in materia giuridica la materia sociale³. Solo il giurista-sapiente conosce, potendo così fissare autoritativamente le regole della civile convivenza. Il profano è escluso dalla sapienza giuridica, e può solo eseguire il comando, in linea con le consuetudini e con la tradizione, che dalla loro hanno la forza del fatto, dell'accadimento: è così, e si deve fare così.

Ma proprio perché il diritto partecipa, al contempo, della materia terrena e celeste, quel misticismo di cui sopra è insito nell'essere umano, e diventa così una fede, perché è all'origine della stessa esistenza: un'origine in questo senso legittimante (nel bene e nel male, come accennavo qui sopra): «Ciò che un popolo deve attingere dal proprio seno diventa la sua propria identità; ciò che può toccare con mano viene invece profanato»⁴.

Ecco che, allora, proprio qui, all'interno di questo spazio di inaccessibilità per il profano, soccorrono il simbolismo⁵ e il tradizionalismo giuridici, espressi, entrambi, in formule che possano essere facilmente ricordate, e quindi generazionalmente tramandante (e la mente va allora subito alla celeberrima teorizzazione di Milman Parry sull'*oral composition*, nata da una campagna in territorio serbo-croato nei primi anni Trenta, per poter capire la genesi della primitiva poesia epica greca⁶): simbolismo e tradizionalismo, dunque, che demisticizzano il diritto, rendendolo bensì umano (terreno e non celeste, appunto), ma in ragione di una doverosità della regola che si rispecchia nel riconoscimento sociale della formula e del simbolo, e quindi nella forza della consuetudine, dunque della tradizione, pur conservando, dal punto di vista della comprensione della regola medesima, il carattere della sacertà e dell'inaccessibilità, per il profano: siamo nell'ambito della conoscenza implicita, ovvero della conoscenza tacita⁷ (che, come ben noto, rappresenta ormai da tempo un ricco campo di ricerca).

³ GRIMM, *La poesia nel diritto*, cit., p. 90: «[S]i può collocare l'origine o l'uso della legge, come pure dell'epica, in una mescolanza inseparabile di materia terrena e celeste [...]».

⁴ GRIMM, *La poesia nel diritto*, cit., p. 89.

⁵ GRIMM, *La poesia nel diritto*, cit., pp. 139-140: «La maggior parte dei simboli del nostro antico diritto sono estremamente semplici e, al pari di quelli della Chiesa, si risolvono negli elementi ultimi: terra, acqua e fuoco. Il loro potere non risiedeva, quindi, in libri e formule morte, esercitavano bensì un forte ascendente sulla bocca e sul cuore. Si metta a confronto il costume antico nel passaggio di proprietà del suolo e di un appezzamento di terreno, in cui entrambe le parti si recavano sul posto e mettevano in atto quel costume considerato degno di venerazione, con l'atto notarile odierno; a quei tempi sembra che gli uomini preferissero possedere le cose secondo un ordine preciso, e che le considerassero non come cose morte e insensibili, bensì come oggetti tali che dovessero ricevere un'accoglienza e un commiato adeguati».

⁶ Cfr. infatti quanto scrive GRIMM, *La poesia nel diritto*, cit., cap. 5 («Dimostrazione a partire dalla forma poetica»), pp. 101 ss.

⁷ GRIMM, *La poesia nel diritto*, cit., p. 90: «La scienza odierna tende a spaccare il cappello in quattro, ma costoro [*scil. i nostri antenati*] non separavano nulla, assaporavano bensì tutto quanto

Siamo così di fronte alla teorizzazione (che in Grimm rimane però implicita, mi pare; anche perché, in questo senso, ogni teorizzazione è contraria, e anzi incompatibile con il sapere ancestrale) di una nebulosa giuridica simbolico-misticheggiante, che si fonda sull'analogia figurale e sul ritmo poetico⁸, e che si impone come pratica, al contempo, sociale e sacrale, e in questo senso rifiuta di dar conto delle ragioni sottostanti a essa.

Un'oscurità del diritto quale, forse, necessità sociale, che tende (pericolosamente, com'è evidente: perché, dove c'è misticismo non è improbabile vi sia anche autoritarismo; il misticismo può essere eccellente, e al limite salvifico, quale esperienza individuale, ma certo non può diventare carattere connotante una società che guardi con favore alla centralità della persona), appunto, da un lato, al misticismo, all'innattingibilità, o a un'attingibilità raggiunta solo attraverso un'esperienza mistica che fa allora fuoriuscire, chi la affronti, dalla cerchia dei profani, ma, dall'altro, anche a una attingibilità spontanea, intesa nel senso di non consapevole e non discutibile, perché espressa da una simbologia che ha, in sé, «il proprio significato oscuro, sacro e storico; se questo mancasse, verrebbe meno la credenza complessiva in esso e la sua comprensibilità sul piano della tradizione»⁹: una comprensibilità, com'è evidente, che è tale perché coincide con la tradizione. Siamo dunque di fronte a un tradizionalismo cognitivo e conoscitivo che ovviamente è tale solo in apparenza, nel senso che la effettiva conoscenza è assorbita dalla forza della tradizione. Dunque, a ben vedere, c'è la tradizione ma non ci può essere la conoscenza.

Tutto ciò è indizio di un immobilismo sociale che porta alla perdita del sé (viene in effetti subito in mente la famigerata "germanische Freiheit" ripresa da Tacito e molto enfatizzata in ambienti culturali tedeschi all'epoca del primo conflitto mondiale appunto per sottolineare la primazia del gruppo sull'individuo: l'individuo è libero solo a condizione che appartenga a un gruppo e che alle ragioni del gruppo sacrifichi le proprie ragioni) e che, allora, attribuisce all'interprete, e in particolare al giudice, un ruolo sacerdotale, e quindi sacro.

Nella scia di Grimm, se il classico parallelismo tra lingua e diritto è appunto arricchito (e, vorrei dire, aggravato) da quello tra lingua e poesia, si può forse

a partire da un terreno comune pienamente consono e congruo; tutto era a loro disposizione di modo che ne usufruissero nella maniera più diretta e vivida, e proprio per questo tutto era un bene comune e proprietà di tutti. Il carme non apparteneva a nessun poeta; chi lo cantava semplicemente sapeva farlo in maniera più compiuta e più fedele; altrettanto poco l'autorità della legge promanava dal giudice, cui non era concesso apportare alcuna novità; all'opposto, i cantori gestivano quel bene comune costituito dai carmi e i giudici presidiavano la funzione e l'ufficio dei diritti».

⁸ GRIMM, *La poesia nel diritto*, cit., p. 121, a proposito della «tendenza [...] a esprimere le cose in maniera sensibile e attraverso il ricorso a una serie di figure [...]».

⁹ GRIMM, *La poesia nel diritto*, cit., p. 139.

proporre questa doppia equazione: il linguaggio giuridico sta alla chiarezza come il linguaggio poetico sta all'oscurità; il legislatore sta al filologo come il poeta sta al giudice, ovvero all'interprete.

Il parallelismo tra poesia e diritto porta allora, mi pare, a una esaltazione della mistica della decisione: una mistica che, nel passato, coincideva in sostanza con il sacro, e che nei tempi a noi più vicini, attraverso la laicizzazione del sacro, se non alla vera e propria scomparsa del sacro, coincide, o può coincidere, con la mistica dell'argomentazione, da cui, appunto, una mistica della decisione che modernamente si trasforma, o può trasformarsi, in estetica della decisione, ovvero, ancora, nell'estetica della forma e della categoria, che è un altro modo di separare società e diritto, collettività e individuo, libertà e responsabilità.

Una prospettiva socio-giuridica, questa di Grimm, in cui l'obiettivo umanissimo e certamente transtorico dell'ordine sociale è raggiunto, apparentemente in modo spontaneo, ma, in realtà, attraverso la (forse pure inconscia) mortificazione, o comunque rinuncia, della libertà individuale, quale ragione e giustificazione dell'agire.

Contro la libertà individuale si staglia così un aggregato sociale che inconsapevolmente concepisce sé stesso (e probabilmente non è neppure corretto parlare di autoconsapevolezza) in termini di comunità totale, in cui c'è spazio solo per la regola (anche feroce o crudele)¹⁰, e in cui l'eccezione va sempre bandita, come devianza antisociale.

Una concezione sociale (e quindi giuridica) opposta si è progressivamente affermata, però, e, oggi, lo stato costituzionale di diritto svolge una fondamentale funzione sociale: consentire la massima espansione di quella libertà individuale che lo stato di diritto dà per pacifico presupposto di sé stesso.

La libertà individuale fonda la legittimità di ogni ordinamento liberaldemocratico, e la dimensione costituzionale (e in questo senso, appunto, fondativa) della libertà serve a evitare che quest'ultima divenga strumento di prevaricazione, laddove lo stato di diritto deve far sì che la libertà individuale possa operare all'interno di una dimensione comunitaria: il liberalismo comunitario è il liberalismo costituzionale (e viceversa), è il liberalismo dello stato di diritto, è il liberalismo della società aperta contemporanea (e viceversa).

¹⁰ GRIMM, *La poesia nel diritto*, cit., p. 151: «Così, per rendere loro pienamente giustizia, l'asprezza delle antiche leggi e le pene impietose devono essere costantemente confrontate con ciò che sta loro accanto, vale a dire un fortissimo senso dell'onore che si sostiene e alimenta da sé. Al contrario, la clemenza che si è diffusa di recente verso alcuni crimini e verso certi modi di vivere ignobili o disonesti ha promosso una mescolanza dannosa di tutti con tutti e ha reso rare tra di noi molte cose buone del passato».

Recensione a Armando Mannino - Salvatore Curre- ri, *Diritto parlamentare*. Seconda edizione rivista e aggiornata, Franco Angeli, Milano, 2024

SALVATORE PRISCO

Esce – in un periodo ricco di nuove e brillanti ricostruzioni manualistiche di un settore delicatissimo e cruciale dell’ordinamento, in cui si condensano regole giuridiche e prassi politiche, fonti formali e convenzioni costituzionali e sul quale si addensano e arricchiscono reciprocamente perciò lo sguardo del giurista e quelli del politologo e del sociologo del diritto – una nuova edizione di un manuale ormai classico a firma di due autori, come era già la precedente, che trae origine da un volume di lezioni del primo (di cui l’altro è stato allievo), risalente ed esaurito, che abbisognava dunque di aggiornamento profondo.

Proprio a Mannino si deve, nell’incipit, il gustoso ricordo di un giovane studioso, comprensibilmente in ansia, che apprende dal proprio mentore Giuseppe Maranini l’intenzione della facoltà fiorentina di Scienze politiche “Cesare Alfieri” di conferirgli il primo incarico di insegnamento universitario della sua vita. Tutto bene per lui, se non fosse che al gradito annuncio si lambicca il cervello su che cosa accidenti sia la materia che gli veniva suggerito di impartire agli studenti, appunto il diritto parlamentare.

Il paradosso sta nel fatto che quell’ignaro giovane professore era Silvano Tosi, che di essa divenne a sua volta un Maestro cui è oggi dedicato un prestigioso seminario *post lauream* fiorentino molto ambito da chi voglia specializzarsi nel diritto delle assemblee politiche. Egli fu assieme un esperto delle procedure che si svolgono in seno alle Camere e dei regolamenti che le disciplinano e un acuto costituzionalista, che non solo esplorò le modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare, ma scrisse con un giovane funzionario di Montecitorio destinato anch’egli a una fulgida carriera in molte diverse reincarnazioni, ossia Andea Manzella, quel *Decalogo Spadolini* alle origini dell’annoso dibattito sulle riforme istituzionali che, negletto all’epoca, avrebbe invece – se realizzato subito – evitato molte discussioni successive.

Studi teorici e applicazioni pratiche vedono in effetti intrecciarsi attorno all’oggetto di riflessione del volume l’impegno di funzionari addetti ai lavori (un’aristocrazia repubblicana) e di costituzionalisti *tout court*. Non di rado i primi sono poi andati spesso a infoltire i ranghi dei secondi nella vita accademica: oltre allo stesso Manzella, ricordo qui almeno i primi nomi che mi vengono in mente

di Leopoldo Elia, di Gianni Ferrara, di Stefano Maria Cicconetti, di Nicola Lupo, ma ve ne sarebbero altri.

Costituzionalista consapevole dell'incrocio fra tradizioni anche lui, Curreri paga il suo tributo ad esse e ai numi tutelari della disciplina con il robusto capitolo iniziale proprio da lui scritto, dedicato al principio democratico nel profilo astratto e normativo e a come si articoli poi in concreto nell'operatività di Camere rappresentative che hanno attraversato giocoforza climi storici e situazioni politiche differenti. Ad esempio, nella nostra vicenda storica nazionale, esso ha conosciuto un'albore e socialmente ristretta fase liberale, un'eclissi totale nel periodo della Camera dei Fasci e delle Corporazioni e un vero pieno vigore alla Costituente, per svolgersi via via – pur se con iniziali difficoltà – nel succedersi delle legislature repubblicane. La riserva è dovuta a una circostanza ben nota: le condizioni interne e anche internazionali del confronto politico non ne consentirono a lungo il totale dispiegamento, restringendo – per così dire – il campo di gioco per l'effetto di una *conventio ad excludendum* manifestatasi tanto verso la destra, quanto verso la sinistra dell'arco di forze presenti nelle assemblee. Da qui un funzionamento compromissorio della forma di governo e in coerenza dell'istituzione parlamentare, in seguito scioltesi in una dinamica più classicamente (tale infatti ma nei modelli stranieri tenuti presenti a conformarla, fundamentalmente quello britannico) alternativista.

L'autore non si sottrae dal trattare qui di uno dei suoi cavalli di battaglia, ossia il "transfughismo" parlamentare, nonché il monocameralismo alternato di fatto nell'esame della legge finanziaria e l'abuso dei decreti-legge, ulteriormente aggravato dalla prassi dei maxi emendamenti di maggioranza durante l'iter legislativo, con contemporanea apposizione della questione di fiducia: tutti fenomeni patologici che si riverberano sulla corretta e fluida funzionalità dell'organo complesso osservato, investito da troppi anni da continue e inconcludenti proposte riformatrici dei "rami alti" della Costituzione: se a livello centrale esse non sono andate in porto (diversamente, come noto, è accaduto per gli enti locali e per quelli regionali), vero è anche che i regolamenti parlamentari hanno comunque dovuto fronteggiare le diverse stagioni politiche con intelligente e preziosa duttilità e si sono dovuti perfino adattare a un drastico dimagrimento del numero dei componenti delle Camere, che ha imposto di ripensarne l'organizzazione.

I capitoli successivi distribuiscono la materia secondo un ordine logico, colaudato dalla tradizione: fonti, soggetti e loro garanzie, organizzazione, programmazione dei lavori, disciplina delle sedute e della discussione, funzione legislativa, significato e regolazione del rapporto di fiducia in relazione all'indirizzo politico, procedimenti di informazione, indirizzo e controllo, rapporto del Parlamento italiano con quello dell'Unione Europea.

Si esce dalla *full immersion* nelle pagine del libro non meravigliati dalla ricchezza di dati di prassi e giurisprudenza costituzionale e parlamentare (non quella ordinaria, per la garanzia costituzionale di autonomia degli organi costituzionali osservati), inventariata segnatamente da chi si è assunto l'onere dell'aggiornamento, per poco che lo si conosca.

L'impressione complessiva, al termine della lettura, è che l'istituto parlamentare, lungi dall'essere in decadenza, come periodicamente assumono singoli studiosi e correnti di pensiero che fanno risuonare le campane a morto, è imprescindibile per il funzionamento della democrazia rappresentativa, perché – rispetto alle sirene seducenti, ma ingannevoli, del populismo di investitura e decisione “immediate”, assecondato dalle applicazioni tecnologiche oggi disponibili – salvaguarda l'unico modo in cui una comunità politica può restare insieme. Solidarietà fra diversi e capacità di mediare fra differenti visioni, quindi di ricercare e praticare il compromesso sperabilmente “alto”, sono infatti l'essenza che anche quest'opera conferma del parlamentarismo: lo attesta con chiarezza in particolare la parte iniziale del capitolo VIII sul rapporto di fiducia come garanzia costituzionale del principio (e quindi dello svolgersi nell'ordine) democratico. Insomma: *Elogio dell'assemblea, tuttavia* (Mucchi, Modena, 2020), come ha scritto il già citato Manzella, con il corollario logico che i nuovi strumenti vanno ricondotti al primato del principio di rappresentanza e non impiegati a deprimerlo e che dunque i partiti non sono ferrivecchi da saltare a piè pari, ma comunità di esperienze e di destini da rivitalizzare, disciplinandoli attraverso un'attuazione della cosiddetta “riserva di legge implicita” nascosta nell'art. 49.

Alla condizione ineliminabile del «bevi responsabilmente» (formula ormai scritta, dopo il nuovo codice della strada, anche nei menu dei ristoranti), il Man-nino - Curreri è dunque un ottimo vino, da consigliare con fiducia – è proprio il caso di dire – a chi punti sulla qualità, in luogo di farsi sedurre da bibite di dubbio gusto, ma di moda.

Recensione a Andrea Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo II-2. Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Giappichelli, Torino, 2023

MARIA LAURA TREZZA

Il libro che si recensisce costituisce il terzo volume della collana del Prof. Andrea Carbone “*Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*”, pubblicato da G. Giappichelli Editore, nel 2023.

Il Prof. Carbone si è prefissato con la propria collana di effettuare una ricostruzione delle situazioni giuridiche che si rapportano con il potere amministrativo e di considerarle quale oggetto del processo amministrativo, insieme alla declinazione in concreto del relativo giudizio.

Nel terzo volume “*Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo II-2. Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*”, la trattazione ha ad oggetto le situazioni giuridiche soggettive che si vengono a configurare in relazione al rapporto tra interesse del soggetto e norme sulla produzione di carattere formale, con un'esposizione dettagliata in ordine alle situazioni giuridiche a carattere prettamente procedurale e alla loro tutela giurisdizionale.

L'approccio dell'Autore è altamente tecnico ed orientato alla ricostruzione delle problematiche legate all'esercizio del potere amministrativo e, in particolare, si focalizza sulle implicazioni procedurali, che scaturiscono dalle interazioni tra potere pubblico e privato.

Il libro è suddiviso in due capitoli che sono il prosieguo del secondo volume: il terzo consta di due sezioni e il quarto di un'unica sezione.

Nella prima sezione del terzo capitolo l'Autore effettua un'analisi delle situazioni giuridiche che fanno riferimento all'interesse del soggetto rispetto alle norme formali sulla produzione, cioè a quelle situazioni che attengono al modo di esplicazione della funzione in relazione all'interesse del soggetto ad ottenere una decisione e ad ottenerla nel rispetto delle regole proprie del modello procedurale di riferimento.

L'Autore distingue le diverse tipologie di norme sulla produzione degli atti precettivi in relazione all'individuazione di un triplice ordine di prescrizioni: a) le prescrizioni attinenti all'attribuzione del potere; b) le prescrizioni attinenti ai requisiti sostanziali che devono essere rispettati perché l'atto possa essere legittimamente adottato e c) quelle relative alle modalità di esercizio del potere.

Il primo problema che l'autore si pone concerne la natura delle situazioni

giuridiche procedurali se trattasi di situazioni giuridiche autonome rispetto a quelle sostanziali e laddove si volesse riconoscere la loro autonomia se le situazioni in questione si configurerebbero come diritti soggettivi o interessi legittimi. L'Autore giunge alla conclusione che alla pretesa del soggetto che si afferma titolare della situazione giuridica sostanziale espressa nella relativa pretesa si affiancano le pretese procedurali che sono strumentali alla pretesa sostanziale, sebbene ciò non escluda che tali situazioni possano rilevare autonomamente, la cui lesione può essere fatta valere davanti al giudice amministrativo.

Dopo aver esaminato la problematica inerente alla natura delle situazioni procedurali, l'Autore passa a fornire una rappresentazione in merito alla declinazione oggettiva e soggettiva delle situazioni giuridiche di carattere procedurale.

Per quanto concerne il profilo oggettivo delle situazioni procedurali, l'Autore sostiene che l'individuazione di differenti tipologie di modelli processuali corrisponde alla diversa declinazione, sotto il profilo strutturale, del rilievo teleologico che il contraddittorio riveste nel relativo procedimento. All'uopo, distingue un modello procedurale collaborativo-garantistico e un modello prettamente garantistico, la cui distinzione risiede nell'art. 6 CEDU, inerente al canone del giusto processo.

Più nello specifico, l'Autore rappresenta che si è in presenza di un modello processuale prettamente garantistico quando, sotto il profilo funzionale e strutturale, sono rispettati i canoni espressi nella norma europea-convenzionale; definisce, di converso, collaborativo-garantistico quel modello che comporta l'esistenza di un contraddittorio che, ancorché non perfettamente paritetico sul piano decisorio, non consente comunque di porre nel nulla, per l'autorità decidente, il momento del confronto, in quanto la rispondenza del canone sancito nell'art. 6 della CEDU viene assicurata *ex post* nella successiva fase giurisdizionale (le mancanze presenti nella fase amministrativa sono, quindi, compensate nella fase giurisdizionale in quanto la decisione adottata in sede amministrativa deve essere soggetta al sindacato di un organo conforme ai requisiti di cui all'art. 6 della CEDU).

In questa prospettiva, l'Autore ritiene che al modello processuale collaborativo-garantistico si sia ispirata l'azione amministrativa per come espressa nella L. 241/1990.

La proceduralizzazione dell'azione amministrativa e l'estensione del contraddittorio procedimentale, nei termini sanciti nella l. n. 241 del 1990, ha generato la processualizzazione dell'attività facendo sì che la funzione amministrativa possa essere strutturalmente improntata ad un modello processuale fondato sul contraddittorio rivolto ad una decisione frutto di una scelta tra le diverse alternative prospettate nel procedimento.

La distinzione tra i modelli effettuata dall'Autore è ciò a cui si deve rapportare

la considerazione del profilo oggettivo delle situazioni prettamente procedurali. In particolare, mentre nel modello prettamente garantistico la partecipazione viene in sé considerata, nel modello collaborativo-garantistico la pretesa alla partecipazione viene in rilievo per come potenzialmente rilevante sulla decisione.

Da tale distinzione deriva una diversa considerazione circa l'invalidità dell'atto decisorio: essa va, infatti, posta in correlazione con il differente scopo a cui dette garanzie risultano preposte.

Per ciò che concerne la declinazione soggettiva delle situazioni prettamente procedurali, l'attribuzione soggettiva delle differenti situazioni prettamente procedurali corrisponde alla loro astratta configurabilità in capo ad un determinato soggetto, in ragione della posizione dallo stesso rivestita in ambito sostanziale. L'attribuzione soggettiva si correla, però, non solo al dato sostanziale ma anche al dato normativo.

L'A., a questo punto, analizza quali sono le tipologie di situazioni prettamente procedurali: in primo luogo mette in evidenza la situazione di potere il cui esercizio produce, in ordine all'oggetto a cui il potere fa riferimento, l'effetto di instaurazione del procedimento costitutivo del relativo rapporto ossia la pretesa del privato all'obbligo dell'esercizio dell'azione/avvio del procedimento.

Rispetto a tali situazioni vengono in rilievo le differenti situazioni procedurali che scaturiscono dall'instaurazione del rapporto procedimentale quale esito dell'avvio del procedimento. Vi sono, essenzialmente, situazioni che ineriscono direttamente al dovere di adozione dell'atto decisorio da parte dell'Amministrazione e situazioni strumentali alla formazione della decisione.

A tal proposito, l'Autore passa prima alla disamina delle situazioni coincidenti con l'avvio del procedimento e delle situazioni che concernono il dovere decisorio dell'Amministrazione e, successivamente, all'esame delle situazioni concernenti la dinamica procedurale, strumentali alla formazione della decisione.

La prima tipologia di situazioni procedurali è qualificabile come una situazione di potere di carattere prettamente procedurale il cui esercizio produce come effetto l'instaurazione del procedimento da cui consegue il relativo obbligo decisorio in capo all'Autorità procedente. Nello specifico, il potere di avvio può risultare conferito, in base al tenore normativo, a colui al quale viene attribuito il potere decisorio e, dunque, in capo alla PA o al privato che afferma la sussistenza di una situazione di potere sostanziale che richiede l'esercizio da parte della PA. Nel primo caso, è la PA che deve decidere se auto-proporre la domanda prima della formale apertura del procedimento senza alcun l'obbligo di rappresentare in un atto espresso la scelta di non procedere all'avvio del procedimento. Nel secondo caso, la domanda procedimentale è esperita da privato a fronte della quale la PA deve verificare se sussistono le condizioni idonee ad avviare il procedimento.

L'obbligo decisorio trova il proprio fondamento normativo nell'art. 2, co. 1,

l. n. 241 del 1990 che stabilisce l'obbligo della PA di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

La seconda categoria di situazioni giuridiche procedurali che scaturiscono dall'avvio del procedimento è quella delle situazioni strumentali alla formazione della decisione, dirette alla corretta esplicazione della funzione. Nell'ambito di tale categoria, l'Autore esamina prima di tutto le situazioni inerenti al contraddittorio ossia quelle situazioni che riguardano la possibilità di ciascuno dei soggetti di partecipare e rappresentare la propria posizione in relazione all'oggetto del procedimento con la garanzia della sua considerazione da parte dell'autorità decidente.

Sotto il profilo soggettivo la titolarità delle situazioni inerenti al contraddittorio non coincide necessariamente con i profili soggettivi inerenti alla possibilità giuridica della situazione a rilievo sostanziale: la titolarità di questa tipologia di situazioni prettamente procedurali va rintracciata nell'art. 7 e nell'art. 9 della L. 241/1990.

Considerato, poi, che il procedimento amministrativo si fonda su una modalità di contraddittorio collaborativo-garantistico, nel quale il contraddittorio si sviluppa soprattutto nella sua dimensione verticale tra autorità decidente e le altre parti, il primo profilo che viene in rilievo è quello concernente la possibilità del soggetto di essere parte del procedimento. Tale profilo attiene all'instaurazione del contraddittorio, il quale può articolarsi secondo modalità differenti. La prima modalità si declina nel senso di una pretesa alla comunicazione di avvio del procedimento che concerne le cc.dd parti necessarie al procedimento cioè coloro che, ai sensi dell'art. 7 della L. 241/1990, sono qualificati come diretti destinatari dell'atto. La seconda modalità è quella che corrisponde alla facoltà di intervenire nel procedimento di cui sono titolari i soggetti di cui all'art. 9 della L. 241/1990, cd. parti eventuali.

L'instaurazione del contraddittorio si verifica, in tal modo, a seguito della comunicazione di avvio del procedimento per le parti necessarie ovvero attraverso l'intervento per le parti eventuali.

L'ulteriore articolazione delle situazioni inerenti al contraddittorio concerne, poi, una volta avvenuta la sua instaurazione, l'effettiva esplicazione della partecipazione procedimentale. Il contenuto può ricavarsi dall'art. 10 della L. 241/1990 il quale ricollega ai soggetti destinatari della comunicazione di avvio e a quelli intervenuti una pretesa a prendere visione degli atti del procedimento. La norma in questione prende in considerazione tre elementi: l'accesso endoprocedimentale, la presentazione di memorie e documenti e l'obbligo della loro valutazione. In particolare, la partecipazione delle parti nel procedimento può concretizzarsi nell'accesso endoprocedimentale, nella facoltà di presentare memorie e nel preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* della L. 241/1990,

che consente un'articolazione del contraddittorio rispondente ad un canone collaborativo-garantistico.

L'Autore passa, poi, all'esame delle conseguenze derivanti dalla violazione delle norme formali.

Sotto tale profilo, riveste un ruolo centrale l'art. 21 *octies*, co. 2, L. 241/1990 che stabilisce che l'atto amministrativo non può essere annullato per violazioni formali o procedurali qualora il contenuto della decisione non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Tale regola si giustifica in quanto rappresentativa di un modello procedurale di stampo collaborativo-garantistico nel quale l'invalidità è correlata alla violazione del momento teleologico che la partecipazione riveste nell'ambito del procedimento. L'invalidità è correlata al raggiungimento dello scopo ove quest'ultimo coincide con il momento teleologico in questione il quale, nel modello collaborativo-garantistico, si esprime nella potenziale influenza sul contenuto della decisione. In presenza di un rilievo teleologico della partecipazione in senso misto collaborativo-garantistico, infatti, lo scopo che viene in questione non è quello che la partecipazione possa semplicemente avvenire ma che essa possa avvenire al fine di esercitare un'effettiva influenza sul contenuto della decisione.

Di converso, in un modello prettamente garantistico si ha violazione delle regole inerenti al contraddittorio a prescindere dall'influenza del vizio sul contenuto della decisione.

Nella seconda sezione del primo capitolo l'Autore esamina le conseguenze derivanti dal mancato rispetto delle norme formali sulla produzione.

Prima di tutto esamina le conseguenze derivanti dal mancato avvio del procedimento e dalla mancata conclusione del procedimento.

La tutela di tali situazioni va rintracciata nel rimedio del ricorso avverso il silenzio, di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. Il rimedio in questione da un lato, in ragione del combinato disposto degli artt. 30, comma 1, e 34 lett. c) c.p.a., viene integrato con l'azione di condanna ad un *facere* mentre dall'altro, in sé considerato, rappresenterebbe, in corrispondenza con l'art. 34, lett. b) c.p.a., un'azione idonea a porre ad oggetto del giudizio la situazione giuridica prettamente procedurale consistente nella pretesa a che la PA adotti una decisione. Si è in presenza di due azioni distinte: una di carattere prettamente procedurale consistente nella pretesa a provvedere, l'altra consistente nella pretesa a rilievo sostanziale alla produzione/non produzione dell'effetto.

L'Autore, poi, passa ad esaminare la tutela giurisdizionale delle situazioni strumentali alla formazione della decisione al fine di ripristinare la garanzia violata. In particolare, nell'ipotesi di violazione del contraddittorio l'influenza del vizio, essendo in presenza di un modello collaborativo-garantistico, viene considerata in

termini di potenzialità: la dimostrazione che il provvedimento non poteva essere diverso porta all'esclusione dell'annullamento.

Per gli altri vizi formali, invece, non sussiste il limite descritto in quanto la potenziale influenza del vizio procedurale integra la lesione e comporta l'esperimento dell'azione di annullamento con riferimento al relativo vizio dell'atto. La domanda giudiziale può limitarsi a tale riferimento e l'influenza del vizio sulla decisione restare confinata a quanto rappresentato nell'atto oppure essere rivolta all'accertamento della situazione giuridica sostanziale attraverso l'esperimento di un'azione di condanna o di mero accertamento.

In ogni caso il vizio formale può essere recuperato nell'ordine procedurale giurisdizionale nel giudizio rivolto alla situazione sostanziale considerata nella decisione amministrativa impugnata. La garanzia dell'interesse formale leso può trovare riscontro direttamente in sede giudiziaria in ragione della fruizione della corretta esplicazione del modello processuale proprio del giudizio amministrativo alla quale si riconduce il mancato accesso ad un'autonoma tutela di annullamento.

Nell'ipotesi di situazione procedurale inerente al contraddittorio le due domande devono essere considerate separatamente. È la parte rispetto alla quale il contraddittorio è stato violato che può decidere se limitare la domanda a tale violazione oppure accedere direttamente alla tutela giurisdizionale in ordine alla propria situazione sostanziale facendo valere unicamente quest'ultima.

Nel quarto capitolo l'Autore affronta prima di tutto le situazioni di potere di secondo grado. In tali ipotesi l'amministrazione valuta la correttezza del procedimento di primo grado sotto il profilo sostanziale ovvero del vizio formale o procedurale dell'atto.

La funzione di secondo grado ha ad oggetto l'accertamento di una situazione di potere di secondo grado attraverso la quale è possibile porre in discussione l'accertamento della situazione di potere originario.

L'Autore, poi, esamina una nuova categoria di situazioni: le situazioni prettamente sostanziali quali situazioni residuali rispetto a quelle procedurali a rilievo sostanziale (di carattere concreto) nelle quali l'interesse si concentra sulla produzione o meno dell'effetto attraverso l'esercizio del potere e rispetto alle situazioni prettamente procedurali (situazioni di carattere astratto) ove l'interesse ha riguardo il corretto svolgimento della funzione. Le situazioni prettamente sostanziali hanno ad oggetto i canoni di buona fede e correttezza. Tali situazioni si collocano su un piano esterno rispetto alla funzione e su tale piano si pongono in correlazione con l'esercizio del potere. In questo senso sono ascrivibili alla categoria dei diritti soggettivi.

L'Autore conclude la propria opera con l'esame della situazione giuridica risarcitoria quale situazione prettamente sostanziale. L'obbligo risarcitorio è una

situazione autonoma di carattere prettamente sostanziale che ha una funzione riparatoria rispetto all'interesse procedurale (prettamente procedurale e a rilievo sostanziale) leso. La situazione risarcitoria, tuttavia, mantiene un legame funzionale con la situazione alla cui riparazione è rivolta. La situazione giuridica a rilievo sostanziale o prettamente procedurale costituisce, infatti, uno degli elementi del fatto costitutivo della situazione risarcitoria di cui il giudice amministrativo conosce incidentalmente laddove l'azione risarcitoria sia proposta in via autonoma.

L'opera recensita presenta una struttura estremamente tecnica e affronta argomenti altamente specialistici, senza mai perdere di vista la concretezza del diritto amministrativo in applicazione. Si distingue per il suo approccio profondamente analitico e per l'accuratezza nell'interpretazione delle situazioni giuridiche soggettive nonché per la precisione della ricostruzione delle problematiche procedurali. L'integrazione di casi giurisprudenziali è uno degli elementi di forza dell'opera che consente di comprendere come le teorie descritte siano effettivamente applicate nei contesti pratici.

La sua profondità teorica, supportata appunto da un'ampia analisi giurisprudenziale, rende il libro un ottimo strumento per chi vuole comprendere nel dettaglio il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive.

Recensione a Giusella Finocchiaro, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, il Mulino, Bologna, 2024

MICHELA TUOZZO

“Artificial intelligence (AI) is probably the defining technology of the last decade, and perhaps also the next”.
(P. Boucher)

Dal 1956, anno in cui McCarthy organizzava a Dartmouth il convegno nel corso del quale fu coniato il termine *intelligenza artificiale* riferito a programmi dai comportamenti “intelligenti”, a oggi, lo sviluppo tecnologico ha compiuto passi in avanti straordinari, fino ad arrivare all’intelligenza di ultima generazione: quella generativa, in grado di realizzare scopi plurimi, creativi e non predeterminati.

Il settore tecnologico è uno di quelli in cui si manifesta maggiormente la fatica del diritto di essere al passo con fenomeni nuovi che travolgono inarrestabilmente i vecchi a una rapidità senza precedenti. L’esempio di chat-GPT è calzante: resa disponibile gratuitamente a tutti nel mercato alla fine del 2022, l’IA generativa (“famiglia” di cui fa parte il programma di Open AI) rischiava la deregolazione, sebbene la *Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) COM(2021) 206*, poi diventata Regolamento Ue 2024/1689 (d’ora in poi AI Act), fosse stata presentata appena l’anno precedente.

La difficoltà con cui fare i conti nell’attività regolatoria dell’innovazione e della tecnica è il tema con cui si confronta il volume di Giusella Finocchiaro, nei nove capitoli che lo compongono, proponendosi come obiettivo quello di rivolgersi a tutti, specialmente ai non addetti ai lavori, per esorcizzare *La paura del nuovo* (titolo del I capitolo e filo conduttore della prima parte del volume). Nel caso specifico dell’IA, la suddetta paura è condizionata, secondo l’Autrice, da un retroterra culturale e artistico che ha contribuito a rappresentare la ribellione della macchina ai limiti posti dall’umano con scenari catastrofici.

Forse tale timore è nutrito anche da altro, ossia la volontà di mantenere la sovranità dell’uomo sulla macchina è collegata alla consapevolezza che oggi la

tecnologia «si palesa sempre di più come la vera ‘struttura’ che condiziona tutte le altre ‘sovrastutture’, svolgendo lo stesso ruolo che, all’inizio dell’età moderna, ebbe lo Stato e, durante la Grande Trasformazione, l’economia»¹.

Il rovescio della medaglia tecnologica – intesa qui nel senso indicato da Matteucci – è il modo in cui la tecnica dà forma ai rapporti tra privati e ai rapporti tra governati e governanti. Accogliendo la lezione di Schmitt² sull’apparente fine del politico nell’età della tecnica, la dottrina che si era già confrontata con la questione della regolazione di internet, dell’informazione e della comunicazione online, ha aperto il dibattito sui problemi della *self-regulation*, della *co-regulation* e, infine, della regolazione eteronoma della tecnica³. Tali problematiche possono dunque riferirsi anche all’IA. L’A. offre una delle prime analisi complete e complesse sull’intelligenza artificiale, dopo l’approvazione dell’*AI Act* nel giugno del 2024. Le tre grandi domande su cui il libro interviene a fare chiarezza sono relative al soggetto che fa le regole dell’IA; ai fini cui le medesime regole sono orientate; e infine, al modo in cui i cittadini sono protetti dai danni posti dalla diffusione dell’IA.

Attualmente sono in corso diversi percorsi di regolazione sull’intelligenza artificiale che non riguardano solo l’Europa. Il testo qui in esame rende conto di quanto sta accadendo in Cina e negli Stati Uniti, a testimonianza del fatto che, per esorcizzare la paura della macchina, quest’ultima deve essere ricondotta nell’ordine umano e, nella specie, a quello giuridico. Per usare le parole di un altro studioso: «Occorre trattare l’algoritmo come un aratro. Complesso certo, ma pur sempre un aratro che l’uomo costruisce per arare l’infinito della rete. Ed esso, come ogni oggetto che nasce umano e umano intende restare, deve essere conoscibile. L’algoritmo, dunque, va posto sotto l’egida del diritto come ogni prodotto della mente umana»⁴.

Il fatto che anche Paesi storicamente riluttanti a regolare Internet stiano iniziando a muoversi in questa direzione non significa del resto né che tutte le leggi sull’IA siano dirette verso gli stessi fini, né tantomeno che in tali processi la

¹ N. MATTEUCCI, *Libertà (scienze sociali)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 249.

² C. SCHMITT, (1932/1972), *L’epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in G. MIGLIO e P. SCHIERA (a cura di), *Schmitt, Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, il Mulino, Bologna, 2014.

³ G. DE MINICO, *Diritti Regole Internet*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011, pp. 1 ss.; A. SIMONCINI, *La coregolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, pp. 1032 ss.

⁴ A. STERPA, I. DE VIVO, C. CAPASSO, *L’ordine giuridico dell’algoritmo: la funzione regolatrice del diritto e la funzione ordinatrice dell’algoritmo*, in *Nuovi autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, n. 2/2023, p. 1130.

componente politico-legislativa sia uguale a quella presente nel Regolamento dell'Unione europea. Negli Stati Uniti, ad esempio, il Presidente ha emanato l'*Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence* il 30 ottobre 2023, ma nel volume si mette in luce come qui l'approccio rimanga ancorato al mercato, tant'è che a co-regolare l'intelligenza artificiale saranno gli stessi operatori economici che poi rispetteranno tali norme.

La prospettiva dalla quale muove l'analisi del libro qui osservato su che cosa significhi regolare l'intelligenza artificiale è quella metodologica. Il legislatore deve cioè, prima di approvare singole leggi, prendere almeno cinque decisioni su *come* regolare. Queste sono così sintetizzabili: individuazione dello scopo; scelta tra regolazione per principi o regole; definizione del destinatario della regola, ossia a chi ci rivolge definendo cos'è intelligenza artificiale; misurazione dell'ambito di applicazione delle regole tra livello nazionale, sovranazionale e internazionale; adozione di una disciplina orizzontale e dunque valida per tutti i sistemi di IA o di una legge applicabile soltanto a talune applicazioni di IA.

L'ultima parte del libro si concentra sull'analisi di tre casi pratici (responsabilità per i danni cagionati dall'IA; regime dei dati usati dall'IA; opere d'arte e di ingegno create dall'IA) su cui già esistono regolamenti e direttive che intercettano sistemi in materia, fonti che e dunque saranno destinati a incrociarsi con l'*AI Act*. Per questi casi non è tanto urgente (si sostiene) introdurre nuove disposizioni legate alle sempre cangianti applicazioni dell'IA, quanto piuttosto riconoscere in primo luogo il cambiamento radicale che essa comporta e verificare se i paradigmi normativi esistenti siano in grado di resistere all'impatto tecnologico. L'autrice sostiene ad esempio che riguardo al regime dei dati, di cui l'IA si nutre voracemente, non sia essenziale rendere più severo il regolamento UE n. 276/2016, quanto individuare «un modello di circolazione dei dati stessi che superi la logica proprietaria»⁵.

Tra i tanti temi introdotti nella discussione e da lei analizzati, pare utile muovere alcune considerazioni sulla seconda questione metodologica qui individuata: la scelta tra regolazione per principi e disciplina per regole. Lo studio in esame ritiene che il ricorso alla tecnica della regolazione per principi si adatti meglio a regolare il macro-tema dell'intelligenza artificiale al fine di stabilire i valori cui orientare il mercato europeo, mentre le regole occorrono quando si passa al piano delle singole applicazioni di IA, ossia i casi d'uso che richiedono invece norme di dettaglio.

Nell'*AI Act* il meta-principio è verbalizzato nell'art. 1, che stabilisce come scopo il funzionamento del mercato interno e la diffusione di un'IA antropocentrica

⁵ G. FINOCCHIARIO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, il Mulino, 2024, p. 60.

e affidabile, che garantisca cioè la protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali. Il paradosso di tale atto normativo è che esso, pur essendo una fonte direttamente applicabile e vincolante in tutti i suoi aspetti, in buona parte delle sue disposizioni adotta norme programmatiche, che lo rendono quindi più simile a una direttiva: posto che non è nemmeno il caso di ricordare che una direttiva impegna gli Stati a perseguire gli obiettivi da essa definiti, l'*AI Act* si muove appunto al confine tra due tipi di fonte, assumendo le vesti del regolamento, ma con la forza diversa di una direttiva. Il cortocircuito di tale ibridazione di fatto si ritrova nei problemi di legittimazione dati dal rinvio a fonti di *self-regulation* o a fonti atipiche di *soft law*: non sarà infatti il diritto “mite” ad attuare il bilanciamento delle regole-principio, ma esso verrà esercitato dagli operatori economici di settore. Paradigmatico in tal senso è il caso delle disposizioni della Sezione II – quella sui requisiti che i sistemi di intelligenza artificiale devono rispettare prima di essere immessi sul mercato, quando siano ad alto rischio – che rinviano alla definizione di norme tecniche standardizzate, la cui individuazione spetta a organismi di normazione europea composti perlopiù da portatori di interessi, vale a dire il Comitato europeo di normazione (CEN), il Comitato europeo di normazione elettrotecnica (Cenelec) e l'Istituto europeo per le norme di telecomunicazione (ETSI).

Queste brevi riflessioni inducono a ritenere condivisibile la scelta compita dall'Aitrice di continuare a discutere di metodo, prima di entrare nell'analisi delle singole disposizioni, ma a partire dalla conoscenza del merito e dei materiali con i quali deve confrontarsi l'operatore giuridico che si occupi di nuove tecnologie. Di questa e delle altre opzioni metodologiche sembra insomma che ci si dovrà continuare a occupare.

In definitiva, la trattazione condotta nel libro si distingue per chiarezza, necessaria per l'intento palese di parlare a tutti, ma anche per profondità e rigore. Questo approccio consente perciò sia agli esperti del settore, sia ai non addetti ai lavori che vogliano introdursi alla conoscenza della tematica, di confrontarsi con le complesse questioni giuridiche poste dall'intelligenza artificiale all'ordinamento giuridico transnazionale, eurounitario e interno. Oltre al dato analitico, il libro non manca di proporre soluzioni (in particolare nella sua la parte terza) e di esprimere critiche verso il processo legislativo recentemente conclusosi in ambito europeo, in ragione del timore che un sovrappiù di irrigidimento regolatorio e la burocratizzazione eccessiva da un lato non consentiranno all'*AI Act* di restare al passo con l'evoluzione del fenomeno che pure intende disciplinare e dall'altro che l'approccio normativo europeo resti indietro rispetto alla realtà dello sviluppo industriale degli altri continenti.

SINTESI DEI CONTRIBUTI / ABSTRACT

La Costituzione al tempo delle transizioni

LUIGI FERRAJOLI

Il costituzionalismo quale sistema di limiti ai poteri altrimenti selvaggi è in crisi. La globalizzazione ha cambiato la geografia dei poteri. I poteri che contano, quelli economici e finanziari, sono globali, privi di una sfera pubblica alla loro altezza. Ne sono seguiti la crisi delle nostre democrazie e pericoli crescenti, quali le guerre e la distruzione dell'ambiente naturale, generati dal caos globale. La sola alternativa razionale e realistica è un allargamento del paradigma costituzionale al di là degli Stati, tramite l'introduzione, in un nuovo patto costituzionale, di garanzie e di istituzioni di garanzia in grado di rendere effettivi i principi di pace e di uguaglianza stabiliti nella carta dell'Onu e in tante carte dei diritti umani.

Constitutionalism, as a system of limits to otherwise wild powers, is in crisis. Globalization has changed the geography of power. The powers that matter, those of the economic and financial sectors, are global and lack a public sphere of equivalent scale. This has led to the crisis of our democracies and growing dangers, such as wars and the destruction of the natural environment, driven by global chaos. The only rational and realistic alternative is the expansion of the constitutional paradigm beyond the nation-states, through the introduction, in a new constitutional pact, of guarantees and institutions capable of effectively implementing the principles of peace and equality established in the UN Charter and in numerous human rights declarations.

Torsioni della forma di governo, riflessi sulla forma di Stato, ricerca dei possibili rimedi

ANTONIO RUGGERI

Lo scritto mette preliminarmente in evidenza come delle “modifiche tacite” della Costituzione si discorra in relazione alla seconda parte della Carta, non pure per la prima e, più ancora, per i principi fondamentali. Si fa quindi notare che alcune torsioni dei ruoli istituzionali non esauriscono i loro effetti nell’ambito della forma di governo ma proiettano la loro immagine altresì sulla forma di Stato, con esito gravemente pregiudizievoli per i diritti fondamentali. Si sofferma, inoltre, sulle riforme in cantiere, in ispecie sulla disciplina relativa al premierato elettivo, ritenuta idonea ad incidere pesantemente sul principio della separazione dei poteri. Infine, ci si chiede se la nostra sia davvero una forma di governo parlamentare, se la Repubblica sia a tutt’oggi democratica e se sia possibile (e come) porre rimedio ai guasti del presente.

The text initially highlights how discussions regarding “tacit amendments” to the Constitution predominantly focus on the second part of the Constitution, rather than its first part, and even more so on the fundamental principles. It is then pointed out that certain distortions of institutional roles do not merely affect the government form, but also extend their impact onto the state structure, resulting in severe consequences for fundamental rights. Moreover, the text examines the proposed reforms, particularly the regulation concerning the directly elected prime minister, which is deemed likely to significantly undermine the principle of the separation of powers. Finally, it raises the question of whether our system truly constitutes a parliamentary form of government, whether the Republic remains democratic to this day, and whether it is possible (and how) to remedy the current damage.

Crisi, transizioni e rotture. Sul futuro del costituzionalismo

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Il testo analizza le crisi del costituzionalismo e le sue prospettive future dal punto di vista della contrapposizione tra transizioni e rotture. Mentre le transizioni permettono di intuire l'esito delle crisi perché fanno da ponte tra due realtà che hanno una sostanziale continuità, le rotture non permettono di conoscerlo perché aprono la strada a una realtà molto diversa la cui configurazione è imprevedibile. Questa evoluzione è molto negativa nel XXI secolo perché i fattori di potere si trovano al di fuori dello Stato e gli anticorpi creati per difendere la democrazia e i diritti nello Stato costituzionale non sono sufficienti. È necessaria una riconfigurazione del costituzionalismo su scala europea, che tenga conto anche del potenziale che il mercato europeo può avere per garantire diritti e democrazia di fronte alla globalizzazione.

The text analyzes the crises of constitutionalism and its future prospects from the point of view of the contrast between transitions and ruptures. While transitions allow us to venture the outcome of crises because they function as a bridge between two realities that have a substantial continuity, ruptures do not allow us to know it because they open the way to a very different reality whose configuration is unpredictable. This evolution is being very negative in the 21st century because the factors of power are located outside the State and the antibodies that were created to defend democracy and rights in the constitutional State are not sufficient. A reconfiguration of constitutionalism on a European scale is necessary that also takes into account the potential that the European market can have for the guarantee of rights and democracy in the face of globalization.

La Costituzione di oggi e di domani

VASCO PEREIRA DA SILVA

A partire dagli anni Settanta, ha senso parlare di diritto costituzionale senza frontiere, in seguito all'emergere di questioni costituzionali sovrastatali, al superamento delle distinzioni formaliste tra diritti umani e diritti fondamentali e al tentativo di costruire un "costituzionalismo globale" o "costituzionalismo europeo" accanto al costituzionalismo statale.

Tutto è iniziato nel campo dei "diritti umani" e dei "diritti fondamentali", per poi estendersi ad altri ambiti giuridici specifici. Stiamo assistendo a un doppio fenomeno di "costituzionalizzazione": da un lato, dell'ordine internazionale, che crea meccanismi di applicazione e protezione identici a quelli delle costituzioni nazionali; dall'altro, dell'ordine costituzionale, che accetta, riconosce e trasforma le norme internazionali in criteri di interpretazione e applicazione delle norme costituzionali stesse.

Una delle manifestazioni di questo diritto costituzionale senza frontiere riguarda la questione dei nuovi compiti o funzioni pubbliche. Infatti, le fonti costituzionali nell'ordinamento giuridico globale, così come nell'ordinamento giuridico europeo (ad esempio, oltre al Trattato di Lisbona, in parte anche la "Next Generation EU"), che poi si proiettano a livello di costituzioni statali (attraverso l'efficacia diretta dei Trattati o dei PRR nazionali), accentueranno l'emergere di nuovi compiti fondamentali, sia attraverso la trasformazione di quelli precedenti (ad esempio, il caso della sicurezza o della difesa), sia attraverso la creazione di nuove missioni statali (ad esempio, la digitalizzazione).

In questo modo, si assiste a una commistione di nuovi e vecchi contenuti costituzionali e oggi, nella sua dimensione multilivello o senza confini, che dà origine a cinque "nuovi compiti pubblici in stato di tensione", ovvero: la difesa e la sicurezza, la salute, la lotta al cambiamento climatico, l'adozione di energia sostenibile e le nuove tecnologie della digitalizzazione e dell'intelligenza.

Since the 1970s, it makes sense to speak of constitutional law without borders, following the emergence of supra-state constitutional issues, the overcoming of formalist distinctions between human rights and fundamental rights, and the attempt to construct a 'global constitutionalism' or 'European constitutionalism' alongside state constitutionalism.

This started in the field of ‘human rights and ‘fundamental rights’ and then extended to other specific legal fields. We are witnessing a double phenomenon of ‘constitutionalisation’: on the one hand, of the international order, which creates enforcement and protection mechanisms identical to those of national constitutions; on the other hand, of the constitutional order, which accepts, recognises and transforms international norms into criteria for the interpretation and application of constitutional norms themselves.

One of the manifestations of this borderless constitutional law concerns the issue of new public tasks or functions. In fact, constitutional sources in the global legal order, as well as in the European legal order (e.g., in addition to the Lisbon Treaty, partly also the ‘Next Generation EU’), which are then projected to the level of state constitutions (through the direct effectiveness of treaties or national RRP), will accentuate the emergence of new fundamental tasks, either through the transformation of previous ones (e.g., the case of security or defence), or through the creation of new state tasks (e.g., digitalisation).

In this way, there is a blending of new and old constitutional content and today, in its multilevel or borderless dimension, giving rise to five ‘new public tasks in a state of tension’, namely: defence and security, health, the fight against climate change, the adoption of sustainable energy and the new technologies of digitisation and artificial intelligence.

La stabilità delle Costituzioni nel regime delle transizioni

TANJA CERRUTI

Il contributo muove da alcune considerazioni sulle transizioni in corso e sulle loro ripercussioni sui tre elementi costitutivi dello Stato per soffermarsi sul ruolo che i principali strumenti di garanzia della rigidità costituzionale (le modalità e soprattutto i limiti alla revisione e il ruolo della giustizia costituzionale) assumono nell'assicurare non solo il rispetto, ma la stessa "sopravvivenza" della Costituzione, interrogandosi conclusivamente sulla possibilità che si possa prescindere dalla presenza di una Carta costituzionale dello Stato.

The contribution starts from some considerations on the transitions underway and their repercussions on the three constituent elements of the State to dwell on the role that the main instruments for guaranteeing constitutional rigidity (the modalities and above all the limits to amendments and the role of constitutional justice) assume in ensuring not only respect for but the very 'survival' of the Constitution, concluding by questioning whether its presence can be dispensed with.

¿Hacia dónde van las constituciones en el tiempo de las transiciones?

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Questo testo si propone di analizzare quattro aspetti legati alle transizioni politiche e il loro impatto sulle Costituzioni degli Stati democratici. In primo luogo, come queste transizioni influiscono sugli Stati sociali e democratici governati dallo Stato di diritto. In secondo luogo, il ruolo che le Corti costituzionali svolgono in questo contesto. In terzo luogo, se per far fronte a questa situazione sia sufficiente modificare i testi costituzionali oppure sia necessario realizzare veri e propri processi costituenti. Infine, questo lavoro sottolinea quali nuove caratteristiche o elementi dovrebbe incorporare una Costituzione del XXI secolo.

This text aims at analyzing four aspects related to political transitions and their impact on Constitutions of democratic States. Firstly, how these transitions affect social and democratic States governed by the rule of law. Secondly, the role Constitutional Courts play in this context. Thirdly, whether, in order to deal with this situation, it is enough to amend constitutional texts or it is necessary to carry out genuine constituent processes. Finally, this paper points out what new features or elements a twenty-first century Constitution should incorporate.

Costituzione economica e diritti. Riflessioni su una possibile (e definitiva?) attuazione di un'Europa sociale

ANDREA NAPOLITANO

Il presente contributo analizza il rapporto tra costituzione economica e diritti sociali nell'ambito dell'Unione Europea, interrogandosi sulle prospettive di una loro piena e definitiva attuazione. L'analisi si concentra sulla tensione tra libertà economiche e tutela dei diritti sociali, esaminando le evoluzioni normative e giurisprudenziali che hanno segnato il percorso dell'integrazione europea. Viene inoltre valutato il ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e del Pilastro europeo dei diritti sociali come strumenti per rafforzare una dimensione sociale dell'Unione. Il contributo propone una riflessione critica sulle possibili traiettorie future dell'Europa sociale, evidenziando le sfide ancora aperte e le potenzialità di una trasformazione strutturale del modello economico europeo in chiave più inclusiva e sostenibile.

This paper explores the relationship between the economic constitution and social rights within the European Union, questioning the prospects for their full and definitive implementation. The analysis focuses on the tension between economic freedoms and the protection of social rights, examining the legal and jurisprudential developments that have shaped the European integration process. The role of the EU Charter of Fundamental Rights and the European Pillar of Social Rights is also assessed as instruments to strengthen the social dimension of the Union. The paper offers a critical reflection on the possible future trajectories of a social Europe, highlighting the remaining challenges and the potential for a structural transformation of the European economic model towards greater inclusiveness and sustainability.

Il ruolo dei *Caregiver* nell'assistenza sanitaria agli anziani

LEANDRA ABBRUZZO

L'articolo analizza il ruolo cruciale dei *caregiver* familiari nella tutela delle persone anziane non autosufficienti, evidenziando come tale figura sia centrale nell'evoluzione dei sistemi di assistenza sociosanitaria. Dopo una panoramica sul concetto giuridico di vulnerabilità e sul progressivo invecchiamento della popolazione, lo studio esamina il crescente ricorso alla telemedicina, strumento fondamentale per garantire continuità assistenziale, ma non privo di criticità per gli anziani, spesso ostacolati da carenze di competenze digitali e dal *digital divide*. In questo contesto, i *caregiver* diventano mediatori indispensabili tra gli assistiti e le tecnologie, favorendo l'accesso ai servizi sanitari digitali. Lo studio approfondisce l'importanza del *caregiving* informale quale componente essenziale ma spesso non riconosciuta del sistema di *welfare*.

This article analyses the crucial role of family caregivers in the protection of dependent elderly people, highlighting how this figure is central to the evolution of social and health care systems. After an overview of the legal concept of vulnerability and the progressive ageing of the population, the study examines the increasing use of telemedicine, a fundamental tool to ensure continuity of care, but not without critical issues for the elderly, often hindered by digital skills shortages and the digital divide. In this context, caregivers become indispensable mediators between caregivers and technologies, facilitating access to digital health services. The study explores the importance of informal caregiving as an essential but often unrecognised component of the welfare system.

Tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos abreviados: análisis comparado de Colombia y España

LAURA DANIELA USECHE ACEVEDO

Nell'ambito di una Costituzione rigida, l'approvazione di una riforma costituzionale è condizionata dalle disposizioni contenute nella medesima Costituzione che si intende modificare. Tuttavia, esistono altre limitazioni che, pur non essendo espressamente previste dalle norme positive, condizionano l'operato del legislatore-revisore e impediscono che una riforma costituzionale venga approvata con procedure abbreviate? E, se sì, questi limiti impliciti potrebbero essere controllati attraverso il ricorso giurisdizionale? Il presente lavoro tenta di rispondere agli interrogativi che precedono, partendo da un approfondimento della teoria costituzionale in merito, per poi proseguire con una analisi degli sviluppi che sulla materia si sono registrati negli ordinamenti giuridici di Spagna e Colombia.

La tramitación de la reforma constitucional se encuentra condicionada procedimentalmente por los parámetros normativos que la regulan en el marco de una Constitución rígida, como son la mayoría de las constituciones modernas. Sin embargo, ¿existen también limitaciones que, a pesar de no estar expresamente contenidas en las normas, sujetan al legislador e impiden que se tramite una reforma constitucional utilizando procedimientos abreviados que agilizan la tramitación? Y, en caso de ser así, ¿podrían ser controlados estos límites implícitos a través de un recurso jurisdiccional? En el presente trabajo se pretende dar respuesta a estos interrogantes a partir de consideraciones de la teoría constitucional y de los desarrollos que en este sentido se han dado en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia.

Il regionalismo italiano alla prova dello *European Green Deal*

IGNAZIO SPADARO

L'articolo prende in esame la compressione dell'autonomia regionale derivante dal recepimento normativo delle odierne politiche ambientali europee in seno all'ordinamento italiano. A tal fine, esso trae spunto dalla disciplina dei contratti pubblici e da quella su *governance* ed attuazione del PNRR, per poi formulare alcune proposte in prospettiva *de jure condendo*, anche alla luce della rinnovata centralità recentemente riconosciuta ai sistemi di governo multilivello da parte della stessa UE.

The article examines the compression of regional autonomy resulting from the regulatory transposition of today's EU environmental policies into Italian law. It takes the cue from the regulations on public contracts and those on governance and the implementation of the NRP, and then some new possible provisions are proposed, also in light of the greater importance recently recognised to multi-level governance systems by the EU itself.

Notarelle sul *Digital Services Act*

ERIKA LA FAUCI

Il saggio analizza alcune disposizioni del Digital Services Act mettendone in rilievo una serie di profili critici. Specificamente, lo scritto si sofferma sulla tutela accordata dal DSA alla libertà di manifestazione del pensiero degli utenti all'interno delle piattaforme digitali e sulle misure adottate per contrastare un esercizio incontrollato dei poteri dei gatekeepers sui contenuti diffusi dai cittadini europei nelle very large online platforms. Il saggio elabora, inoltre, alcune proposte di riforma del Digital Services Act volte a consentire di riconoscere una salvaguardia più efficace e pervasiva alla libertà di espressione degli utenti all'interno delle piattaforme digitali.

The essay analyses some provisions of the Digital Services Act, highlighting a series of critical regulations. Specifically, the paper dwells on the protection granted by the DSA to the freedom of speech of the users on digital platforms and on the measures adopted to contrast an uncontrolled exercise of the gatekeepers' powers over the contents spread by European citizens on the very large online platforms. The essay also elaborates some proposals for reforming the Digital Services Act in order to allow for more effective and pervasive safeguards for users' freedom of speech on digital platforms.

L'intelligenza artificiale all'interno di un sistema giuridico «antropocentrico». Riflessioni sullo stato dell'arte in tema di responsabilità dei funzionari pubblici

FABIO ALTAMURA

L'intelligenza artificiale ha determinato la necessità di un ripensamento della dicotomia uomo-macchina, passando da una prima fase di contrapposizione ad una successiva fase di sovrapposizione, per poi giungere, anche a seguito dell'avvento dell'IA ACT, ad un rapporto ancorato alla «sorveglianza umana» sulla macchina. Tale approdo, che ha determinato un ritorno ad una visione «antropocentrica» dell'ordinamento, in linea ai dettami costituzionali, implica un ripensamento anche della responsabilità dei «sorveglianti», ovvero dei funzionari pubblici deputati al controllo dell'affidabilità della decisione automatizzata. Questi ultimi, al fine di non incappare in responsabilità derivanti dall'esercizio della propria funzione, dovranno essere in possesso non solo di una professionalità specifica e relativa all'ufficio cui appartengono o all'attività che devono compiere, ma anche di adeguate competenze in campo informatico.

Artificial intelligence has implied the need to rethink the human-machine dichotomy, moving from an initial phase of opposition to a subsequent phase of overlap, to then arrive, also following the introduction of the AI ACT, at a relationship based to 'human surveillance' towards machine. This approach, which has led to a return to an 'anthropocentric' vision of the legal system, in line with constitutional principles, also implies a rethinking of the responsibility of the 'overseers', i.e. the public officials in charge of verifying the reliability of the automated decision. In order not to incur liability arising from the exercise of their function, public officials will have to possess not only specific professionalism related to the office to which they belong or to the activity they have to perform, but they also will have adequate IT skills.

Identità costituzionale europea e recesso dall'UE

YLENIA CITINO

Il concetto di identità costituzionale europea sta gradualmente emergendo in un contesto di tensioni interordinamentali e di forti pressioni sovraniste. La *Brexit* ha dimostrato che il recesso dall'UE, previsto dall'art. 50 TUE, rappresenta una possibilità concreta per riaffermare le identità nazionali, sollevando interrogativi sulla solidità di un'identità costituzionale europea normativa. In questo lavoro si analizzano le origini del concetto di identità costituzionale, il suo sviluppo nella giurisprudenza europea e nazionale, e i limiti che ne impediscono l'affermazione normativa. Si evidenzia che, sebbene l'identità costituzionale europea possa fungere da strumento simbolico di coesione, essa non ha ancora assunto un valore normativo. Infine, si riflette sulla coesistenza tra identità costituzionale europea e la possibilità di recesso, considerata sia una dimostrazione di flessibilità dell'UE sia una fonte di vulnerabilità dinanzi alle spinte nazionaliste.

The concept of European constitutional identity is gradually emerging in a context of interjurisdictional tensions and strong sovereignist pressures. *Brexit* demonstrated that withdrawal from the EU, as provided by Article 50 TEU, is a tangible possibility for reaffirming national identities, raising questions about the robustness of a normative European constitutional identity. This paper examines the origins of the concept of constitutional identity, its development in European and national case law, and the limits preventing its normative assertion. While European constitutional identity can serve as a symbolic tool for cohesion, it has not yet achieved normative status. Finally, the coexistence of European constitutional identity and the possibility of withdrawal is discussed, both as evidence of the EU's flexibility and as a source of vulnerability to nationalist pressures.

Dispute emblematiche: riflessioni giuridiche a partire dai dubbi sulla titolarità del simbolo del MoVimento 5 Stelle

GABRIELE MAESTRI

Il contributo intende analizzare la singolare condizione del MoVimento 5 Stelle con riferimento alla titolarità del suo simbolo, considerando l'esistenza di tre soggetti giuridici con lo stesso nome, nonché gli intarsi tra "diritto dei partiti", norme sui nomi e sui marchi e disciplina elettorale.

The paper aims to analyze the peculiar condition of the "MoVimento 5 Stelle", dealing with the ownership of its symbol. The existence of three legal entities with the same name, as well as the intersections between "party law", rules on names and brands and electoral discipline will be considered.

Il nodo dei «vitalizi» tra fonti del diritto ed autodichia parlamentare

MARCO MELPIGNANO

Il presente contributo si propone di indagare la problematica relazione tra autodichia parlamentare e pensione parlamentare, alla luce della copiosa giurisprudenza parlamentare, di legittimità e costituzionale che si è di recente sviluppata sul tema. Lo scritto, preso atto della necessità di perimetrare con maggior rigore i confini della autodichia, sostiene l'urgenza di una legge che disciplini i vitalizi tanto per ragioni di opportunità, quanto per ragioni sistematiche.

The paper aim to investigate the problematic relationship between parliamentary self-government and parliamentary pension, in light of the copious parliamentary, constitutional and legitimacy jurisprudence that has recently developed on the topic. The paper, acknowledging the need to define more rigorously the boundaries of self-government, argues for the urgency of a law that regulates parliamentary pensions both for opportunities and systematic reasons.

Sui confini del *thema decidendum*: appunti di giustizia costituzionale in margine a una mancata autorimessione

GIACOMO PALOMBINO

L'articolo intende offrire alcuni spunti di riflessione attorno all'ordinanza di autorimessione, e cioè, come noto, quello strumento attraverso il quale la Corte costituzionale sceglie di ampliare il *thema decidendum* delle questioni su cui è chiamata a decidere. Più nello specifico, per quanto ciò rischi di generare il venir meno del rispetto del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (come sancito dalla legge n. 87 del 1953), il lavoro tenta di dimostrare come la reale criticità di uno strumento di questo tipo discenda dalla mancanza di criteri omogenei idonei a giustificare il ricorso. Per riflettere in questo senso, e anche per provare ad offrire delle possibili soluzioni, la presente ricerca prende infatti spunto dalla sentenza n. 159 del 2023, occasione in cui la Consulta, evitando espressamente di procedere in via di autorimessione, sembra aver innescato un vero e proprio cortocircuito; insomma, un caso in cui la Corte, chissà, avrebbe potuto – o, addirittura, dovuto – sollevare d'ufficio un'ulteriore questione di legittimità.

The paper aims to provide insights into the order of self-referral, specifically that mechanism through which the Constitutional Court broadens the *thema decidendum* of the issues it is called upon to resolve. More precisely, while this may risk undermining the principle of correspondence between what is requested and what is decided (as enshrined in Law No. 87 of 1953), the paper seeks to demonstrate that the primary issue with such a mechanism lies in the absence of consistent criteria to justify its use. In order to reflect on this and propose potential solutions, the present research takes its cue from Judgment No. 159 of 2023, an instance in which the Constitutional Court, having expressly opted not to proceed via self-referral, appears to have triggered a real short circuit; a case in which the Court could have, or perhaps should have, raised *ex officio* an additional question of constitutionality.

La scuola nella Costituzione tra inclusione e merito. La virtù del “lievito madre” e l’esigenza di leale collaborazione

SALVATORE PRISCO

Il saggio, scritto prima della sentenza 192/ 2024 della Corte Costituzionale, ricostruisce il corretto significato del “merito” secondo i Costituenti, quindi in Piero Calamandrei e in don Lorenzo Milani, attraverso l’interpretazione evolutiva dei principi costituzionali su istruzione e formazione scolastica, che già la sentenza 2000/ 2009 della stessa Corte sottolineava dovere essere unitaria, omogenea e uniforme su tutto il territorio nazionale, assicurando pari trattamento agli utenti del servizio.

This essay, written before Constitutional Court ruling 192/2024, explores the meaning of ‘merit’ as understood by the Constituents, as well as by Piero Calamandrei and Don Lorenzo Milani. It traces this concept through the evolving interpretation of constitutional principles on education and schooling. The essay also recalls the Court’s 2000/2009 ruling, which had already emphasized that education must be unified, consistent, and uniform across the national territory to ensure equal treatment for all students.

Medical research and scientific cooperation among Mediterranean Countries: health systems governance facing the challenges of internationalization

ORNELLA SPATARO

Il contributo tratta il tema del diritto alla salute visto come un ambito del diritto internazionale che dovrebbe essere meglio implementato, in vista della capacità di affrontare le problematiche, necessariamente transnazionali, della tutela della salute in un contesto globalizzato. Su questo sfondo emerge, in particolare, l'utilità di incrementare la collaborazione tra i Paesi del Mediterraneo, accomunati da questioni comuni sul piano climatico e ambientale, e interessati da un massiccio fenomeno migratorio.

The contribution deals with the issue of the right to health seen as an area of international law that should be better implemented, in view of the ability to address the necessarily transnational challenges of health protection in a globalized context. Against this backdrop emerges, in particular, the usefulness of increasing collaboration among Mediterranean Countries, which share common climate and environmental issues and are affected by massive migration.

I due nemici della democrazia

ALFIO MASTROPAOLO

Il regime rappresentativo e democratico è una tecnica di governo che riconosce il pluralismo sociale, politico, culturale e la dignità degli individui. Due sono i suoi fondamentali nemici. Uno quella che potremmo chiamare la filiera reazionaria, che lo perseguita dalla Rivoluzione francese in poi. È costituita da pensatori, correnti di pensiero, circuiti associativi, formazioni politiche, personalità politiche, non sempre coerenti tra loro, ma tutti promotori di tecniche di governo opposte: monarchiche, identitarie, coercitive. L'altro nemico è il capitalismo. Il quale è una tecnica di governo dell'economia fondata sull'interesse privato. È un contrasto congenito, che si aggrava quando il capitalismo versa in condizioni problematiche. In questi casi, il capitalismo tende a profittare del concorso della filiera reazionaria. Nelle situazioni in cui la coesione sociale si indebolisce, l'autoritarismo identitario può rivelarsi molto comodo. Forse è quello che sta succedendo ultimamente. Da un lato è in crisi l'ortodossia neoliberale e la sua applicazione, dall'altro l'autoritarismo identitario ha saputo adattare alle sue esigenze le prescrizioni della democrazia formale.

The representative and democratic regime is a technique of government that recognizes social, political, and cultural pluralism, as well as the dignity of individuals. It has two fundamental enemies. The first is what we might call the reactionary tradition, which has pursued it since the French Revolution. This faction consists of thinkers, ideological movements, associative networks, political formations, and political figures who are not always coherent with one another but are all proponents of opposing governance techniques: monocratic, identity-based, and coercive. The second enemy is capitalism, which is based on private interest, whereas democracy is officially founded on the principle of public interest. This is an inherent conflict that worsens when capitalism faces problematic conditions. In such cases, capitalism tends to benefit from the support of the reactionary tradition. When social cohesion weakens, identity-based authoritarianism can prove very convenient. Perhaps this is what we are witnessing recently. On one hand, neoliberal orthodoxy is in crisis; on the other, identity-based authoritarianism has managed to adapt the prescriptions of formal democracy to its needs.

Il semipresidenzialismo francese alla prova dei limiti della forma di governo gollista

MARINA CALAMO SPECCHIA

L'articolo si propone di analizzare la forma di governo semipresidenziale francese alla luce delle recenti evoluzioni del quadro politico dopo le elezioni del 2020-2024 e lo scioglimento parlamentare del 2022. Lo scopo dello studio è di verificare la tenuta degli assetti istituzionali e in particolare se il ruolo del Presidente della Repubblica rifletta ancora la visione gollista delle origini.

The article aims to analyse the French semi-presidential form of government considering recent developments in the political framework after the 2020-2024 elections and the 2022 parliamentary dissolution. The aim of the study is to verify the stability of the institutional arrangements and in particular whether the role of the President of the Republic still reflects the original Gaullist vision.

Populismo U.S.A: dal People's Party a Donald Trump

LUCIA CORSO

Il saggio ripercorre sommariamente alcuni tratti ricorrenti nel cosiddetto populismo americano individuando una qualche continuità fra le esperienze populiste del passato e il fenomeno Trump. La lettura offerta dallo storico Richard Hofstadter viene, per così dire, attualizzata per comprendere l'America di oggi.

The essay briefly retraces some recurring features of the so-called American populism, identifying some continuity between past populist movements and the Trump phenomenon. The interpretation provided by the historian Richard Hofstadter is, to some extent, updated to understand today's America.

La Germania e le crisi: un Paese in cerca di identità

ANDREA DE PETRIS

La prima parte del presente articolo fornisce una descrizione della forma di governo, dell'assetto partitico e del rapporto tra Parlamento e Governo vigenti in Germania, mentre nella seconda parte vengono illustrate le diverse disuguaglianze che attualmente interessano l'ordinamento della RFT. La tesi del lavoro è che esse rappresentino almeno in buona parte una conseguenza fisiologica dell'evoluzione politica, sociale e culturale attraversata dalla Nazione tedesca negli ultimi decenni e che la crisi di identità che il Paese sta affrontando negli anni più recenti sia non transeunte, ma ormai sistemica: una crisi che richiederebbe una reazione con quegli strumenti di tutela della democrazia di cui pure l'ordinamento tedesco dispone.

The first part of this article describes the form of government, the party structure and the relationship between parliament and government in Germany, while the second part illustrates the various inequalities that currently characterise the German federal system. The thesis of this article is that these inequalities are, at least to a large extent, a physiological consequence of the political, social and cultural evolution that the German nation has undergone in recent decades, and that the identity crisis that the country has been experiencing in recent years is not temporary, but rather systemic: a crisis that would require a response using the instruments for the protection of democracy that the German legal system actually possesses.

La Costituzione britannica oggi, tra bilanci politici e riflessioni istituzionali

CLAUDIO MARTINELLI

Le *General Elections* 2024 hanno determinato una svolta politica in Gran Bretagna, segnando la fine della lunga egemonia del Partito conservatore e il ritorno dei Laburisti a Downing Street. Questo avvenimento offre una preziosa occasione per riflettere sulla condizione attuale della Costituzione britannica. Con questo obiettivo, l'articolo intende tracciare un bilancio, ragionato e articolato, del ciclo politico Conservatore che si è appena chiuso, riflettere sui risultati elettorali e sulla funzionalità del sistema *FPTP*, nonché gettare uno sguardo prospettico sull'identità che il nuovo Primo Ministro Keir Starmer vuole dare al Partito laburista e alla sua azione di governo.

The 2024 General Elections brought about a political turning point in Britain, marking the end of the Conservative Party's long hegemony and Labour's return to Downing Street. This event provides a valuable opportunity to reflect on the current state of the British Constitution. According to this objective, the article intends to draw a reasoned and articulated balance of the Conservative political cycle that has just ended, reflect on the election results and the functionality of the FPTP system, as well as take a prospective look at the identity that the new Prime Minister Keir Starmer wants to give to the Labour Party and its government action.

“Governo di legislatura”, premierato e
neo-parlamentarismo. Rileggendo
“La République moderne” di Pierre Mendès
France: il dibattito istituzionale francese
(e italiano) sull’instabilità ministeriale tra
razionalizzazioni e (tra-)sfigurazioni
delle forme parlamentari

MARCO PLUTINO

Il saggio rievoca la figura e l’opera di Pierre Mendès France evidenziando il suo approccio di riformista illuminato, inquadrando le sue idee nelle esperienze istituzionali e nelle proposte dottrinali dell’epoca. La sua proposta di governo di legislatura, in particolare, pur caratterizzata da alcuni limiti, appare ancora oggi un tentativo pregevole di bilanciare le ragioni della politica con quelle del diritto e del costituzionalismo, dando luogo ad un assetto equilibrato.

The essay recalls the figure and work of Pierre Mendès France highlighting the approach of an enlightened reformist, framing his ideas in the institutional experiences and doctrinal proposals of the time. His “legislative government” proposal, in particular, although characterized by some limitations, still appears today to be a valuable attempt to balance the reasons of politics with those of law and constitutionalism, giving rise to a balanced structure.

«Cada vez que matan a un hombre en la calle».
Note su Francisco Tomás y Valiente
e la transizione democratica spagnola

FRANCESCO SERPICO

Giudice costituzionale e storico del diritto, Francisco Tomás y Valiente è considerato una delle figure di maggior rilievo della cultura giuridica spagnola del XX secolo. Il contributo esamina alcuni momenti della sua esperienza di giurista in stretta connessione con le vicende politiche e istituzionali che hanno interessato la Spagna dopo la caduta del regime franchista. Attraverso il contributo di un protagonista, s'intende analizzare il complesso sfondo di problemi aperti sul piano costituzionale che hanno influenzato le tappe e gli esiti della transizione democratica spagnola.

Francisco Tomás y Valiente, a constitutional judge and legal historian, is regarded as one of the most prominent figures of the second half of 20th-century Spanish legal culture. This contribution examines some moments of his experience as a jurist, in close connection with the political and institutional events that affected Spain after the fall of the Franco regime. Through the contribution of a protagonist, the aim is to analyse the complicate set of open constitutional problems that influenced the stages and outcomes of Spain's democratic transition.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Leandra Abbruzzo è dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Fabio Altamura è assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Salerno

Francisco Balaguer Callejón è professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università di Granada

Marina Calamo Specchia è professoressa ordinaria di Diritto Costituzionale Comparato presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Tanja Cerruti è professoressa associata di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Torino

Ylenia Maria Citino è assegnista di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università di Roma "Luiss Guido Carli"

Lucia Corso è professoressa ordinaria di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Enna "Kore"

Andrea De Pretis è Assistant Professor di Diritto Comparato presso l'Università degli Studi Internazionali (UNINT) e Direttore scientifico del Centro Politiche Europee (Cep) Italia

Luigi Ferraioli è professore emerito di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi Roma Tre.

Mauro Grondona è professore ordinario di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Genova

Erika La Fauci è dottoressa di ricerca in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Messina

Gabriele Maestri è dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate presso l'Università degli Studi di Roma "Sapienza" e curatore del sito www.isimbolidelladiscordia.it.

Claudio Martinelli è professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca

Alfo Mastropaolo è professore emerito di Scienza Politica presso l'Università degli Studi di Torino

Marco Melpignano è dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Andrea Napolitano è ricercatore a tempo determinato di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Giacomo Palombino è Investigador García-Pelayo presso il Centro de Estudios Políticos y Constitucionales di Madrid

Vasco Pereira da Silva è professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università di Lisbona

Marco Plutino è professore associato di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Cassino

Miguel Angel Presno Linera è professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Universidad de Oviedo

Salvatore Prisco è già professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università di Napoli "Federico II"

Antonio Ruggeri è professore emerito di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Messina

Francesco Serpico è professore associato di Storia del Diritto Medievale e Moderno presso l'Università degli Studi del Molise

Ignazio Spadaro è ricercatore a tempo determinato di tipo B di Diritto Costituzionale e Pubblico presso l'Università degli Studi di Catania

Ornella Spataro è professoressa associata di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Palermo

Maria Laura Trezza è laureata in giurisprudenza e funzionaria presso la Direzione Generale del Santobono Pausillipum di Napoli

Michela TuoZZo è ricercatrice a tempo determinato di tipo A di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Laura Useche è abogada especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia

