AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti

Osservatorio AIC

Bimestrale di attualità costituzionale

Anno 2022/ Fascicolo I

L'Associazione Italiana dei Costituzionalisti è iscritta al Registro degli Operatori della Comunicazione a far data dal 09.10.2013 con n. 23897.

La rivista Osservatorio costituzionale, inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche, dal Fascicolo 1/2016, è ivi registrata ai sensi dell'art. 16 della legge n. 62 del 2001.

Codice ISSN: 2283-7515.

Le Linee Guida per la pubblicazione sulla rivista sono reperibili al sito www.osservatorioaic.it.

Per il triennio 2019-2021, Direttore responsabile è il presidente dell'AIC, Prof. Gaetano Silvestri, Direttori scientifici sono il Prof. Beniamino Caravita di Toritto, il Prof. Nicola Grasso e la Prof.ssa Anna Mastromarino.

Segretari di redazione: Giovanni Cavaggion, Chiara Ingenito e Francesca Minni.

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Indice del Fascicolo 1 del 2022

Attualità

P. Tanzarella, *Audizione alla Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza dell'11 novembre 2021*.....5

P. Ridola, *Cittadinanza, identità, diritti (*)*.....14

C. Casonato, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita (*)*.....51

G. Bucci, M. Della Morte, *Dopo la Pandemia: il futuro e la memoria costituzionale*.....70

G. Pinheiro, A.L. Calil, *Produzione di Vaccini in Brasile: le sfide della Federazione nella pandemia del Covid-19*.....80

Commenti normativi

F. Orso, *La riforma dello sport: l'autonomia del circuito olimpico nazionale alle prese con la giuridificazione del fenomeno sportivo*.....101

G. Formici, *'The three Ghosts of data retention': passato, presente e futuro della disciplina italiana in materia di conservazione e acquisizione dei metadati per scopi investigativi. Commento a margine del d.l. 30 settembre 2021, n. 132 e relativa legge di conversione*.....125

E. Scorza, *La riforma della giustizia penale: prime riflessioni*.....167

Giurisprudenza

G. Marchetti, *Il bilanciamento tra il diritto all'abitazione del locatario e il diritto di proprietà del locatore in tempo di emergenza sanitaria. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 128/2021 della Corte costituzionale*.....195

R. Benigni, *L'equilibrio tra libertà religiosa e libertà d'impresa nel quadro dell'integrazione europea. Verso una tutela unitaria dell'identità religiosa del lavoratore*.....211

U. Adamo, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*.....232

G. Sichera, *Prime note sulla sentenza n. 137/2021 della Corte costituzionale*.....252

Recensioni

P. Veronesi, *Quel 2 giugno 1946. Recensione al volume di Federico Fornaro, 2 giugno 1946. Storia di un referendum, Bollati Boringhieri, Torino 2021*.....275

(*) Il contributo si colloca nell'ambito del ciclo di Seminari "Persona e diritti fondamentali", organizzato dall'Associazione italiana dei costituzionalisti.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 1/2022

Data: 4 gennaio 2022

Audizione alla Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza dell'11 novembre 2021

di **Palmina Tanzarella** – *Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano Bicocca*

Saluto tutti i membri della Commissione qui presenti e anche chi ci segue da remoto.

È davvero un onore poter condividere i frutti della mia ricerca sui discorsi d'odio in un consesso così autorevole.

L'istituzione di una Commissione straordinaria che ha il compito di approfondire il complesso fenomeno dell'odio e della discriminazione è un'occasione irripetibile. I lavori di questa Commissione, che approfondisce il tema dalle diverse angolazioni – psicologica, sociologica, criminologica, nonché giuridica – permettono finalmente di fare luce sugli innumerevoli aspetti che rischiano di sminuire la portata di un problema sociale tanto rilevante qual è quello dell'intolleranza. A chi continua a mettere in dubbio l'utilità di questa Commissione, si può rispondere facendo proprie le parole della Presidente Senatrice Liliana Segre: il principale contributo che la Commissione può dare è «abbattere il muro dell'indifferenza, quell'indifferenza che genera violenza».

Il mio personale apporto parte con questa doverosa premessa: tutto ciò che dirò in questa sede è il risultato delle mie ricerche in veste di studiosa di diritto costituzionale. In questa sede dismetto il mio ruolo attuale di Segretaria particolare della Ministra della Giustizia Marta Cartabia, la quale si è resa disponibile ad essere audita anche lei in una data ancora da fissare nel mese di gennaio.

Ho interpretato questo mio intervento facendomi guidare da una domanda, che è poi è la stessa domanda che mi ha condotta nel mio percorso di ricerca accademica: la legislazione attualmente prevista per arginare il fenomeno dei discorsi d'odio è adeguata allo scopo ed è costituzionalmente orientata?

Ricordo qui brevemente che il nostro ordinamento sanziona penalmente i discorsi d'odio (art. 604 bis c.p. con la reclusione fino a un anno e mezzo o la multa fino a 6000€, la propaganda e l'istigazione alla commissione di atti di discriminazione, o la commissione di atti di discriminazione fondati sulla superiorità dell'odio razziale, etnico, nazionale, religioso) e i crimini d'odio (con la reclusione da sei mesi a 4 anni, l'istigazione alla commissione di atti di violenza o la commissione di atti violenti per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi). Inoltre, esiste anche una tutela civilistica, che spesso sfugge ai più, offerta dal terzo comma dell'articolo 2 del d.lgs. n. 215 del 2003, il quale afferma che possano essere considerate discriminazioni anche le molestie, ovvero "quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo". Dunque, anche civilmente le parole in odore di discriminazione sono considerate l'equivalente di un comportamento molesto e quindi sanzionabili con ammenda pecuniaria, la rettifica sui giornali etc.

Di conseguenza, sul piano giuridico si è scelto lo strumento punitivo per combattere l'*hate speech*. Si ritorna quindi alla domanda se questo impianto sia costituzionalmente conforme.

Fornire una risposta è un vero rompicapo, almeno lo è stato per me e lo è tuttora. Perché questo è un tema davvero scivoloso per i giuristi, i quali sono chiamati a "rendere giustizia" a fatti immediatamente riconoscibili come ingiusti, almeno agli occhi di un cultore della materia che insegna e studia la protezione dei diritti umani. Il rischio è confondere la morale col diritto; il rischio è rispondere col cuore prima che con la mente, spinti empaticamente a stare dalla parte dei più deboli, dei più vulnerabili, delle vittime di parole offensive e feroci.

Come potrebbe un costituzionalista non misurarsi con il problema sempre più diffuso di discorsi che possono preludere ad atteggiamenti discriminatori in nome e in difesa della libertà della manifestazione del pensiero? La libertà d'espressione ha tanto contribuito in passato alla costruzione degli ordinamenti democratici e contribuisce tuttora a preservarli. Questo è un dato che non può e non deve essere messo in discussione. MAI.

Tuttavia, nel tempo presente, le profonde trasformazioni sociali fanno guardare al diritto di manifestazione del proprio pensiero con diffidenza: da colonna portante della democrazia, grazie alla quale si può osteggiare il pubblico potere, esso può essere usato per attaccare sia i privati cittadini sia lo Stato nella sua forma democratica.

Si ha il timore che la manifestazione del pensiero costituisca, da un lato, una minaccia alla pacifica convivenza con le minoranze di qualunque tipo (etniche, religiose, etc.); dall'altro lato, costituisca una minaccia alla stessa tenuta democratica: vi è il sospetto che movimenti estremisti, perseverando nella narrazione dell'odio, una volta al potere, possano attuare per vie legali politiche persecutorie nei confronti di minoranze, senza riuscire ad essere ostacolate dalle opposizioni. Il passato ci ha insegnato tutto questo.

Eguaglianza, non discriminazione, pari dignità sociale da una parte; libera manifestazione del proprio pensiero dall'altra. Nel bilanciamento tra questi interessi costituzionalmente protetti sembra non esserci partita. La libertà d'espressione può soccombere di fronte ai primi, perché questi sono i principi fondanti, l'architrave del nostro ordinamento, che non possono essere ignorati, né tantomeno lesi. L'articolo 2 della Costituzione, che sancisce l'inviolabilità dei diritti e, soprattutto, l'art. 3 che riconosce la pari dignità sociale e l'eguaglianza fanno da freno all'uso "abusivo" della libertà d'espressione. Ovvero fanno da freno se, come stabilisce l'art. 17 della Convenzione europea dei dritti dell'uomo, la libertà d'espressone viene utilizzata con l'intento di auto distruggersi o di distruggere altri diritti di libertà.

In più, vale sempre la pena ricordare che ogni diritto di libertà può e deve essere limitato in nome della protezione di altri diritti di libertà e dei principi fondamentali. Come ebbe a dire la Corte costituzionale nella sua prima sentenza «*in ogni diritto è insito il concetto di limite*» (sentenza n. 1 del 1956). I diritti non sono mai assoluti, benché dichiarati inviolabili, proprio perché messi in relazione tra loro. C'è una visione comunitaria dei diritti, che ha origini lontane. Senza dimenticare che è inscritta nella nostra Costituzione una visione dignitaria dei diritti fondamentali, al pari di altre Costituzioni europee, differentemente dall'approccio liberale delle Costituzioni d'oltreoceano. Per questo anche l'Europa, soprattutto attraverso l'operato della Commissione, sta lavorando alla definizione di una disciplina unitaria sulla diffusione dell'odio on line (*Digital Service Act*), oltre che a una strategia finalizzata a estendere nella lista dei reati UE anche quelli relativi ai crimini d'odio.

Quindi la risposta alla mia domanda iniziale pare immediata e semplice. Si possono punire i discorsi d'odio. La Costituzione lo permette. I discorsi d'odio possono essere limitati e puniti perché ledono l'eguaglianza e la pari dignità sociale. Perché sono abusivi. Non contribuiscono alla dialettica democratica, generano solo disprezzo e minacciano la democrazia.

Allora perché ho definito un "rompicapo" la ricerca di una risposta?

Perché il costituzionalista ha il dovere di guardare e valutare fatti concreti, principi e regole nel loro insieme, in un'ottica di "sistema". Tutto si deve tenere, facendo molta attenzione ad attribuire il peso giusto a ogni singolo elemento che viene messo sui piatti della bilancia. Ciò per evitare di sacrificare troppo e inutilmente uno dei principi in gioco per favorirne altri. In chiave costituzionalistica, la partita si gioca tutta sulla delimitazione attenta dei limiti da porre. E in tema di manifestazione del pensiero questo è davvero il nodo cruciale, proprio perché non dobbiamo rinunciare troppo facilmente alla sua tutela, anche se per una giusta causa.

Prima, quando parlavo dei benefici di proteggere la libertà d'espressione, ho fatto cenno alla possibilità di limitarla quando certe espressioni "preludono" ad atti discriminatori. È qui che il giurista democratico liberale entra in crisi. Ripeto, sul piano etico-morale il problema non sussiste affatto. Ma sul piano giuridico dobbiamo porcelo.

La Costituzione è il risultato di una scelta ben precisa fatta dai Costituenti, che hanno scommesso su un sistema aperto di democrazia, di democrazia pluralista non militante a differenza della Germania, definita sistema di democrazia protetta.

Il principio del pluralismo si esprime in tanti articoli, a cominciare dall'art. 2 della Costituzione, che protegge la "persona" sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, per passare all'art. 17 cost. sulla libertà di riunione, all'art. 18 cost., sulla libertà d'associazione, all'art. 49 cost. sulla libertà di associarsi in partiti politici, ponendo come unico limite espresso la ricostituzione del disciolto partito fascista nella disposizione finale XII.

Ma oltre a questi articoli, quello che più sostanzia il principio del pluralismo è l'art. 21 cost. che, tra i più lunghi in tema di diritti di libertà, prevede l'unico limite esplicito del buon costume.

Dicevo, però, che questi diritti non sono assoluti. I limiti ad essi, pur se non espressi, possono essere evinti anche implicitamente. E la giurisprudenza costituzionale e ordinaria ha aperto la strada all'apposizione di limiti, in gergo costituzionale c.d. "impliciti", alla libertà di manifestazione del pensiero. Si pensi ai casi di diffamazione. Nonostante la reputazione non sia menzionata in Costituzione, questa assurge a un interesse costituzionalmente protetto al pari di altri diritti

esplicitati. Per questo motivo, la punibilità dei discorsi d'odio non presenta a mio avviso problemi nella misura in cui l'odio costituisce un'aggravante alla diffamazione. Infatti, in questo specifico caso ciò che viene leso è un diritto individuale per mezzo di un altro diritto individuale. Il destinatario è riconoscibile e, anzi, è necessario che egli stesso sporga querela per lamentare e accertare la lesione. Di conseguenza, i casi di insulti o minacce aggravate dall'odio rivolte a persone ben individuate non pongono problemi di costituzionalità.

I nodi vengono al pettine quando si prevede di punire genericamente la propaganda e l'istigazione alla commissione di atti di discriminazione, come fa la nostra legge penale. Oppure i comportamenti atti a creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo, come fa la disciplina civilistica. Cioè, quando il bene giuridico leso è la collettività, seppur di una minoranza, o l'ordine pubblico. In questo caso gli *hate speeches* sono annoverati nella più ampia categoria dei reati d'opinione. Quella che per intenderci comprende il vilipendio allo Stato, alle alte cariche. Una categoria di reati che è un residuo dell'epoca fascista e che è tanto osteggiata dai costituzionalisti perché considerata come un tradimento del principio pluralista.

Per il reato di discorso d'odio il timore è quello di allargare troppo le maglie della limitazione alla manifestazione del pensiero confondendo le espressioni che in concreto costituiscono un pericolo all'ordine pubblico, o che siano il preludio effettivo di atti di discriminazione con tutte quelle espressioni – pur becere – il cui intento è mostrare un disagio sociale, un malcontento, un dissenso politico (?) che cela la paura di essere emarginati da coloro che vorrebbero loro stessi emarginare.

L'odio razziale – ad esempio – è espresso contro gli immigrati, che "ci rubano il lavoro", che "occupano le nostre case", che "si accaparrano posti negli asili nido per i loro bambini". Quante volte abbiamo sentito frasi del genere.

In definitiva c'è un confine molto labile tra la parola pericolosa e in concreto discriminatoria e il politicamente corretto. Per come sono strutturate le due disposizioni – penale e civile – il giudizio spetta caso per caso al giudice, il quale ha come unica indicazione una risalente giurisprudenza della Corte costituzionale sui reati d'opinione (degli anni '70), che invita a un'interpretazione costituzionale strettamente adeguatrice dei reati d'opinione. La Corte costituzionale aveva ad esempio affermato che «l'apologia punibile non è la manifestazione del pensiero pura e semplice, ma il comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti» (sentenza n. 65 del 1970).

Passando in rassegna la giurisprudenza sul tema, ci sono due dati esemplificativi che emergono e sui cui invito alla riflessione.

Innanzitutto, non vi è un sicuro allineamento dei giudici nell'interpretazione delle norme. Fatti pressoché simili vengono da alcuni archiviati, da altri condannati. Data la indeterminatezza della fattispecie, la valutazione di questo tipo di reato può essere soggetta al personale convincimento del giudice, che pur si sforza di essere obiettivo. Se il bene oggetto di tutela è stato via via definito in modo più puntuale attraverso le modifiche legislative intervenute in questi anni (non solo l'odine pubblico, ma anche il divieto di discriminazione), rimane il problema di dimostrare l'esistenza di un nesso causale tra la parola e l'azione. Un nesso che deve essere dimostrato in qualsiasi giudizio, soprattutto di tipo penale.

Per questo – e vengo al secondo dato importante da sottolineare – i giudici che, nel bilanciamento tra il principio del pluralismo delle idee ed il principio d'eguaglianza fanno prevalere questo ultimo, hanno via via trasformato l'*hate speech* in un reato di pericolo astratto a dolo eventuale.

Detta in termini costituzionalistici, hanno acconsentito a convertire i limiti ammissibili alla manifestazione del pensiero da impliciti a "logici". Ovvero, in una prospettiva che gli americani definiscono *content based*, la punibilità riguarderebbe tutte quelle espressioni che, riprendendo le parole di uno dei teorizzatori della dottrina dei limiti logici (Bettiol) «rispondono a moti irrazionali, volitivi ed emotivi che non tendono per natura loro a persuadere, ma ad eccitare, a commuovere, a spingere la volontà altrui verso fini non leciti e con mezzi antigiuridici».

Di conseguenza, la Costituzione non protegge la libertà d'espressione d'odio in quanto logicamente non pensiero, in quanto consolida stereotipi e pregiudizi, dando vita nel lungo periodo ad azioni discriminatorie e/o sovversive. Dunque, la parola non rimane parola, ma si trasforma in atto di per sé discriminatorio o sovversivo.

E qui tornano al pettine tutti i nodi. Può un ordinamento costituzionale acconsentire a una simile interpretazione? Dobbiamo sempre tenere a mente quell'ottica di sistema a cui prima facevo cenno. La Costituzione democratica, aperta come la nostra, proprio nell'intento di tutelare adeguatamente i diritti fondamentali e il rispetto della persona umana, quindi la sua dignità sociale, sposa un impianto di diritto penale minimo, rinnegando una tutela troppo anticipata attraverso la previsione dei reati. Non è invece inverosimile che si faccia un uso pressoché simbolico della normativa di riferimento.

Guardiamo a distanza di anni ai risultati prodotti in concreto da questa legislazione. Nonostante le previsioni punitive il fenomeno sembra inarrestabile e in continua crescita. I predicatori d'odio si elevano a paladini della libertà del pensiero, definendosi martiri quando vengono puniti. La pena detentiva nella maggior parte dei casi viene convertita in una sanzione pecuniaria, che di fatto non rappresenta un efficace deterrente. In ambito civilistico in molti casi non viene neppure comminato il risarcimento del danno.

Se il fine è quello di arginare il fenomeno ed evitare la sedimentazione di stereotipi a danno delle minoranze, siamo sicuri che il sacrificio costituzionale della manifestazione del pensiero, e più in generale del pluralismo, sia la strada giusta? Siamo sicuri che con questa legislazione stiamo contribuendo alla tutela della pari dignità sociale e dell'eguaglianza? Siamo sicuri che il libero fluire delle espressioni anche d'odio non contribuisca a riconoscere i razzisti, gli omofobi, gli intolleranti in modo da reagire e contestarli? Siamo sicuri che lasciando esprimere i predicatori d'odio l'unico effetto che si ottiene è quello dell'emulazione? Siamo sicuri che tutti gli antidoti costituzionali – dalla riserva assoluta di legge in tema di diritti al controllo di costituzionalità delle leggi – non siano in grado di assicurare il mantenimento dello stato democratico?

Con ciò non voglio sostenere che il problema debba essere giuridicamente messo da parte, lasciando che le soluzioni si trovino solo attraverso strumenti culturali e sociali. Anzi, il diritto può fare e può fare tanto.

Posso qui accennare a due possibili strade.

La prima è più a portata di mano per Voi parlamentari che siete quindi legislatori. Ovvero quella di non sottrarvi al compito che il tanto invocato articolo 3 della Costituzione Vi assegna al secondo comma: ovvero rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. In questo senso l'attenzione del legislatore deve concentrarsi sulle politiche sociali che evitino di creare disparità tali da vedere l'altro come un nemico, un concorrente, ma che favoriscono la pacifica convivenza.

La seconda strada è quella a mio avviso ancora più affascinante e che va più dritta al cuore del problema, anche se in parte ancora tutta da costruire. Più di recente si è acceso un dibattito attorno al significato proprio della pena. Non sono pochi gli interventi che mirano a scoprirne un volto diverso, più corrispondente alla sua funzione rieducativa, come l'art. 27 della Costituzione impone. Per questo la pena detentiva non è la sola che può essere imposta.

Nel caso dei discorsi d'odio, percorsi specifici e programmi di giustizia riparativa possono essere soluzioni da sperimentare. Il primo caso, ovvero l'attuazione di percorsi *ad hoc* - idea sostenuta da alcuni criminologi - prevede possibili piani terapeutici e di accompagnamento psicologico in luogo della semplice detenzione per coloro i quali si rendono protagonisti di comportamenti di questo tipo. La finalità sarebbe ovviamente quella di modificare quelle visioni sociali e culturali estreme e quelle resistenze che, nei casi peggiori, possono portare a veri disturbi della personalità.

La giustizia riparativa, invece, è volta alla riconciliazione tra reo e vittima attraverso un duro lavoro di mediazione. Sostanzialmente essa si fonda sulla possibilità di realizzare un "incontro" tra i protagonisti di un conflitto, cercando di capire da cosa abbia preso le mosse attraverso il confronto tra i punti di vista dei "colpevoli" e quello dei "perseguitati". È una strada che la legge delega sulla riforma del processo penale n. 134 del 2021 appena approvata suggerisce d'intraprendere e con cui si compie lo sforzo per cercare soluzioni alternative e più efficaci alla mera punibilità. In tal caso non solo si rafforzano gli istituti di tutela della vittima, ma si recupera quell'empatia necessaria a valutare lo stato e le condizioni del predicatore d'odio. Non certo per adottarne il punto di vista o giustificarlo, bensì per metterlo in condizione di conoscere l'altro.

Da ultimo merita un cenno specifico la diffusione dell'odio o*n line*. Lungi dal voler proporre soluzioni tecniche puntuali che necessitano di conoscenze peculiari, varrebbe la pena insistere sulla sua regolamentazione con il necessario coinvolgimento dell'autorità pubblica.

In particolare, sarebbe opportuno perseguire vie legislative che impongano il divieto dell'anonimato. Ciò andrebbe incontro sia all'esigenza di dare piena attuazione allo stesso art. 21 della Costituzione, il quale espressamente consente il sequestro «nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili»; sia all'esigenza a cui si faceva cenno più sopra di comprendere la personalità dei soggetti coinvolti. A seconda degli "intenti", accertati attraverso le regole del contraddittorio, si potrebbe prospettare ai predicatori d'odio il percorso di recupero più appropriato. Ed è proprio in tal senso che l'intervento dell'autorità pubblica si rivela necessario, in quanto meglio attrezzata, meglio attrezzata giuridicamente e meno suscettibile a condizionamenti di tipo economico, commerciale, financo politici rispetto agli operatori privati.

Nelle società sempre più conflittuali in cui viviamo si deve imparare a conoscere e riconoscere gli altri attraverso l'esperienza. Il rispetto non può essere imposto per Costituzione e per legge, ma va coltivato e alimentato. L'educazione e la cultura sono in prima linea, ma anche giuridicamente,

attraverso questi strumenti, si può fare molto. Ci vuole un cambio di paradigma. Uno sforzo da parte di tutti, e forse più fiducia nella qualità aperta e pluralista della nostra Costituzione.

Grazie per l'attenzione.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 1/2022

Data: 4 gennaio 2022

Cittadinanza, identità, diritti[*]

di **Paolo Ridola** – *Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*

SOMMARIO: 1. La questione identitaria tra i diritti e la cittadinanza. – 2. L'identità: tra dimensione privata e spazio pubblico. – 3. Cittadinanza, appartenenza ad una comunità repubblicana, responsabilità civica. – 4. L'identità e le sfide della complessità sociale. – 5. La cittadinanza come contenitore di diritti. Marshall e i suoi critici. – 6. La cittadinanza repubblicana e le risorse del dialogo.

1. La questione identitaria tra i diritti e la cittadinanza

La cittadinanza, l'identità e i diritti evocano passaggi fondamentali della storia del costituzionalismo moderno, sintetizzandone fondamentali nodi problematici, rispettivamente racchiusi nell'appartenenza alla comunità politica, nella complessità dei rapporti di vita che incrociano le esperienze individuali, nel diritto di ognuno di realizzare sè stesso. Questi tre ambiti non sono mai stati avulsi l'uno dall'altro, sebbene si siano trovati storicamente in un rapporto spesso fortemente dialettico[1], il quale ha segnato la fondazione dell'identità dell'individuo nella

[*] Il contributo si colloca nell'ambito del ciclo di Seminari "Persona e diritti fondamentali", organizzato dall'Associazione italiana dei costituzionalisti.

[1] Con amplissimo respiro storico si v. *P. Bellini*, Il diritto di essere sè stessi. Discorrendo dell'idea di laicità, Torino 2007

modernità europea.[2] La correlazione tra questi tre ambiti si presenta peraltro, in questo primo scorcio del XXI secolo, particolarmente problematica, coinvolgendo "problemi pratici di dignità", oltre che di libertà[3], a causa di trasformazioni imponenti che hanno coinvolto la tradizionale vocazione aggregante di una comunità politica, esercitata dalla cittadinanza, la separatezza delle fratture identitarie della società e l'impianto dei diritti fondamentali.

Questo scenario di trasformazioni ha riguardato anzitutto la cittadinanza, sottoposta, sebbene al prezzo dei traumi terribili della storia del XX secolo, ad un processo, che oramai appare inarrestabile, di denazionalizzazione e di deterritorializzazione.[4] Nella storia dell'idea di cittadinanza, che, a partire dalle rivoluzioni europee del 1848, accompagna il trionfo dello stato nazione, sono convissute valenze antagonistiche. La cittadinanza ha costituito un involucro di protezione del cittadino e insieme il presupposto giuridico delle garanzie di libertà. E' servita a costruire muri, per tenere il gruppo sociale al riparo dai tanti "diversi" ed emarginati che si affacciavano, spesso prepotentemente, alla ribalta, e dunque è stata strumento di esclusione, e allo stesso tempo la condizione per l'inclusione nella comunità politica. Nel corso del XIX secolo, la lotta dei popoli europei per la libertà e l'emancipazione subì una torsione in senso decisamente elitario, sfociando nella affermazione del principio di nazionalità e nel consolidamento degli assetti della statualità, l'uno e l'altro declinati alla luce delle esigenze della costruzione della egemonia borghese. La cittadinanza si sarebbe rivelata pertanto essenzialmente come un fattore di esclusione, in parte coerente con la risalente valenza olistica ad essa intrinseca, ma con una ulteriore torsione discriminatoria, i cui sviluppi ne avrebbero segnato profonde contraddizioni.[5] Ed invero la cittadinanza, lo strumento che avrebbe dovuto dare natura giuridica alle relazioni tra il cittadino e lo stato e "ordinare" il processo di emancipazione della comunità politica dai risalenti ceppi degli

[2] Si v. la classica suggestiva ricostruzione storica di *C. Taylor*, Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna, Milano 1993

[3] Ne offre ora una disamina *facettenreich* e particolarmente suggestiva *G. Alpa*, Il diritto di essere sé stessi, Milano 2021. Riprendo nel testo un'espressione felice di *A.C. Jemolo*, I problemi pratici della libertà, II ediz., Milano 1972. Sul rapporto tra libertà e dignità nello stato costituzionale contemporaneo, sia consentito rinviare a *P. Ridola*, Il principio libertà nello stato costituzionale, Torino 2018, 236 ss.; nonché *S. Rodotà*, La rivoluzione della dignità, Napoli 2013; *M.C. Nussbaum*, Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone, Bologna 2002

[4] La letteratura al riguardo è sterminata. Si v. almeno *W. Kymlicka*, La cittadinanza multiculturale, Bologna 1999; *S. Benhabib*, Cittadini globali. Cosmopolitismo e democrazia, Bologna 2008; *E. Balibar*, Cittadinanza, Torino 2012; *M.C. Nussbaum*, La tradizione cosmopolita. Un ideale nobile ma imperfetto, Milano 2020, 183 ss.

[5] Per una messa a fuoco d'assieme di questa vicenda v. *D. Gosewinkel*, Schutz und Freiheit? Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 2016; nonché per i profili storiografici generali v. *E. Hobsbawm*, Nazionalismo. Lezioni per il XXI secolo, a cura di D. Sassoon, Milano 2021

assetti cetuali e del potere monarchico, sarebbe divenuta per un verso uno dei pilastri della costruzione del mito della sovranità statuale, e per altro verso il poderoso edificio della dogmatica giuridica tardoottocentesca che avrebbe giustificato l'esclusione dei ceti svantaggiati dalla comunità politica, la mortificazione dell'universo femminile, la marginalizzazione di minoranze e di "diversi", la supremazia delle culture nazionali egemoni, la sopraffazione delle popolazioni delle colonie, sottoposte ad un vero e proprio *Unrecht* di violenza e sfruttamento.[6]

L'originaria ambivalenza della cittadinanza, in quanto potenzialmente costitutiva di esclusione come di inclusione, subisce pertanto una torsione radicale. L'inclusione nella comunità politica viene incanalata nell'alveo della soggezione del cittadino, in quanto *Untertan*, "sottoposto" ma già di per se stesso titolare di uno *status* privilegiato, al potere statale, soggezione dalla quale furono fatte discendere opzioni rigorosamente selettive sul terreno del riconoscimento della ricchezza del tessuto identitario, ed un ventaglio di situazioni giuridiche soggettive, imputate ad un individuo astratto ed avulso dalla realtà delle sue esperienze e condizioni di vita. Nel disegno del liberalismo giuridico ottocentesco, la cittadinanza aveva operato pertanto come un fattore costrittivo sia del riconoscimento delle spinte identitarie che dell'effettività dei diritti, ed il rapporto tra cittadinanza, identità e diritti, imbrigliato nelle maglie del principio di nazionalità, sarebbe stato poi progressivamente sopraffatto da ideologie che affermavano la superiorità etnica e dal compatto blocco ideologico costituito intorno a stato, nazione e territorio.[7] Si può discutere se la narrazione della cittadinanza nel XIX secolo non affondasse già radici in una contraddizione del pensiero illuminista, che aveva coniugato l'apertura all'universalismo dei diritti e al cosmopolitismo con una concezione astratta dell'eguaglianza.[8] Ma è certo che questa narrazione offrì spunti all'abbrivio delle degenerazioni delle "religioni della politica"[9], del totalitarismo politico, della fusione tra politica e razza, dei fondamentalismi identitari del XX secolo, tutte esperienze che discriminarono, anche con la violenza e lo sterminio, "vite degne di vivere e vite indegne della vita", poiché

[6] Si v. ampiamente *D. Gosewinkel*, op. cit., 31 ss.

[7] Si v. ancora *D. Gosewinkel*, op. cit., 135 ss. Sul nesso tra stato, nazione e territorio nel XIX secolo v. *A. Di Martino*, Il territorio dallo stato-nazione alla globalizzazione, Milano 2010

[8] E' la tesi che percorre la fondamentale opera di *H. Mayer*, I diversi, Milano 1978, 5 ss.

[9] Riprendo il titolo della ricostruzione particolarmente suggestiva della politica novecentesca proposta da *E. Gentile*, Le religioni della politica. Tra democrazia e totalitarismi, Roma- Bari 2007

muovevano dall'assunto che "ogni diverso diventa una provocazione", in quanto egli è " inconcepibile in quanto diverso".[10]

La storia della cittadinanza nel XX secolo ha conosciuto anche la reazione contro questo drammatico epilogo. Tale reazione si è rivolta contro l'imperialismo e il nazionalismo, ha guidato le battaglie per la questione sociale e la democratizzazione ed i processi spesso rivoluzionari della decolonizzazione. Inoltre, essa ha messo in discussione le principali declinazioni della cittadinanza nella cultura giuridica europea, quella della *citoyenneté* , derivata dall'esperienza rivoluzionaria in Francia, saldamente embricata in un idea di *république* che aveva separato il *citoyen* dal suo bagaglio identitario[11], e quella della *Staatsangehörigkeit*, espressione emblematica del progetto fondativo del dogma della sovranità dello stato nella scienza giuridica del *Kaiserreich.*[12] Questo moto di reazione, che si è sviluppato sia sul piano degli stati che oltrepassandone i confini, ha prodotto un legame più stretto tra la cittadinanza e la libertà, dando risalto alla dimensione pubblica della libertà e allo stesso tempo riscoprendo il potenziale inclusivo racchiuso nell'idea di cittadinanza. "*Die Freiheit, frei zu sein*": è la formula che, secondo Hannah Arendt, condensa in modo emblematico la direzione di senso di questo cambiamento, che ha consentito a intere popolazioni di essere liberate "non dalla povertà, ma dalla incomprensibilità della loro miseria", e di prendere coscienza di "cosa significa poter discutere sulla propria condizione" ed "essere invitati a partecipare ad essa", e ancora di divenire consapevoli che "le strade, gli edifici, le piazze" delle loro capitali appartengono a loro e per loro sono motivo di orgoglio.[13] E' interessante osservare che, nell'orizzonte speculativo della Arendt, i popoli che avevano affrontato questo percorso di liberazione da condizioni di dominio e di assoggettamento avevano portato nei movimenti di liberazione il bagaglio identitario accumulato attraverso il fluire delle generazioni e l'accavallarsi delle esperienze del vissuto individuale e collettivo, e lo avevano caricato di una dimensione pubblica, facendolo confluire nell'orgoglio di appartenere ad una *res publica*.

[10] Così *H. Mayer*, op. cit., 24. Sul clima spirituale nel quale matura la deriva "totalizzante" della cittadinanza, resta fondamentale *G. Lukàcs*, La distruzione della ragione (1959), Torino 1980; e più di recente *H. Münkler*, Marx Wagner Nietzsche. Welt im Umbruch, Berlin 2021

[11] Si v. *C. Nicolet*, L'idée républicaine en France (1789-1924), Paris 1982

[12] Si v. *D. Gosewinkel*, Einbürgern und Ausschließen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland, Göttingen 2003

[13] Così *H. Arendt*, Die Freiheit, frei zu sein (1967), München 2018, *passim* e, per il brano tradotto nel testo, 10

La "diversità" identitaria approdava pertanto alla fondazione di un legame comunitario di cittadinanza[14], ciò che contribuiva a stemperare la tensione tra lo spazio pubblico ed una sfera *gemeinschaftlich*, separata da quella della politica, ed anzi da questa potenzialmente insidiata nella sua orgogliosa peculiarità. La cittadinanza, come espressione dello *status* dell' *homme situé*, del soggetto radicato nelle sue condizioni di vita e proiettato a realizzare se stesso in tutti gli ambiti della sua esperienza personale e sociale, si scioglie dal legame totalizzante con lo *status subjectionis*, aprendosi alla molteplicità delle fratture identitarie, che da un lato sono presidiate dall'effettività dei diritti, e dall'altro divengono fattori di discussione nello spazio pubblico. Nello stato costituzionale di democrazia pluralistica, pertanto, tra cittadinanza, identità e diritti si stabilisce un legame più stretto, il quale lascia aperti tuttavia fattori di tensione, tra conflitto e consenso, tra la vocazione unificante della cittadinanza e la molteplicità, spesso difficilmente armonizzabile, delle istanze individuali e collettive di libertà e di liberazione, tra spazio pubblico e dimensione privata.

Questo scenario di trasformazione, a disegnare il quale concorsero non solo le esperienze delle democrazie pluralistiche nell'area europea ed occidentale, ma anche quelle dei movimenti di liberazione sviluppatisi in altri continenti, nonchè i processi di modernizzazione dell'economia e del costume su scala mondiale, le straordinarie potenzialità di comunicazione planetaria assicurate dalla rete ed infine, a cavallo tra il XX e il XXI secolo, la propagazione dei principi della democrazia liberale, ha alimentato, negli ultimi decenni, una narrazione della cittadinanza che tende a dislocarne il raggio di azione fuori dei tradizionali schemi della statualità, imperniati sulla corrispondenza tra sfera personale e sfera territoriale del potere statale. Ciò avrebbe determinato altresì la tendenza alla deterritorializzazione della cittadinanza, nonché quella alla coesistenza tra i tradizionali legami della cittadinanza nazionale con quelli della cittadinanza sopranazionale.[15] La dilatazione del raggio di azione della cittadinanza aldilà dei confini degli stati, preparata da strumenti internazionali e macroregionali di tutela dei diritti civili, politici e sociali, e favorita dai crescenti fenomeni di mobilità delle persone e dallo sviluppo delle esperienze del federalismo sopranazionale, non ha mancato di suscitare contestazioni, che hanno riproposto, sebbene in una versione aggiornata dalle nuove forme della comunicazione, una declinazione della cittadinanza

[14] L'importanza del saggio della Arendt è sottolineata da *S. Benhabib*, I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini, Milano 2004, 39 ss., che ravvisa in esso una lucida e penetrante contestazione dello stato nazione

[15] Questo scenario è analizzato problematicamente da *D. Gosewinkel,* Schutz und Freiheit? cit., 647 ss.

saldamente impiantata sul legame tra il popolo, inteso come una indistinta e magmatica unità politica, e la sovranità statale.

Si tratta, a ben vedere, di posizioni che hanno radicalizzato la vocazione olistica della cittadinanza fino a farne il perno di una complessiva contestazione dei principi della democrazia liberale.[16] I riflessi delle oggi diffuse tendenze populiste e sovraniste sollevano qualche rilievo problematico che va aldilà delle critiche ad un presunto ridimensionamento delle basi statali, nazionali e territoriali della cittadinanza, poiché esse toccano in profondità il rapporto tra questa e la complessità sociale. Da un lato queste posizioni semplificano la vocazione unificante della cittadinanza, che viene fatta poggiare su una base sociale atomizzata, disintermediata e magmatica anche nella fase decisiva della elaborazione degli *input* e della loro trasmissione nella sfera pubblica. Dall'altro, lo sfrangiamento della base societaria della cittadinanza non sembra favorire una migliore rappresentazione della complessità sociale, la quale esige l'incanalamento della questione identitaria in un spazio pubblico capace di elaborare risposte a domande identitarie unilaterali, inserendole in un quadro di mediazioni, di equilibri e di contemperamenti.

La narrazione dei diritti da un lato corre parallela con l'evoluzione della cittadinanza da formula dello *status* di appartenenza alla compagine statale a qualità riassuntiva dell'esser parte di una comunità politica. Dall'altro, essa incrocia la questione identitaria, non più relegata in una dimensione integralmente privata, ma chiamata ad arricchire, con la ricchezza delle sue espressioni, la *Wertordnung* sottesa ai cataloghi dei diritti fondamentali dello stato costituzionale di democrazia pluralista. In questo contesto così arioso, che vede la società civile fare il suo ingresso nelle costituzioni prepotentemente e con le sue linee di conflitto, la questione identitaria assume una inedita centralità. I cataloghi dei diritti costituzionali, sciolti dalla visione individualistica propria del liberalismo giuridico ottocentesco, la quale era modellata sull'assolutezza del diritto di proprietà e costruita su una relazione astratta tra il soggetto ed il potere statale, assumono a proprio fulcro l'individuo in tutta la gamma delle relazioni identitarie che lo coinvolgono nella sua esperienza di vita. Si stempera, in tal modo, la tensione tra libertà ed eguaglianza, ed i tormentati itinerari dell'affermazione della "libertà eguale" aprono la strada a nuovi scenari dell'interpretazione costituzionale dei diritti, all'interno dei quali trovano spazio i canoni della promozione, del

[16] Si v. il ricchissimo quadro comparatistico offerto da *M.A. Graber- S. Levinson- M. Tushnet*, Constitucional Democracy in Crisis?, Oxford 2018

riconoscimento, e della solidarietà non solo tra persone che condividono *gemeinschaftlich* un'esperienza identitaria, ma della "solidarietà tra estranei". I conflitti identitari non sono certo per questa via risolti, ed anzi la complessità sociale li moltiplica, perché le identità tendono a isolarsi in un bozzolo autoreferenziale refrattario al dialogo[17], ma i cataloghi costituzionali dei diritti, con le loro ampie direttrici di orientamento, giocano un triplice ruolo, di rimozione degli ostacoli alla effettività dello sviluppo della persona, di alleggerimento della conflittualità sociale nel processo politico, e di contemperamento. Infine, si allenta altresì il nesso tra diritti e *Staatsangehörigkeit*, e i diritti dell'uomo si affiancano ai diritti del cittadino, con una integrazione materiale di ambiti che si profila tanto più intensa, quanto più si sviluppano le sinergie delle tutele multilivello dello "stato costituzionale cooperativo".[18]

2. L'identità: tra dimensione privata e spazio pubblico

La questione identitaria, pertanto, si è incuneata, in ambiti della vita e con manifestazioni differenti, nella relazione tra individuo e comunità politica, caricandosi altresì di nuovi fattori di tensione e di conflitto. A lungo egemonizzata dalle dinamiche delle classi sociali e dei conflitti di classe, la questione identitaria è stata investita dalle ricadute della complessità sociale, le quali hanno fatto emergere le linee di frattura delle culture e delle tradizioni locali, della etnia, della razza, dell'orientamento sessuale, della condivisione di stili di vita minoritari, spesso oggetto di dileggio, di marginalizzazione, di esclusione.[19] Uno scenario che, sebbene abbia sganciato il panorama identitario dal riferimento prevalente alla sfera dell'*homo oeconomicus*, ha riversato nello

[17] Si v. i saggi raccolti in *H.J. Giegel* (a cura di), Konflikt in modernen Gesellschaften, Frankfurt a.M. 1998, ed ivi, in particolare, *H. Rosa*, Integration, Konflikt und Entfremdung. Die Perspektive des Kommunitarismus, 202 ss.; e *M. Barmann*, Universalisierung und Partikularisierung der Moral. Ein individualistisches Erklärungsmodell, 245 ss.

[18] Ho approfondito i profili accennati nel testo in *P. Ridola*, op. cit., *passim* e 85 ss., 323 ss. Si v. ancora *A.* Schillaci, Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti, Napoli 2018. L'espressione "solidarietà tra estranei" si deve a *J. Habermas*, Solidarietà tra estranei. Interventi su "Fatti e norme", Milano 1997.Ma la distinzione tra le due versioni della solidarietà accennate nel testo si incontra già in *E. Denninger*, Rechtsperson und Solidarität, Frankfurt a.M.- Berlin 1967, 138 ss. Sull'alleggerimento della conflittualità nel processo politico è d'obbligo il riferimento a *N. Luhmann*, Legitimation durch Verfahren (1969), Frankfurt a.M. 2013, spec. 131 ss.

[19] Per un panorama delle "nuove" questioni identitarie, non riferite solo al fattore religioso, v. *W. Gephart- H. Waldenfels*, Religion und Identität im Horizont des Pluralismus, Frankfurt a.M. 1999, ed ivi in part. i saggi di *B. Giesen, K.R. Hoheisel, H. Meyer-Wilmes, D.B. Linke*, 13 ss.

spazio pubblico una gamma estesa di "questioni di dignità", e precisamente istanze di liberazione, di protezione e di riconoscimento, ma anche istanze di solidarietà, di promozione, di potenziamento dei servizi sociali, per far fronte a nuove manifestazioni della questione sociale indotte da condizioni di povertà, di disagio, di emarginazione, di discriminazione ed anche di violenza.[20]

In questo quadro, il quale sembra far balzare in evidenza la necessità di più mediazioni dello spazio pubblico, di più stato sociale e, in definitiva, di più politica, sono entrati in gioco tuttavia fattori di tensione, non riferibili soltanto ad una ridefinizione della fisionomia dei partiti e delle organizzazioni degli interessi, cioè dei tradizionali attori dello spazio pubblico, ma più in generale al cortocircuito di quella correlazione tra generale e particolare che ha sorretto i processi di razionalizzazione del sociale nella modernità europea, componendo il retroterra di "singolarità" e di pluralità di identità, meglio di "culture", intese nell'accezione ampia del termine[21], che le società secolarizzate riescono ad esprimere.[22] La complessità sociale, incidendo sulla struttura della società, oltre che sulla fisionomia dello spazio pubblico e sui canali istituzionali della politica, ha scompaginato la standardizzazione dei processi produttivi, la generalizzazione dei saperi, la funzione ordinante della formalizzazione attraverso il diritto, la vocazione unificante della politica, esponendole alle sfide crescenti della frammentazione.[23] In questa fase della "tarda modernità", la varietà di "culture" espresse da società sempre più creative rende sempre più arduo portare a sistema i canoni di razionalizzazione elaborati dal pensiero e dalle pratiche della modernità.[24] Questa ricostruzione scioglie l'interpretazione della complessità sociale dal peso preponderante dei fattori economici, dando risalto al retroterra "culturale" della pluralizzazione delle identità, che si ramifica in una gamma estesa di manifestazioni, dalla economia creativa della società postindustriale alla trasformazione del lavoro, che, sciogliendosi dal modello fordista, si smaterializza, si individualizza, diviene sempre più flessibile, e sempre inseguendo canoni culturali

[20] Uno scenario esplorato con straordinaria (e anticipatrice) lucidità da *P. Sylos Labini*, Saggio sulle classi sociali, Bari 1974; *A. Pizzorno*, Le radici della politica assoluta e altri saggi, Milano 1994. Per una ricognizione suggestiva delle "questioni di dignità" nelle società complesse v. *E. Borgna*, La dignità ferita, Milano 2015

[21] Per questa accezione ampia del concetto di cultura, comprensivo degli stili di vita ed anche delle manifestazioni alternative rispetto alle convenzioni e ai canoni dominanti, v. *P. Rossi*, Cultura e antropologia, Torino 1967. Sul rilievo del fattore culturale nel dibattito contemporaneo sull'identità v. *S. Benhabib*, La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era gobale, Bologna 2005, *passim* e spec. 17 ss.

[22] Si v. su ciò *A. Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten. Zum Strukturwandel der Moderne, Frankfurt a.M. 2018, 27 ss.

[23] Si v. ancora *A. Reckwitz*, op. cit., 34 ss.

[24] Così *A. Reckwitz*, op. cit. 84 ss. Sulla nozione di *Spätmoderne* v. *A. Reckwitz- H. Rosa, Spätmoderne in der Krise. Was leistet die Gesellschaftstheorie?*, Berlin 2021

"creativi"; dallo sviluppo della macchina culturale, guidato dalle tecnologie del digitale, alla profonda varietà degli stili di vita, che non offre soltanto resistenza all'omologazione, ma ha prodotto altresì nuove gerarchie, nuove "classi" sociali e nuove forme di subalternità.[25] La stessa diseguaglianza si è caricata pertanto di fattori culturali, i quali si sono andati ad aggiungere a quelli di natura economica, che avevano egemonizzato, nel XX secolo, i conflitti di classe e le politiche dell'integrazione e del consenso, ma al prezzo di smarrire l'ancoraggio ad una visione "generale" della comunità politica, abbandonandosi alle sirene dello spontaneismo neoliberale.[26]

E tuttavia sarebbe parziale interpretare questa trasformazione declinandola soltanto in base al consueto argomento della preponderanza della competizione e del mercato. Essa ha prodotto altresì un profondo mutamento del "politico" nella tarda modernità, un politico sempre più lontano da robuste ideologie partitiche, e sempre più proiettato ad aderire al particolarismo "culturale" diffuso nella società per tanti rivoli, e in definitiva schiacciato su una "politica delle identità".[27] In essa sono confluite anche le questioni "culturali", come quella delle nazionalità, le quali avevano costituito un potente fattore di coesione del gruppo sociale, declinate anch'esse secondo un approccio comunitario, incentrato tuttavia sulla relazione tra il sé e l'altro.[28] Questa riconfigurazione delle forme di socializzazione non ha comportato un ritorno all'individualismo o ad una sfera presociale, ma ha valorizzato oggetti, luoghi, stili ed eventi della sfera collettiva nella loro incomparabile singolarità. La narrazione del "politico" si appiattisce su quella del successo e del ben vivere nella sfera privata, nella quale si realizzano svariate intersezioni di identità, tra creativi e lavoratori, segmenti di società colti e non acculturati, uomini e donne, indigeni e migranti, eterosessuali e omosessuali, cosmopoliti e sedentari, abitanti della città e della campagna, giovani ed anziani. E' tuttavia venuta meno la funzione del "politico" elaborata dalla modernità, consistente nella messa a sintesi delle *Singularitäten* e nella rappresentazione di interessi generali, e la parcellizzazione del politico in *communities* operanti allo stato diffuso, più aperte delle *Gemeinschaften* di tönnesiana memoria ma spesso prigioniere di una intrinseca autoreferenzialità

[25] Per questo quadro rinvio ancora all'analisi di *A. Reckwitz*, op. cit., 111 ss., 181 ss., 225 ss., 273 ss.
[26] Si v. ancora *A. Reckwitz*, op. cit., 350 ss. Per un bilancio della svolta neoliberale alla fine del XX secolo v. *T. Biebricher*, Die politische Theorie des Neoliberalismus, Berlin 2021
[27] Così *A. Reckwitz*, op. cit., 371 ss.
[28] Su questo v. *A. Reckwitz*, op. cit., 401 ss. E ancora v. *S. Benhabib*, La rivendicazione cit., 231 ss.

culturale, ha determinato lo spopolamento dello spazio pubblico e del sistema politico, non più in grado di indirizzare lo sviluppo complessivo della società.[29]

La dilatazione delle questioni identitarie ha acuito la tensione tra conflitto e consenso nelle democrazie pluralistiche, e la frammentazione dei *cleavages* delle società complesse e le istanze di integrazione di una comunità politica repubblicana hanno sollevato interrogativi crescenti sul mantenimento della coesione nello spazio pubblico, collocato, secondo le elaborazioni teoriche più diffuse, in una sfera intermedia tra il particolarismo dei bisogni privati ed i luoghi della decisione politica.[30] Da un lato, è agevole riscontrare "una irruzione del privato negli scenari pubblici", che ha prodotto un vero e proprio svuotamento di uno spazio pubblico inteso come luogo di aggregazione della complessità sociale, sempre meno capace "di offrire significazioni comuni con cui i soggetti potrebbero identificarsi". Ciò in quanto "i valori privati, le credenze, le esigenze, i sentimenti e le identità acquisiscono preminenza rispetto a qualunque altro elemento nel compromesso pubblico dei cittadini".[31] Si assiste, in breve, ad un fenomeno di "privatizzazione del pubblico", in quanto "la sfera privata irrompe e viene coltivata come tale nello spazio pubblico", ed in modo speculare ad un processo di "politicizzazione della vita privata", poiché "i grandi temi pubblici sono attualmente problemi vincolati alla vita privata", e "fenomeni che in altre epoche venivano iscritti soprattutto nell'ambito privato, che venivano relegati nell'intimità, come il genere, la condizione sessuale, le identità e l'esperienza religiosa, irrompono oggi sulla scena pubblica con tutta la loro forza e immediatezza".[32]

E'merito di Alessandro Pizzorno di avere messo a fuoco con grande lucidità non soltanto il crescente fenomeno della dispersione delle identità nella complessità sociale, ma più ancora di avere liberato l'identità da un approccio di radicale soggettivismo, spostandone il nucleo concettuale sul terreno del riconoscimento da parte del gruppo sociale. Lo "sguardo degli altri ed il suo ambiguo orrore" hanno invero rappresentato un collante decisivo dei legami identitari già nel pensiero di Adam Smith, che, nonostante venga considerato il fondatore della moderna scienza economica, offrì una tematizzazione dell'identità che andava oltre i confini dell'economia. Egli pose infatti l'accento sull' "importanza del giudizio degli altri nelle scelte individuali", in quanto la

[29] Si v., per le esemplificazioni riportate nel testo, *A. Reckwitz*, op. cit., 429 ss.
[30] Ho ricostruito il dibattito sullo spazio pubblico in *P. Ridola*, Il principio libertà cit., 303 ss.
[31] Così efficacemente *D. Innerarity*, Il nuovo spazio pubblico (2006), Roma 2008, 30 s.
[32] Cfr. ancora *D. Innerarity*, op. cit., 32 s.

natura umana "è caratterizzata soprattutto dal suo agire non in vista di soddisfare i propri autonomamente formatisi bisogni, ma in vista di ottenere il giudizio favorevole da parte dei propri simili". Muovendo dalla premessa che l'approvazione morale da parte degli altri è "*an innate basic feeling* dell'uomo", Smith teorizzò un sistema dei sentimenti morali, il quale fa leva sulla relazione tra il giudizio dello "spettatore imparziale" ed il *self-command*, l'autocontrollo dell'agente, da quello condizionato in modo determinante.[33] E dunque, secondo Adam Smith, "solo quando la persona entra in società trova lo specchio che gli permette di giudicare se stesso", cosicchè, "anticipando il giudizio degli altri sul proprio agire, la persona acquisisce una auto-coscienza che la rende capace di comandare a se stessa e giudicarsi anticipando come gli altri la giudicheranno". Lungi dal collocarsi all'interno di una visione pacificata del corpo sociale, l'identità viene ad esprimere il punto di tensione più critico della relazione tra individuo e società, inquadrandosi in una visione delle dinamiche sociali, ora guidata dal calcolo razionale dell'agire individuale, ora dalla consapevolezza delle faglie di incomprensione che si formano sul fondo di esse. Il legame tra identità e lotta per il riconoscimento percorre come un filo conduttore il pensiero filosofico della modernità europea, dal quale viene declinato nei termini di una lotta dell'individuo contro lo sguardo degli altri e della ricerca di quel riconoscimento che renda meno arduo il compito di cercare di essere se stesso, come in Rousseau; oppure nel quadro di una decisa critica del soggettivismo kantiano e del processo speculare di inclusione dell'altro, come nell'idealismo tedesco; o ancora sulla base di una attenta considerazione della realtà sociale, come nella nascente sociologia a cavallo tra XIX e XX secolo.[34] I passaggi meno risalenti di questo dibattito, condizionati dalle imponenti sfide della complessità sociale, appaiono polarizzarsi intorno due approcci differenti, quello che pone l'accento sulla formazione di "socialità" attraverso l'identificazione reciproca, e quello, essenzialmente conflittuale, che interpreta la situazione di riconoscimento come mero incontro tra due "umani" e non come processo di attribuzione reciproca di identità.[35]

Già questo rapido cenno ricostruttivo dimostra che, sciolte dal nesso esclusivo con il soggettivismo, l'identità si muove su un terreno che chiama in causa la dimensione della socialità,

[33] Cfr. *A. Pizzorno*, Il velo della diversità. Studi su razionalità e riconoscimento, Milano 2007, 20 ss., 177 ss.
[34] Per una sintesi ampia di questa vicenda v. ancora *A. Pizzorno*, op. cit., 181 ss.
[35] La questione è al centro della classica opera di *A. Honneth*, Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto (1992), Milano 2002

mostrando linee di tensione evidenti con la cittadinanza, che attinge le radici profonde della convivenza, e ponendo sfide inedite sul terreno dei diritti, ai quali chiede di apprestare non solo barriere di protezione di condizioni minoritarie, ma misure di promozione e di riconoscimento. In primo luogo, a partire dagli anni ottanta e novanta del secolo scorso si sono moltiplicate istanze di politica identitaria e rivendicazioni da chi "ritiene di possedere un'identità che non riceve riconoscimento da parte del mondo esterno", identità "straordinariamente diversificate e basate sulla nazione, la religione, l'etnia, l'orientamento sessuale o il genere"[36] Identità che sfidano, in definitiva, la cittadinanza, chiedendo a questa di essere strumento di inclusione piuttosto che mezzo di giustificazione di muri[37], ed i diritti, dai quali ci si attende non solo la "difesa" di identità molteplici, ma la salvaguardia degli "equilibri" di una comunità repubblicana. In secondo luogo, è stato osservato che la discussione sull'identità nel pensiero filosofico e negli apporti delle scienze dell'uomo tende ad affiancare al tradizionale profilo dell'identità personale, che chiama in causa il soggetto che riflette su sé stesso e sul proprio io, il profilo della identità collettiva o di gruppo, la quale pone in primo piano un problema di "condivisione", che riguarda non solo l'inclusione nel tessuto identitario, ma altresì la relazione con chi ne è escluso o con chi se ne sente anche diametralmente o ostinatamente lontano.[38]

Il dispiegarsi di identità collettive o di *communities* allo stato diffuso ha fatto sorgere elementi di tensione sia con l'identità personale che con la cittadinanza. Ed invero "l'acclimatazione del soggetto alla fertile pianura dell'esperienza condivisa e al terreno accidentato della storia collettiva" può certo dare forza all'identità individuale, aiutandola a "dare compattezza, unità e coerenza ad un io che sembra dissolversi in un confuso pulviscolo di stati d'animo vorticosamente trascinato dal soffio degli eventi". E tuttavia "rapportarsi responsabilmente al demone che tiene i fili della nostra vita" mette l'individuo sempre in sospensione, ed in tensione, tra lo sforzo di trovare "soltanto in sé la propria stella polare ed il motore della propria storia personale" e "la trama dei legami

[36] Così *F. Fukuyama*, Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi, Torino 2019, 23

[37] Sulla metafora del "muro" come problema delle società complesse v. ora la bella monografia di *E.C. Sferrazza Papa*, Le pietre e il potere. Una critica filosofica dei muri, Milano- Udine 2020

[38] Rinvio su tutto ciò alla ricchissima ricostruzione storica compiuta di recente da *E. Lecaldano*, Identità personale. Storia e critica di un'idea, Roma 2021, *passim* e spec. 19 s. Al tema del rapporto tra identità personale e identità collettiva sono dedicati alcuni dei saggi raccolti in *P. Ricoeur*, Sé come altro, Milano 2001, spec. 103 ss., 201 ss.

transindividuali", dai quali "siamo, per lo più inconsapevolmente, condizionati", e che peraltro non possiamo ignorare "anche senza sottostare passivamente al loro comando".[39]

La questione identitaria, in definitiva, si incunea tra la vocazione olistica della cittadinanza, che la sfida anche nella sua versione coerente con i canoni della democrazia partecipativa, comunque condizionati dal fattore di razionalizzazione del principio maggioritario, e la vocazione, intrinseca nella sua dimensione collettiva, alla "colonizzazione delle coscienze".[40] L'emergere prepotente del profilo collettivo ha per un verso dato maggiore risalto al particolarismo intrinseco alle appartenenze identitarie, e per altro verso, in quanto la politica è unificazione della complessità sociale, tende ad incanalare la questione identitaria all'interno di "politiche dell'identità", intese ad assecondare la fondazione di identità comunitarie ed a proteggerle dalle esperienze di iniquità e di discriminazione patite in ragione della loro appartenenza. Orientamenti politici e misure legislative indirizzati non solo a preservare l'orgoglio dell'appartenenza a cerchie sociali minoritarie o marginalizzate, ma a imporre vincoli di rispetto da parte di altri, in corrispondenza di specifici diritti ad esse riconosciuti.[41]

3. Cittadinanza, appartenenza ad una comunità repubblicana, responsabilità civica

La discussione che ho appena riassunto lascia già intravvedere con chiarezza gli aspetti problematici del rapporto tra identità e cittadinanza. Nella storia dell'idea di cittadinanza i due profili dell'esser parte di una comunità politica e dell'appartenenza alla compagine di un gruppo sociale organizzato hanno dei tratti comuni, racchiusi in quella vocazione olistica che ne percorre l'itinerario. Non vi è cittadinanza senza la consapevolezza di riconoscersi in un *cadre d'appartenance*, di sentirsi parte di un processo di integrazione, di un "*Sich-in-diesem-Staat-zu-Hause fühlen*", un abito mentale, individuale e collettivo, oggi non più sorretto dalla condivisione di fattori spirituali o di una mitologia con radici profonde della storia del gruppo, come nelle narrazioni dell'esperienza dello stato nazione, ma guidato dalla consapevolezza che il weberiano

[39] Così, in pagine di straordinaria intensità, *R. Bodei*, Destini personali. L'età della colonizzazione delle coscienze, Milano 2002, 9 ss.

[40] Si v. ancora *R. Bodei*, op. cit., 189 ss.

[41] Si v. su ciò *E. Hilgendorf*, Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung, in "JuristenZeitung", n.18, 2021, 856 ss.

"politeismo dei valori" delle società pluralistiche esige comunque di trovare e di percorrere una rotta comune, un itinerario condiviso di convivenza tra diversi.[42]

Differenti sono stati i fondamenti di questa vocazione olistica della cittadinanza, diverso il dosaggio tra *membership* e *belonging*, tra esclusione e inclusione, tra partecipazione e appartenenza ad una comunità politica, tra soggezione e partecipazione, e diversa, infine, l'ampiezza della società ammessa a partecipare alla vita della *res publica*.[43] Ma questa vocazione olistica percorre la storia della cittadinanza dalla *Politica* di Aristotele, alle dinamiche incrementali "inclusive" della cittadinanza romana, al sentirsi partecipi di una rete di relazioni comunitarie nei comuni medievali, alla pretesa di compattezza dello stato nazionale, fino alla degenerazione di declinazioni sempre più esclusive nell'età del colonialismo, e di quelle assolutizzanti, luciferine dei legami fondati su *Blut und Boden*, per giungere poi alla forza aggregante del *demos* intrinseca all'idea della cittadinanza democratica, ai luoghi di integrazione della cittadinanza nello spazio pubblico delle democrazie pluralistiche, alle sfide della cittadinanza comune come elemento portante del federalismo sovranazionale.[44]

Questa vocazione olistica, che ora definirei meglio "integrativa", dell'idea di cittadinanza non viene meno nelle democrazie pluralistiche, le quali si sono sforzate di impiantare i diritti di partecipazione politica in un quadro di garanzie della articolazione e delle linee di frattura identitarie del tessuto pluralistico.[45] Si tratta di un aspetto molto presente nella riflessione della dottrina della costituzione tra le due guerre mondiali, che tentò una messa a fuoco concettuale dell' *Identität* , strumentale alla tematizzazione della *Repräsentation*, intesa antagonisticamente come formula di unificazione politica. Vi erano, sullo sfondo delle elaborazioni teoriche di Wolff, Schmitt, Leibholz , suggestioni culturali, filosofiche e teologiche differenti, così come quelle del

[42] La problematicità della valenza inclusiva dei processi di integrazione dello stato nazione emerge, da angolazioni differenti, il *F. Meinecke*, Cosmopolitismo e stato nazionale (1922), Firenze 1975; e da *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in *Id.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1968, 138 ss. Per un ripensamento della dottrina dell'integrazione alla luce delle sfide del pluralismo v. *G. Frankenberg*, Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, Frankfurt a.M. 2003, 136 ss. (ove anche il riferimento alla citazione riportata nel testo, tratta da una sentenza del BVerfG)

[43] Lo mette a fuoco *R. Bellamy*, Citizenship. A Very Short Introduction, Oxford- New York 2008, 52 ss.

[44] Sulla storia dell'idea di cittadinanza si v., nella letteratura sterminata, oltre a *D. Gosewinkel*, Schutz und Freiheit cit., soprattutto *F. Cerrone*, Genealogia della cittadinanza. I Greci. Dalla civiltà palaziale ai sofisti, Roma 2004; *G. Cambiano*, Polis. Un modello per la cultura europea, Roma- Bari 2007; *G. Crifò*, Civis. La cittadinanza tra antico e moderno, Bari-Roma 2000; *P. Costa*, Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, voll.4, Roma- Bari 1999-2002

[45] Sul punto, si v. soprattutto *E. Grosso*, Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento, Padova 1997; *F. Cerrone*, La cittadinanza e i diritti, in *R. Nania – P. Ridola*, I diritti costituzionali, II ediz., I, Torino 2016, ss.

dibattito sul rapporto tra comunità e società nella pensiero sociologico a cavallo tra Otto e Novecento. Ma affiorava soprattutto la consapevolezza che la tensione tra generale e particolare assumesse, in democrazia, una fisionomia problematica, sfidando le elaborazioni teoriche della rappresentanza politica di stampo liberale imperniate sul nesso tra una rappresentanza politica su base elitaria e la nazione, intesa come entità impersonale ed astratta. Di qui l'antinomia, con la quale la scienza giuridica della prima metà del Novecento si misura in modo assai tormentato, tra l'*Identität*, espressiva del popolo considerato nella sua datità empirica, come coacervo di interessi, opinioni, pulsioni frammentate ed antagonistiche, e la *Repräsentation*, espressiva, per contro, di un livello di unificazione politica più alto, capace di sollevarsi al di sopra dei conflitti e degli antagonismi della società.[46]

Identität e *Repräsentation* sembrano invero tornare ad esprimere, negli odierni frangenti della complessità sociale, ed in una chiave evidentemente diversa da quella dello stato monoclasse liberale, quell'antagonismo che le esperienze della democrazia rappresentativa nel XX secolo si erano sforzate di armonizzare.[47] Se in quelle esperienze la capacità di articolare lo spazio pubblico si è realizzata attraverso i canoni e le procedure della rappresentanza, grazie alle quali hanno preso "forma politica" le opinioni, le identità, gli interessi, "tale capacità è stata messa attualmente in discussione da una serie di processi che hanno situato la politica in un orizzonte di immediatezza, a danno della sua caratteristica di costruzione sociale", la quale si prefigge l'obiettivo, proprio appunto della politica, di dar vita ad uno "spazio comune", che non può essere presupposto "come già dato e indiscutibile".[48] La crisi della rappresentanza politica si risolve pertanto nella crisi del significato più profondo della cittadinanza repubblicana. La frammentazione dello spazio pubblico segna, a ben vedere, una perigliosa resa dell'ideale di una cittadinanza comune, la quale nasce dalla consapevolezza diffusa che non sia più possibile "rappresentare l'autodeterminazione sociale a partire dal modello dell'intervento di un meta-soggetto in quanto incarnazione dell'agire collettivo". Acquista terreno una sorta di "particolarismo generalizzato", capace di esprimere coalizioni, le quali, spazzate via le polarizzazioni ideologiche o di classe, si presentano come "soggetti puntuali", focalizzati su "temi e situazioni specifici", e impegnati ad "organizzare un unico problema". E se la

[46] Il dibattito è ricostruito ampiamente da *W. Mantl*, Repräsentation und Identität, Wien- New York 1975

[47] Per un bilancio di questa stagione v. *B. Manin*, Principi del governo rappresentativo, Bologna 2017; *P. Rosanvallon*, Le peuple introuvable, Paris 1998; nonché, per qualche ulteriore indicazione, *P. Ridola*, Democrazia rappresentativa e parlamentarismo, Torino 2011

[48] Così, molto efficamente, *D. Innerarity*, op. cit., 47 ss.

crisi di legittimazione degli attori tradizionali della politica viene surrogata da queste coalizioni, per far confluire affari privati nell'agenda delle questioni politiche, nella frammentazione con cui "la sfera privata si trasforma in qualcosa di immediatamente pubblico" non è difficile scorgere elementi di problematicità che vanno al cuore del rapporto tra identità e cittadinanza. Questo processo lascia intravvedere una "società concepita come un insieme di minoranze", mentre la politica si sforza soltanto di rispondere ad aspettative settorializzate, "senza formulare progetti capaci di conferire senso all'agire collettivo aldilà delle reazioni immediate dell'opinione pubblica, dei desideri più superficiali e immediati". Le ragioni dell'appartenenza ad una comunità repubblicana sbiadiscono o restano sullo sfondo, e crescono l'estraneità e l'indifferenza dei consociati ai problemi della convivenza, quando la soluzione delle domande particolari dei diversi gruppi sociali resti avulsa da una visione generale ed anzi indirizzi a pensare la società come una somma irrelata di identità, opinioni e interessi.[49]

E' superfluo rilevare che lo scompaginamento dello spazio pubblico è anche la conseguenza della inadeguatezza del sistema politico a farsi carico della complessità sociale attraverso una autoriforma coraggiosa e più innovativa rispetto ai modelli del partito "parte totale" del XX secolo.[50] E tuttavia la crisi dello spazio pubblico va più in profondità e viene avvertita anche come una crisi della cittadinanza, contenitore di diritti ed insieme chiave di volta essenziale di una responsabilità civica, la quale, in una comunità repubblicana, non è formula riassuntiva di doveri, ma la condizione di una "solidarietà tra estranei", di una convivenza tra diversi alimentata dal basso da pratiche saldamente radicate nel tessuto sociale.[51] All'indomani della nascita della Repubblica di Weimar, nella conferenza *Von deutscher Republik* del 1922, Thomas Mann, superando le posizioni delle *Betrachtungen eines Unpolitischen,* legate ad una visione della società intrisa di nazionalismo e di *Kultur,* avrebbe additato nella responsabilità civica, nella *Bürgerverantwortung,* il pilastro di una democrazia repubblicana. Prendendo le distanze dalla visione del *Volk* nel romanticismo tedesco, Mann osservava che, con l'avvento della repubblica, "lo stato è toccato a noi…è stato posto nelle nostre mani, in quelle di ognuno…è divenuto affare di tutti noi, e questo, e nient'altro, è

[49] Sul punto, v. ancora riflessioni penetranti di *D. Innerarity,* op. cit., 51 ss.

[50] Sui quali v. *A. Panebianco,* Modelli di partito, Bologna 1982; *P. Ignazi,* Partito e democrazia. L'incerto percorso della legittimazione dei partiti, Bologna 2019

[51] Si rinvia sul punto alle riflessioni di *S. Prisco,* Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico, Napoli 1986. Ma, per una declinazione dei doveri costituzionali in chiave di integrazione v. l'opera risalente di *G.M. Lombardi,* Contributo allo studio dei doveri costituzionali, Milano 1967. Sul nesso tra doveri e cittadinanza repubblicana v. *L. Violante,* Il dovere di avere doveri, Torino 2014

la repubblica". La quale non è una "piccolezza del destino" per ogni cittadino, così come la libertà non è "un passatempo e un divertimento/ *kein Spaß und Vergnügen*", perché essa è "responsabilità/*Verantwortlichkeit*". Attraverso la presenza attiva del cittadino nella comunità lo stato "si rende visibile", e per converso esso si apre all' "idea di una comunità di riconoscimento dell'umanità racchiusa in ciascuno dei suoi membri/ *Idee der Gemeinschaft der Anerkennung der Menschheit in jedem ihrer Einzelglieder*", e la dimensione individuale e quella statuale si congiungono in modo indissolubile.[52]

Il tema della responsabilità, evocato da Thomas Mann con toni che anticipavano non solo l'adesione dello scrittore agli ideali di democrazia sociale del *New Deal*, ma le successive elaborazioni teoriche *communitarans*, scorre sotto traccia, ma con molta insistenza nel dibattito sulla cittadinanza democratica. Si tratta dell'idea che, in una comunità repubblicana, la cittadinanza includa una componente di "responsabilità" del cittadino, un impegno individuale per la vita della *polis*, indirizzato al "bene" della comunità politica.[53] La cittadinanza rinvierebbe pertanto ad una "misura di responsabilità", che tocca anzitutto i diritti che hanno una più diretta incidenza sul processo politico, allo scopo di garantirne la trasparenza e l'eguaglianza delle *chance*, ma più in generale qualifica in maniera pregnante lo spazio pubblico.[54] Il nesso tra cittadinanza e responsabilità accomuna la cultura costituzionale tedesca e quella statunitense, nella quale esso viene declinato, piuttosto che all'interno dello scenario teorico della *Öffentlichkeit*, nel quadro dell' idea di una repubblica innervata dalla *responsiveness*, ma in entrambe con evidenti radici nella cultura protestante. La cittadinanza repubblicana è pertanto un aspetto peculiare di un'etica della responsabilità, la quale è un'etica del dovere, ma include anche una accentuata componente relazionale, in quanto essa rinvia ad altri uomini come "istanza di giudizio" del comportamento. Sta appunto in questo il senso ed il significato profondo della responsabilità nella fondazione teorica di una cittadinanza repubblicana, nell'assunto che l'etica della responsabilità esprime un legame stretto, e più intensamente relazionale, con la socialità dell'uomo, e che essa rinvia a un fascio di

[52] Cfr. *T. Mann*, Essays, II. Politik, a cura di H. Kurzke, Frankfurt a. M. 1986, 61 ss. (69 e 80 per le citazioni nel testo)

[53] Si rinvia, per questo profilo, a *P. Häberle*, Gemeinwohljudikatur (1970), in *Id.*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, Königstein/Ts. 1979, 233 ss; ed ancora, sul concetto di repubblica, *Id.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, II ediz., Berlin 1998, 652 ss

[54] Si v. i rilievi di *K. Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien (1959), in *Id.*, Ausgewählte Schriften, a cura di P. Häberle e A. Hollerbach, Heidelberg 1984, 84 ss.

"interazioni" molteplici, non ad una *Richterinstanz* di tipo verticistico, ma ad un agire-con (*Mit-handeln*).[55]

Si tocca qui davvero punto nevralgico nella declinazione della cittadinanza in democrazia, la quale esige una misura consapevole di responsabilità, come "sveglia", come stimolo dell'attivismo del cittadino, e come antidoto contro l'abbrivio del "cittadino dormiente".[56] I passaggi decisivi del dibattito weimariano sulla cittadinanza ruotano, in definitiva, proprio intorno all'alternativa tra il cittadino destinatario passivo di diritti ed obblighi e la cittadinanza innervata da valori dell'individuo attivamente partecipe della vita della comunità politica. Aldilà dei dissensi sul metodo che sono sullo sfondo, è questo il punto che divide in quegli anni la concezione kelseniana che, includendo la cittadinanza nella sfera personale di applicazione del diritto, riduce la responsabilità del cittadino ad un postulato etico-politico, privo di rilevanza giuridica fintanto che non si traduca in puntuali doveri ed obblighi nei confronti dello stato, e l' *Integrationslehre* di Smend che, concependo lo stato come il risultato di un processo di integrazione, e quindi come una "prestazione" dei suoi cittadini, ne impernia la responsabilità sull'accettazione di valori comuni condivisi, che "fondano" l'unità politica e la comunità solidale dello stato.[57] Nel pensiero smendiano, la forza costitutiva dei fattori spirituali di integrazione dipende da questa responsabilità, che è essa stessa fattore di integrazione, e la identificazione dello stato in un sistema di norme si scioglie in un vissuto (*Sinnerlebnis*) spiritualmente unitario.[58] Ne emerge una concezione della cittadinanza non priva di aspetti problematici, i quali toccano anzitutto l'intreccio fra responsabilità civica e diritti fondamentali, in considerazione della valenza assorbente della *Bürgerverantwormtung*, che colloca l'esercizio dei diritti anzitutto come manifestazione di un *Beruf*, della vocazione del cittadino, e riguardano inoltre la giustificazione, in chiave di integrazione, del conflitto e del pluralismo, nel tempo della crisi delle tradizionali certezze di orientamento, della diversità dei destini e delle tradizioni culturali che fa da sfondo alle società plurali. La critica di Heller al formalismo che soffoca il cittadino kelseniano si sviluppa non sul un

[55] Rinvio su questo alla fondamentale ricostruzione di *P. Saladin*, Verantwortung als Staatsprinzip. Ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat, Bern- Stuttgart 1984, *passim* e 29 ss. (con riferimenti a Weber, Barth e Bonhoeffer)

[56] Il tema è sviluppato ampiamente nelle tre relazioni di *D. Merten, W. Berka* e *O. Depenheuer* , Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in "VVDStRL 55", Berlin- New York 1966, 7 ss., 48 ss., 90 ss. Sui rischi di un approccio "passivo" alla cittadinanza, v. ancora *R. Bellamy*, op. cit., 114 ss.

[57] V. *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925), a cura di M. Jestaedt, Tübingen- Wien 2019, 359 ss.; *R. Smend*, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), in *Id.*, Sttatsrechtliche Abhandlungen cit., 309 ss

[58] Il contrasto tra Kelsen e Smend su ciò è ricostruito da *O. Depenheuer*, op. cit., 99 ss.

terreno storico-spirituale della *Integrationslehre*, bensì con un'attenzione prevalente alle dinamiche politico-sociali: se lo stato è "unità di azione giuridicamente organizzata", la realtà dello stato è condizionata da una *Mit-bewirkung*, da un effetto concomitante risultante dalla sinergia dei suoi cittadini, e conseguentemente la responsabilità si identifica nel dovere di ciascuno di cooperare, nei limiti dei poteri di azione riconosciutigli dall'ordinamento, alla "produzione" dello stato.[59]

Dal dibattito weimariano, che ho riassunto solo per rapidi cenni, sono scaturiti due differenti approcci alla soluzione del rapporto tra cittadinanza e responsabilità, sebbene la complessità sociale abbia dato al profilo dell'apertura della società al pluralismo un risalto più spiccato che nei primi decenni del XX secolo, allorchè la discussione restava circoscritta al pluralismo politico e a quello delle organizzazioni degli interessi. Secondo il primo approccio, l'unica via per non mettere in conflitto il principio libertà e il principio responsabilità consiste nel tener fermo che quest'ultimo si realizza solo nella graduazione di una varietà di ruoli sociali e nel pluralismo politico.[60] In questa prospettiva, l'unica responsabilità civica compatibile con il principio libertà e con il pluralismo è quella che separa nettamente la responsabilità del cittadino nell'ambito dello *status activus* , la quale dà luogo a doveri specifici e circoscritti, da una dimensione esclusivamente "privata", retta dal perseguimento dei propri interessi: fare il proprio dovere nella famiglia, nel lavoro, nell'ambito dei rapporti sociali o politici non comporta la stessa misura e la medesima direzione di senso della responsabilità. Opinando diversamente, la responsabilità civica si presenta come un canone troppo ampio, paternalistico, potenzialmente soffocante, in ogni caso troppo pretenzioso, che sarebbe più prudente ricondurre all' "*il faut cultiver notre jardin*", evocato dal *Candido* di Voltaire dopo le lunghe peregrinazioni del protagonista alla ricerca del migliore dei mondi possibili.

Sull'altro versante si colloca un altro filone di pensiero, e soprattutto quello dei "comunitaristi", filoni che ravvisano nel passaggio dalla "democrazia di spettatori" ad una "responsabilità civica" il fondamento di una *civil society* repubblicana.[61] Da queste posizioni emerge una concezione "monistica" della responsabilità, che tende ad avvolgere tutti gli ambiti della vita del cittadino,

[59] Sulle radici della differente concezione della cittadinanza in Smend e Heller v. *K. Rennert*, Die "geisteswissenschaftliche Richtung" in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik, Berlin 1987, 214 ss.; *M. Henkel*, Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates, Tübingen 2011, 54 ss., 321 ss.

[60] Per questo approccio, e le critiche rivolte ad esso, v. *O. Depenheuer*, op. cit., 121 ss.

[61] Per questo approccio si v., tra gli altri, *U.K. Preuss*, Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts; e *J. Habermas*, La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia, Milano 1999; *Id.*, L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica, Milano 1998; *R. Bellamy*, op. cit., 97 ss. Su questi filoni di pensiero v. ampiamente *J.L. Cohen- A. Arato*, Civil Society and Political Theory, Cambridge 1994, 261 ss.

orientandoli e stimolando una cittadinanza attiva, la quale contrassegna la "presenza" in uno stato che non sia solo agenzia di prestazione di servizi. Il principio responsabilità si configura come fattore essenziale per la capacità di tenuta di una democrazia, alla quale assicura in modo continuo e diffuso la funzionalità del processo di comunicazione pubblica. Si avverte qui una peculiare declinazione della responsabilità civica non come fattore di cristallizzazione, ma di mobilità delle dinamiche sociali: *Staat durch Bürgeraktivität, Einheit durch Bewegung*.[62] Questo appello alla virtù repubblicana, vero fondamento della responsabilità civica, lascia intravvedere luci ed ombre, poiché le risorse dell'attivismo civile da un lato rinviano ad una concezione "esistenziale" dello spazio pubblico, che nessuna formalizzazione dei congegni istituzionali della democrazia rappresentativa può esaurire; dall'altro affida alla cittadinanza attiva il compito di rivitalizzare lo spazio pubblico di fronte alla crisi dei suoi attori tradizionali.

4. L'identità e le sfide della complessità sociale

Se il dibattito sulla cittadinanza tende a polarizzarsi, anche nei suoi passaggi più recenti, sulle risorse di coesione sociale che essa può alimentare dal basso, le controversie sulla questione identitaria sono orientate a metterne in risalto la valenza sempre più antagonistica rispetto alla vocazione unificante della cittadinanza, quanto più in essa sono confluite fratture, elementi di conflittualità, istanze di liberazione di cerchie sociali minoritarie o marginalizzate, le sfide non solo culturali di imponenti processi migratori, da quando, infine, il pluralismo sociale è sempre meno egemonizzato da soggetti capaci di prestazioni di integrazione della società politica, e lo sfrangiamento e la mutata fisionomia delle classi sociali hanno reso più complesse, e più difficilmente aggregabili, le fratture e i conflitti sul terreno degli interessi economici e del lavoro. E'forse, tuttavia, un cambiamento che viene da lontano quello che ha condotto alla dilatazione della questione identitaria, causata dal fatto che "partecipando a più sfere sociali eccentriche, ritagliandosi spazi di autonomia, allargando il suo sguardo sul mondo, ciascuno può inventarsi sconosciute combinazioni di identità". Ciò ha indotto a chiedersi se questo scenario, che ha tanto

[62] La frase sintetizza la posizione di *J.Habermas*, Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia (1992), Milano 1996, spec. 341 ss.

arricchito gli orizzonti e le esperienze di vita del soggetto, non abbia storicamente preceduto l'affermazione delle ideologie del XX secolo, perché già agli inizi di questo, aveva cominciato a delinearsi "un individualismo delle differenze, che, dapprima limitato a cerchie privilegiate", sarebbe rimasto "a lungo in stato di ibernazione, frenato in Europa da due guerre mondiali, da una crisi economica catastrofica, da tre sistemi dispotici maggiori", finchè, con il crollo delle ideologie che lo avevano imbrigliato, si sarebbe potuto "prendere la rivincita".[63]

Ciò ha fatto sì che uno dei compiti più ardui dello stato costituzionale delle società complesse sia oggi quello di proteggere e offrire riconoscimento a differenze culturali molto più marcate di quelle che si squadernavano in passato agli orizzonti di una comunità politica. E'stato osservato che l'erompere di un pluralismo così radicale è determinato non solo dal "fatto quantitativo della diversità culturale", ma altresì dal "fenomeno qualitativo della flessibilizzazione delle identità, risultato di un certo indebolimento delle appartenenze e delle corrispondenti delimitazioni nei confronti degli altri". Di qui "l'esaurimento di quello schema che considerava tali categorie in virtù di una contrapposizione chiara e assoluta", e "lo sviluppo di identità più aperte, flessibili e porose, e perfino di identità multiple articolabili a partire da diversi punti di riferimento".[64] Questo scenario si presenta ricco di potenzialità. Se infatti "in ogni uomo s'incontrano molteplici appartenenze che talvolta si contrappongono tra loro e lo costringono a scelte penose", e se le identità vengono assolutizzate, caricandole di una valenza spesso prepotentemente totalizzante e assorbente, costringendo gli individui "a scegliere il loro campo, a rientrare nelle fila della propria tribù", allora –conclude efficacemente Amin Malouf- davvero avremmo "il diritto di preoccuparci per il funzionamento del mondo".[65] La frammentazione del mondo "trasforma in mera chimera la rappresentazione dell'identità come totalità armonica ed esente da dissonanze, fondata su una territorialità compatta e tradizioni sicure", né appare più plausibile immaginare comunità politiche organizzate intorno ad "un'identità dominante o egemonica". Più arduo è peraltro l'unico percorso, come scriverò in conclusione, percorribile, quello che si ispira ad "una pedagogia dell'incontro e dell'interscambio", e capace "di rispondere a questa nuova eterogeneità senza dissolvere la pluralità

[63] Così *R. Bodei*, op. cit., 14 s. Sui fattori culturali e le trasformazioni della società e del costume che, agli albori del XX secolo, preparano la crisi delle ideologie, v. ora l'efficace affresco di *E. Gentile*, Ascesa e declino dell'Europa nel mondo. 1898-1918, Milano 2018

[64] Cfr. *D. Innerarity*, op. cit., 157

[65] Così *A. Malouf*, op. cit., 16 s.

delle culture in una giustapposizione esotica di mondi chiusi e incomunicanti".[66] Lo stato costituzionale è chiamato pertanto a rispondere alle sfide di una *deep diversity*, che nasce dalla costruzione di "un tessuto di rapporti tra i diversi gruppi sociali da cui possono emergere molteplici convergenze, sintesi personali e misture tra elementi e identità delle più diverse provenienze". Anche la sfera dei diritti è evidentemente investita da questa sfida, per corrispondere alle istanze di libertà e di riconoscimento di "persone che non possono esprimere un'unica appartenenza, che pretendono una identità capace di esprimerne molte allo stesso tempo, senza privilegiare o escludere nessuna delle sue componenti".[67]

Le sfide della complessità hanno disarticolato lo scenario delle identità nelle società contemporanee. E' stato osservato che il vissuto di ogni individuo è attraversato da una molteplicità, diacronica e sincronica, di legami identitari di appartenenza e che l'identità, colta nella complessità e nella ricchezza dei rapporti e delle esperienze di vita, deve essere declinata al plurale, non al singolare[68], perché essa, evocando un universo intrinsecamente relativo (la famiglia, la religione, l'etnia, il lavoro, la classe o il ceto, le concezioni del mondo, gusti ed abitudini della sociabilità e della vita di relazione, l'orientamento sessuale), rifiuta una vocazione assorbente, perché la sua dimensione è quella del *non modo sed etiam*, non quella dell' *aut aut*.[69] Il vissuto di ognuno di noi si disperde nell'identificazione con una molteplicità di ruoli e di esperienze, la quale corrisponde al tracciato tortuoso e spesso contraddittoro dei sentieri dell'esistenza. Ruoli ed esperienze che generalmente coesistono, e che tuttavia impongono ad ogni individuo scelte prioritarie, irriducibili al piano della razionalità dell'agire economico, come già aveva intuito Adam Smith, le quali tuttavia manifestano anche la stabilizzazione nel tempo di alcuni legami identitari, non dipendente soltanto dalla forza del radicamento dell'identificazione, ma dal costituirsi, intorno ad una determinata identità, di vincoli di solidarietà collettiva o diffusa. Il nodo problematico della questione identitaria non consiste pertanto nel decidere quale identità debba soffocare l'altra, ma quale importanza attribuire, nei vari contesti dei rapporti di vita, alle priorità ed ai vincoli di lealtà

[66] Così ancora *D. Innerarity*, op. cit., 157 ss.
[67] V., per i passaggi citati tra virgolette, *D. Innerarity*, op. cit., 160
[68] Si v. *A. Sen*, Identität und Gewalt, München 2020, 33 ss.
[69] Una lettura della società, questa, alla quale corrisponde, sul piano della dottrina della costituzione, un approccio alla fondazione della democrazia pluralistica, che muove non dal "pensiero delle alternative", bensì dal "pensiero delle possibilità": cfr. *P. Häberle*, Verfassung als öffentlicher Prozess, III ediz., Berlin 1998, 17 ss.

che concorrono per assicurarsi la prevalenza.[70] Questa linea di equilibrio fa aggio di due approcci unilaterali e in sostanza semplificatori, quello del "disprezzo" delle identità, relegate nella sfera della completa indifferenza nei confronti dei sentimenti che ad esse sottostanno, e quello che conduce all'accettazione passiva dell'assunto che la singolarità identitaria si appiattisca sull'inclusione completa e totalizzante in una dimensione collettiva.[71] Entrambe le posizioni sembrano riflettere un approccio "riduzionista" alla questione identitaria, trascurando il peso di scale di preferenze e priorità che, sebbene tematizzate dalla scienza economica, possono tuttavia offrire criteri di giudizio validi anche al di fuori della sfera dell' *homo oeconomicus*, come anche il dinamismo del rapporto dell'individuo con la gamma estesa di identità che incrocia nella sua esperienza di vita, che sembra ispirarsi ad una scelta riflessiva e al tempo stesso selettiva.[72]

E tuttavia, nonostante queste ricorrenti spinte alla stabilizzazione, l'identità resta chiusa nel bozzolo di una *Singularität* che, per quanto assorbente, non fuoriesce dall'alveo delle cerchie sociali che in essa si riconoscono, né attinge ad una visione d'insieme sul "destino" di una comunità politica, che è comunità di eguali in quanto considera i suoi membri non avulsi dalla realtà dei loro rapporti di vita, e peraltro nella complessità e non nella unilateralità delle loro appartenenze identitarie. E' un profilo, questo, che percorre il pensiero marxiano: dalla critica mossa nel 1875 al Programma di Gotha, che aveva considerato gli operai in quanto tali, prescindendo dalle loro differenze in quanto uomini, le quali sono la misura di una diseguaglianza che non muove da un unico punto di vista, ma dalla molteplicità delle condizioni sociali[73], risalendo indietro allo scritto sulla "questione ebraica" del 1844, alla critica dei diritti intesi come attributo di cerchie chiuse o privilegiate, laddove l'"emancipazione umana" si compie muovendo dall' uomo reale, che assorbe il *citoyen*, ma considera ogni uomo nella ricchezza di condizioni e di rapporti che non separano più la "forza sociale" dalla "forza politica".[74] Si coglie, in queste pagine, la problematicità del rapporto tra identità e cittadinanza, poiché da un lato la ricchezza dei rapporti di vita offre resistenza ad una dimensione astratta dello *status* del cittadino, e dall'altro i legami identitari, racchiusi nel bozzolo del loro particolarismo, fanno ostacolo alla pienezza della partecipazione politica del cittadino. Dalla comunità politica, in definitiva, le relazioni identitarie pretendono prestazioni di inclusione,

[70] Così *A. Sen*, op. cit., 34
[71] Cfr. *A. Sen*, op. cit., 34 ss.
[72] Per questi rilievi critici v. diffusamente *A. Sen*, op. cit., 36 ss.
[73] Cfr. *K. Marx*, Critica al Programma di Gotha, a cura di U. Cerroni, Roma 1976, 31
[74] Cfr. *K. Marx*, La questione ebraica, a cura di F. Codino, Roma 1974, 47 ss.

ma allo stesso tempo la rivendicazione orgogliosa della "singolarità" e dell'"ispessimento" dei legami di appartenenza.

A questa aporia lo stato di democrazia pluralistica ha offerto gli strumenti ed i rimedi del mutuo riconoscimento delle articolazioni del tessuto pluralistico, un terreno sul quale entra in gioco il discorso sui diritti, che si sono incuneati nella relazione tra cittadinanza e identità con un itinerario frastagliato e a tratti contraddittorio, ma, riuscendo a dispiegare potenzialità inclusive del pluralismo sociale, e profilandosi come fattori di cerniera e di equilibrio nella tensione tra particolarismo identitario e comunità politica . Nati nella storia del costituzionalismo sul robusto tronco dell'individualismo (libertà *versus* privilegio), i diritti hanno progressivamente offerto protezione alle espressioni identitarie delle autonomie sociali e collettive. Stretti nelle maglie della torsione statualistica, hanno acquisito, nel tardo liberalismo giuridico, lo spazio di diritti pubblici soggettivi, di *status civitatis*, incastonati nel rapporto di soggezione alla sovranità dello stato nazione, che aveva degradato i cittadini a "sottoposti" al potere statale. Hanno poi sostenuto e assecondato le spinte verso la democratizzazione degli assetti costituzionali e verso la costruzione di una cittadinanza intesa come *membership* attiva della comunità politica, assurgendo a "diritti fondamentali", costitutivi delle basi dell'assetto costituzionale, e radicando la cittadinanza in cataloghi dei diritti ampi, aperti alle direttrici di orientamento dell'eguaglianza e dell'effettività, ed ai complessi bilanciamenti della *dirigierende Verfassung* del pluralismo. Ed infine i diritti, affermatisi con forza sul terreno della statualità, si sono aperti ai condizionamenti dello "stato costituzionale cooperativo", quelli delle tutele multilivello sul piano internazionale, sovranazionale, macroregionale, dalle quali sono derivate sinergie virtuose, ma anche le inedite sfide della complessità transnazionale, dell'incontro, e in qualche caso, dello scontro, tra fratture identitarie.[75]

Quali i riflessi di tutto questo scenario sulla cittadinanza? Quali le possibilità di recupero della tensione tra esclusione e inclusione, che, in forme e contenuti diversi, ne percorre la storia secolare? Tra l'assorbimento delle "singolarità" identitarie e il radicamento in un'appartenenza comune e la costruzione condivisa di un futuro di convivenza, di riconoscimento di "altri" di "diversi"? Le trasformazioni della cittadinanza tra il XIX e questo scorcio di XXI secolo hanno portato allo

[75] È un itinerario che ho ripercorso in *P. Ridola*, I diritti fondamentali nelle democrazie pluralistiche. L'eredità del Novecento, in *Id.*, Esperienza Costituzioni Storia. Pagine di storia costituzionale, Napoli 2019, 139 ss.

scoperto i nervi scoperti del rapporto tra *Schutz* e *Freiheit*[76], che, nel quadro di un'attenta contestualizzazione storica, ha mostrato le insidie ed i traumi ai quali il mito della cittadinanza diede supporto, ma anche le straordinarie potenzialità di emancipazione che essa racchiuse. Sono passaggi che posso solo rapidamente rievocare: la torsione dei diritti di cittadinanza in funzione della costruzione del dogma della sovranità statale, diritti piegati al vincolo di appartenenza allo stato; lo squilibrio drammatico tra vocazione esclusiva e potenzialità inclusive della cittadinanza attraverso la progressiva "nazionalizzazione" di questa, scivolata rapidamente sul terreno che ne ha fatto lo strumento giuridico di affermazione della superiorità etnica e razziale, dell'occupazione coloniale dello stato nazione e della deriva dei totalitarismi del XX secolo. E poi, dopo la fine della seconda guerra mondiale, gli sviluppi che hanno dischiuso scenari nuovi e dilatato contenuto e significato dei diritti di cittadinanza, a causa del rafforzamento di forme di cooperazione aperta all'integrazione, per lo sforzo di armonizzare l'espansione dei diritti di cittadinanza con il fenomeno imponente delle migrazioni e della mobilità delle popolazioni, ma anche, infine, per l'acuirsi di conflitti per l'appartenenza politica fondata su basi territoriali o etniche, e dunque di nuove linee di lacerazione e di demarcazione.

Sullo sfondo di questo contrastato scenario si intravvedono aporie e fattori di tensione, che talvolta appaiono irriducibili, tra la frammentazione delle fratture identitarie e la pluralizzazione dei "diversi", e l'edificazione di una comunità politica repubblicana innervata da un robusto tessuto di diritti di cittadinanza. E tuttavia ritengo che la storia della cittadinanza, non priva di tragiche storie di esclusione, di discriminazione, di violenza, di sterminio, non autorizzi a buttare via il bambino con l'acqua sporca ed a cancellare in modo aprioristico le risorse di emancipazione e di integrazione racchiuse nell'idea di cittadinanza, nella quale convivono, in un rapporto dialettico, inclusione ed esclusione, "costellazione" e nazione.[77]

[76] Riprendo il titolo della bella ricostruzione, cui ho già fatto spesso riferimento, di *D. Gosewinkel*, *Schutz und Freiheit* cit.

[77] Riprendo il titolo della notissima opera di *J. Habermas*, La costellazione cit.

5. La cittadinanza come contenitore di diritti. Marshall e i suoi critici

Occorre osservare peraltro che le sfide della complessità sociale hanno sottoposto a tensioni e spinto a rivedere ottimistiche ricostruzioni teoriche della cittadinanza, suscitate dalle aspettative delle democrazie costituzionali del secondo dopoguerra. Mi riferisco qui al noto saggio di Marshall, *Citizenship and social class*, che nel 1949 propose una narrativa della storia della cittadinanza, come storia di un illuministico progresso di eguaglianza, partecipazione e integrazione. Il sociologo ricostruiva un itinerario di riforme economiche e sociali che, nei paesi occidentali, e negli Stati Uniti e nel Regno Unito in particolare, si erano prefisse l'obiettivo di sanare la frattura tra eguaglianza politica ed eguaglianza sociale, che le esperienze dello stato nazione avevano divaricato. Una frattura che era stata avvertita lucidamente da Carl Schmitt agli albori delle esperienze delle democrazie del XX secolo, alle quali si lanciava la sfida di smantellare l'aporia dell'eguaglianza nella teoria dello stato del liberalismo giuridico. La continuità delle clausole di esclusione, attraverso le quali lo stato liberale aveva difeso i propri confini e che le conquiste coloniali avevano ulteriormente ispessito, costituiva, secondo Schmitt, una eredità pesante per le democrazie, in quanto esse "consentono di dominare una popolazione eterogenea senza farne dei cittadini, di renderla dipendente dallo stato, e tuttavia, contemporaneamente, di tenerla a distanza da questo stato". E i regimi democratici serbano invece, in questa continuità, una radicale contraddizione con i loro principi ispiratori, in quanto l'eguaglianza sostanziale va oltre l'eguaglianza del diritto di voto racchiusa "entro il circolo degli uguali", e poiché "finora non è esistita alcuna democrazia che non abbia conosciuto il concetto dello straniero ed abbia realizzato l'eguaglianza di tutti gli uomini".[78]

La critica bruciante di Carl Schmitt si rivolgeva contro le contraddizioni del nesso tra democrazia ed imperialismo agli albori del XX secolo, ma metteva a fuoco, più in generale, il problema del rapporto tra eguaglianza politica e eguaglianza sociale. E Marshall muoveva dalla premessa che i primi timidi tentativi di politiche sociali nello scorcio finale del XIX secolo sarebbero sfociati, nel secolo successivo, attraverso riforme organiche del sistema scolastico e dei servizi sociali, in una radicale riformulazione dell'idea di cittadinanza, divenuta il contenitore di

[78] Cfr. *C. Schmitt*, La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo (1926), a cura di G. Stella, Torino 2004, 13 ss.

"tutta la gamma che va da un minimo di benessere e sicurezza economica fino al diritto a partecipare pienamente al retaggio sociale e a vivere la vita di persona civile".[79] Si trattava di una concezione della cittadinanza che, sciogliendo questa dalla declinazione "esclusiva" lungo le coordinate della nazione e del territorio, vi ricomprendeva, da un lato, i diritti civili, i diritti politici e i diritti sociali, e dall'altro valorizzava il profilo della effettività dei diritti, del "grado in cui tali diritti erano usufruibili in pratica".[80] Muovendo da questa premessa, la cittadinanza opera non solo come contenitore di svariati diritti, ma come catalizzatore unificante di un generale diritto ad una esistenza libera e dignitosa. Libertà e cittadinanza divengono pertanto termini interscambiabili, lo *status* personale, e non la ricchezza economica, costituisce il fondamento dei diritti politici, ed infine lo *status* di una "cittadinanza piena e responsabile" postula ed include il godimento dei diritti sociali. In questa cornice, particolare risalto acquistano i diritti culturali, strumento anzitutto di una democrazia politica matura, la quale si fonda anche sulla piena consapevolezza del patrimonio culturale della collettività.[81] In questa insistenza sui fattori culturali della cittadinanza e sul diritto all'istruzione, in quanto "la salute sociale della società dipende dal grado di incivilimento dei suoi membri", si avverte l'influenza di idee largamente diffuse nel laburismo inglese tra le due guerre mondiali. E l'istruzione popolare assurgeva a strumento per surrogare la risalente "unità organica" del gruppo sociale fondata sulla nazione e sul territorio, attraverso la dilatazione delle basi della cittadinanza su un universalismo inclusivo.[82] Allo stesso modo, la teoria marshalliana della cittadinanza rivestiva una valenza essenzialmente eversiva della stratificazione della società in classi, contrapponendo ad un "sistema di disuguaglianza" un assetto basato sull'eguaglianza di diritti e doveri nascenti dall'esser tutti "membri a pieno diritto di una comunità".[83] E per questa via essa, proprio in quanto radicalmente egualitaria, conservava il tradizionale impianto olistico della cittadinanza, rispetto al quale anche le stratificazioni identitarie si ponevano come fattori di disturbo. L'inserimento dei diritti sociali nel tessuto della cittadinanza contribuiva a fare dell'eguaglianza il perno della coesione organica del corpo sociale. L'attenuazione delle differenze di classe, perseguita attraverso "un diritto universale ad un reddito reale non misurato sul valore di mercato del soggetto", acquista pertanto un significato nuovo, che trascende l'obiettivo della lotta

[79] Cfr. *T.H. Marshall*, Cittadinanza e classe sociale, a cura di S. Mezzadra, Roma-Bari 2002, 13
[80] Cfr. *T.H. Marshall*, op. cit., 16
[81] Cfr. *T.H. Marshall*, op. cit., 28 s.
[82] Cfr. *T.H. Marshall*, op. cit., 27 ss.
[83] Cfr. *T.H. Marshall*, op.cit., 30 ss.

alla povertà degli strati svantaggiati, in quanto essa si propone l'obiettivo di "modificare l'intero quadro della diseguaglianza sociale", non contentandosi di "sollevare il livello più basso al fondo dell'edificio sociale, lasciando intatta la sovrastruttura".[84] La questione identitaria resta pertanto sostanzialmente estranea al perimetro della concezione marshalliana della cittadinanza. La "parità nel diritto a manifestare e a coltivare le differenze o le diseguaglianze" e la "parità nel diritto ad essere riconosciuto come diverso" sono affidate alla assicurazione del "diritto del cittadino nel processo di selezione e della mobilità", ed alla realizzazione del "diritto all'eguaglianza delle possibilità".[85] In perfetta coerenza con l'ideologia delle correnti della democrazia sociale della prima metà del XX secolo, il riconoscimento delle differenze si risolveva e si arrestava, nel pensiero di Marshall, ad un "arricchimento dello *status* universale della cittadinanza" capace di dispiegare quella "forza motivante continua" nel tessuto sociale che la comunità nazionale non era più in grado di mobilitare, e peraltro tanto proiettato a preservare la pace sociale, facendo argine alla possibile contestazione delle diseguaglianze, quanto ancora indifferente al profilo del dialogo e della comunicazione tra identità differenti, che avrebbe preso decisamente il sopravvento al giro di boa tra XX e XXI secolo.[86]

La teoria di Marshall, spostando il *focus* della discussione sui "diritti di cittadinanza", ha segnato un radicale capovolgimento di prospettiva da un lato rispetto alle elaborazioni incentrate sull'intreccio indissolubile tra stato, nazione e territorio, e dall'altro rispetto allo schema del tardo liberalismo giuridico, che aveva collegato lo *status* della cittadinanza con un catalogo di diritti del cittadino, sebbene configurati con gradazioni differenti.[87] Essa era tuttavia fortemente condizionata dal contesto angloamericano, che dal *New Deal* di Roosevelt al piano Beveridge in Inghilterra, aveva posto le istanze di giustizia sociale come premesse irrinunciabili di una cittadinanza comune. Si trattava in definitiva –questa la proposta teorica di Marshall- di lasciarsi alle spalle il paradigma della cittadinanza dello stato nazionale, che aveva costruito la titolarità dei diritti e dei doveri sul discrimine tra "cittadino" e "straniero" e di far assurgere la cittadinanza a "categoria centrale di una

[84] Cfr. *T.H. Marshall,* op. cit., 48 ss.
[85] Cfr. *T.H. Marshall*, op. cit., 69
[86] Si v. molto nettamente le conclusioni di *H.M. Marshall,* op. cit., 78 ss.
[87] Si v. sul punto *D. Gosewinkel,* op. cit., 633

concezione della democrazia fedele ai principi della tradizione liberaldemocratica e nello stesso tempo non puramente formalistica e procedurale" .[88]

Il dibattito suscitato dall'opera di Marshall aiuta a mettere a fuoco le profonde trasformazioni dei diritti di cittadinanza nella transizione dall'epoca dei conflitti di classe a quella delle fratture identitarie delle società complesse.[89] In primo luogo, è stato considerato parziale uno schema concettuale tutto incentrato sul rapporto tra cittadinanza e classi sociali, e sull'idea di fondo che la cittadinanza politica e la cittadinanza sociale, e l'espansione dei diritti di cittadinanza ai diritti politici ed ai diritti sociali rappresentino soltanto una sfida per le diseguaglianze prodotte dall'economia di mercato.[90] La piena partecipazione alla comunità politica ha incontrato, e ancora incontra, ostacoli di altra natura, come il genere, la razza, l'età, l'orientamento sessuale, oggetto di forme di discriminazione, di marginalizzazione, di stratificazione sociale, di oppressione politica. Questioni politiche centrali, come quelle sollevate dai movimenti dei neri, femministi, ecologisti, *Lgbt*, restano sostanzialmente ai margini della teoria marshalliana della cittadinanza. Ciò perché "la rivendicazione politica" dei diritti di cittadinanza copre uno spettro di esperienze di vita più ampio di quello riconducibile ai conflitti di classe, in quanto essa è "lotta per l'autoaffermazione di gruppi e soggetti socialmente emarginati in competizione con la libertà e le *proprietà* di gruppi e soggetti privilegiati".[91]

In secondo luogo, la discussione sulla cittadinanza impone oggi di uscire dagli steccati dello stato nazione, e di prendere atto che il processo di globalizzazione ha acuito lo iato tra la cittadinanza, intesa come attribuzione di diritti all'interno delle singole comunità nazionali, e lo sviluppo di una legislazione sovranazionale e internazionale dei diritti umani.[92] Si delinea pertanto uno stato di tensione crescente tra i diritti di cittadinanza ed i "diritti cosmpolitici", che scaturisce da un lato dall'antinomia tra il particolarismo delle cittadinanze nazionali ed i processi di globalizzazione non solo nel campo economico-finanziario, ma in quelli delle comunicazioni di

[88] Così *D. Zolo*, La strategia della cittadinanza, in *D. Zolo* (a cura di), La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti, Roma- Bari 1994, 3 ss.

[89] Si v. soprattutto i contributi di *J.M. Barbalet*, Citizenship. Rights, Struggle and Class Inequality, Minneapolis 1988; *A. Giddens*, Class Division, Class Conflict and Citizenship Rights, in *Id.*, Profils and Critiques in Social Theory, London 1982, 171 ss.; *D. Held*, Citizenship and Autonomy, in *Id.*, Political Theory and the Modern State, Stanford 1989

[90] Si v. *D. Zolo*, op. cit., 12

[91] Cfr. *D. Zolo*, op. cit., 27

[92] Si v. soprattutto *D. Held*, op. cit., *passim; A. Cassese*, Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo, Bologna 1984, 455 ss.

massa, dello sviluppo tecnologico, dell'ecologia; dall'altro dalla lotta di soggetti appartenenti ad aree continentali di sottosviluppo e ad elevato tasso demografico per l'acquisto di cittadinanze "pregiate". Mi riferisco alla migrazione di massa di soggetti politicamente ed economicamente deboli, soggetti senza cittadinanza e senza diritti, i quali esercitano "una irresistibile pressione per l'eguaglianza", grazie all'infiltrazione capillare nelle cittadinanze delle società occidentali. In definitiva, l'idea marshalliana dei diritti di cittadinanza viene sfidata dalla pressione di larghi strati di popolazione non autoctona che chiedono di diventare cittadini *pleno iure* nei pasi dove vivono e lavorano. Una pressione che sottende molto spesso una istanza di riconoscimento multietnico, non solo di diritti individuali degli immigrati, ma delle loro identità etniche, culturalmente distanti dalle cittadinanze ospitanti.[93]

6. La cittadinanza repubblicana e le risorse del dialogo

Occorre riconoscere peraltro che una riformulazione teorica così ampia della cittadinanza avrebbe contribuito, da un lato, alla implementazione ed alla rivitalizzazione del nucleo formale e procedurale della democrazia, attraverso una visione di questa più ampia, costruita su una declinazione "attivistica" della cittadinanza, la quale presuppone l'effettivo esercizio dei diritti da parte del cittadino.[94] Dall'altro, essa gettava un ponte verso le successive elaborazioni *communitarian* della cittadinanza, dal momento che si teorizzava un nesso particolarmente stretto tra l'effettivo godimento dei diritti e l'appartenenza alla comunità politica, ed il passaggio dal "modello statalista" al "modello societario" della cittadinanza avrebbe indirizzato al superamento dell'individualismo metodologico ed assiologico della fondazione liberale dei diritti attraverso una concezione di questi indissolubilmente legata alla *full membership* della comunità politica.[95]

Si tocca qui il nucleo cruciale dei problemi sollevati dalla concezione marshalliana della cittadinanza, la quale sembra nel complesso sottendere una più marcata sensibilità all'arricchimento dell'universo dei diritti, e lasciare invece più sullo sfondo la questione delle ragioni profonde

[93] Cfr. *D. Zolo*, op. cit., 39 ss.
[94] Su ciò si v. *G. Zincone*, Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie della società civile, Bologna 1992, 63 ss.; *L. Baccelli*, Cittadinanza e appartenenza, in *D. Zolo* (a cura di), op. ult. cit., 143 ss.
[95] Si v. ancora *G. Zincone*, op. cit., 9 ss.; *L. Baccelli*, op. cit., 132 ss.; *J.M. Barbalet*, op. cit. 30 ss.

dell'appartenenza ad una comunità politica. Detto più chiaramente: può davvero dirsi soddisfacente un approccio che risolve la cittadinanza in un contenitore ampio di diritti, lasciando in ombra una riflessione sulle ragioni dell'appartenenza di tanti "diversi" ad una comunità politica, e della partecipazione ad un progetto comune e condiviso di convivenza?[96] Questo profilo balza in primo piano nelle concezioni repubblicane della cittadinanza. E' merito di Jürgen Habermas di avere posto la questione se una concezione repubblicana della cittadinanza, liberata dalle angustie dello stato nazione, non debba svincolarsi oggi dall'appartenenza ad una comunità prepolitica, integrata sulla base di fattori identitari, e se la cittadinanza non trovi la propria ragion d'essere, piuttosto che nella rivendicazione di fasci di diritti identitari di cerchie sociali, "nella prassi dei cittadini stessi che esercitano attivamente i propri diritti democratici di partecipazione e di comunicazione".[97] Habermas riconosce a Marshall il merito di aver basato la fondazione teorica della cittadinanza sulle potenzialità di "inclusione" dei diritti. L'ampliamento della sfera dei diritti in genere moltiplica le appartenenze e dilata i margini di scelta degli individui, ma non fonda di per sé la cittadinanza. "Solo i diritti politici di partecipazione attiva fondano la posizione giuridica riflessiva, autoreferenziale del cittadino", laddove i diritti negativi di libertà e i diritti sociali di ripartizione "possono altrettanto bene configurarsi come una rinuncia o come un ritiro privatistico dal ruolo politico del cittadino", innescando "una sindrome del privatismo civico, ossia l'esercizio del ruolo di cittadino a partire da situazioni d'interesse".[98] Un giudizio sicuramente radicale, che forse trascura il significato dei diritti civili e dei diritti sociali negli ordinamenti democratici, come fattori che concorrono a rendere effettiva la partecipazione politica[99], e peraltro va compreso all'interno delle coordinate teoriche dell'agire comunicativo. Anche Habermas coglieva, in definitiva, l'antagonismo tra la cittadinanza e un panorama identitario, ricondotto al concetto di "mondo di vita", il quale, affondato nella singolarità delle sue espressioni, "rompe con l'idea di una totalità composta di parti". Ed invero "il mondo di vita è formato da un reticolo di azioni comunicative che si ramificano in spazi sociali e in tempi storici", ed esso, dipendendo "dalle identità degli individui socializzati", non dà luogo ad alcuna "macroorganizzazione", a nessun "collettivo che si componga

[96] Per questo aspetto della critica a Marshall, v. *E. Santoro*, Le antinomie della cittadinanza: libertà negativa, diritti sociali e autonomia individuale, in *D. Zolo* (a cura di), La cittadinanza cit., 93 ss.

[97] Si v. *J. Habermas*, Morale diritto politica, Torino 1992, 109. Sulla concezione habermasiana della cittadinanza, e sul contesto storico-politico nel quale venne formulata v. *F. Olivieri*, Conflitti di cittadinanza. Jürgen Habermas e il problema del "soggetto rivoluzionario", Milano-Udine 2020, 225 ss.

[98] Cfr. *J. Habermas*, Fatti e norme cit., 97 s.

[99] Si v. la critica alle concezioni liberali della cittadinanza in *J. Habermas*, Morale cit., 113

di appartenenti". Solo il costituirsi di una "prassi comunicativa" può consentire agli individui di uscire dalla singolarità del loro mondo di vita identitario, e di vivere un'esperienza di socializzazione attraverso "rapporti di riconoscimento reciproco articolati e stabilizzati".[100] Il "mondo di vita" si colloca pertanto in una dimensione prepolitica, "integrata in base a discendenza genetica, tradizioni condivise e linguaggio comune", la quale può attingere la dimensione della convivenza in una *res publica* solo sollevandosi sul piano di una cittadinanza comune. Nella concezione habermasiana, peraltro, la cittadinanza ha una fisionomia ed una valenza tipicamente relazionali ed essa affonda le radici nell'agire comunicativo. Questa concezione prende le distanze sia da quella che, assumendo la cittadinanza come *status* strumentale al godimento dei diritti individuali, mantiene gli individui all'esterno dello stato, sia da quella che, all'opposto, conferisce alla cittadinanza carattere marcatamente organicistico, in quanto essa si basa sul presupposto che i cittadini, integrati in un tutto, possano "sviluppare la propria identità personale e sociale solo entro l'orizzonte di tradizioni comuni e istituzioni politiche riconosciute".[101] L'approccio comunicativo alla fondazione della cittadinanza ha il pregio di rendere chiaro che "l'autonomia politica è un fine in sé stesso che nessuno può realizzare da solo, perseguendo privatamente i propri occasionali interessi". Al contrario, "essa si lascia realizzare soltanto collettivamente", ma "a partire da una prassi intersoggettiva condivisa", capace di costituire "rapporti di riconoscimento" riproducentisi attraverso "lo sforzo cooperativo di una prassi civile".[102]

La concezione repubblicana della cittadinanza si profila pertanto come terza via tra la cittadinanza basata sui diritti e la concezione comunitaria della cittadinanza. Si tratta di concezioni essenzialmente "fondazioniste", poiché l'una muove dalla premessa della priorità logica e morale dei diritti e reca in sé il condizionamento di una concezione dei diritti antagonistica rispetto al corpo sociale, escludendone la *Gemeinschaftbezogenheit*, il riferimento dei diritti alla dimensione della convivenza; l'altra di fonda sull'idea che la cittadinanza, espressione di un corpo sociale organico, possa imporre una vera e propria *Gemeinschaftgebundeneit* dei diritti, in quanto condizionati da e sottoposti ai vincoli della dimensione comunitaria.[103] La concezione repubblicana della cittadinanza istituisce una correlazione tra la politica e i diritti, e connette i diritti di cittadinanza all'impegno

[100] Cfr. *J. Habermas*, Fatti e norme cit., 100
[101] Cfr. *J. Habermas*, Morale cit., 112 ss.
[102] Cfr. *J. Habermas*, op. ult. cit., 114 s.
[103] Si v., per l'approfondimento di questa polarizzazione, *R. Bellamy*, Tre modelli di cittadinanza, in *D. Zolo* (a cura di), op. cit., 223 ss.

responsabile, alla vocazione civica, alla partecipazione attiva al processo politico. Vi è, in questa visione repubblicana della cittadinanza, l'idea di una cittadinanza fondata sulla responsabilità piuttosto che sui doveri, ed una concezione etica della politica, che si sostanzia nella responsabilità di partecipare alle decisioni collettive e di "prendere sul serio" le opinioni e le visioni del mondo dei propri concittadini. In questa visione i diritti non fanno appello a una forma idealizzata di comunità e di attività umana che avanzi una pretesa di universalità, perché riflettono scopi socialmente determinati suscettibili di essere riformulati in relazione al mutare delle circostanze e delle *chances* di vita. Né la cittadinanza viene concepita, con Aristotele, come "una parte essenziale della vita buona", poichè la partecipazione civica, seguendo la lezione machiavelliana, è solo la condizione necessaria per conservare la libertà. Il che comporta che, poiché una comunità repubblicana deve rispettare equamente i valori e le istanze di tutti i suoi componenti, e non solo dei gruppi più potenti o in posizione egemonica, la responsabilità di partecipare alla formazione delle decisioni collettive e la garanzia che altri lo facciano in un confronto aperto sono indissolubilmente congiunte.[104] Nelle società complesse contemporanee, la frammentazione comporta anche il rischio di una politica capace di sacrificare le identità alla stabilizzazione di posizioni e culture egemoni nel corpo sociale. Ma intravvedo in esse anche lo scenario della rincorsa delle molteplici identità a conquistare diritti "separati" dalla coscienza di un'appartenenza comune. Sotto questo profilo, le concezioni repubblicane della cittadinanza hanno forse rappresentato un tentativo di arginare la tensione tra la politica ed i diritti. Se solo all'interno di un quadro di appartenenza può mettere radici una robusta etica del riconoscimento, i diritti di cittadinanza sono anzitutto lo strumento per irrobustire queste radici e per restituire alla politica il suo ruolo in una "una complessa pluralità di unità politiche correlate".[105]

Non appare convincente imputare alle concezioni repubblicane della cittadinanza lo sforzo di ricostituire su basi partecipative e comunitarie quella coesione organica del corpo sociale che la frammentazione dei crinali identitari nelle società complesse rende sempre più arduo. In queste, invero, la fondazione di un senso di appartenenza comune tra diversi pone anzitutto il problema della fondazione del riconoscimento basato sul rispetto reciproco, sul dialogo e sulla comunicazione tra identità diverse. Una sfida difficile, perché, se è vero che "con la fine della guerra fredda siamo

[104] Rinvio ancora alla bella ricostruzione di *R. Bellamy,* op. ult. cit., 251 ss.
[105] Così *R. Bellamy*, op. ult. cit., 257

passati da un mondo in cui gli attriti erano fondamentalmente ideologici a un mondo in cui gli attriti sono fondamentalmente identitari"[106], occorre prendere atto che questi ultimi, in quanto scavano in profondità nella "sfera intima totale" degli individui[107], al dialogo sono spesso indifferenti, se non pervicacemente ostili, talvolta più di quanto non lo fossero i profondi e radicali conflitti ideologici del XX secolo, come quello tra capitalismo e comunismo, i quali suscitarono tuttavia "un dibattito intellettuale permanente" . Gli attriti identitari, al contrario, "non suscitano alcun dibattito ideologico", in quanto "un'identità si scopre, si assume, si proclama", e "non è mai dibattuta con coloro che appartengono alla parte avversa".[108]

Non si intende con ciò porre identità e cittadinanza in un antagonismo irresolubile. Occorre infatti prendere atto che una cittadinanza repubblicana si alimenta di conflitti e di differenze, i quali si intrecciano in una società di "diversi" che convivono in una comunità politica. Acquista particolare rilievo, in questo contesto, lo sviluppo delle potenzialità discorsive dei segmenti di società complesse, ed il "discorso" appare davvero come la nuova frontiera dell'idea di tolleranza, e un fattore fondamentale di "umanizzazione" del conflitto e di sostenibilità delle differenze.[109]

Ciò pone evidentemente l'interrogativo relativo alla soglia di sostenibilità dei conflitti identitari delle società complesse, necessaria per non mettere a rischio la base di coesione della cittadinanza repubblicana. Secondo una recente suggestiva elaborazione teorica, la questione evoca scenari di riflessione molto ampi, che toccano i nodi fondamentali del rapporto tra normatività e potere, tra morale e diritto, nodi di conflitto al crocevia dei quali si colloca il "*Recht auf Rechtfertigung* /diritto alla giustificazione". Esso rappresenta il punto di equilibrio tra i due profili della tolleranza, sempre confliggenti anche nella storia del costituzionalismo, quello che rinvia all'idea del "permesso", e dunque chiama in causa il momento autoritativo, e quello, essenzialmente comunitario, o comunque alimentato dal basso, del "rispetto" dell'altro e del diverso.[110] Il conflitto fra i due aspetti della

[106] Così *A. Maalouf*, Identità assassine. La violenza e il bisogno di appartenenza, Milano 2021, 9
[107] L'espressione è di *D. Innerarity*, op. cit., 30
[108] Così ancora efficacemente *A. Maalouf*, op. cit., 10
[109] Si v., nell'ampia etteratura, *R. Forst* (a cura di), Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend, München 2000; *A.E. Galeotti*, La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia, Roma-Bari 2015; *Id.*, Toleration as Recognition, Cambridge 2008; *M.L. Lanzillo*, Tolleranza, Bologna 2002; *F. Lomonaco*, Tolleranza, Napoli 2005
[110] Si v., per questa elaborazione, nata all'interno della Scuola di Francoforte, *R. Forst*, Normativität und Macht. Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Frankfurt a.M. 2015; *Id.*, , Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 2007; *Id.*, Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus, Frankfurt a.M. 1996. Si v. anche *W. Heitmeyer- R. Dollase* (a cura di), Die bedrängte Toleranz, Frankfurt a.M. 1996

tolleranza trova nella cittadinanza in una democrazia discorsiva e partecipativa la via maestra per la convivenza di identità differenti, che appare, a ben vedere, solo uno sviluppo del risalente dibattito novecentesco sul rapporto tra democrazia e "poliarchia", tra conflitto e consenso nelle democrazie pluralistiche, il quale viene rivisitato e declinato alla luce dei nuovi *cleavages* di divisione della società e nella cornice della complessità.[111]

Costruito sulle basi della filosofia pratica kantiana, il "diritto alla giustificazione" muove pertanto dalla rivisitazione dell'idea del cittadino come legislatore, del cittadino che, essendo al tempo stesso autore e destinatario delle basi normative della tolleranza, contribuisce all'edificazione di una democrazia fondata non soltanto sulla neutralità rispetto alla molteplicità delle visioni del mondo, ma su un legame universale di reciprocità.[112] Il conflitto tra i due profili della tolleranza si compone all'interno di una concezione della società pluralista come "comunità politica di comunità etiche", alla quale risultano certamente essenziali gli istituti della partecipazione democratica, ma più ancora le risorse della responsabilità civica di una comunità politica, le quali fanno poggiare la tolleranza su un consenso orientato alla giustizia (*Gerechtigkeitskonsens*) che non è solo procedurale, ma soprattutto sostanziale.[113] Una comunità politica tollerante non può fare a meno di una "identità alimentata da tensioni", e pertanto postula un trattamento qualificato delle condizioni di diseguaglianza, fondato sul "riconoscimento della differenza", un obiettivo che non trova fondamento soltanto nell'etica liberale né in quella multiculturale, ma anzitutto in un *Eigenwert*, nella condivisione di una "cultura" del riconoscimento.[114] Una concezione della tolleranza fondata sul rispetto richiede di superare un modello di eguaglianza formale che, muovendo dalla separazione tra sfera privata e sfera pubblica, finisce per relegare le differenze di carattere etico ad affare privato degli individui e dei gruppi, per approdare non soltanto ad un modello di eguaglianza che tiene conto della "qualità" delle persone e delle loro differenze, ma ad una riformulazione dello spazio pubblico come teatro di dinamiche di giustificazione sorrette da "istituzioni di democrazia discorsiva".[115]

[111] Per una classica ricognizione del problema si v. *R. A. Dahl*, Poliarchia. Partecipazione e opposizione nei sistemi politici, Milano 1997; *Id.*, I dilemmi della democrazia pluralista, a cura di S. Veca, Milano 2021

[112] Su ciò si v. il contributo fondamentale di *R. Forst*, Toleranz im Konflikt. Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs, Frankfurt a.M. 2003, 675 ss.

[113] Cfr. ancora *R. Forst*, op. ult. cit., 680 ss.

[114] Così, confrontandosi con le teorie del multiculturalismo di Kymlicka e richiamandosi a Herder, *R. Forst*, op. ult. cit., 683 ss. e 695 ss.

[115] Si v. *R. Forst*, op. ult. cit., 697 ss. e 720 ss.

Le risorse "inclusive" di una cittadinanza repubblicana richiedono pertanto che la complessità identitaria delle società contemporanee trovi accoglienza in uno spazio pubblico comunicativo, aperto a "pratiche" di riconoscimento fondate sul dialogo. Hannah Arendt ha ammonito a non vedere nell'amicizia solo "un fenomeno di intimità", ma a comprenderne la "rilevanza politica". "Quando leggiamo in Aristotele –aggiungeva la Arendt- che la *philia*, l'amicizia tra i cittadini, è una delle condizioni fondamentali del benessere della città, tendiamo a pensare che egli non stia parlando di altro se non dell'assenza di fazioni e di guerra civile tra di esse". La complessità sociale non tollera la neutralizzazione del conflitto e la ricerca di armonie organicistiche del tessuto sociale. "Per i Greci, al contrario –proseguiva la Arendt- l'essenza dell'amicizia consisteva nel discorso", poiché "solo un costante scambio di parole poteva unire i cittadini in una polis". Ciò perché "nel discorso si rendeva manifesta l'importanza politica dell'amicizia, e l'umanità che la caratterizza". Il dialogo, infatti, "per quanto intriso del piacere relativo alla presenza dell'amico, si occupa del mondo comune, che rimane inumano finchè delle persone non ne fanno costantemente argomento di discorso tra loro". E il mondo "non diventa umano solo perché la voce umana risuona in esso, ma solo quando è diventato oggetto di discorso".[116]

[116] La lunga citazione, tratta dalla *lectio magistralis* tenuta nel 1959 in occasione del conferimento del Premio Lessing, può leggersi in *H. Arendt*, L'umanità in tempi bui, a cura di L. Boella, Milano 2006, 84 s. In un recente saggio, elegante e ricco di suggestioni interessanti, di *N. Irti*, Pirandellismo giuridico (variazioni sul tema), in "La cultura", 2021, 431 ss., la tendenza alla scomposizione dell'io in un fascio di identità transeunti e spesso contraddittorie, espressione di un complessivo disorientamento etico del quale il *Menschenbild* pirandelliano avrebbe offerto la rappresentazione più emblematica, viene sottoposta ad una critica serrata, che investe anche le suggestioni del processo di frammentazione delle identità nelle elaborazioni della scienza giuridica. Nel pensiero dell'illustre maestro si rinvengono tracce significative sia del crocianesimo critico di Carlo Antoni che dell'esistenzialismo storicistico di Abbagnano, che guidano l'a. a prendere cautamente le distanze dalla riduzione dell'io alle opere nel pensiero crociano, e soprattutto, con toni assai decisi, da visioni dell'identità vitalistiche, lampeggianti, frastagliate, contraddittorie, intrinsecamente irriducibili all'unità, nel pensiero filosofico del Novecento. Occorre peraltro riconoscere che Pirandello inizia a dare una voce superba a inquietudini che tormentavano l'individuo novecentesco, e che grazie alla psicanalisi e allo scavo delle scienze dell'uomo avrebbero dischiuso scenari assolutamente inediti nella riflessione sulla identità (li passa in rassegna compiutamente *E. Lecaldano*, op. cit., 85 ss.; ma v. anche *C.A. Viano*, La scintilla di Caino. Storia della coscienza e dei suoi usi, Torino 2013). Il *Menschenbild* pirandelliano sembra riflettere questo travagliato itinerario del pensiero novecentesco, il quale dischiude orizzonti meno rassicuranti, ma con il quale occorre in ogni caso fare i conti. Un itinerario che è certamente segnato dalla controversia tra storicismo e vitalismo, ma neppure restringibile ad un esistenzialismo depurato dalle ombre inquietanti del'angoscia in Sartre e della rivoluzione del linguaggio di Heidegger. Desta inoltre perplessità la tesi che tutti gli sviluppi costituzionali europei in tema di dignità e di diritti fondamentali possano essere letti come un progressivo allontanamento dal gioco delle forme, le quali sarebbero l'unico salvagente contro il pirandellismo giuridico, poiché, al contrario, l'effettività del diritto alla autodeterminazione, nelle costituzioni delle democrazie liberali del Novecento, è passata proprio attraverso la ricchezza di significati di principio e di direttrici di orientamento che dignità e diritti fondamentali avrebbero espresso (sia consentito rinviare, per qualche indicazione, a *P. Ridola*, Il principio libertà cit., *passim*, nonché, con riferimento alle clausole costituzionali sulla dignità dell'uomo, 236 ss.). E peraltro, proprio grazie a questi sviluppi ed alle coraggiose opzioni di principio delle "costituzioni del pluralismo", sarebbe emersa la dimensione di riconoscimento, relazionale e discorsiva, dell'identità,

che non a caso aveva antiveduto l'ultimo De Ruggiero ricordato da Irti (si v. le pagine di straordinaria intensità di *G. De Ruggiero*, L'antinomia della personalità moderna (1941), in *Id.*, Il ritorno alla ragione, Bari 1946, 275 ss.). Occorre prendere atto, in definitiva, che il tema dell'identità non riguarda più l'individuo sorretto dalle certezze della morale borghese, ma l'individuo che, sugli itinerari impervi dell'esistenza e nella lotta quotidiana contro gli incerti del mestiere di vivere, ha smarrito le sue certezze ed i suoi punti di orientamento ed elabora un vissuto di "processi identitari" che conoscono deviazioni ed oscillazioni, sovrapporsi di passioni, legami identitari, conflitti di lealtà, e che in questo terreno affondano salde radici la dispersione e la ricchezza delle identità della persona nell'individuo contemporaneo. Al quale, peraltro, sono vieppiù essenziali le risorse di una cittadinanza repubblicana: non sembra sufficiente, invero, evocare la dimensione sovraindividuale della persona per contestare il processo di frammentazione delle identità, senza giungere a tematizzarla sopratutto nei suoi risvolti politici, peraltro fondamentali, che si incardinato nella *membership* di una comunità repubblicana.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 1/2022
Data: 1° febbraio 2022

Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita[*]

di **Carlo Casonato** – *Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Trento*

SOMMARIO: 1. Introduzione: le difficoltà del tema e la proposta di una modellistica potenzialmente unificante. – **2**. Autodeterminazione e inizio-vita: 1. Il modello esclusivo. – 2.2. Il modello escludente. – 2.3. Il modello concorrente. – 3. Autodeterminazione e fine-vita: 1. Il modello esclusivo. – 3.2. Il modello escludente. – 3.3. Il modello concorrente. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: le difficoltà del tema e la proposta di una modellistica potenzialmente unificante

Il tema che mi è stato proposto presenta ampi margini di difficoltà. Incrociare il principio di autodeterminazione con le fasi iniziali e finali della esistenza umana, anzitutto, significa lavorare su concetti e ambiti molto ampi, polisemici e complessi; concetti e ambiti che evocano non solo categorie giuridiche particolarmente impegnative, ma anche valori e orizzonti di senso sconfinati e

[*] Il contributo si colloca nell'ambito del ciclo di Seminari "Persona e diritti fondamentali", organizzato dall'Associazione italiana dei costituzionalisti.

non di rado riempiti di contenuti di segno opposto in termini giuridici, filosofici, antropologici, spirituali, politici e complessivamente culturali[1].

La tematica del presente contributo, inoltre, nasconde un livello specifico di difficoltà dovuto alla sua intrinseca disomogeneità. Inizio e fine-vita, se analizzati dal punto di vista dell'applicazione del principio di autodeterminazione, rappresentano, infatti, ambiti complessivamente differenti, in cui il bilanciamento di interessi si colloca in contesti non uniformi e coinvolge variabili e fattori diversi e non equivalenti.

In una delle questioni costituzionali per eccellenza dell'inizio-vita, quella riconducibile all'interruzione volontaria di gravidanza (IVG, cui per ragioni di spazio farò qui riferimento esclusivo), l'autodeterminazione della donna si scontra in maniera frontale con un interesse antagonista: quello del feto a proseguire il suo processo di sviluppo. Se sappiamo, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale italiana n. 27 del 1975, che la posizione giuridica del nascituro non è equiparabile a quella della donna («non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»), essa è comunque meritevole di tutela costituzionale. In questo senso, l'autodeterminazione della donna deve essere ragionevolmente bilanciata con l'interesse del feto al proseguimento del suo sviluppo e graduata a seconda dello stadio dello stesso[2].

Nella questione costituzionale per eccellenza del fine-vita, quella riferita all'aiuto al suicidio e all'omicidio del consenziente, l'autodeterminazione della persona non si scontra, invece, in maniera altrettanto frontale e decisa con interessi contrapposti di terzi. In particolare, al di là della persona che manifesta la volontà, non esiste alcun soggetto (o oggetto) di tutela terzo, su cui la decisione si ripercuota in maniera diretta e negativa (come invece accade per la IVG). Questo non significa che anche nell'ambito del fine-vita non si debbano tenere in considerazione e bilanciare altri profili quali il possibile disvalore del bene vita generato a livello sociale dal riconoscimento della sua piena disponibilità, la tutela delle categorie vulnerabili e di quanti potrebbero adottare una scelta non consapevole o condizionata da elementi esterni e ultronei, o il rischio del cd. pendio scivoloso,

[1] Si tratta di temi per cui, in questa sede, sarebbe impossibile persino segnalare, anche in termini del tutto sommari, i principali contributi dottrinali intervenuti solo negli ultimi anni. Per questo motivo, le indicazioni bibliografiche saranno limitatissime e meramente esemplificative.

[2] È tipica, al riguardo, una tutela del feto crescente in base al tempo trascorso dal concepimento. Fra gli altri, cfr. M. D'Amico, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2018, 91-110.

con la conseguente necessità di evitare possibili abusi della pratica prevedendo condizioni stringenti per l'accesso all'aiuto a morire, limiti soggettivi e oggettivi, garanzie e requisiti procedurali. Vuol però dire che, a differenza della struttura del ragionamento da svolgersi nell'inizio-vita, la questione cruciale del fine-vita non consiste nel bilanciare interessi direttamente contrapposti (di terzi individuati o della collettività), ma nell'assicurare un compimento autentico, consapevole e in linea con i principi dello stato costituzionale dell'interesse rappresentato dalla persona che rivendica il rispetto della propria autodeterminazione. Il presente contributo, quindi, parte dal presupposto secondo il quale i due ambiti indagati (inizio e fine-vita) si presentano in termini non omogenei, nel senso che la presenza o meno di un interesse direttamente antagonista ne differenzia in modo strutturale l'assetto.

Sulla base di tale condizione, ad esempio, ci si potrebbe attendere un riconoscimento della autodeterminazione individuale più ampio e meno contrastato nel fine-vita rispetto all'inizio-vita. Purtuttavia, per svariati motivi riconducibili ad una serie composita di logiche, non è così; al contrario, l'autodeterminazione nel fine-vita è tradizionalmente riconosciuta in termini più limitati rispetto a quanto accada nell'inizio-vita.

Per sondare tale contro intuitiva constatazione e tracciare, in termini più generali, le coordinate della questione relativa all'autodeterminazione pur all'interno della disomogeneità che caratterizza le fasi indicate, proporrò, affidandomi anche al diritto comparato, una chiave di lettura che possa essere applicata tanto all'inizio quanto al fine-vita. Si tratta di una proposta che, per descrivere efficacemente il dato costituzionale collegato alla cifra del riconoscimento dell'autodeterminazione personale, farà perno sulla individuazione, in termini sia teorici che pratici, di tre modelli di disciplina: quello esclusivo, quello escludente e quello concorrente. Nel primo modello (esclusivo), le discipline dell'inizio e fine-vita si basano esclusivamente, o in via comunque nettamente prevalente, sull'autodeterminazione della persona coinvolta. Nel secondo (modello escludente), l'autodeterminazione è invece estromessa dal bilanciamento di interessi e la regolamentazione degli ambiti in oggetto risponde ad altre esigenze e ad altre variabili. Il terzo modello (quello concorrente) vede, invece, una compresenza del principio di autodeterminazione con altre componenti, in un regime in qualche modo misto.

Applicherò tale modellistica prima all'inizio e poi al fine-vita, per infine tracciare qualche brevissima conclusione in termini più comprensivi.

2. Autodeterminazione e inizio-vita: 1. Il modello esclusivo

Il primo modello è caratterizzato da un quadro giuridico in cui emerge in forma esclusiva o comunque decisamente prevalente il riconoscimento del principio di autodeterminazione della persona coinvolta nella condotta di inizio o fine-vita.

Per quanto riguarda la disciplina dell'aborto, il punto di riferimento in termini di giustizia costituzionale è l'ordinamento statunitense, a livello federale, con il noto caso *Roe v. Wade*[3]. Fra i molteplici profili di interesse, è utile in questa sede ricapitolare quelli che più si avvicinano al tema dell'autodeterminazione, declinato secondo la versione statunitense del *right to privacy*.

Anzitutto, può ricordarsi come la Corte, visto che la donna aveva già partorito, avrebbe potuto dichiarare la questione inammissibile per cessata materia del contendere (*moot*). Sulla base della sua ripetibilità (*capable of repetition*) e del fatto che nessun caso avrebbe potuto in realtà trovare una conclusione giudiziaria entro i termini naturale della gravidanza, i giudici scelsero, invece, di trattare nel merito la questione. In questo senso, dimostrarono tanto una buona dose di realismo, quanto una precisa volontà di intervenire su una questione delicatissima (*judicial activism*). In questo senso, i giudici diedero prova di due caratteristiche (realismo e interventismo) cui devono far fronte tutte le corti che si occupano della giustizia costituzionale in tema di inizio e fine-vita.

In secondo luogo, va ricordato come la Corte Suprema avrebbe potuto raggiungere lo stesso risultato (il riconoscimento del *right to abortion*) senza riferirsi in via prevalente all'autodeterminazione della donna, ma facendo, invece, leva sul nono emendamento della Costituzione federale, su cui già la corte distrettuale del nord Texas aveva ragionato[4]. I giudici di Washington, invece, decisero di modificare il parametro indicato e di utilizzare un *right to privacy* «abbastanza ampio da comprendere la decisione di una donna di interrompere o meno la sua gravidanza» («broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy»). Va, al riguardo, ricordato come la *privacy* statunitense rappresenti una posizione giuridica molto diversa dalla *privacy* italiana: nessuno, ad esempio, in Italia baserebbe la IVG sulla *privacy*, proprio perchè il suo significato è molto più ristretto (riservatezza) e avvicinabile, in caso,

[3] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[4] Secondo cui, come noto, «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people». La sentenza della Corte distrettuale citata è *Roe v. Wade*, US District Court for the Northern District of Texas - 314 F. Supp. 1217 (N.D. Tex. 1970) June 17, 1970.

alla *confidentiality* d'oltre oceano[5]. La *privacy* statunitense, invece, è assurta, a partire da *Griswold v. Connecticut* (1965) proprio in ambito di *reproductive* autonomy[6], ad equivalente funzionale dell'autodeterminazione personale, avvicinandosi all'art. 8 della Cedu (sul rispetto della vita privata e familiare); articolo che, non a caso, la Corte di Strasburgo utilizza spesso come parametro convenzionale all'interno della sua giurisprudenza in tema di inizio (e fine) vita.

Va quindi in sintesi detto come l'ordimento statunitense si ponga come capostipite originario del modello esclusivo nell'ambito dell'aborto, caratterizzandosi per un pieno riconoscimento, alle note condizioni temporali indicate (riferite alla *viability* del feto), dell'autodeterminazione della donna sulle sue scelte procreative. Se tale modello ha nella sua coerenza un punto di forza, nasconde anche alcuni aspetti di debolezza che, nel tempo, non hanno mancato di emergere.

In molti ordinamenti statali, in primo luogo, assistiamo ad una tendenza a riconoscere agli interessi del feto una intensità di tutela maggiore e crescente a fronte di una corrispondentemente diminuita attenzione verso l'autodeterminazione della donna. Il fenomeno è riconducibili alle cd. *TRAP Laws* (*Targeted Regulation of Abortion Providers*) con le quali, attraverso disparati espedienti, vari Stati tentano di limitare l'esercizio del diritto all'aborto[7].

Rispetto a questa rivalutazione degli interessi del feto, per quanto più interessa in questa sede, può rilevarsi una debolezza del modello esclusivo. In particolare, basare il diritto di assumere la scelta abortiva, che comunque interrompe il processo vitale del nascituro, sulla "mera" volontà della donna, può considerarsi astrattamente (e concretamente è considerato dai fautori delle *TRAP Laws*) una logica non vincente e meno forte di quella che, ad esempio, fonda la stessa scelta (anche) sulla sua salute. All'interno di un *balancing test* particolarmente delicato come quello che caratterizza la

[5] Per l'Italia, cfr. già A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione*, Bulzoni, Roma, 1974. In rifeirmento alla IVG, fra gli altri, L. Busatta, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 151-183.

[6] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

[7] Fra gli altri, cfr. L. Busatta, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *DPCE online*, 3-2020 (http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1164). Fra i più recenti casi di *Trap law*, si veda il texano *Heartbeat Act*, con cui si vuole vietare, a partire dalla sesta settimana di gravidanza, l'aborto con la sola eccezione della *medical emergency*. In questo modo, nemmeno la violenza o l'incesto sarebbero causa legittima per accedere ad un aborto. La normativa tenta di eludere i vincoli di *Roe v. Wade* agendo non sul versante penalistico, ma su quello civilistico, riconoscendo un *private civil right of action* (corrispondente ad un valore fino a 10.000 dollari di "risarcimento danni") contro chi abbia infranto la legge. Cfr. M. Fasan, *Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense*, in corso di stampa su *DPCE online*.

IVG, in altri termini, il modello esclusivo presta il fianco, in alcuni ambienti riconducibili comunemente alle posizioni cd. *pro-life*, a ritenere una non qualificata volontà (soggettiva) della donna come recessiva rispetto all'interesse (materiale, oggettivo) al proseguimento in vita di un essere umano vulnerabile come il feto.

Un secondo elemento di debolezza del paradigma statunitense su cui si è costruito il modello esclusivo è riconducibile alla logica argomentativa adottata in *Roe* e complessivamente alla *judicial philosophy* della maggioranza dei giudici della Corte statunitense in tema. Il *right to privacy*, infatti, combina una assoluta rilevanza in termini di contenuto e di significato con una debole consistenza a livello di fondamento costituzionale. Come noto, infatti, tale posizione non ha autonoma considerazione nel testo ed è stata ricavata dalla *penumbra* di alcuni diritti contenuti nel *Bill of Rights*, fra cui il XIV emendamento secondo cui nessuno Stato può privare una persona della vita, della libertà, o della proprietà «without due process of law»[8].

Altri ordinamenti potrebbero essere oggetto di analisi all'interno del modello esclusivo dell'inizio-vita. Nel settembre del 2021, ad esempio, il Messico ha visto l'adozione del "suo" *Roe v. Wade*, con l'adozione di una sentenza in cui l'unanimità dei giudici della Corte Suprema ha riconosciuta la «libertad reproductiva» e «el derecho de la mujer y de las personas gestantes a decidir»[9].

Rinviando ad altra sede per l'approfondimento di tali questioni, è possibile concludere sul punto richiamando come il modello esclusivo dell'inizio-vita sia caratterizzato da una certa ambivalenza, presentando tanto profili di forza e di coerenza, quanto qualche aspetto di debolezza.

2.2. Il modello escludente

Il secondo modello relativo alla disciplina dell'inizio-vita si pone all'estremo opposto dello spettro rispetto a quello esclusivo: si tratta del modello escludente, caratterizzato dal rifiuto del principio di autodeterminazione come criterio di giudizio nel bilanciamento di interessi. Negli

[8] *Griswold v. Connecticut*, cit., 484: «The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. *[…]* Various guarantees create zones of privacy.»

[9] Si tratta della sentenza n. 271 del 7 settembre 2021. Una scheda riassuntiva e alcuni materiali di riferimento nel sito www.biodiritto.org.

ordinamenti appartenenti a tale modello, la volontà della donna non assume rilievo di fronte all'interesse legato al proseguimento del processo di sviluppo del feto, rimanendo imprescindibilmente disconosciuta.

Molti ordinamenti del passato e anche alcuni attuali si iscrivono all'interno di tale modello. La Polonia, ad esempio, ha visto la Corte costituzionale esercitare un proprio *judicial activism* in termini decisamente reazionari. La IVG era *ivi* consentita, entro 12 settimane dal concepimento, nel caso venissero riscontrate malattie incurabili o gravi malformazioni al feto, in caso di stupro o incesto e nel caso fosse in pericolo la vita o la salute della madre. A fronte dell'art. 30 della Costituzione, che proclama la inerente e inviolabile dignità della persona, e dell'art. 38, che dispone la protezione giuridica della vita di ogni essere umano, i giudici costituzionali, con una sentenza dell'ottobre 2020, hanno ritenuto illegittima la legge nella parte in cui permetteva l'aborto nel caso in cui dagli esami prenatali fosse emersa l'elevata probabilità di una malattia incurabile o di una grave menomazione del feto. In questo modo, si è dichiarata incostituzionale la condizione che, fino allora, era stata alla base del 98% degli aborti[10].

Anche alcuni Stati degli USA stanno adottando, attraverso le citate *TRAP Laws*, strategie volte a recuperare la logica che informa il modello escludente. Al riguardo, si auspica un intervento della Corte Suprema federale che confermi come tali normative non siano compatibili con la struttura e con le basi del costituzionalismo contemporaneo, vista l'assenza di ogni considerazione della volontà della donna all'interno del bilanciamento di interessi. Tale considerazione, del resto, è avvalorata anche da una brevissima disanima dell'esperienza costituzionale della IVG in Italia.

Anche l'Italia, per quanto più da vicino interessa, poteva ricomprendersi, prima della sentenza n. 27 del 1975, all'interno del modello escludente. La versione originaria dell'art. 546 del codice penale, in particolare, puniva il reato di aborto di donna consenziente, con una reclusione dai 2 ai 5 anni da infliggersi sia alla donna che alla persona che lo avesse provocato[11]. Non ritenendo sufficiente un'applicazione diffusa dello stato di necessità, che permetteva la IVG nei soli casi di

[10] La sentenza è del 22 ottobre 2020 ed è stata adottata con una maggioranza di 13 giudici su 15. Dal gennaio del 2021, quindi, sussiste in Polonia un divieto di aborto, salvo in caso di incesto, stupro o pericolo per la vita o la salute della madre. Una serie di informazioni, al riguardo, nel sito di Human Rights Watch: *Poland: A Year On, Abortion Ruling Harms Women* (October 19, 2021): https://www.hrw.org/news/2021/10/19/poland-year-abortion-ruling-harms-women.

[11] Il testo della disposizione era: «Chiunque cagiona l'aborto di una donna, col consenso di lei, è punito con la reclusione da due a cinque anni. La stessa pena si applica alla donna che ha consentito all'aborto».

attualità del pericolo e di gravità del danno[12], la Corte intervenne, come noto, a dichiarare l'illegittima della disposizione «nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza [potesse] venir interrotta laddove implicasse danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato (nei sensi di cui in motivazione) e non altrimenti evitabile, per la salute della madre». Fra i molti profili interessanti della decisione, se ne possono richiamare alcuni particolarmente attinenti al tema del presente contributo.

Anzitutto, può rilevarsi una non piena coerenza dell'apparato motivazionale nella parte in cui, da un lato, si conclude per l'esclusione della personalità giuridica dello stesso feto, per cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare», e dall'altro si evoca la personalità del feto, facendo riferimento all'art. 2 della Costituzione, il quale «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito», e considerando più giusta collocazione del reato quella del codice Zanardelli (delitti contro la persona) rispetto a quella del codice vigente (delitti contro l'integrità della stirpe).

In secondo luogo, va rilevato come la sentenza non permetta di far emergere in maniera chiara e diretta l'autodeterminazione come base per la legittimità dell'aborto, ma faccia riferimento al concetto di salute della donna. Se questo fosse l'assetto definitivo della disciplina della IVG, dovremmo considerare l'Italia appartenente al modello escludente; in realtà la collocazione più corretta è quella all'interno del modello concorrente.

2.3. Il modello concorrente

Nella legge 194 del 1978, infatti, l'autodeterminazione, nei primi 90 giorni, gioca un ruolo decisivo, anche se non esclusivo. È infatti la donna che decide se la maternità possa causare un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica (che accusa «circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o

[12] Secondo cui non è punibile «chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona»: art. 54 c.p.

psichica», secondo quanto espresso dall'art. 4); e questo «in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito» (ancora art. 4)[13].

L'autodeterminazione della donna, quindi, riveste un ruolo importante all'interno della disciplina sulla IVG italiana, agendo però in forma non diretta, ma, si potrebbe dire, interposta: se è la salute della donna e non la sua volontà a fondare astrattamente la legittimità dell'aborto, è la donna stessa che può, nei primi 90 giorni, dare realmente ad essa i confini e il contenuto che ritiene più confacenti. In questo senso, l'Italia presenta una posizione intermedia, fra quella escludente e quella esclusivo, riconoscendo la volontà della donna a fianco di e in relazione a altri interessi.

Un'ultima considerazione può essere fatta in riferimento alla portata concretamente garantista del modello concorrente. Se in termini generali e astratti, esso appare più debole nel tutelare l'autodeterminazione, la possibilità che sia la stessa donna a ricostruire autonomamente, all'interno dei parametri indicati dall'art. 4 della legge, il contenuto da dare alla sua salute ne fa una tipologia comunque rispettosa della sua volontà. Anzi, a motivo del fatto che il parametro costituzionale di riferimento non sia la "mera" (secondo la ricostruzione cd. *pro-life*) volontà della donna, ma la sua salute (diritto fondamentale, almeno in Italia), il modello in parola può essere considerato pienamente garantista, potendo costituire un argine anche più forte rispetto alle tentazioni reazionarie in atto tese a sottovalutare la posizione della donna.

3. Autodeterminazione e fine-vita: 1. Il modello esclusivo

Passando ad applicare la modellistica proposta alle tematiche di fine-vita, va rilevato come non sembri esistere alcun ordinamento la cui disciplina vigente possa rientrare all'interno del modello esclusivo. In particolare, non esiste Stato in cui il diritto di essere aiutato a morire sia basato unicamente sull'autodeterminazione del richiedente. Tutti gli ordinamenti, piuttosto, richiedono, oltre alla volontà, una serie di condizioni riconducibili tipicamente alla presenza di una malattia grave e di sofferenze (fisiche o psicologiche) ritenute intollerabili.

[13] In generale, cfr. B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, 455 ss.; M.P. Iadicicco, Procreazione umana e diritti fondamentali, Giappichelli, Torino, 2020, 120 ss.

L'interesse nei confronti del modello esclusivo, tuttavia, può essere proposto in riferimento ad una decisione del *Bundesverfassungsgericht* (il tribunale cost federale tedesco) del febbraio 2020[14]. La disposizione oggetto di giudizio e dichiarata incostituzionale si riferiva, in realtà, al divieto di assistenza al suicidio svolto in forma commerciale, organizzata e ripetuta; per questo, permanendo le altre condizioni previste riferite, fra l'altro, alla presenza di un quadro patologico grave e di forte sofferenza, non si può dire che la pronuncia abbia provocato l'inclusione della Germania all'interno del modello esclusivo. Purtuttavia, alcuni passaggi della motivazione adottata si iscrivono appieno all'interno di tale modello.

I parametri principali utilizzati dal Tribunale sono l'art. 1, comma 1, del *Grundgesetz* secondo cui la dignità dell'uomo è intangibile ed è dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla, e l'art.2 comma 1 che riconosce il diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non si violino i diritti degli altri e non si trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale. Tali formule, in riferimento al fine-vita, sono interpretate secondo un criterio particolarmente interessante ai fini della logica qui in esame. «L'art. 1, comma 1 della Costituzione» sostiene in termini generali il *Bundesverfassungsgerich* «garantisce la libertà dell'uomo per come egli stesso si concepisce nella propria individualità. […] Elemento determinante è la volontà del suo titolare, che si sottrae a qualsiasi apprezzamento svolto alla stregua di valori generalmente accettati, di precetti religiosi, di modelli socialmente acquisiti sulla vita e sulla morte ovvero speculazioni del puro intelletto.» Su queste basi, i giudici affrontano con estrema decisione la questione delle scelte di fine-vita. «La decisione del singolo di porre fine alla propria vita sulla base della propria concezione della qualità della vita e del senso della propria esistenza è nel momento finale un atto frutto di un'autonoma determinazione che lo Stato e la società devono rispettare.» E con specifico riferimento al modello esclusivo, aggiungono: «[i]l diritto di disporre della propria vita, il più intimo ambito dell'autodeterminazione individuale, non è limitato, in particolare, a malattie gravi o inguaribili o a determinate fasi della vita e della malattia. Una restrizione dell'ambito di tutela a determinate cause e motivi condurrebbe a una valutazione delle motivazioni di colui che ha deciso di uccidersi e a una predeterminazione del loro contenuto, le quali sono estranee ai concetti di libertà [e di dignità] fatti propri dalla Costituzione […]. Il radicamento del diritto a una morte decisa

[14] La sentenza è del 26 febbraio 2020. In essa si dichiara incostituzionale il paragrafo 217 del codice penale tedesco (StGB) che puniva l'aiuto "commerciale" del suicidio. Una scheda e materiali di riferimento nel sito www.biodiritto.org.

in piena autodeterminazione, in riferimento alla garanzia della dignità umana implica che la responsabile decisione circa il proprio fine vita non abbia necessità di alcuna motivazione o giustificazione.»

Come detto, tali passaggi possono intendersi come *obiter dicta* e non hanno prodotto un effetto di generalizzata liceità dell'aiuto al suicidio nell'ordinamento tedesco che sia in linea con il modello esclusivo. Tuttavia, la logica proposta proviene da un Tribunale dotato di prestigio all'interno delle dinamiche della circolazione dei modelli e offre argomentazioni che, certamente presenti nella letteratura scientifica, non erano mai state presentate a livello giurisprudenziale con tanta chiarezza e decisione[15]. La sentenza del febbraio 2020, quindi, fornisce l'occasione per approfondire un dibattito riferito complessivamente alla forma di Stato di derivazione liberale che, anche in vista del referendum italiano sull'art. 579 del codice penale, rischia talvolta di rimanere polarizzato e prigioniero di generalizzazioni meramente strumentali.

3.2. Il modello escludente

Il modello escludente – come visto – nega qualsiasi spazio all'autodeterminazione personale sulle proprie scelte esistenziali. A tale modello, fino a qualche tempo fa, apparteneva la larga maggioranza anche degli Stati appartenenti alla *Western Legal Tradition*. In Italia, ad esempio, il divieto assoluto tanto dell'omicidio del consenziente quanto dell'aiuto al suicidio non permetteva, prima della nota giurisprudenza costituzionale del 2018-2019, alcuna considerazione per la volontà della persona e per lo stato di sofferenza in cui un malato grave poteva trovarsi[16]. Nel Regno Unito, ripetute proposte di apertura verso una maggior attenzione per la volontà di quanti soffrono per malattie terminali sono, finora, sempre state rifiutate dalla maggioranza parlamentare. Proprio il carattere assoluto di tali divieti, tuttavia, provocava e provoca una serie di tensioni con alcuni fondamentali principi dello Stato costituzionale di diritto, fra cui, oltre a quanto visto in tema di

[15] Fra gli altri, in dottrina, si veda, da ultimo, C. Pinelli, *"Diritto di essere se stessi" e "pieno sviluppo della persona umana"*, in *Rivista AIC*, 4/2021, 308-328, in cui anche riferimenti alla biopolitica di Michel Foucault.

[16] Si vedano gli articoli 579 («Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni») e 580 («Chiunque determina altrui al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima») del codice penale.

dignità e libero sviluppo della personalità, il principio di non discriminazione, il rispetto della proporzionalità e della ragionevolezza nell'imposizione di limiti alla libertà individuale, e l'esigenza di evitare conseguenze "crudeli" per i malati fortemente sofferenti[17].

Anche per questi motivi, il rigore e la severità del divieto penalistico sono stati pressoché dovunque limitati grazie ad una applicazione molto circoscritta e tollerante. In Spagna, anche prima della recente revisione legislativa, le indagini sulle condotte volte a procurare l'aiuto al suicidio erano di fatto molto contenute e rarissimi risultavano i rinvii giudizio[18]. In Francia, oltre a ciò, si è utilizzata una causa di esclusione della responsabilità penale vicina alla nostra forza maggiore (art. 122-2 c.p.) al fine di non condannare persone che avevano ucciso malati fortemente sofferenti che avevano ripetutamente espresso la propria volontà in tal senso[19]. In Inghilterra e Galles, il *Director of Public Prosecutions*, facendo leva sulla *prosecutorial discretion* che lì contraddistingue la non obbligatorietà dell'azione penale, ha pubblicato nel 2010 una *policy* in cui si invita a ritenere una *prosecution* meno probabile in presenza di una serie di requisiti, fra cui una motivazione compassionevole, il tentativo di dissuasione, una autodenuncia[20]. E in alcuni Stati degli Stati Uniti, si è fatto uso dell'istituto della *jury nullification*.

In generale, all'interno del modello escludente, è quindi emersa una distanza fra *law in the books* e *law in action* in virtù, in particolare, dell'utilizzo non occasionale di espedienti e stratagemmi più o meno ingegnosi per evitare di rinviare a giudizio o condannare chi, per motivi pietosi, avesse aiutato malati sofferenti a morire. In questo modo, si è venuta a costituire, in termini largamente trasversali, una fonte di diritto corrispondente, *mutatis mutandis*, a quella che ha dato origine all'*equity* britannica. Se ne può trattare in termini di "*bio-equity*": una fonte di diritto che, come quella originaria (costituitasi grazie al *Lord Chancellor* a seguito delle *provisions of Oxford* del 1258) risponde all'esigenza di prendere in considerazione nuovi interessi (*equitable interests*) e regolare, secondo un ritenuto senso di giustizia sostanziale ed alla luce delle rispettive specificità, i

[17] In prospettiva comparata, fra i molti altri, si permetta, un rinvio a *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *DPCE*, 1/2018, 3-24. Un'analisi complessiva del dibattito contemporaneo in G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Utet, 2020.

[18] Un'eccezione, in questo senso, è stato il caso che ha visto la morte di Ramon Sampedro. In generale, riferimenti e materiali relativi al diritto comparato del fine-vita nel dossier ospitato nel sito www.biodiritto.org.

[19] Si tratta del caso di Vincent Lambert. La clausola prevede che «[n]est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister».

[20] Il caso di riferimento è quello di Daniel James.

casi che non trovano una soluzione soddisfacente sulla base di un diritto (questa volta penale) divenuto troppo rigido[21].

3.3. Il modello concorrente

Anche a motivo delle segnalate tensioni fra principi dello Stato costituzionale di diritto e modello esclusivo, si registra, oggi, un movimento verso il modello concorrente caratterizzato dalla tendenza a garantire, all'interno di una serie di requisiti e condizioni complessivamente legati alla presenza di una malattia grave ed a sofferenze intollerabili, maggiori margini di scelta in riferimento sia all'aiuto al suicidio che all'omicidio del consenziente. Oltre a quanto detto sulla Germania, ad esempio, il Parlamento canadese, a seguito di una sentenza della Corte Suprema, ha adottato nel giugno del 2016 una legislazione federale che permette, a determinate condizioni, la richiesta di assistenza medica nel morire, comprensiva sia dell'aiuto al suicidio che dell'eutanasia[22]. Anche in Spagna, in presenza, fra l'altro, di una malattia grave e incurabile e di un dolore «grave, crónico e imposibilitante» è possibile, dal giugno 2021, accedere all'aiuto al suicidio o all'eutanasia[23]. E in Austria, a partire dal gennaio 2022, le persone afflitte da malattia terminale o incurabile che producano conseguenze pesanti, hanno la facoltà, a seguito di una verifica condotta da due medici di cui uno esperto in cure palliative, di accedere all'aiuto al suicidio[24]. Da segnalare, per la vicinanza all'esperienza italiana, come le normative canadese e austriaca siano intervenute a

[21] Sia permesso, al riguardo, il riferimento a *Biodiritto*, in corso di stampa, cap. 4, par. 5.8.

[22] La legge è intervenuta a seguito di *Carter v. Canada* ([2015] 1 SCR 331): una sentenza della Corte Suprema del 2015 in cui si era dichiarato incostituzionale il reato di aiuto nel morire, su cui, fra gli altri, M. Tomasi, *Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele*, in *DPCE online*, 2/2015, 291-296. La legislazione è costantemente oggetto di verifica e di possibili aggiornamenti. L'ultima modifica risale al marzo 2021. I dettagli al sito ufficiale del governo canadese: https://www.canada.ca/en/health-canada/services/medical-assistance-dying.html.

[23] C.R. Casabona, *La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2021, 283-314; G.U. Adamo, *L'aiuto a morire nell'ordinamento spagnolo e definizione del contesto eutanasico*, e G. Arruego *El camino hasta la legalización de la muerte asistida en España*, entrambi in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2021, rispettivamente 201-224 e 225-246.

[24] Anche in questo caso, la legge è intervenuta a seguito di una sentenza della Corte costituzionale che nel dicembre 2020 aveva dichiarato incostituzionale il reato di aiuto al suicidio. Sull'importanza delle cure palliative, cfr. E. Lamarque, *Le cure palliative nel quadro costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 46-64;

F. Paruzzo, *Accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore. Considerazioni e bilanci sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 a 10 anni dalla sua entrata in vigore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2021, 191-207.

seguito di sentenze di illegittimità costituzionale dei rispettivi reati di aiuto nel morire[25]. Anche in Italia infatti – come noto – la sentenza n. 242 del 2019, facendo ampi rinvii alla precedente ordinanza n. 207 del 2018, ha escluso la punibilità di chi aiuti nel suicidio persone capaci e consapevoli, supportate da trattamenti di sostegno vitale, affette da patologia irreversibile e fonte di sofferenze fisiche o psicologiche ritenute intollerabili. Tutti gli ordinamenti menzionati, e molti altri, appartengono quindi al modello concorrente, in cui l'accesso al trattamento deve affiancare, oltre ad una richiesta consapevole e pienamente informata, una serie di requisiti.

Per quanto riguarda più da vicino il caso italiano, possono aggiungersi alcune brevi notazioni in più stretto riferimento al tema qui in oggetto.

Anzitutto, mentre nell'ordinanza n. 207, il principio di autodeterminazione assume rilevanza autonoma, nella sentenza n. 242 non è utilizzato come parametro indipendente di giudizio, ma come ambito di concreta emersione del principio di eguaglianza. Secondo la Corte italiana, a differenza di quella tedesca, non è possibile «desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita». Piuttosto, la Corte centra il proprio ragionamento sul principio di eguaglianza, e in particolare, sul trattamento irragionevolmente differenziato dei malati che decidono di morire attraverso la interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e quelli che, anch'essi sottoposti a tali trattamenti, reputano i tempi e i modi del decesso conseguente a tale interruzione causa di inutile sofferenza e lesivi della propria dignità, chiedendo, quindi, un'accelerazione del processo del morire[26].

Il requisito della presenza di trattamento vitale, in secondo luogo, si lega al percorso argomentativo scelto dalla Corte, ma risulta particolarmente problematico nella prospettiva del rispetto dell'autodeterminazione; e non è un caso che tale condizione non sia presente in alcun altro ordinamento appartenente al modello concorrente. Infatti, ci possono essere malati che chiedono l'aiuto al suicidio proprio per evitare trattamenti invasivi come ventilazione meccanica o nutrizione e idratazione artificiali. La conseguenza della disciplina italiana, invece, impone loro proprio quei

[25] Per l'Austria, G. Battistella, *Il reato di aiuto al suicidio al vaglio della Corte costituzionale austriaca*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2021, 315-325.

[26] In questo senso, se «il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari […] non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale» (sent. n. 242, punto 2.3 del *Considerato in diritto*). In generale, cfr. A. Apostoli, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2021, 239-253.

trattamenti, permettendo il rispetto della loro autodeterminazione solo a seguito della rispettiva attivazione. Tale aspetto, se – come anticipato – riflette la logica adottata dalla Corte, la quale ha esaminato il caso di DJ Fabo nell'ottica del principio di eguaglianza più che nella logica dell'autodeterminazione, presenta quindi un profilo paradossale, che potrebbe dimostrarsi anche (costituzionalmente); a meno che non venga riconosciuta come corrispondente a "diritto vivente" l'interpretazione utilizzata dalla Corte di Assiste di Massa (luglio 2020) e poi dalla Corte di Assiste di Appello di Genova (aprile 2021) in cui, nel caso di Davide Trentini, si è adottata una ampia definizione ampia di trattamento di sostegno vitale[27].

Una ulteriore distinzione fonte di dubbia ragionevolezza, in Italia e in tutti gli ordinamenti appartenenti al modello concorrente che permettono l'aiuto al suicidio ma non l'eutanasia, si riferisce al fatto che se una persona non può compiere fisicamente l'atto finale del suicidio, non può vedere rispettata la propria autodeterminazione. Nel caso all'origine della sentenza n. 242, ad esempio, DJ Fabo ha potuto ricorrere all'aiuto al suicidio solo perché poteva ancora muovere la mandibola e, quindi, ha potuto stringere con i denti il pulsante che ha attivato l'iniezione letale. Ma nel caso in cui fosse stato totalmente paralizzato, l'impossibilità assoluta di movimento gli avrebbe impedito di commettere suicidio, configurandosi ancora come reato l'omicidio del consenziente. Tale profilo, quindi, può dare come esito una distinzione relativa al rispetto dell'autodeterminazione basata sulla gravità della menomazione fisica; distinzione che, presente anche in alcuni dei disegni di legge attualmente all'esame parlamentare[28], potrebbe essere dichiarata irragionevole per violazione dell'art. 3 della Costituzione[29].

In questa logica, mentre l'obiettivo della proposta di referendum in tema di omicidio del consenziente pare, personalmente, del tutto condivisibile, risulta incerto lo strumento specificamente

[27] La prima Corte, avallata dalla seconda, ha precisato come il requisito dei trattamenti di sostegno vitale non significhi necessariamente ed esclusivamente dipendenza da una macchina, ma possa essere esteso a qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici.

[28] Su cui M.E. Bucalo, *Il cammino indicato dalla Corte costituzionale per la disciplina del suicidio medicalmente assistito fra giurisprudenza di merito e perdurante attesa del legislatore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2021, 281-305.

[29] Al riguardo, si vedano, fra gli altri, il documento del gruppo di lavoro su *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico, plurale e consapevole*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2019, 1-19 (https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/1393/1397) e la posizione espressa da una parte del Comitato Nazionale per la Bioetica all'interno del parere *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito* del 18 luglio 2019 (https://bioetica.governo.it/media/3785/p135_2019_parere-suicidio-medicalmente-assistito.pdf).

adottato e le conseguenze concrete del suo esercizio. In particolare, mi sembrano possibili diverse letture del potenziale esito positivo del referendum.

Da un lato, si potrebbe ritenere la parte conservata dell'art. 579 implicitamente integrata dalla disciplina (di fonte giurisprudenziale) relativa all'art. 580[30]. In particolare, la formula residua «con il consenso di lui» richiamerebbe, secondo alcuni, la legge n. 219 del 2017 e di conseguenza la sent. n. 242 e i quattro requisiti *ivi* indicati[31]. In questa logica, l'Italia rimarrebbe, per quanto riguarda sia l'aiuto al suicidio che l'omicidio del consenziente, appartenente al modello concorrente[32]. D'altro lato, anche in vista del divieto di applicazione dell'analogia nel diritto penale, si potrebbe intendere la formula conservata a seguito del referendum come non integrata dalla normativa di risulta relativa all'aiuto al suicidio. In questo caso, l'Italia costituirebbe il primo ordinamento ad aderire al modello esclusivo, per quanto riguarda l'omicidio del consenziente. Tale condotta, infatti, sarebbe lecita alle sole condizioni che coinvolga una persona maggiorenne, che non sia inferma di mente, e il cui consenso sia autentico, senza che necessitino gli altri due requisiti tipicamente previsti nel panorama di diritto comparato del fine-vita, relativi alla situazione patologica grave e ad uno stato di sofferenza fisica o psicologica. L'appartenenza al modello esclusivo, inoltre, sarebbe limitata all'omicidio del consenziente (art. 580, oggetto del referendum), mentre per quanto riguarda l'aiuto al suicidio (art. 579, oggetto della sent. n. 242) l'Italia figurerebbe ancora all'interno del modello concorrente.

Sulla base di tale incertezza, quindi, mi pare che la Corte costituzionale potrebbe ritenere il quesito referendario non corrispondente ai principi di chiarezza e univocità che la stessa giurisprudenza richiede in tema, e quindi, considerare lo stesso referendum inammissibile[33].

[30] La parte residua, con l'abrogazione dell'inciso «la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. Si applicano», sarebbe la seguente: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con [la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. Si applicano] le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: Contro una persona minore degli anni diciotto; Contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti; Contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.»

[31] Si tratta, come accennato, di «persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

[32] In questo senso, ad esempio, il sito presentato dal Comitato promotore referendum eutanasia legale (https://referendum.eutanasialegale.it/il-quesito-referendario/).

[33] Le note qui riportate sono, per ragioni di spazio, del tutto sintetiche e sommarie. Si veda una ricostruzione completa delle diverse posizioni in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La via referendaria al fine vita.*

4. Considerazioni conclusive

Nel breve spazio di questo contributo, si sono solo tracciate alcune coordinate metodologiche e si è abbozzato qualche spunto di riflessione che avrà bisogno di ben altri approfondimenti. La pur sintetica analisi dei tre modelli illustrati, in ogni caso, conduce a concludere proponendo cinque profili di attenzione.

Anzitutto, si può confermare come inizio e fine-vita costituiscano ambiti non omogenei se visti dal punto di vista del rispetto del principio di autodeterminazione. In particolare, ci si sarebbe potuto attendere che il diverso assetto degli interessi da bilanciare portasse l'ambito del fine-vita (dove non emerge un interesse antagonista diretto rispetto a chi esprime la propria volontà) ad essere più aperto all'autodeterminazione personale rispetto all'inizio-vita. In realtà, per motivi complessivi di carattere storico e sociale, anche legati alla dimensione etica e alla deontologia professionale, le cose stanno in termini differenti sia in Italia sia negli altri ordinamenti considerati. Al riguardo, in ogni caso, si assiste, oggi, ad una tendenza ad espandere i margini dell'autodeterminazione nel fine-vita (anche se bisognerà verificare nel tempo la direzione in cui proseguirà lo sviluppo dell'indirizzo politico-costituzionale), mentre le conquiste raggiunte sull'inizio-vita sono soggette, in alcuni ordinamenti anche significativi, ad una serie di attacchi di segno reazionario.

In secondo luogo, può segnalarsi come la Corte costituzionale italiana, in tema di autodeterminazione (e non solo), non presenti una giurisprudenza del tutto coerente e lineare. Se una linea può tracciarsi, purtuttavia, può intravedersi una non piena disponibilità da parte della Corte a considerare il principio di autodeterminazione come complessivo parametro autonomo di giudizio nelle materie legate all'esistenza umana. A parte alcune aperture, testimoniate dalla citata ordinanza n. 207 e soprattutto in tema di fecondazione cd. eterologa (in cui si è riconosciuto una «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» nella formazione di una famiglia: sent. 162 del 2014), l'Italia si pone, al più, all'interno del modello concorrente. Questa posizione, come visto,

Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p., 2022 (http://www.amicuscuriae.it/wp-content/uploads/2022/01/volume-intero-Amicus-Curiae-2021.pdf).

presenta svantaggi ma anche vantaggi, anche se, per esprime una valutazione più salda, sarà necessario attendere le future scelte politico-costituzionali dei principali attori coinvolti.

In ogni caso, in terzo luogo, va rilevato come il rispetto del principio di autodeterminazione soffra tipicamente di limiti, la cui ragionevolezza può sempre essere messa in discussione. Il compito di porre tali limiti non è, nello Stato costituzionale di diritto, appannaggio esclusivo di un solo organo o potere, ma è questione che viene decisa, con esiti anche molto differenti, talvolta dal Parlamento, talvolta da giudici non solo costituzionali, talvolta da una integrazione delle due componenti a seconda di variabili giuridiche e complessivamente culturali difficilmente rintracciabili. Fra l'altro, la spinta verso l'intervento normativo specifico deriva non di rado da casi specifici assurti a notorietà. Tale elemento può dare esiti positivi, in termini di impulso in grado di superare l'inerzia parlamentare, ma può anche generare non pochi svantaggi, fra cui la perdita di generalità e astrattezza del tema, con il conseguente rischio in punto di rispetto del principio di eguaglianza.

In quarto luogo, può segnalarsi una non applicazione di fatto dei principi fissati nella Costituzione, negli atti normativi o nella giurisprudenza[34]. In questo senso, la distanza, talvolta anche notevole, fra il diritto come previsto sulla carta (*law in the books*) e il diritto come concretamente applicato (*law in action*) può produrre conseguenze che possono essere giudicate in maniera assai diversificata, anche se, in quanto "non detto", costituisce un potenziale freno alla certezza del diritto oltre che a integrali e strutturate verifiche dello stesso e a conseguenti modifiche di sistema.

Da ultimo, è opportuno segnalare come molti altri potrebbero essere i profili costituzionali investiti dalla tematica in oggetto. Si è scritto molto, ad esempio, sul ruolo del giudiziario di fronte alle attribuzioni parlamentari, sul confronto fra giustizia sostanziale e democraticità del sistema, sulla compatibilità dei limiti all'autodeterminazione individuale con l'assetto costitutivo della forma di Stato di derivazione liberale. In ogni caso, in termini metodologici, emerge la necessità che il diritto che si occupa di tali tematiche si apra a considerare attentamente, fra l'altro, i mutamenti del sentire sociale (segnato in maniera sempre più profonda da un pluralismo che va attentamente

[34] Si pensi, ad esempio, all'illegittimo e colpevole rifiuto dei responsabili di alcune Aziende sanitarie di prendere in considerazione le richieste di aiuto al suicidio. Nella Marche, così, è in atto un contenzioso per omissione d'atti d'ufficio all'interno del quale, ad oggi, il Tribunale di Ancona ha adottato un provvedimento di condanna (9 giugno 2021). Vista l'inerzia della Azienda, mantenuta anche dopo un'ulteriore diffida, il malato ha deciso di fare causa all'Azienda per omissione di atti d'ufficio, ai sensi dell'art. 328 c.p.

gestito), i progressi delle nuove tecnologie e l'impatto che tali fattori hanno sul diritto (impatto che anche va accuratamente riconosciuto e governato).

Una delle sfide a cui il costituzionalismo contemporaneo è chiamato a rispondere (nelle tematiche qui affrontate come in altre) è quella di porre le basi per un diritto che sappia applicare la resilienza non solo alle questioni economico-finanziarie, ma anche a quelle relative ai diritti (e ai doveri) delle persone.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 1/2022
Data: 4 gennaio 2022

Dopo la Pandemia: il futuro e la memoria costituzionale[*]

di **Gaetano Bucci** – *Ricercatore confermato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università del Salento* e **Michele Della Morte** – *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi del Molise*

ABSTRACT: This work highlights how the economic-pandemic crisis did not lead to the definitive crisis of the system of principles and values underlying the Constitution, which continues to be an essential tool to face up the problems that afflict the country. It represents the indispensable tool for resolving ongoing social conflicts in a progressive direction and thus guaranteeing a new democratic perspective of social life. In short, the collapse of the economic, social and environmental order cannot be confused with the collapse of the program of personal and social emancipation prescribed by the Constitution. The economic-pandemic crisis has revealed the limits of the neoliberal model based on the pursuit of profit, financial rent and wild mass consumption. The Constitution with its principles of solidarity and social justice therefore represents a fundamental guideline for getting out of the chaos caused by the crisis of economic globalization. The parties and movements that claim the need to rebalance the altered relationship between political control and the power of the economy and technology placed at its service, should return, in particular, to reflect on the powers of democratic government of the economy provided for by the Constitution in order to verify their relevance or the need for their remodeling, which makes them

[*] Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista. Il lavoro, dedicato agli scritti in onore di Pietro Ciarlo, è frutto di una riflessione comune. In ogni caso i paragrafi 1, 2 e 4 sono di Michele Della Morte, i paragrafi 3 e 5 di Gaetano Bucci.

capable of facing the problems posed by a globalized economy, but no less in need of being governed, according to the purposes of economic, social and environmental justice.

SOMMARIO: 1. Sulla catastrofe pandemica. – 2. La ricostruzione necessaria. – 3. L'attualità dei Principi fondamentali della Costituzione. – 4. Al di là del contingente. – 5. La Costituzione come bussola per uscire dalla crisi economico-pandemica.

1. Sulla catastrofe pandemica

Se si valuta il termine nella sua accezione comune, come sinonimo di tragedia, sciagura, e rovina, la Pandemia è stata un evento catastrofico. Basti pensare, in tal senso, al drammatico numero delle vittime, alle sofferenze patite dai contagiati, alle sfide che hanno riguardato la tenuta istituzionale degli Stati, al pesantissimo tributo pagato dalle fasce più fragili della popolazione, alle aporie che hanno accompagnato le scelte compiute dai Governi (più che dai Parlamenti) in tema di salute pubblica, per fugare ogni dubbio circa la portata catastrofica di quanto avvenuto negli ultimi due anni. La stessa estensione mondiale dell'evento non lascia adito a dubbi: il virus ha colpito indistintamente interi continenti, coinvolto persone, gruppi che hanno improvvisamente visto rivoluzionate le proprie vite, quella dei loro cari, compromesse le loro abitudini.

Per altro verso, ragionando, come in passato ha fatto la dottrina, sul significato del termine catastrofe, qualche approfondimento ulteriore è possibile, atteso che il vocabolo esprime, in diversa accezione, l'idea di una svolta, di un cambio di rotta, di un mutamento di paradigma: catastrofe, in tal senso, "non significa fine, ma mutazione di forma, magari riadattamento.

In ogni caso vi è catastrofe se ciò che muta ha carattere di irreversibilità"[1]. In tal senso la pandemia avrebbe provocato la crisi definitiva del sistema dei valori prevalenti nella società civile, determinandone appunto un mutamento irreversibile[2].

Questa lettura prospetta tuttavia non poche insidie, poiché potrebbe indurre taluno a considerare irreversibile la crisi delle democrazie costituzionali, rivelatesi incapaci di sopravvivere, perché

[1] Cfr. A. TAGLIAPIETRA, *Usi filosofici della catastrofe*, in *Lo Sguardo – Rivista di filosofia*, 2016.

[2] Cfr. V. FROSINI, *Etica della regola ed etica dell'eccezione*, in *L'etica della situazione. Studi raccolti da Pietro Piovani*, Napoli, 1974, p. 419; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2010

ormai incapaci di svolgere la loro funzione principale, ovvero quella di mediare il conflitto sociale in senso progressivo.

Dinanzi agli effetti drammatici della crisi in corso, il costituzionalismo moderno, non potrebbe, insomma, sopravvivere[3]. Ma è davvero così? o sono possibili altre letture?

2. La ricostruzione necessaria

Per rispondere a tale interrogativo appare utile considerare due distinte accezioni del termine "ricostruzione", le quali si oppongono, sia pur modo diverso, ad una lettura "catastrofista".

Per un verso ricostruire può significare ricomporre l'ordine preesistente, riproducendone, più o meno fedelmente, le caratteristiche primigenie. Per l'altro verso, ricostruire può indicare la volontà - dopo aver operato un confronto critico con la tradizione - di rinnovare le forme dell'esistente, pur nella consapevolezza della loro ineluttabilità e del loro valore.

In tal senso la ricostruzione si propone di ripristinare la validità dell'idea originaria, recuperandone criticamente la funzione ideale e denunciandone le aporie sul piano dell'effettività.

Un restauro, insomma, come «atto di cultura […] che guarda al futuro e non al passato». Una reintegrazione con «funzioni educative e di memoria, per le future generazioni» che mira alla «formazione d'ogni cittadino» nel senso spirituale e materiale più esteso[4].

Così interpretata, la catastrofe pandemica dischiude un orizzonte imprevisto di possibilità che coinvolge la stessa funzione delle Costituzioni democratiche, le quali - come efficacemente chiarito dalla dottrina - non possono mai smettere del tutto la loro «funzione ordinante»[5].

Più precisamente, occorre guardare alla possibilità di interpretare l'evento pandemico nella prospettiva del potenziale ri-adattamento della Costituzione, rinunciando, al contempo, ad identificare il collasso dell'ordine economico, sociale e ambientale con il collasso del progetto di emancipazione pensato dai Costituenti.

[3] Sul tema, cfr. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2016.
[4] Cfr. G. CARBONARA, *La reintegrazione dell'immagine*, Roma, 1976, p. 27
[5] Cfr. M LUCIANI, *Quattordici argomenti contro l'invocazione del potere costituente*, in *Democrazia e Diritto*, 3-4, 1995, 98

La pandemia ha sollevato ormai definitivamente il velo di Maya che oscurava i limiti del modello neo-liberale percepito, per un trentennio, come «privo di alternative», sicché risultava «più facile immaginare la fine del mondo, che la fine del capitalismo»[6]. Uno scenario neo-liberale che aveva come unico orizzonte il consumismo sfrenato e senza limiti[7].

È tempo, dunque, di ripensare alla funzione ordinante della Costituzione per affrontare le necessità del presente e del futuro post-pandemico[8]. Ciò comporta un «capovolgimento» della situazione esistente, che può essere raffigurato con l'immagine dell'«aratro che rivolta la terra consentendo la semina»[9].

La terra da rivoltare è simboleggiata dal modello neo-liberista e dalla dose massiccia di egoismo che porta con sé. Stiglitz, tra i molti, ha espresso il concetto con estrema chiarezza affermando che: «il ritorno alla normalità non deve significare un ritorno al neo-liberismo»[10].

Non si può che essere d'accordo.

3. L'attualità dei Principi fondamentali della Costituzione

Per quanto si è detto, pensare di sanare la ferita inferta dalla pandemia mediante la riattivazione del potere costituente costituirebbe un errore di prospettiva, così come il pensare lo stato di *eccezione permanente* alla stregua di un destino ineluttabile.

Al contrario il vero "rovesciamento" è legato, come s'è detto, al recupero dei valori del costituzionalismo democratico-sociale, nel segno della cultura politica che ha caratterizzato la storia del Novecento[11].

Al riguardo, risulta sufficiente richiamare l'insegnamento di Leopoldo Elia che sostenne come il potere costituente si fosse esaurito con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana[12].

---

[6] Cfr. M. FISHER, *Realismo capitalista*, Milano, 2018.

[7] Cfr. R. BODEI, *Limite*, Bologna, 2016, p. 103.

[8] Cfr. G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione,* in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, p. II., il quale sostiene che la «ricostruzione» dovrebbe muovere dai valori e dai principi della Costituzione.

[9] Cfr. A. TAGLIAPIETRA, op. cit., 13

[10] Cfr. J. STIGLITZ, *L'economia statunitense nelle mani di Janet Yellen*, in *Internazionale*, 19 dicembre 2020.

[11] Cfr. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s) bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, p. 80.

L'uso di tale potere appare pertanto inidoneo per affrontare i problemi della "ricostruzione" posti dalla crisi economico-pandemica[13], specie in considerazione del fatto che nel corso della crisi i Principi fondamentali della Costituzione hanno riconfermato il loro valore, ponendosi come baluardo essenziale per la difesa dei diritti dei cittadini e dei lavoratori.

I diritti inviolabili previsti dalla Costituzione sono stati infatti rivendicati nelle lotte degli operai per ottenere le misure di sicurezza necessarie per garantire la propria salute e quella di tutti i cittadini[14], dei lavoratori tessili e di quelli della logistica a difesa del posto di lavoro, dei ciclo-fattorini per il riconoscimento delle garanzie connesse alle loro prestazioni, dei metalmeccanici per il rinnovo del contratto di lavoro, nonché nelle lotte per la difesa del territorio e dell'ambiente[15].

Pur sottoposta a fortissime tensioni (molto evidenti per ciò che concerne il sistema delle fonti)[16], la Carta continua a costituire una linea-guida fondamentale per orientarsi nel caos provocato dalla crisi della globalizzazione e da cui trarre indicazioni preziose per affrontare organicamente i molteplici problemi che travagliano la società.

Per uscire «da questa tragica vicenda» e per riprendere la prospettiva di libertà e di progresso costituzionalmente garantita, occorre riscoprire le «ragioni della solidarietà e del vivere assieme: valori che in molti hanno ritenuto non più perseguibili, trascinati dall'ansia di una società votata al consumo e all'individualismo proprietario»[17].

Se si dovesse pensare invece, di «stabilizzare, in via ordinaria, una drastica riduzione della socialità, un esponenziale aumento dell'individualismo, un aggravamento della paura dell'altro e

[12] Cfr. G. FERRARA, *Intervento* in occasione della presentazione del volume di L. ELIA, *Discorsi parlamentari*, (Palazzo Madama, Sala Koch, 5 ottobre 2018), in *memoriaweb*, trimestrale dell'*archivio storico del Senato della Repubblica*, 24, dicembre 2018.

[13] Cfr. M. LUCIANI, *Quattordici argomenti*, cit., pp. 97 e ss. e 103-104, pone in evidenza come la Costituzione vigente consenta solo l'esercizio del «potere di revisione» che, essendo un «potere costituito», non può realizzare o legittimare stravolgimenti del dettato costituzionale. Sul tema, cfr. anche A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1995.

[14] Cfr. M. REVELLI, *È l'inizio di un lungo braccio di ferro*, in *il manifesto*, 17/5/2020, il quale afferma come i lavoratori abbiano pagato, durante la prima fase della pandemia, un tributo altissimo, in termini di salute e di fatica, negli ospedali e nelle filiere della produzione e della logistica, permettendo al Paese di funzionare e garantendo così condizioni accettabili di esistenza per tutti.

[15] Cfr. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia*, cit., p. 77.

[16] Sul tema, cfr. G. AZZARITI, *L'eccezione e il sovrano. Quando l'emergenza diventa ordinaria amministrazione*, in *Costitizionalismo.it*, 17 febbraio 2010.

[17] G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19,* in *Questione Giustizia, on line*, 27 marzo 2020.

dell'ignoto, allora al rischio sanitario» non potrebbe che seguire «un nefasto regresso culturale» ovvero una «caduta» in una «nuova barbarie»[18].

4. Al di là del contingente.

Il superamento dello stato d'eccezione - concetto ambivalente che se non correttamente inquadrato può compromettere alcuni pilastri dello stato di diritto come la divisione dei poteri e la garanzia dei diritti - impone, insomma, una *renovatio* teorica e fattuale, nel segno dell'equilibrio costituzionale[19].

In tale contesto il vocabolo ri-adattamento cui si è fatto prima riferimento, assume un significato privilegiato, nel senso che non dev'essere interpretato come un "cedimento" dinanzi alle esigenze del fatto, bensì come uno «strumento di salvaguardia del *quid* che le Costituzioni intendono preservare», corrispondente «all'essenza di valore» sotteso «alle norme desumibili dal testo costituzionale»[20].

Tra le diverse forme possibili di azione, la vera novità consisterebbe dunque nell' attuazione della Costituzione intesa come realizzazione del compito attribuito al legislatore di inverare la «volontà progettuale dei costituenti»[21].

Il rilancio di tale progettualità costituzionale, si propone dunque come la via maestra per ripristinare il sistema democratico, la cui crisi la Pandemia ha certamente aggravato.

---

[18] Cfr. G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, 2021, pp. 340 ss., sostiene come usando lo «schema vichiano» del processo storico, l'epoca presente si possa considerare un'epoca che prelude alla «caduta» in una «nuova barbarie», la quale si verifica quando i popoli perdono il senso di «solidarietà» e la «dimensione sociale del conflitto». L'epoca attuale definita non a caso «nuovo medioevalismo», potrebbe rappresentare tuttavia anche un «rimedio», poiché potrebbe fornire ai cittadini l'impulso per riaprire «un nuovo ciclo di lotte per i diritti» finalizzato al «ritorno a forme di governo più civili». Sull'attualità del principio di solidarietà politica, economica e sociale previsto dalla Costituzione, cfr. G. AZZARITI, *Dall'«emergenza costituzionale» all'inattuazione della Costituzione. Il dovere di solidarietà*, in Aa. V.v., *Per un costituzionalismo esigente. Scritti in onore di Alfonso Di Giovine*, a cura di A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, D. Pamelin, Milano, 2020, pp. 192 ss.

[19]Cfr. M. CARRILLO, *Diritto di eccezione e sistema costituzionale in Spagna di fronte alla pandemia da COVID-19*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021; L. PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Torino, 2012.

[20] Cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2013, p. 3. Sul costituzionalismo come «insieme di rapporti che si identifica con il contenuto essenziale della democrazia, riconoscibile nella possibilità di cambiare pacificamente i governi e nella effettiva garanzia dei diritti in tutte le loro declinazioni e generazioni», cfr. P. CIARLO, *Costituzionalismo e pluralismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2015, p. 55.

[21] Cfr. M. LUCIANI, op. cit., p. 8

Attuare la Costituzione significa oggi recuperare il pluralismo ed il conflitto sociale che costituiscono le forze motrici di ogni progresso democratico[22], come dimostrano le lotte svoltesi nella fase del processo costituente e in quella degli anni sessanta e settanta del Novecento, quando un vasto movimento di lavoratori e di studenti riuscì a conseguire, in nome dell'attuazione della Costituzione, rilevanti conquiste sul piano istituzionale, sociale, sindacale e dei diritti civili[23].

La Pandemia ha riproposto con forza il tema del ruolo dello Stato e della sua legittimazione ad intervenire nell'attività economica per indirizzarla a fini sociali. Molteplici voci si sono infatti levate – dopo anni di tendenze radicalmente opposte – per reclamare più Stato e maggiore unità d'azione considerate come premesse essenziali per realizzare un'effettiva eguaglianza.

In tale contesto non appare casuale che una parte della dottrina abbia richiamato l'insegnamento di Hobbes al fine di individuare il confine tra libertà, soggezione e dominio che, nel corso della pandemia, si è rivelato labile a causa delle decisioni adottate dai Governi per fronteggiarla[24].

Hobbes nel definire i vincoli che incontra la libertà civile osservò che: «quando i cittadini privati [...] chiedono [...] libertà», con tale nome «non chiedono la libertà, ma il dominio, anche se per ignoranza non se ne accorgono».

Egli soggiunse inoltre che se «ciascuno concedesse agli altri [...] la stessa libertà che chiede per sé, tornerebbe lo Stato naturale in cui tutti possono fare legittimamente tutte le cose», ovvero uno stato che se «fossero consapevoli, respingerebbero come peggiore di ogni soggezione civile».

Per Hobbes, coloro che «chiedono di essere liberi da soli, mentre gli altri sono vincolati», chiedono, in realtà, «il dominio»[25].

Per quanto suggestiva, la riflessione di Hobbes *necessita* tuttavia di essere confrontata con quella di Machiavelli per il quale la libertà, intesa come partecipazione, non costituisce una rivendicazione di dominio antagonista rispetto a quella dello Stato, ma una necessità per lo Stato stesso.

Machiavelli ritiene cioè che la costruzione di uno Stato "forte" richieda il concorso delle forze politiche e sociali nella prospettiva del conseguimento dell'unità dell'azione statale, la quale non

[22] Sulla centralità del conflitto nel modello di democrazia sociale previsto dalla Costituzione, cfr. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010.

[23] Cfr. P. INGRAO, *Masse e potere*, Roma, 1977, p. 237, il quale richiama, a tale proposito, l'attuazione dell'ordinamento regionale, la riforma della Rai, la riforma della scuola, l'istituzione del Servizio sanitario, lo Statuto dei lavoratori, la scala mobile, la riduzione dell'orario di lavoro, i permessi retribuiti per il diritto allo studio, la legge sul divorzio, la riforma del diritto di famiglia, l'obiezione di coscienza, la legge sulla chiusura dei manicomi e la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza.

[24] Cfr. I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, in *Questione giustizia*, 30 luglio 2021

[25] Cfr. T. HOBBES, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Roma, 2021, X, 1, p. 136.

costituisce «il rovescio, ma la continuazione del conflitto esistenziale» diretto a comporsi in una sintesi superiore[26].

Roberto Esposito osserva come nel pensiero di Machiavelli la «forma» sia «tutta radicata nella materia». Questa suggestiva espressione richiama alla mente l'opera realizzata da Alberto Burri (c.d. cretto di Burri) nell'ambito del processo di ricostruzione della città di Gibellina distrutta dal terremoto del 1968.

Tale opera intende indicare che la "rinascita" può avvenire solo nella continuità di forme rinnovate, che non rimuovono, ma fanno i conti con le ferite inferte dagli eventi della storia.

La "materia" destinata a tenere insieme le macerie del passato e le prospettive del futuro è, dunque, e non potrà che essere, quella costituzionale, capace di tramutare i vincoli in altrettante possibilità.

In questa prospettiva risulta maggiormente utile la riflessione di Machiavelli rispetto a quella di Hobbes, perché postula l'idea di un futuro unitario dell'azione statale fondata sulla partecipazione conflittuale che - nella forma di governo recepita dalla Costituzione - deve trovare la sua espressione nel Parlamento considerato come luogo di confluenza e sintesi delle istanze espresse dalle forme del pluralismo politico e sociale[27].

5. La Costituzione come bussola per uscire dalla crisi economico-pandemica

Occorre, insomma, rifiutare ogni lettura neutralizzante e spoliticizzata della crisi in atto. L'emergenza ha consolidato una dinamica eccezionale che dovrebbe risolversi - anche grazie all'ausilio della scienza medica - in un ritorno ad una situazione ordinaria, la quale non potrà tuttavia essere ricostruita sulla base degli indirizzi tecnocratici del Recovery Fund o mediante un assetto monocratico incompatibile con la Costituzione[28].

[26] Cfr. R. ESPOSITO, *Ordine e conflitto. Machiavelli e la letteratura politica del Rinascimento italiano*, Napoli, 1984, 192. Sull'impostazione della democrazia pluralista delineata dalla Costituzione, la quale riconosce «i conflitti, ma li vuole mediare e regolare», cfr. P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 4.

[27] Cfr. G. FERRARA, *La democrazia come rappresentanza e come partecipazione*, in ID., *La crisi della democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Roma, 2012, 87; G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005.

[28] Su questi temi cfr. A. MASTROPAOLO, *Il Governo Draghi, la democrazia, il compromesso*, in *il mulino.it*, 23 settembre 2021.

Si potrà uscire dalla crisi e riprendere un cammino di progresso solo se le forze politiche sapranno recuperare una consapevolezza teorica adeguata alla gravità delle ferite inferte al corpo sociale dalla crisi economico-pandemica[29] e se comprenderanno, su tale base, la necessità di recuperare la loro legittimazione democratica attraverso il potenziamento della partecipazione, dell'inclusione e della rappresentanza.

I partiti ed i movimenti che rivendicano la necessità di riequilibrare il rapporto ormai alterato tra controllo politico e sociale e potenza dell'economia e della tecnica[30], dovrebbero tornare pertanto a riflettere sui poteri di governo democratico dell'economia previsti dalla Costituzione per verificare l'attualità o la necessità di una loro rimodulazione che li renda adeguati ad affrontare le problematiche poste da un'economia mondializzata, ma non per questo meno bisognosa di essere governata - a livello nazionale, sovranazionale e internazionale - secondo finalità di giustizia sociale[31].

Guardare al futuro è quindi possibile se si tornerà alla Costituzione e ai suoi principi di democrazia politica, economica e sociale che, dopo 70 anni, come hanno tentato di dimostrare alcuni recenti studi, non sembrano aver perduto il loro slancio[32].

Occorre ricostruire pertanto il loro significato interpretandolo alla luce delle contraddizioni del tempo presente, tessere nuovamente le fila di una coesistenza armoniosa tra gli stessi, rivalutare il loro significato precettivo e continuare ad interrogarsi senza tregua sul loro fondamento.

Una nuova unità d'azione statale nella direzione indicata dalla Costituzione, implica, dunque, la necessità di rimettere al centro dell'indirizzo politico le questioni concernenti l'attuazione della Costituzione, le quali concernono la garanzia dei diritti sociali, le relazioni tra Stato e Regioni, il riordino del sistema delle fonti, il finanziamento dei partiti, il ruolo dei corpi intermedi, la legge

[29] D. DI CESARE, *Virus sovrano? L'asfissia capitalistica*, Torino, 2020, pp. 12, 26, 88, afferma che la pandemia da Covid-19 non costituisce la conseguenza di una «catastrofe [...] naturale», ma dei «limiti della *governance* neoliberale». Sul legame tra la pandemia e il modello di sviluppo neo-liberista e sulla necessità di rilanciare «forme di lotta» finalizzate alla creazione di «un nuovo ordine economico», cfr. S. ŽIŽEK, *Virus. Catastrofe e solidarietà*, Milano, 2020, pp. 196 ss. Sul tema cfr. anche, con spunti molto critici, G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata, 2020; G. SAPELLI, 2020. *Pandemia e resurrezione*, Milano, 2020; S. MAFFETTONE, *Il quarto shock. Come il virus ha cambiato il mondo*, Roma, 2020.

[30] Cfr. A. SCHIAVONE, *Progresso*, Bologna, 2020, pp. 122, 147.

[31] Sul nesso nazionale-sovranazionale, cfr. F. DE FELICE, *Nazione e crisi: le linee di frattura*, in Aa.Vv., *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, Torino, 1996, pp. 114, 121.

[32] Cfr. Aa. Vv, *I principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, a cura di M. Della Morte, F.R. De Martino, L. Ronchetti, Bologna, 2021.

elettorale proporzionale, i rapporti tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa, il ruolo del Parlamento e delle assemblee elettive locali, il futuro digitale e la transizione ecologica.

Nell'affrontare queste rilevanti problematiche, occorre superare l'angusta logica dei fatti che, marginalizzando il progetto di emancipazione sociale prescritto dalla Costituzione, mira a promuovere processi di spersonalizzazione e neutralizzazione.

Per riprendere un percorso democratico e progressivo, bisogna invece elaborare una nuova filosofia della storia costituzionale capace di orientare inediti processi di democratizzazione dei rapporti politici e di socializzazione dei rapporti economici[33].

[33] Sulla Costituzione come strumento di «contropotere» o di «democrazia insorgente», cfr. A. ALGOSTINO, *I movimenti territoriali: come nuova manifestazione del conflitto sociale?*, in *Parolechiave*, dicembre 2018, p. 47; M. ABENSOUR, *La democrazia contro lo Stato. Marx e il momento machiavelliano*, Napoli, 2008. Sull'attualità dei principi e delle norme della Costituzione per fronteggiare le contraddizioni del presente, cfr. A. APOSTOLI, *A proposito delle più recenti pubblicazioni sull'uso della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, p. 73.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 1/2022

Data: 1° febbraio 2022

La produzione di vaccini e l'ordinamento costituzionale brasiliano: le sfide della Federazione nella pandemia del Covid-19[*]

di **Hendrick Pinheiro** – *Dottorando di Ricerca in diritto finanziario presso l'Università di San Paolo* e **Ana Luíza Calil** – *Dottoranda di Ricerca in diritto amministrativo presso l'Università di San Paolo*

ABSTRACT: The article analyzes the federalism arrangement and the institutional aspects that have enabled the production of vaccines in Brazil to address the Covid-19 pandemic. Through the analysis of legislative competence in health matters and the functioning of cooperative federalism, it is possible to trace the main aspects that characterize the regulation on the production of vaccines in the country, in particular: (i) the federalism model which comprises decentralization in the decision-making process in health matters and allows simultaneous and autonomous initiatives; (ii) the regulatory powers of the National Health Surveillance Agency on the safety and efficacy of vaccines; (iii) the existence of public-private partnerships, which include technology transfer, and; (iv) the existence of well recognized National Immunization Program in the country. The national production of vaccines involves not only public laboratories, but various other bodies, part of the health system and with specific roles in health surveillance system. Two public laboratories, however, stand out in the vaccine landscape: the Butantan Institute, in Sao Paulo, and the Oswaldo Cruz Foundation (Fiocruz), in Rio de Janeiro. Although the Brazilian approach to dealing with Covid-19 is strongly criticized, in any case, the national production of vaccines is a major reality in Brazil.

[*] Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il decentramento decisionale nel federalismo brasiliano. – 3. Il Sistema Sanitario Unico (SUS). – 4. L'Agenzia Nazionale di Sorveglianza Sanitaria (Anvisa). – 5. Produzione di Vaccini in Brasile. – 5.1. Fiocruz/Astrazeneca. – 5.1.1. Produzione di Vaccini con IFA Straniera Importata. – 5.1.2. Produzione con IFA Nazionale. – 5.2. Istituto Butantan/Sinovac. – 5.2.1. Produzione di vaccini con IFA straniera. – 5.2.2. Produzione vaccini con IFA nazionale. – 5.3. Il Vaccino Brasiliano: Instituto Butantan/Butanvac. – 6. Programma Nazionale di Immunizzazione (PNI). – Conclusione.

1. Introduzione

Il Brasile è uno Stato federale, circostanza che implica l'esistenza di zone di competenza esclusiva di ciascuno degli Stati che lo compongono e spazi di competenza comune con la federazione e, in entrambi i casi, la possibilità di agire più efficacemente attraverso un processo di coordinamento tra i diversi livelli di governo.

Gli interventi della legislazione in materia di salute pubblica intercettano una competenza dell'Unione, degli Stati, del Distretto Federale di Brasilia e dei Comuni della federazione brasiliana; e il Sistema Sanitario Unico (SUS) è la struttura istituzionale creata a livello costituzionale per promuovere il coordinamento tra gli enti della federazione.

Il dispiegarsi di questi raccordi istituzionali può essere osservato nel processo di acquisizione di materie prime e di rafforzamento delle *partnerships* che hanno portato alla produzione di vaccini in Brasile per affrontare la pandemia di Covid-19 da parte di due laboratori pubblici: l'Istituto Butantan, fondazione pubblica creata e finanziata dallo Stato di San Paolo, e la Fondazione Oswaldo Cruz (Fiocruz), alle dipendenze del governo federale.

Questo articolo cerca di analizzare, sotto l'aspetto giuridico, le disposizioni federali e statali che hanno reso possibile la produzione di agenti immunizzanti sul territorio brasiliano. In particolare, quattro elementi devono essere presi in considerazione per l'analisi di questa vicenda:

(i) il decentramento decisionale in materia sanitaria proprio del modello federale brasiliano;

(ii) i poteri regolatori dell'Agenzia Nazionale di Sorveglianza Sanitaria (ANVISA) in materia di vaccini;

(iii) l'esistenza di partnership pubblico-privato, che includono il trasferimento di tecnologia;

(iv) l'esistenza di un Programma Nazionale di Immunizzazione Consolidato (PNI) nel paese.

2. Il decentramento decisionale nel federalismo brasiliano

Il Brasile nasce come Stato unitario di matrice liberale[1] posto che il mantenimento dell'integrità territoriale[2], è uno dei principi presenti nella Costituzione Imperiale.

Il passaggio alla federazione arrivò dunque con la Proclamazione della Repubblica e la conseguente Costituzione del 1891 a partire dalla trasformazione in Stati delle antiche province e dell'ascensione al livello primario delle precedenti competenze amministrative[3].

L'influenza degli Stati Uniti sul modello della federazione brasiliana è evidente[4], a partire dalla consacrazione nel Testo costituzionale dell'indipendenza e dell'autonomia degli Stati federati[5].

Il modello federale è stato dunque adottato nella Costituzione Federale (CF) del 1988. La Federazione brasiliana si articola dunque nell'Unione, negli Stati, nel Distretto Federale di Brasilia e nei Comuni[6]. L'indipendenza degli Stati brasiliani è assicurata dall'autonomia politico amministrativa, nonché da quella finanziaria giacché ogni Stato dispone di risorse finanziarie proprie [7].

[1] BUENO, J. A. P. *Direito publico brazileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve, 1857.

[2] Tra le disposizioni della Costituzione c'era l'arruolamento obbligatorio di tutti i brasiliani per sostenere l'"integrità dell'impero" (art. 145) (BRASILE. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponibile su http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Accesso il 05 giugno 2021).

[3] BRASILE. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponibile in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Accesso il 05 giugno 2021.

[4] BARBOSA, R. *Discurso no Colégio Anchieta*. Rio de Janeiro, FCRB, 1981.

[5] ZIMMERMANN, Augusto. *Federação: conceito e características*. *In* ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio. Curso de direito constitucional. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 465-478.

[6] VELLOSO, Carlos. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 187, p. 1-36, gen. 1992. P. 3

[7] CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação***.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira. 2001. p. 8.

L'attuale federalismo brasiliano ha ereditato dalla costituzione del 1946 la vocazione cooperativa che si realizza attraverso strutture di raccordo istituzionale tra gli Stati dell'Unione nello svolgimento delle rispettive attribuzioni[8].

Un sintomo importante di questo carattere nella Costituzione del 1988 è la previsione di ambiti di competenza comune e concorrente, che rappresentano il superamento del dualismo nel riparto di competenze legislative nell'esercizio della competenza enumerate e riservate, in favore della cooperazione interfederale[9]. La cooperazione tra gli Stati membri enti assicura la piena realizzazione delle attribuzioni dei propri ambiti di competenza[10].

La salute è una materia che intercetta le varie sfere di competenza nella Costituzione del 1988[11]:

a) La salute e l'assistenza pubblica integrano la competenza condivisa tra i diversi livelli (art. 23, c. II), il che significa che Unione, Stati, Distretto Federale e Comuni possono legiferare sulla materia;

b) La protezione e la difesa della salute rientrano nella competenza concorrente (art. 24, capo XII, Cost. Federale), il che significa che l'Unione legifera sui profili generali, mentre gli Stati intervengono sulla disciplina di dettaglio;

c) I Comuni hanno la competenza di integrare la legislazione statale o federale, con riguardo a interventi rientranti di interesse locale (art. 30, capo II, della Costituzione federale).

La condivisione delle competenze in materia di salute nella Costituzione Federale è stata il fondamento di una recente decisione del Supremo Tribunale Federale, che ha confermato il potere degli Stati brasiliani di modificare le norme sulle misure sanitarie per contenere la diffusione del Covid-19[12].

Alla potestà legislativa in materia di sanità, in forza dell'intervento di riforma costituzionale del 2000 (emendamento n. 29, del 13 settembre 2000), si accompagna l'obbligo degli stessi Stati membri di destinare una parte minima dei loro bilanci nel finanziamento delle politiche sanitarie

[8] BERCOVICI, Gilberto. Federalismo e desenvolvimento regional no Brasil. In SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin; 2008, p. 889-905. P. 890.

[9] HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. *Revista do legislativo*, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, n. 25, p. 14-25, gen./mar. 1999.

[10] PINHEIRO, Hendrick; SANTOS, Marcela de Oliveira. Planejamento e federalismo na constituição de 1988: os desafios da ordem urbanística. In. COELHO, Diva Julia Safe; FERREIRA, Rildo Mourão; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. *Direito e sustentabilidade nos 30 anos da constituição*, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 51-72. p. 55

[11] BRASILE. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Accesso il 05 giugno 2021.

[12] BRASILE. *Medida cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672*, Giud. Rel. Alexandre de Moraes, Seduta Plenaria, giud. 13 ott. 2020, DJe 260, pub. 29 ott. 2020.

(art. 198, § 2, della CF). Tale disposizione costituzionale viene attualmente attuata ad opera dalla Legge Complementare 141, del 13 gennaio 2012, che obbliga l'Unione Federale a spendere, ogni anno, un importo non inferiore a quello destinato allo stesso scopo nell'anno precedente, in proporzione alla variazione del PIL (importo che non può essere meno del 15% delle entrate nette correnti); gli Stati e il Distretto Federale devono applicare un minimo del 12% delle entrate nette correnti; e i comuni devono applicare almeno il 15% delle entrate nette correnti.

La struttura condivisa delle competenze legislative in materia di salute associata al dovere di spesa minima attribuisce ai governi degli Stati dell'Unione il potere di decidere discrezionalmente sulla destinazione delle risorse le quali integreranno la quota di bilancio costituzionalmente riservata al finanziamento delle politiche sanitarie.

É proprio in questo contesto di decentralizzazione decisionale, che è stato possibile realizzare, simultaneamente, la produzione di vaccini a livello statale – specificamente nello Stato di San Paolo, attraverso l'Istituto Butantan - e a livello federale, attraverso la Fiocruz, conducendo processi paralleli di negoziazione, acquisizione di materia prima e partnership per la produzione dei vaccini.

L'insieme delle disposizioni che assicuravano la condivisione delle competenze in materia di sanità pubblica (art 23, c. II; art. 24, capo XII, art. 30, capo II,) prevista dalla Costituzione Federale del 1988 – che ha garantito l'autonomia del governo di San Paolo – ha evitato che fattori politici potessero impedire l'accordo con l'azienda farmaceutica cinese Sinovac per la produzione dell'agente immunizzante Coronavac da parte dell'Istituto Butantan.

3. Il Sistema Sanitario Unico (SUS)

Il carattere cooperativo del federalismo brasiliano si riflette nella previsione dell'esistenza di un Sistema Sanitario Unico nella Costituzione Federale del 1988, che prevede che "*as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único*" (art. 198).

Il SUS è stato strutturato per rapportarsi con i diversi livelli di governo, e dunque si configura come uno strumento di coordinamento federale delle politiche sanitarie di ogni livello. La sua organizzazione e funzionamento sono disciplinati dalla Legge n. 8.080/1990. La Legge del SUS regolamenta, su tutto il territorio della federazione, piani e servizi sanitari, eseguiti isolatamente o

congiuntamente, di carattere permanente o occasionale, da persone fisiche o giuridiche di diritto pubblico o privato.

Nella realtà brasiliana, l'effettivo decentramento delle competenze sanitarie è iniziato negli anni 1990 ed è una reazione al processo di concentrazione delle politiche sanitarie nelle mani dell'Unione realizzato durante la Dittatura Militare (1967-1988). Attualmente, l'intervento dell'Unione in ambito sanitario è molto limitato e si sostanzia soprattutto in un ruolo di coordinamento delle azioni messe in atto dagli altri livelli del governo, soprattutto utilizzando la leva del "trasferimento intergovernativo" delle risorse[13].

Il "trasferimento intergovernativo" è uno strumento che permette che le risorse siano cedute e assegnate ad altre Stati dell'unione, sulla base di parametri e criteri pianificati a livello federale. Sebbene sia importante mantenere un ragionevole grado di autonomia (finanziaria) a livello statale perché i governi degli Stati possano realizzare i loro programmi, è comunque fondamentale l'opera di coordinamento e pianificazione delle risorse del governo federale per il suo successo delle politiche pubbliche statali e federali[14].

Nel federalismo cooperativo brasiliano, vi è poi la funzione di coordinamento nazionale svolto dal SUS. Questo ruolo dell'istituzione federale è stato riconosciuto persino dal Supremo Tribunale Federale durante la pandemia. Il Supremo Tribunale Federale ha difatti chiarito che, sebbene ogni Stato dell'Unione abbia competenza autonoma per predisporre le misure per affrontare la pandemia, l'Unione conserva in ogni caso un ruolo di coordinamento[15].

Nel caso della produzione nazionale di vaccini per affrontare il Covid-19, il governo federale brasiliano ha assunto un comportamento contraddittorio quando non proprio negligente per quanto riguarda il processo di pianificazione e coordinamento della produzione del vaccino ma anche in relazione all'acquisto di dosi pronte, importate da laboratori stranieri.

Non vi sono stati ad esempio investimenti per accelerare lo sviluppo e la produzione dei vaccini dell'Istituto Butantan. L'acquisizione della proprietà intellettuale e della produzione industriale del vaccino presso il predetto l'Istituto Butantan è stata esclusivamente finanziata dallo Stato di San

[13] VIANA, Ana Luiza d'Avila; MACHADO, Cristiani Vieira. Descentralização e coordenação federativa: a experiência brasileira na saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, p. 807-817, 2009. p. 812.

[14] MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado: o federalismo fiscal da Nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 1, p. 89-119, 30 aprile 2021, p. 116.

[15] BRASILE. *Medida cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672*, Giud. Rel. Alexandre de Moraes, Seduta Plenaria, giud. 13 ott. 2020, DJe 260, pub. 29 ott. 2020.

Paolo, non vi è stato quindi il ricorso ai trasferimenti federali principale strumento di coordinamento federale nel SUS.

Ragioni politiche sono alla base della mancanza di investimenti, soprattutto nelle prime fasi, da parte del governo federale a sostegno delle azioni intraprese dal governo di San Paolo per la produzione del vaccino Coronavac presso l'Istituto Butantan. In questo senso, l'organizzazione delle misure sanitarie in Brasile che si dispiega a partire dal SUS non è stata sufficiente per garantire il necessario coordinamento degli sforzi tra gli Stati negli investimenti sui vaccini.

4. L'Agenzia Nazionale di Sorveglianza Sanitaria (Anvisa)

Nonostante le mancanze del governo federale per quanto riguarda la produzione e l'acquisizione dei vaccini, l'Agenzia Nazionale di Sorveglianza Sanitaria (ANVISA) ha comunque garantito, almeno, l'approvazione dell'uso di emergenza degli agenti immunizzanti in Brasile. All'Agenzia d'altronde spetta il compito di condurre l'analisi della sicurezza e dell'efficacia dei vaccini prodotti e utilizzati nel Paese, avendo al suo servizio le strutture tecniche per svolgere tali compiti.

L'ANVISA è stata istituita dalla Legge n. 9.782/1999, e le sue funzioni specificamente regolate dal Decreto n. 3.029/1999ì, ad essa fa capo altresì il Sistema di Sorveglianza Sanitaria Nazionale. Si tratta di ente di un'autorità indipendente; ciò significa che può agire in autonomia, non è soggetta all'ingerenza decisionale della pubblica amministrazione diretta, preposta alla farmacovigilanza, dotata di poteri di regolazione dotato di un regime speciale di autarchia, nonché di personalità giuridica di diritto pubblico, la cui istituzione ad opera del legislatore è appositamente prevista dall'art. 37, XIX della Costituzione federale del 1988.

Ebbene il regime speciale che distingue l'ANVISA la dota di specifiche prerogative e caratteristiche che rafforzano la sua autonomia sotto diversi aspetti, soprattutto se paragonata agli enti pubblici comuni[16] (ai sensi dell'art. 3, unico paragrafo, della Legge n. 9.782/1999 tali prerogative speciali sono l'indipendenza amministrativa, l'autonomia finanziaria e inamovibilità dei

[16] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações iniciais sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, anno 18, n. 71, luglio/ set. 2020. p. 10.

suoi dirigenti[17].

Nel 2019 è stata promulgata la Legge Generale sulle Agenzie di Regolamentazione (Legge n. 13.848/2019) con l'obiettivo fondamentale di creare un regime giuridico uniforme per tutte le agenzie. In tal senso, rafforzando l'indipendenza di tali soggetti, l'art. 3 della citata legge prevede e assicura effettiva autonomia politica, funzionale, finanziaria, decisionale e amministrativa delle agenzie di regolazione[18].

Inoltre, la suddetta disposizione garantisce agli enti l'assenza di subordinazione gerarchica rispetto ai ministeri del settore a cui sono collegati. È l'autonomia politico-amministrativa che assicura la libertà e l'autonomia decisionale dei direttori e dei tecnici dell'agenzia, indipendentemente dagli indirizzi del governo in carica[19].

In merito alle attribuzioni dell'ANVISA, la Legge n. 9.782/1999 concede all'agenzia ampie competenze, anche di natura normativa, in relazione a diversi settori economici che possono generare un rischio per la salute pubblica (art. 7). Pertanto, la citata legge concede all'ANVISA "*poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e do de reprimir as infrações*"[20],[21].

In particolare, sul potere normativo dell'ANVISA, il Supremo Tribunale Federale (STF) ha disposto che:

> La competenza normativa dell'ANVISA si distingue, emanando, nell'esercizio della regolamentazione del settore sanitario, in atti: (i) di carattere generale ed astratto; (ii) di natura tecnica; (iii) attuativi della politica nazionale di sorveglianza sanitaria; (iv) subordinati al rispetto dei parametri stabiliti dall'ordinamento costituzionale e dalla

[17] "Art. 3. (...) Paragrafo unico. La natura di un'autarchia speciale conferita all'Agenzia è caratterizzata da indipendenza amministrativa, stabilità dei suoi dirigenti e autonomia finanziaria".

[18] *"Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.".*

[19] GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, anno 18, n. 70, luglio./set. 2020. p. 95.

[20] ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes brasileiras: o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Revista de Direito Sanitário, v. 10, n. 3, 2010. Disponibile su: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13179>. Accesso in: 8 giu. 2021. p. 85.

[21] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10º. ed. riv., atuale e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 701

normativa di settore[22].

Il potere normativo delle agenzie di regolazione, d'altronde, trova giustificazione nella logica sottesa alla creazione di tali enti, ossia la necessità che certi settori – che rinviano alla tutela di interessi di rilevanza costituzionale - siano regolati da soggetti che possiedano le necessarie competenze tecniche per farlo e siano opportunamente indipendenti rispetto agli indirizzi politici, posto l'alto grado di tecnicità delle scelte che si trovano a compiere[23]. In questo senso, le leggi che disciplinano le agenzie di regolazione assicurano ad esse il potere di adottare atti normativi "*dotados de conteúdo técnico e respeitados os parâmetros (standards) legais, no âmbito do setor regulado*"[24]. L'obiettivo è consentire alle agenzie di sviluppare norme settoriali flessibili in grado di regolare la complessità della realtà sociale[25].

Il grande vantaggio dell'attività di regolazione delle agenzie deriva dalla loro imparzialità tecnica, distante dagli interessi politici. In ragione di ciò esse sono provviste in un intenso grado di autonomia

È stato proprio questa autonomia che ha garantito la pronta risposta dell'ANVISA alle esigenze emerse nel contesto della pandemia.

In particolare, l'ANVISA ha istituito, nell'ambito della Direzione Generale dei Medicinali (GGMED), il Comitato di Valutazione, Registrazione e Post-Registrazione dei Farmaci per la Prevenzione e la Cura del Covid-19.

Il Comitato è composto da 10 professionisti a rotazione: si tratta di farmacisti, medici, biologi e statistici, con almeno 10 anni di esperienza nella valutazione dei protocolli di studio e delle registrazioni dei vaccini secondo l'agenzia.

I vaccini fanno parte della categoria dei prodotti biologici, la cui procedura di registrazione è prevista dal RDC n. 55/2020. Le procedure per la richiesta di registrazione del prodotto prevedono

[22] BRASILE. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.874. Plenaria. Richiedente: Confederação Nacional da Indústria. Relatore: Ministra Rosa Weber. Brasília-DF, giudicado il 01/02/2018. DJe 09/02/2018.

[23] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 414.

[24] ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. Revista Digital de Direito Administrativo - USP, v. 6, n. 1. Disponibile su: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/151502>. Accesso in: 8 giu. 2021. p. 215.

[25] ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Poder Normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. Rivista di informazione legislativa, v. 37, n. 148. Ott./Dic., 2000. Disponibile su: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/646>. Accesso in: 8 giu. 2021. p. 286/287.

la presentazione all'ANVISA di tutti i dati tecnici richiesti (Relazione Tecnica e Relazione di Sperimentazione Terapeutica). L'agenzia, quindi, provvede all'analisi tecnica di tutta la documentazione fornita.

In riferimento alle procedure per i vaccini Covid-19 si devono ricordare:

a) La Risoluzione ("RDC") n. 348/2020, che ha definito criteri straordinari e temporanei per la registrazione e la post-registrazione di medicinali e prodotti biologici.

b) La Risoluzione ("RDC") n. 415/2020 che ha definito i nuovi criteri e le procedure straordinarie per la gestione delle istanze di registrazione e delle modifiche post-registrazione di farmaci e prodotti biologici. Il RDC ha revocato le disposizioni del RDC n. 348/2020 che riguardavano specificamente le richieste di registrazione per i prodotti biologici. La principale misura di flessibilità istituita è stata la possibilità di autorizzare la registrazione attraverso la successiva integrazione di dati e prove, tramite un *Atto di Impegno* firmato dalla società.

Il 18 novembre 2020 l'ANVISA ha pubblicato l'*Instrução Normativa* ("IN") n. 77/2020, che prevede una procedura per la trasmissione continuativa dei dati tecnici per la registrazione dei vaccini contro il Covid-19. L'invio continuo di questi dati è una procedura straordinaria creata per consentire l'analisi dei dati relativi ai vaccini Covid-19 man mano che vengono generati e presentati all'ANVISA, di modo che, una volta soddisfatti i requisiti normativi, venga presentata la domanda di registrazione dell'agente immunizzante.

Il meccanismo è stato appositamente sviluppato per velocizzare l'analisi dei dati tecnici sulla qualità, sicurezza ed efficacia dei vaccini per la prevenzione del coronavirus. Con la nuova procedura è possibile che l'azienda presenti dati parziali per l'analisi da parte dell'ANVISA, la quale può anche formulare quesiti, senza attendere la produzione integrale dei dati tecnici su qualità, sicurezza ed efficacia. Questo processo permette che al momento della presentazione della richiesta di registrazione, l'ANVISA abbia già analizzato e preventivamente approvato tali dati.

5. Produzione di Vaccini in Brasile

5.1. Fiocruz/Astrazeneca

Nel luglio 2020 è stato firmato un Memorandum di Collaborazionee tra la Fiocruz e l'Astrazeneca, che ha costituito la base per l'Accordo di Trasferimento di Tecnologia e la produzione di 100 milioni di dosi di vaccino contro il Covid-19 da parte di Bio-Manguinhos (unità di produzione di agenti immunobiologici della Fiocruz) nel caso di comprovata efficacia e sicurezza dell'agente immunizzante[26]. L'Accordo è stato firmato nel settembre dello stesso anno, attraverso un contratto di fornitura tecnologica ("ETEC"), che assicurava non solo il trasferimento di tecnologia per la lavorazione finale del vaccino, ma anche il successivo trasferimento di tecnologia per la materia prima farmaceutica attiva (IFA - *insumo farmacêutico ativo*) per la produzione nazionale del vaccino al 100%.

L'ETEC garantisce lo sviluppo e la conseguente importazione di IFA per la lavorazione finale (formulazione, imbottigliamento, revisione, etichettatura e imballaggio) e il controllo di qualità di 100,4 milioni di dosi a Bio-Manguinhos/Fiocruz. Le risorse per la produzione e l'acquisizione del vaccino sono state ricavate da una misura provvisoria che prevede un'apposita posta di bilancio straordinaria di R$ 1,9 miliardi. Inoltre, il contratto dell'ETEC stabilisce il trasferimento di tecnologia alla Fiocruz, che non avrà più bisogno di importare la materia prima ed eliminerà i rischi di dipendenza dall'estero.

Nel giugno 2021 è stato firmato l'Accordo di Trasferimento Tecnologico del Vaccino Covid-19, che formalizza il trasferimento di conoscenze per facilitare la produzione dell'IFA presso le strutture di Bio-Manguinhos/Fiocruz. I vaccini prodotti con l'IFA nazionale sarebbero stati messi a disposizione del Programma Nazionale di Immunizzazione (PNI) a partire dal mese di ottobre.

In parallelo alla produzione di vaccini con l'IFA nazionale, la Fiocruz ha concluso un accordo per la produzione di 70 milioni di dosi di vaccino in più nel corso del secondo semestre a partire dall'IFA importata.

[26] Disponibile su: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1910-vacina-covid-19-assinado-o-memorando-de-entendimento>.

5.1.1. Produzione di Vaccini con IFA Straniera Importata

Il primo ciclo del processo di trasferimento tecnologico ha coinvolto l'invio di un'IFA da parte di Astrazeneca, che ha reso possibile alla Fiocruz distribuire 100,4 milioni di dosi di vaccini al Programma Nazionale di Immunizzazione (PNI) nel primo semestre del 2021. Il calendario non è stato rispettato come nelle previsioni, visto che si è verificato un ritardo nella consegna delle IFA e nella continuità del processo di trasferimento tecnologico. Di questo totale di 100,4 milioni di vaccini, 4 milioni sono arrivati interamente pronti dall'India e sono stati debitamente consegnati nei mesi di gennaio e febbraio del 2021. Gli altri sono prodotti e lavorati nella stessa Fiocruz a partire dell'IFA importata.

Il 2 luglio 2021, Fiocruz e Astrazeneca hanno concluso un nuovo accordo per l'acquisizione di IFA sufficienti per la produzione di 20 milioni di dosi in più di vaccino contro il Covid-19, rispetto agli accordi già firmati menzionati. Gli accordi precedenti, d'altronde, hanno già garantito l'acquisizione di ulteriori IFA per la produzione di circa 50 milioni di dosi, che faranno parte delle consegne del secondo semestre in parallelo con la produzione nazionale. Con il nuovo impegno, Fiocruz potrà produrre 70 milioni di dosi ulteriori nel corso del secondo semestre, senza perdita delle dosi che verranno prodotte con l'IFA prodotta in Brasile[27].

In forza degli impegni sottoscritti, le nuove spedizioni di IFA per la produzione di 20 milioni di dosi sono previste nel corso dei mesi di agosto e settembre, il che dovrebbe garantire una produzione continua nel secondo semestre, eliminando ogni rischio di interruzione per mancanza di materia prima. I lotti rimanenti, necessari per la produzione delle restanti 50 milioni di dosi, verranno spediti nei mesi successivi, da ottobre a dicembre.

5.1.2. Produzione con IFA Nazionale

La Fiocruz ha realizzato, con risorse provenienti da donazioni private, l'adeguamento dell'impianto di produzione, nonché l'acquisizione delle attrezzature necessarie per l'utilizzo della

[27] Disponibile su: <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-recebera-ifa-adicional-para-mais-70-milhoes-de-doses>.

tecnologia di produzione dell'IFA presso il Centro Henrique Penna (CHP), parte del Complesso Tecnologico di Vaccini (CTV) nel campus della Fiocruz a Manguinhos, a Rio de Janeiro.

I nuovi impianti hanno già ricevuto le necessarie "Autorizzazioni Tecnico-Operative" (CTO) ANVISA, così come il "Certificato di Buone Prassi di Fabbricazione" (CBPF) per la produzione dell'IFA. Bio-Manguinhos è stata messa in condizione di avviare la produzione[28]. Il 2 giugno 2021 alla Fiocruz è stata conferita una banca di cellule e virus, per iniziare la produzione interamente nazionale del vaccino Covid-19 Fiocruz. Entrambi i conferimenti costituiscono la base per la produzione dell'IFA.

La produzione dell'IFA nazionale deve passare attraverso diverse fasi che possono durare alcuni mesi. Verranno prodotti due lotti di pre-validazione e tre lotti di validazione, che saranno sottoposti a test di comparabilità da parte di AstraZeneca. Parallelamente, verrà inviata all'ANVISA la documentazione necessaria per richiedere la modifica della registrazione del vaccino, incluso quello nuovo che prevede la fabbricazione locale dell'IFA, condizione necessaria per la consegna del prodotto al PNI. La previsione è che le prime dosi di completa produzione brasiliana vengano consegnate ad ottobre.

Secondo il presidente della Fiocruz e il direttore di Bio-Manguinhos, l'IFA prodotta a livello nazionale renderà possibile la somministrazione di 50 milioni di dosi in più al PNI nel secondo semestre, con consegne a partire da ottobre[29], oltre alle dosi che verranno erogate dalla produzione dell'IFA straniera.

5.2. Istituto Butantan/Sinovac

In data 8 giugno 2020 è stato firmato un Accordo, finalizzato alla somministrazione del vaccino *Coronavac* in Brasile, tra l'Istituto Butantan e la società Sinovac. L'Accordo prevedeva che, nel più breve tempo possibile, le parti stipulassero un nuovo accordo per la registrazione del prodotto,

[28] Disponibile su: <https://agencia.fiocruz.br/fiocruz-assina-contrato-de-transferencia-de-tecnologia-da-vacina-covid-19>.

[29] Disponibile su: <https://portal.fiocruz.br/noticia/vacina-covid-19-fiocruz-recebe-bancos-de-celulas-e-de-virus-para-produzir-ifa-nacional>.

nonché per il suo utilizzo e la fornitura di emergenza (Registrazione del Prodotto e Accordo di Marketing).

Il contratto è stato firmato il 30 settembre 2020 e prevede (i) l'acquisizione di 46 milioni di dosi del vaccino *Coronovac*, sviluppato dalla cinese Sinovac; (ii) il trasferimento integrale della tecnologia per la sua produzione[30]. Inoltre, è stato previsto che il vaccino sarà integralmente prodotto presso l'Istituto Butantan dalla fine del 2021.

5.2.1. Produzione di vaccini con IFA straniera

Il 20 ottobre 2020, il Ministro della Salute ha firmato un protocollo d'intenti per l'acquisto da parte del governo federale dei suddetti 46 milioni di dosi del vaccino Coronavac, già in fase di sviluppo da parte di Sinovac in collaborazione con l'Istituto Butantan[31] Questo accordo è stato sospeso dopo le dichiarazioni di Bolsonaro che diffidavano il ministro a proseguire le negoziazioni per il vaccino cinese.

L'accordo è rimasto in sospeso fino al 16 febbraio 2021, quando è stato finalmente concluso. Il contratto firmato dal Ministero della Salute prevedeva la fornitura di 46 milioni di dosi del vaccino Coronavac entro aprile 2021 e di altre 54 milioni entro settembre 2021, per un totale di 100 milioni di dosi da produrre presso l'Istituto Butantan con l'invio dell'IFA straniera[32].

In un'intervista del luglio 2021, il presidente dell'Istituto Butantan ha spiegato che l'Unione aveva proposto all'Istituto l'acquisto di altre 30 milioni di dosi del vaccino Coronavac. Resta il fatto che, ad oggi, il laboratorio di San Paolo non si è impegnato a consegnare le nuove dosi al Governo Federale.

Il Butantan rispetterà la consegna prevista nell'ultimo accordo e quindi darà precedenza ai contratti firmati nel 2020 con altri paesi e con lo stato di San Paolo [33]. Dalle dichiarazioni del

[30]Disponibile su: http://www.butantan.gov.br/noticias/governo-de-sp-assina-contrato-com-sinovac-para-o-fornimento-de-46-milhoes-de-doses-da-coronavac.

[31] Disponibile su: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-10/brasil-anuncia-que-vai-comprar-46-milhoes-de-doses-da-coronavac>.

[32] Disponibile su: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/01/07/saude-anuncia-acordo-com-butantan-por-46-mi-de-doses-da-coronavac-ate-abril.htm>.

[33]Disponibile su: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/07/06/dimas-covas-entrevista-coronavac-ministerio-saude.htm>.

governatore di San Paolo, João Dória, del 7 luglio 2021, l'Istituto Butantan doveva concludere la consegna di 100 milioni di dosi del vaccino al Ministero della Salute entro il 31 agosto 2021[34].

5.2.2. Produzione vaccini con IFA nazionale

In parallelo alla produzione delle dosi del vaccino Coronavac con IFA importata, l'accordo firmato tra Sinovac e l'Istituto Butantan il 30 settembre 2020 stabilisce il trasferimento della tecnologia per la produzione del vaccino. Di conseguenza, si prevede che l'immunizzante sarà integralmente prodotto dall'istituto a partire dall'ottobre 2021[35] e a questo scopo si sta costruendo un nuovo stabilimento in grado di produrre il vaccino Coronavac, inclusa la sua IFA, nonché altri vaccini.

Il nuovo stabilimento di Butantan è in costruzione dal 2 novembre 2020 e potrà disporre di 11.000 metri quadrati, secondo le stime del governo statale. La sua capacità di produzione dovrebbe essere di 100 milioni di dosi di Coronavac all'anno. La sua costruzione è stata finanziata dalle donazioni raccolte dal governo dello stato di San Paolo, che hanno raggiunto un totale di R$ 162 milioni[36].

Nel mese di giugno del 2021, è già stato compiuto il 60% del progetto e la consegna della struttura è prevista per il 30 settembre 2021. Secondo Tiago Rocca, farmacista industriale e responsabile delle partnership strategiche e dei nuovi investimenti di Butantan, dopo i processi di ispezione, certificazione e adeguamento normativo presso l'ANVISA e l'agenzia cinese, l'idea è di iniziare a produrre la materia prima nazionalizzata a fine anno. Questa IFA garantirà la fornitura degli impianti di produzione dell'Istituto Butantan, che attualmente provvedono la produzione delle dosi del vaccino Coronavac[37].

[34]Disponibile su: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/07/07/doria-anuncia-adiantamento-da-entrega-de-doses-da-coronavac-para-o-pni>.

[35]Disponibile su: <https://butantan.gov.br/noticias/governo-de-sp-assina-contrato-com-sinovac-para-o-fornecimento-de-46-milhoes-de-doses-da-coronavac>.

[36]Disponibile su: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/02/03/fabrica-do-butantan-vai-comecar-producao-industrial-da-vacina-coronavac-em-janeiro-de-2022-diz-doria.ghtml>.

[37] Disponibile su: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/06/21/projeto-da-fbrica-de-ifa-do-butantan-chega-a-60-pontos-percentuais-de-execuo.ghtml>.

5.3. Il Vaccino Brasiliano: Instituto Butantan/Butanvac

Finora i vaccini somministrati in Brasile contro il Covid-19 sono stati sviluppati all'estero, nonostante siano prodotti in Brasile. La loro produzione quindi dipende dalle materie prime provenienti dall'estero o dal trasferimento di tecnologia. Vi sono però più di 15 progetti nazionali per la produzione di agenti immunizzanti, il più avanzato dei quali è il Butanvac, dell'Istituto Butantan.

Il Butanvac è considerato il vaccino 2.0 contro il Covid-19. Il suo principale vantaggio è la produzione che avviene interamente in Brasile: esso è sviluppato dall'inoculazione di un virus modificato che contiene la proteina S di SARS-CoV-2 nelle uova di gallina embrionali - la stessa tecnologia utilizzata per il vaccino contro l'influenza. Oltre a essere economica e diffusa, soprattutto nei paesi emergenti, questa tecnica è una specialità del Butantan: l'istituto produce annualmente 80 milioni di vaccini antinfluenzali con questo metodo[38].

Il 7 luglio 2021, l'ANVISA ha approvato l'inizio dei test su essere umani del Butanvac. Le fasi 1 e 2 dei test vedranno la partecipazione, in totale, di seimila volontari di età superiore ai 18 anni, suddivisi in tre cicli: A, B e C. L'autorizzazione dell'ANVISA si riferisce al primo di loro, A, che avrà circa 400 partecipanti. È in questo momento che il Butantan definirà la quantità di millilitri di ciascuna dose a partire dalla divisione dei volontari in tre gruppi. La proposta degli sviluppatori prevede l'applicazione di Butanvac in due dosi, con un intervallo di 28 giorni tra di loro.

6. Programma Nazionale di Immunizzazione (PNI)

La struttura federale brasiliana garantisce grande autonomia agli Stati dell'Unione nelle politiche pubbliche sanitarie. L'esistenza del Sistema Sanitario Unico (SUS), ossia di un dispositivo istituzionale responsabile del coordinamento federale, non limita la libertà degli Stati di creare propri programmi di immunizzazione contro il Covid-19.

[38] Disponibile su: <https://butantan.gov.br/noticias/anvisa-aprova-inicio-dos-testes-em-humanos-da-butanvac-nova-vacina-do-butantan->.

Il tema è stato oggetto di questioni presentate al Supremo Tribunale Federale, il quale, pur riconoscendo l'esistenza del Programma Nazionale di Immunizzazione (PNI), ha comunque affermato che le autorità statali e locali nell'esercizio della loro autonomia possono dare corso a proprie politiche di approvvigionamento del vaccino[39].

In questo senso, vari Stati e Municipalità hanno cercato di acquisire agenti immunizzanti con risorse proprie per organizzare programmi di immunizzazione locali. Tra queste iniziative spiccano gli sforzi del Consorzio Nord-est, formato da nove stati della regione nord-est del Brasile, che ha annunciato l'acquisto del vaccino Sputnik V, quello della Janssen e della Sinopharma[40]. Nonostante ciò, finora, non vi sono state iniziative locali per l'acquisto di agenti immunizzanti.

Come si è già detto, da una parte, l'uso dei vaccini in Brasile è soggetto all'approvazione dell'ANVISA: dall'altra, il Governo Federale ha negoziato e acquisito un volume significativo di agenti immunizzanti approvati. Tali circostanze hanno finito per svuotare di senso le iniziative statali.

Quanto accaduto peraltro pure da imputare al fatto che il Brasile ha una solida storia di programmi di vaccinazione.

Il PNI è stato creato durante la Dittatura Militare ed è disciplinato dalla Legge n. 6.259/1975. Questa legge viene approvata a valle della campagna di eradicazione del vaiolo, condotta dal 1962 al 1973 che si accompagnava a una serie di iniziative destinate al controllo delle malattie infettive presenti in Brasile nei primi degli anni 1970[41].

Il PNI, d'altronde, è stata una delle prime esperienze di decentramento delle politiche sanitarie soprattutto alla fine degli anni 1980, quando le municipalità sono divenute gli e esecutori delle azioni del programma[42].

---

[39] BRASILE. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Civil Originária n. 3451*, Giud. Rel. Ricardo Lewandowski, Seduta Plenaria, giud. 24 febbraio 2021, DJe-045, pub. 10 marzo 2021; BRASILE. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 770*, Giud. Rel. Ricardo Lewandowski, Seduta Plenaria, giud. 24 febbraio 2021, DJe-045, pub. 10 marzo 2021.

[40] CONSÓRCIO NORDESTE. Comitê Científico de Combate ao Coronavirus. *Recomendação sobre vacinas*. Nordest del Brasile, 02 mar. 2021. Disponibile in http://www.consorcionordeste-ne.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Recomendação-sobre-vacinas_02mar2021.pdf. Accesso il 09 giugno 2021.

[41] TEMPORÃO, José Gomes. O Programa Nacional de Imunizações (PNI): origens e desenvolvimento. *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*, v. 10, sup. 2, p. 601-617, 2003.

[42] SILVA JUNIOR, Jarbas Barbosa. 40 anos do Programa Nacional de Imunizações: uma conquista da Saúde Pública brasileira. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 22, n. 1, p. 7-8, mar. 2013. Disponibile su<http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742013000100001&lng=pt&nrm=iso> . colpisce il 06 giugno. 2021. http://dx.doi.org/10.5123/S1679-49742013000100001.

La legge che struttura il PNI prevede che il Ministero della Salute sia l'organo responsabile dell'organizzazione, della realizzazione e del coordinamento dei piani, chiamato a fornire il provvedendo supporto tecnico, materiale e finanziario per la loro esecuzione (artt. 2, 3 e 4)[43]. Ai governi degli stati spetta la predisposizione di misure legislative supplementari, con l'obiettivo di organizzare l'adempimento del piano.

Il Decreto del Governo federale nº 78.231/1976 stabilisce che spetta al Governo Federale definire quali vaccinazioni sono raccomandate e quali saranno obbligatorie (articoli 26 e 27). In relazione ai vaccini obbligatori, spetta alla stessa Unione promuovere la vaccinazione (art. 32, capo I)[44].

In relazione ai vaccini non obbligatori inseriti nel PNI, l'esecuzione del programma rimane a carico dei competenti uffici degli Stati, spetta invece al Ministero della Salute (ex art. 32 del Decreto-Legge 78.231/1976): (a) stabilire i criteri e fornire supporto tecnico e finanziario per l'elaborazione dei programmi di vaccinazione; (b) stabilire norme generali per l'esecuzione della vaccinazione; (c) supervisionare, controllare e valutare l'esecuzione della vaccinazione nel territorio nazionale; (d) accentrare, analizzare e diffondere le informazioni relative al PNI.

Un'altra azione che ha contribuito a promuovere l'immunizzazione della popolazione brasiliana è rappresentata dal Programma Nazionale di Autosufficienza in Immunobiologici - PASNI, istituito nel 1985 con l'obiettivo di coordinare i produttori nazionali e stimolare il miglioramento della capacità produttiva, con azioni che prevedono investimenti federali nella Fiocruz - con la creazione del laboratorio Bio-Manguinhos,.- nonché istituti statali come l'Istituto Butantan (SP); l'Istituto di Tecnologia in Immunobiologici e Istituto Vital Brazil – IVB (RJ); l'Istituto di Tecnologia del Paraná – TECPAR (PR); e la Fondazione Ezequiel Dias – FUNED (MG)[45].

Il governo federale, attraverso il PASNI, sebbene avesse le risorse per investire nello sviluppo della produzione di agenti immunizzanti contro il Covid-19 in tutti questi centri, ha però scelto di concentrare i suoi investimenti, inizialmente sulla partnership Fiocruz/AstraZeneca. Gli investimenti che hanno permesso all'Istituto Butantan di sviluppare la capacità di produrre il

[43] BRASILE. *Lei n. 6.259, de 30 de outubro de 1975*. Disponibile su http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm. Accesso il 06 giugno 2021.

[44] BRASILE. *Decreto n. 78.231, del 12 agosto 1976*. Disponibile su http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D78231.htm. Accesso il 06 giugno 2021.

[45] DOMINGUES, Carla Magda Allan Santos; WOYCICKI, Jeanine Rocha; REZENDE, Kellen Santos; HENRIQUES, Cláudio Maierovitch Pessanha. Programa Nacional de Imunização: a política de introdução de novas vacinas. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*. Vol. 6, Supl. 4, Ottobre 2015, p.3250-3274, p. 3255.

vaccino Coronavac sono stati, inizialmente, realizzati con risorse in parte private e in parte messe a disposizione dallo Stato di San Paolo. Con il recente Accordo firmato tra il Ministero della Salute e l'Istituto Butantan, tuttavia, si prevede un ulteriore investimento di R$ 63,2 milioni per l'acquisizione di attrezzature per un nuovo impianto di produzione.

Il PNI da più di tre decenni in Brasile assicura l'esistenza di impianti di produzione nazionali attivi, la logistica per la distribuzione e la distribuzione dei vaccini tra gli Stati secondo la densità di popolazione e altri criteri. Il modello centralizzato di acquisizione e distribuzione garantisce parità nell'accesso agli agenti immunizzanti.

L'efficacia del PNI è stata rafforzata dalla destinazione, da parte del governo federale, di un massiccio volume di risorse per combattere il Covid-19. La legge federale n. 14.121/2021 stabilisce che le spese per l'acquisizione di agenti immunizzanti saranno realizzate attraverso risorse del bilancio del PNI e anche come crediti straordinari, per un importo che può raggiungere €400.659.877,00 (quattrocento milioni, seicento cinquantanove mille, ottocentosettantasette euro), messo a disposizione dal Ministero della Salute per finanziare programmi per affrontare la pandemia del Covid-19 (art. 8)[46].

I due laboratori nazionali che producono agenti immunizzanti - la Fiocruz, in collaborazione con AstraZeneca e l'Istituto Butantan, in collaborazione con Sinovac - forniscono attualmente tutta la loro produzione al PNI. In previsione c'è pure la produzione di dosi dell'agente immunizzante Sputnik V, attraverso una partnership tra l'Istituto Gamaleia, in Russia, e il laboratorio privato brasiliano *União Química*. Finora, tutta la produzione dei vaccini sul territorio brasiliano viene assorbita e distribuita dal PNI.

Oltre alle dosi prodotte in Brasile, il Governo Federale ha sottoscritto contratti per l'importazione di agenti immunizzanti da Pfizer/BioNTech e Jansen, oltre ad aver aderito al consorzio internazionale Covax Facility, destinando tutte le dosi immunizzanti attraverso il PNI.

In riferimento al piano di immunizzazione al Covid-19, il Governo Federale ha stabilito che la vaccinazione non sarà obbligatoria e comunque dovrà essere organizzata dagli Stati dell'Unione. Spetta al governo federale, invece, l'acquisto delle dosi, sia quelle prodotte sul suolo nazionale che

[46] BRASILE. *Lei n. 14.121, de 1 de março de 2021*. Disponibile su
: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.121-de-1-de-marco-de-2021-306197065. Accesso il 06 giugno 2021.

importate. Gli Stati e i Comuni sono responsabili dell'organizzazione di programmi per la somministrazione delle dosi.

La fiducia nel PNI come normativa federale consolidata ed in grado di dare buoni risultati, nonché il volume di risorse a disposizione del Governo Federale per affrontare la pandemia del Covid-19 sono stati i fattori che hanno persuaso il decisore politico a conservare un sistema accentrato per l'acquisizione e la distribuzione degli agenti immunizzanti in Brasile.

Conclusione

Il modello di federalismo adottato dall'Unione brasiliana nella Costituzione del 1988 garantisce un certo livello di decentramento decisionale nell'elaborazione e nell'attuazione delle politiche sanitarie. Ciò ha garantito la predisposizione di misure volte al contenimento e al contrasto della pandemia malgrado le divergenze politiche tra il Governo Federale e gli Stati dell'Unione. L'esempio più significativo in tal senso è rappresentato dallo Stato di San Paolo che ha avuto un ruolo fondamentale nel promuovere lo sviluppo, sul suolo brasiliano, di agenti immunizzanti contro il virus Covid-19 presso l'Istituto Butantan.

Come si tenta di illustrare in questo lavoro, il Brasile possiede un modello peculiare di gestione della tutela della salute sul proprio territorio. Questa gestione è affidata al SUS, il cui funzionamento dipende dalla collaborazione degli Stati brasiliani. Nonostante il tentativo di raccordare (giuridicamente) i diversi sistemi sanitari degli Stati, manca ancora un effettivo coordinamento, che favorisce il conflitto tra gli enti in danno della possibilità di dare corso a politiche comuni. Il STF ha riconosciuto che ogni ente ha autonomia per svolgere politiche sanitarie autonome, ma ciò non esclude la competenza dell'Unione sul coordinamento.

Sul piano istituzionale, dunque, il ruolo dell'ANVISA si è rivelato cruciale negli ultimi mesi. L'Agenzia, dotata di autonomia tecnica, ha provveduto rapidamente sulle richieste di autorizzazioni eccezionali per i vaccini. Attraverso la creazione di una regolamentazione più flessibile, necessaria nel contesto della pandemia, è stato possibile garantire l'approvazione dell'uso di determinati agenti immunizzanti in Brasile in tempi più ridotti. Il fatto che l'Agenzia sia collocata dall'ordinamento al riparo da influenze politiche è stato essenziale per garantire che il processo di approvazione non fosse condizionato da questioni ulteriori a quelle tecnico-scientifiche.

Per quanto riguarda la produzione dei vaccini sul territorio nazionale, il Brasile deve ancora affrontare la sfida di adattare i suoi impianti industriali alla produzione di IFA. Attualmente la produzione dipende ancora, sia per il vaccino della Fiocruz/Astrazeneca che per il vaccino Butantan/Sinovac, dalle importazioni di IFA straniere. Questa dipendenza tende a diminuire progressivamente con l'attuazione degli accordi di trasferimento tecnologico. Ci si aspetta già quest'anno di raggiungere una produzione di vaccini nazionali al 100%. In ogni caso, il *know how* sviluppato dalla Fiocruz e dal Butantan è stato fondamentale per rendere possibile la produzione in Brasile. L'esperienza nella produzione di agenti immunizzanti è stato un elemento determinante nello sviluppo delle partnership pubblico-privato in questione.

Oltre alla produzione, l'esistenza del PNI come politica pubblica consolidata e le risorse assicurate dal bilancio federale per combattere il Covid-19 sono fattori che possono spiegare perché il Governo di Brasilia stia guidando il processo di acquisizione e distribuzione delle dosi. In questo modo peraltro si è tentato di garantire parità nella distribuzione, in modo che tutti gli Stati brasiliani ricevano dosi sufficienti per la distribuzione interna e che la vaccinazione in Brasile, Paese dalle dimensioni continentali, sia effettiva.

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 1/2022
Data: 4 gennaio 2022

*La riforma dello sport: l'autonomia del circuito olimpico nazionale alle prese con la giuridificazione del fenomeno sportivo**

di **Federico Orso** – *Assegnista di ricerca di Diritto amministrativo all'Università di Firenze*

ABSTRACT: In the last few years, the Italian sport law system has been involved in a huge process of reform. For the first time since the Italian Republic was born, the Government tried to avoid the National Olympic Committee from being the head of the Italian sport system, with the aim of putting themselves in that position. This attempt caused a powerful reaction from the Olympic movement, not only in Italy but also internationally, forcing the Italian Government to rethink their plans and to look for different solutions. Unfortunately, this struggle for a new equilibrium hasn't reached any conclusion: after almost three years the reform of the Italian sport law system has still not come to an end and it is not clear at all when, and if, it will happen. The essay goes through this process of reform, trying to explain why things haven't worked as they were supposed to and how the Italian Government should act in order to fix it.

SOMMARIO: 1. Introduzione: una riforma sbagliata nel metodo – 2. Tra la domanda di autonomia del movimento olimpico nazionale e l'esigenza di attrarre le politiche sportive nel circuito democratico – 3. La compressione dell'ambito di attività del Coni e il problema della sua dotazione organica: l'approvazione del d.l. n. 5 del 2021 – 4. La crisi politica e il nodo del limite al rinnovo dei mandati – 5. Alcune considerazioni di sintesi. Mito e realtà della compressione dell'autonomia e dell'indipendenza degli enti del circuito olimpico

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Introduzione: una riforma sbagliata nel metodo

In armonia con lo «spirito olimpico», all'inizio e alla fine di ogni competizione sportiva gli atleti si stringono la mano in segno di «amicizia», «solidarietà» e «correttezza»[1].

Non è però con una stretta di mano che nell'autunno del 2018 è iniziata la *partita* della riforma dello sport[2], né è facile immaginare che lo strappo tra i vertici delle istituzioni statali e del movimento olimpico nazionale possa ricucirsi facilmente. Anzi, è piuttosto da sospettare che al termine dell'attuale *cessate il fuoco*[3], i concorrenti torneranno a confrontarsi senza esclusione di colpi e con risultati che tutt'oggi appaiono profondamente incerti.

Il fatto è che si è trattato di una riforma sbagliata. E l'errore, è questo ciò che maggiormente preme rilevare sin d'ora, è stato di metodo più che di merito (ché anzi, come si proverà a dire, il

[1] Si legge infatti nel punto 4 dei Principi fondamentali dell'olimpismo che «[…] the Olympic spirit […] requires mutual understanding with a spirit of friendship, solidarity and fair play» (i Principi fondamentali dell'olimpismo sono contenuti nella Carta Olimpica, che è consultabile sul sito internet istituzionale del Comitato Internazionale Olimpico).

[2] Sulla riforma dello sport si segnalano: G. AGRIFOGLIO, *Un momento dialettico tra ordinamento sportivo e ordinamento statale: la riforma in materia di lavoro sportivo*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2021, 1, pp. 169-199; C. BOTTARI, L. DIMASI, F. LAUS, L. ZAMBELLI, P. D'ONOFRIO, B. VITIELLO, D. LORENZETTI, *Brevi e puntuali riflessioni in ordine al commento degli uffici governativi al primo schema di testo unico sullo sport presentato dal dipartimento dello sport*, in *Diritto dello Sport*, 2020, 2, pp. 1-18 G.G. CARBONI, *L'ordinamento sportivo italiano nel diritto comparato*, in *federalismi.it*, 2021, 12, pp. 49-71; A. CARDI, *L'"ordinamento" sportivo e la "disciplina" statale dell'organizzazione e dell'attività sportiva (a margine delle recenti innovazioni legislative)*, in *federalismi.it*, 2020, 30, pp. 26-49; P. D'ELIA, *Il rapporto di lavoro subordinato sportivo alla luce del d.lgs. n. 36/2021: le vicende del contratto dei calciatori professionisti a seguito dell'emergenza Covid-19*, in *Riv. dir. sport.*, 2021, 2, pp. 119-140; F. RENDE, *Riforma dell'ordinamento sportivo e protezione dell'interesse del minore*, in *Riv. dir. sport.*, 2021, 1, pp. 21-47; D. RAPACCIUOLO, *La riforma italiana dello sport fra critiche, paventate illegittimità, paure e best practices*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2019, 2, pp. 9-20; L. RIPA, *Riforma strutturale dello sport italiano, verso una nuova figura di lavoratore sportivo?*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2020, 1, pp. 201-227; P. SANDULLI, *Un nuovo ruolo per i tifosi*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2020, 1, pp. 193-204; ID., *Note a prima lettura del disegno di legge n. 1603/2019 in tema di riordino dell'ordinamento sportivo*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2019, 1, pp. 47-56; M. SANINO, A. LA FACE, *Lo sport nella legge di bilancio 2019*, in *Riv. dir. sport.*, 2019, 1, pp. 57-97.

[3] Si intende cioè fare riferimento alla circostanza che l'entrata in vigore dei decreti attuativi della legge n. 86 del 2019 (d.lgs. nn. 36, 37, 38, 39 e 40 del 2021), già posticipata dal Consiglio dei ministri in sede di approvazione, è stata ulteriormente prorogata con d.l. 22 marzo 2021, n. 41 (anche se poi leggermente anticipata dal Parlamento con la legge 23 luglio 2021, n. 106). Di conseguenza, la riforma del lavoro sportivo (d.lgs. n. 36 del 2021) entrerà in vigore il 1 gennaio 2023 (eccezion fatta per le norme relative all'istituzione del registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche e al professionismo femminile, che entreranno in vigore il 1 gennaio 2022) assieme alle norme sulla professione di agente sportivo (d.lgs. n. 37 del 2021) e a quelle in materia di costruzione ed esercizio di impianti sportivi (d.lgs. n. 38 del 2021); l'efficacia delle disposizioni sulla semplificazioni degli adempimenti degli enti sportivi (d.lgs. 39 del 2021) è stata posticipata al 31 agosto 2022; infine, le norme sulla sicurezza nelle discipline sportive invernali (d.lgs. n. 40 del 2021) saranno efficaci a partire dal 1 gennaio 2022.

programma immaginato dal Governo appariva lodevole, se non in tutto almeno nei suoi tratti fondamentali).

Ingenuamente, infatti, si è creduto di potere avviare il più grande riassetto del governo dello sport della storia repubblicana partendo dalla riallocazione delle risorse invece che dalla ridistribuzione delle funzioni. Così, prima ancora di decidere quale sarebbe stata la sorte del Coni, che fino a quel momento aveva nei fatti esercitato le funzioni di un *ministero dello sport* collocato al di fuori del circuito democratico (su questi aspetti si tornerà più approfonditamente *infra*), circa il novanta per cento del finanziamento pubblico destinato alle politiche sportive fu trasferito a Sport e salute s.p.a., società pubblica a tal fine appositamente istituita e interamente partecipata dal Ministero dell'economia e delle finanze[4].

Tale scelta si deve con ogni probabilità all'eccessiva fiducia che l'Esecutivo aveva riposto nella stabilità degli equilibri politici contingenti e nella possibilità di distendere la propria azione lungo l'intero corso della Legislatura. È questo il motivo per il quale, nonostante ragioni di logica e di prudenza avrebbero suggerito di invertire l'ordine degli interventi, pensando cioè prima al riassetto istituzionale e poi, di conseguenza, alla ripartizione delle risorse, il Governo preferì utilizzare la prima legge di bilancio a disposizione per mettere al sicuro la parte finanziaria della riforma[5], rinviando le misure ordinamentali alla legge 8 agosto 2019, n. 86, e ai relativi decreti delegati da approvare a stretto giro.

Sennonché, proprio mentre il Parlamento licenziava questa legge, si aprì una violenta (quanto inattesa) crisi politica, dalla quale scaturì nel volgere di poche settimane la migrazione all'opposizione di uno dei due partiti di maggioranza (e in particolare, circostanza non irrilevante, proprio di quello di afferenza del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri al quale era stata assegnata *pro tempore* la delega in materia di sport[6])[7].

[4] «La società di cui all'articolo 8, comma 2, del decreto-legge 8 luglio 2002, n. 138, convertito con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2002, n. 138 [ovverosia la Coni servizi s.p.a.]», dice l'art. 1, co. 629, della legge n. 145 del 2018 (legge di bilancio per il 2019), «assume la denominazione di "Sport e salute Spa"»; «[l]e azioni» di tale società, prosegue il comma 633 della medesima legge di bilancio, «sono attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze».

[5] È questo, d'altra parte, un fenomeno piuttosto ricorrente, posto che, come noto, la legge di bilancio è, assieme al cosiddetto decreto fiscale (che normalmente la anticipa di qualche settimana) e alla eventuale *manovra correttiva* primaverile, l'unico veicolo normativo che consente di adottare misure imponenti sul piano finanziario (vedi in modo particolare all'art. 1, co. 630, della legge n. 145 del 2019).

[6] Il riferimento è ovviamente all'on. Giancarlo Giorgetti, al quale venne affidata, tra le altre, la delega «a esercitare le funzioni di programmazione, indirizzo e coordinamento di tutte le iniziative, anche normative, nonché ogni altra funzione attribuita dalle vigenti disposizioni al Presidente del Consiglio dei ministri in materia di sport» (così l'art. 3 del

Si era materializzato insomma il peggiore scenario possibile: il Coni era stato spogliato delle risorse ma continuava ad avere, almeno sulla carta, le stesse funzioni del passato; Sport e salute s.p.a. aveva le risorse ma non era chiaro di che cosa si sarebbe dovuta occupare; chi aveva progettato la riforma era transitato nelle fila dell'opposizione; il nuovo Esecutivo era sostenuto da una maggioranza diversa dalla precedente e la delega in materia di sport aveva addirittura cambiato colore politico. Nel frattempo, in quel più ampio disegno di *statalizzazione* delle politiche sportive che aveva animato il progetto di riforma, l'Ufficio per lo Sport, esile apparato burocratico incardinato nella Presidenza del Consiglio e assegnatario di funzioni marginali[8], era stato trasformato in Dipartimento[9] e reclamava adesso maggiore centralità[10].

Tale disegno di *statalizzazione*, peraltro, non assume rilevanza solo sul fronte, che è qui più specificamente oggetto di trattazione, dei rapporti tra le istituzioni democratiche e gli enti del circuito olimpico, ma ripropone, sia pur tra soggetti diversi, la tensione tra il centro e la periferia nella determinazione delle politiche sportive. Difatti, come si proverà a dire meglio più avanti, la riforma era sì animata dal condivisibile intento di attrarre la materia sportiva nel circuito decisionale democratico, ma finiva (e, nella parte approvata, ha finito) per sostituire al centralismo del Coni quello dello Stato. E ciò, nonostante l'«ordinamento sportivo», con tutte le incongruenze che questa formula trae seco[11], sia menzionato dall'art. 117 Cost. tra le materie di legislazione concorrente.

---

d.p.c.m. 27 giugno 2018, recante «delega di funzioni al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri on. dott. Giancarlo Giorgetti»).

[7] Come noto, nel mese di agosto 2019 si aprì una complicata crisi di Governo che portò alla fuoriuscita della Lega dalla maggioranza e alla formazione, il successivo 5 settembre, di un nuovo Esecutivo (Governo Conte II) sostenuto dai gruppi parlamentari di Camera e Senato del Movimento Cinque Stelle e del Partito democratico.

[8] L'ufficio per lo Sport era stato infatti trasformato in ufficio autonomo con d.p.c.m. 7 giugno 2016 per distaccamento dal Dipartimento per gli affari regionali, il turismo e lo sport e a esso erano state affidate una serie, invero modesta, di funzioni, elencate nell'art. 2 del d.s.g. 1o settembre 2016 (entrambi i decreti sono consultabili direttamente sul sito *internet* istituzionale del Dipartimento per lo Sport).

[9] Ciò è avvenuto in particolare con d.p.c.m. 28 maggio 2020, al quale ha fatto seguito, quanto alla ridefinizione dell'organizzazione interna, il d.m. 9 luglio 2020 (anch'essi consultabili sul sito *internet* istituzionale del Dipartimento per lo Sport).

[10] Tanto è vero che nello schema di decreto legislativo recante «misure in materia di ordinamento sportivo» sottoposto all'attenzione del Consiglio dei ministri del 24 novembre 2020, del quale si dirà *infra* nel testo §4, al Dipartimento per lo Sport era assegnato un nutritissimo elenco di funzioni (si veda l'art. 5, co. 2, dello schema). Non solo: nonostante questo schema di decreto, come si dirà, non sia mai stato approvato, al Dipartimento per lo Sport è comunque stata trasferita con gli artt. 4 ss. del d.lgs. n. 39 del 2021 la tenuta dell'istituendo Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche.

[11] Per un esame delle «perplessità suscitate dalla nozione di ordinamento sportivo» si rinvia a L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 1-31 (ma v. in particolare p. 20), il quale giunge alla conclusione che di tale nozione possa «ammetters[i] ancora l'uso, alla condizione però […] che sia "resa perfettamente innocua"»: «[i]l che equivale ad affermare», dice l'A., «che ordinamento sportivo significa

Ad ogni modo, di là da quest'ultima osservazione, la crisi di governo aveva determinato una situazione di estrema confusione e non era per nulla chiaro se e come la nuova maggioranza avrebbe saputo rimediarvi.

Come se non bastasse, in tale contesto di fragilità si è innescata poi l'emergenza sanitaria, che per un verso ha stravolto, anche nell'ambito delle politiche sportive, l'ordine delle priorità[12] e per altro verso ha determinato un'ulteriore dilatazione dei tempi, con il risultato pratico che gli iniziali dodici mesi stimati per l'attuazione della delega sono divenuti diciotto[13].

Ma il tempo, è noto, è nemico della politica. Così, proprio quando sembrava che la riforma, avendo superato gravi difficoltà politiche[14] e giuridiche[15], potesse finalmente giungere a conclusione, l'arrivo di una seconda crisi di governo ha stravolto nuovamente lo scenario,

semplicemente gruppo organizzato; o anche che il fenomeno sportivo non gode di un regime speciale e privilegiato rispetto a ogni altro fenomeno associativo».

[12] Sia sufficiente a questo riguardo rammentare la quantità di misure adottate, tra il 2020 e il 2021, per il sostegno alle associazioni e società sportive dilettantistiche e ai cosiddetti collaboratori sportivi durante i lunghi periodi di 'chiusura forzata' degli impianti (v. a questo proposito L. SANTORO, *La legislazione emergenziale sulle attività sportive nello svolgersi della curva epidemiologica*, in *Riv. dir. sport.*, 2020, pp. 290-301).

[13] È vero infatti che la delega doveva essere esercitata «entro dodici mesi» dall'approvazione della legge n. 86 del 2019. Nondimeno, questa stessa legge prevedeva che «se il termine per l'espressione del parere» da parte delle Commissioni parlamentari competenti fosse scaduto «nei trenta giorni» antecedenti «la scadenza» della delega «o successivamente», l'Esecutivo avrebbe avuto a disposizione ulteriori novanta giorni. Per di più, con l'art. 1 della legge 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, «i termini per l'adozione di decreti legislativi con scadenza tra il 10 febbraio 2020 e il 31 agosto 2020, che non [erano ancora] scaduti», furono «prorogati di tre mesi» (su questi temi v. N. LUPO, *La proroga "innominata" delle deleghe legislative in scadenza. a proposito dell'art. 1, comma 3, della legge n. 27 del 2020 (di conversione del decreto-legge n. 18 del 2020)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, pp. 605-621). Il risultato finale fu quindi che la delega, con scadenza inizialmente prevista per il 31 agosto 2020, è scaduta il 1o marzo 2021: non a caso, i cinque decreti attuativi, ai quali si accennerà *infra* nel testo, recano tutti come data di approvazione il 28 febbraio 2021.

[14] La maggioranza a sostegno del Governo Conte II, infatti, era molto più variegata di quella dell'Esecutivo precedente (che aveva, come si è detto, progettato la riforma): infatti, mentre quest'ultima era sostenuta esclusivamente dai gruppi parlamentari di Camera e Senato del Movimento Cinque Stelle e della Lega, la nuova maggioranza era sostenuta, oltre che dallo stesso gruppo parlamentare del Movimento Cinque Stelle e del Partito democratico, anche da quello di Liberi e Uguali e di Italia Viva (e al Senato per la precisione di Italia Viva-P.S.I.), ciascuno con le proprie sensibilità. A questa circostanza si aggiungano le avversità alla riforma provenienti dai vertici del movimento olimpico nazionale e internazionale, alle quali pure si farà rapido cenno *infra* nel testo.

[15] Difatti, con una nota del 21 ottobre 2020, il Dipartimento per gli Affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio, rappresentò una lunga serie di «criticità redazionali, sia dal punto di vista della chiarezza dei contenuti, sia del linguaggio normativo». La più importante di queste concerneva certamente il ricorso allo strumento del *testo unico*, come originariamente era stato immaginato dal Ministro per lo Sport, on. Vincenzo Spadafora: «trattandosi dichiaratamente di un testo unico», diceva la nota dell'anzidetto Dipartimento, «il testo [deve] essere sottoposto al parere obbligatorio del Consiglio di Stato, ai sensi dell'articolo 17, comma 25, lettera a), della legge n. 127 del 1997»; «la mancata acquisizione del parere», rilevava ancora la nota, «integrerebbe un vizio *in procedendo* sindacabile anche in sede di giudizio costituzionale». Fu così che, per evitare di dovere attendere il parere del Consiglio di Stato, che quasi certamente avrebbe determinato la scadenza dei termini di delega, si optò per lo spacchettamento del testo unico in sei distinti decreti legislativi (e ciò nonostante il Dipartimento per gli Affari giuridici e legislativi avesse segnalato come «comunque imprescindibile», a prescindere dal nome, «l'acquisizione del […] parere» del Consiglio di Stato).

costringendo alle dimissioni il Ministro per lo sport in carica e mettendo a rischio l'attuazione della legge n. 86 del 2019. Ne è nata quindi una faticosa trattativa tra le forze di maggioranza (tra le quali continuava peraltro a figurare pure il partito di afferenza del Ministro uscente), conclusasi pochi giorni prima della scadenza della delega con una vera e propria *soluzione al ribasso*: non soltanto dei sei decreti attesi ne sono stati approvati solamente cinque, con esclusione proprio di quello che avrebbe dovuto provvedere al riassetto istituzionale, ma vieppiù la loro entrata in vigore è stata posticipata, seppur con qualche eccezione, al 2023, quando però si sarà molto vicini al termine naturale della Legislatura[16]. Una circostanza, quest'ultima, a sua volta non secondaria se solo si considera la non indifferente quantità di atti ministeriali che dovranno essere adottati per dare concreta esecuzione ai decreti attuativi, dei quali dovrà dunque verosimilmente occuparsi un quarto Esecutivo.

Sarebbe già molto, ma non è tutto. È infatti appena il caso di menzionare la crisi senza precedenti che si è consumata nelle relazioni tra Palazzo Chigi e i vertici del movimento olimpico nazionale e internazionale durante le fasi di approvazione della riforma, solo parzialmente risolta con il d.l. 29 gennaio 2021, n. 5, che ha forse corretto certi eccessi dell'originario disegno ma non ha senz'altro risolto le questioni lasciate aperte a tempo indefinito dalla (parziale) mancata attuazione della delega.

Si prenderà quindi spunto proprio da questo conflitto per esaminare i contenuti della riforma dello sport e tentare qualche considerazione di sintesi.

2. Tra la domanda di autonomia del movimento olimpico nazionale e l'esigenza di attrarre le politiche sportive nel circuito democratico

Al fondo delle vicende che si sono sinteticamente raccontate sta il conflitto tra la risalente domanda di autonomia del movimento olimpico nazionale e l'esigenza, questa invero piuttosto recente, di attrarre le politiche sportive all'interno del circuito decisionale delle istituzioni democratiche.

[16] Come noto, infatti, la diciottesima Legislatura è iniziata il 23 marzo 2018 e si concluderà quindi nella primavera del 2023.

A tale scontro si è giunti all'esito di una progressiva emersione della rilevanza del fenomeno sportivo: la crescita esponenziale del numero di persone che praticano attività motoria[17]; l'acquisita centralità dello sport nelle politiche educative[18], di tutela della salute[19] e di inclusione sociale[20]; la presa di coscienza, oltre che dei benefici, anche dei rischi connessi all'attività sportiva[21]; l'incremento della componente economica dello sport[22], anche a livello dilettantistico[23] e

[17] Negli ultimi quaranta anni il numero di italiani che praticano uno sport con continuità è aumentato dal 15 per cento (nel 1982) al 26 per cento (nel 2019) della popolazione (v. l'Annuario Statistico Italiano 2020 dell'ISTAT, pp. 422-424). Addirittura, da uno studio coordinato dalla Commissione Europea, in collaborazione con gli Stati membri dell'Unione e l'Organizzazione Mondiale della Sanità, è risultato che quasi la metà degli adulti (di età compresa tra 18 e 69 anni) pratica attività fisica (vedi i dati sul sito *internet* istituzionale di Sport e Salute s.p.a. all'indirizzo https://www.sportesalute.eu/studi-e-dati-dello-sport.html).

[18] Si pensi, su tutti, all'insegnamento curricolare dell'educazione motoria nelle scuole elementari, introdotto dopo vari tentativi non andati a buon fine (vedi in particolare la proposta di legge di cui all'atto Senato n. 992 presentata nel corso della diciottesima Legislatura) «per la classe quinta a partire dall'anno scolastico 2022/2023 e per la classe quarta a partire dall'anno scolastico 2023/2024» (in questi termini l'art. 103 del disegno di legge di bilancio per il 2022).

[19] Basti pensare alla raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 26 novembre 2013, con la quale gli Stati membri si sono impegnati a elaborare politiche efficaci in tema di attività fisica propedeutica alla salute (cosiddetta *health-enhancing physical activity* – HEPA). Proprio in tal senso parrebbe essersi mosso il legislatore italiano con l'istituzione delle cosiddette palestre della salute di cui all'art. 2, co. 1, lett. ff), del d.lgs. n. 36 del 2021 (del quale si dirà sommariamente *infra* nel testo), destinate all'*attività fisica adattata*, che consiste, per l'appunto, nello svolgimento «di esercizi fisici» di «tipologia» e «intensità» «definite mediante l'integrazione professionale e organizzativa tra medici di medicina generale, pediatri di libera scelta e medici specialisti e calibrate in ragione delle condizioni funzionali delle persone [con] patologie croniche clinicamente controllate e stabilizzate o disabilità fisiche […] al fine di migliorare il livello di attività fisica, il benessere la qualità della vita e favorire la socializzazione».

[20] Viene qui in particolare alla mente il Fondo denominato *Sport e periferie*, istituito dall'art. 15, co. 1, del d.l. 25 novembre 2015, n. 185, e reso strutturale con l'art. 1, co. 362, della legge n. 205 del 2017 (al quale è stato complessivamente destinato circa mezzo miliardo di euro). Tale fondo, in particolare, è stato istituito allo scopo di finanziare interventi di costruzione o ristrutturazione di impianti sportivi finalizzati alla riduzione, attraverso la promozione di attività sportiva, dei fenomeni di marginalizzazione e degrado sociale, nonché al miglioramento della qualità urbana e alla riqualificazione del tessuto sociale (vedi in tal senso, da ultimo, il bando 2020, con il quale sono stati finanziati progetti fino a 140 milioni di euro, disponibile sul sito *internet* istituzionale del Dipartimento per lo Sport nella sezione dedicata a tale fondo). Ma si pensi anche all'affermazione del «diritto all'esercizio della pratica sportiva quale insopprimibile forma di svolgimento della personalità del minore» di cui all'art. 1, co. 369, della l. n. 205 del 2017 (confermato dall'art. 16 del d.lgs. n. 36 del 2021). Su questi aspetti v. E. LUBRANO, *Il diritto allo sport come diritto fondamentale in prospettiva anche costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, pp. 234-272.

[21] Si intende cioè fare riferimento all'enorme mole di atti normativi, tanto di natura legislativa che regolamentare, adottati per la tutela della salute di tutti coloro che pratica attività sportiva: si pensi, tanto per fare qualche esempio, all'obbligo di certificazione medica per tutti coloro che praticano un'attività sportiva, anche non agonistica, all'obbligo per i gestori di impianti sportivi di dotarsi di defibrillatori semiautomatici e di altri dispositivi salva vita oppure, non per ultimo, alla normativa antidoping (per avere una panoramica in tal senso si rinvia alla sezione «leggi» del sito *internet* istituzionale della Federazione italiana medici sportivi).

[22] Da uno studio condotto dal Comitato Leonardo – *Italian Quality Committee* in collaborazione con il Coni è emerso che lo sport conta in Italia circa 39mila imprese, nelle quali sono occupati, a vario titolo, circa 118mila lavoratori, per un valore di produzione complessivo di circa 17,5 miliardi di euro, con una crescita media annua oltre tre volte maggiore a quella del prodotto interno lordo (lo studio, del dicembre 2018, è pubblicato sul sito *internet* istituzionale del Comitato Leonardo all'indirizzo https://www.comitatoleonardo.it/it/attivita/sport-e-imprese-play-together-win-together-2/).

amatoriale[24]; la fioritura di imprese commerciali nel settore del fitness[25]; l'aumento dei *lavoratori sportivi*[26]; la crescente domanda di professionalità e la conseguente istituzione di un corso di laurea in scienze motorie[27]. Tutte circostanze, queste ultime, che hanno finito per mettere in risalto la rilevanza giuridica dello sport, sottraendolo alla *dimensione del superfluo* dove era stato relegato sino ai primi anni duemila assieme alle tante altre espressioni della socialità di carattere ludico.

Di fronte a tali fenomeni, lo Stato non può quindi più limitarsi a «riconosce[re] e favori[re] l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale», circoscrivendo il proprio intervento alla (eventuale e comunque successiva) tutela giurisdizionale delle «situazioni giuridiche soggettive […] connesse» a quell'ordinamento[28], ma è chiamato a *governare* in prima persona lo sport: non si tratta più, in altre parole, di delegare la determinazione delle politiche sportive nazionali al Coni

[23] Sia sufficiente a questo proposito rammentare che le associazioni e le società sportive dilettantistiche iscritte nel Registro Nazionale del Coni sono circa 120mila, con un totale di circa 12 milioni di tesserati (il registro è consultabile sul sito *internet* istituzionale del Coni).

[24] Si pensi, tanto per fare qualche esempio, al valore economico dei grandi eventi sportivi amatoriali di natura podistica o ciclistica, non a caso sempre più numerosi e talvolta sollecitati dalle stesse amministrazioni comunali (vedi su questi aspetti un interessante articolo apparso qualche anno fa sul sito *internet* del quotidiano Repubblica intitolato «Maratona spa: i 42.195 km diventano un business miliardario»).

[25] Si stima infatti che in Italia vi siano oltre 8mila centri fitness (su questi aspetti vedi https://www.ansa.it/canale_lifestyle/notizie/beauty_fitness/2019/05/28/il-fitness-e-business-tutti-i-numeri-del-mercato-in-italia_37fd6652-5d0d-41f6-a716-c1f264cd6f04.html).

[26] Più difficile è invece quantificare il numero dei *collaboratori sportivi*. Il problema, in particolare, si è posto in seguito alla decisione del Governo e del Parlamento di erogare un contributo in loro favore durante l'emergenza sanitaria: interpellata in tal senso, l'Agenzia delle Entrate ha indicato in circa mezzo milione il numero di soggetti che nel 2019 avevano percepito redditi diversi di cui all'art. 67, lett. m), del testo unico delle imposte sui redditi, dei quali, si crede, siano circa 190mila a non avere altra fonte di reddito (è questo infatti il numero di coloro che ha percepito il contributo: https://www.sportesalute.eu/primo-piano/3574-aggiornamento-bonus-collaboratori-sportivi-conclusione-del-procedimento.html).

[27] Sia sufficiente a questo riguardo menzionare l'art. 41 del d.lgs. n. 36 del 2021, che per la prima volta inquadra le figure professionali del «chinesiologo di base», del «chinesiologo delle attività motorie preventive adattate», del «chinesiologo sportivo» e del «manager dello sport», per le quali è richiesto, rispettivamente, il possesso della laurea triennale in Scienze delle attività motorie e sportive (L-22), della laurea magistrale in Scienze e tecniche delle attività motorie preventive (LM-67), della laurea magistrale in Scienze e Tecniche dello sport (LM-68) e della laurea magistrale in organizzazione e gestione dei servizi per lo sport e le attività motorie (LM-47).

[28] Il richiamo è qui ovviamente all'art. 1 del d.l. n. 220 del 2003, a memoria del quale: i) «la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale»; ii) «i rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo».

esercitando su di esso un'azione di vigilanza[29], ma di orientare queste politiche secondo i normali criteri di rappresentatività democratica[30].

È questo un aspetto decisivo sul quale vale forse la pena indugiare qualche attimo ancora. Tanto per cominciare, lo sport non è, come talvolta si potrebbe essere indotti a credere, una *vicenda riservata agli sportivi*: esso è viceversa connesso a moltissimi interessi generali, tra i quali, giusto per ricordarne alcuni, si possono menzionare la salute, l'istruzione, l'ambiente, il turismo, l'urbanistica e finanche la tutela del patrimonio storico e culturale[31]. In secondo luogo, va detto che lo sport coinvolge un numero di soggetti ben più ampio di quello ristretto al novero delle persone, fisiche o giuridiche, affiliate al circuito olimpico o a quello della promozione sportiva[32]. Pertanto, *appaltare* le politiche sportive al di fuori del circuito democratico significa sottrarre alle ordinarie logiche di rappresentatività un'area che si presenta, sia oggettivamente che soggettivamente, assai maggiore di quella che si è soliti ascrivere allo 'sport' in senso stretto. Ma soprattutto, cosa notevole, non si deve dimenticare che gli atleti (come pure le associazioni e le società sportive)

[29] Vedi stavolta l'art. 1 del d.lgs. n. 242 del 1999: «il Comitato olimpico nazionale italiano, di seguito denominato Coni, ha personalità giuridica di diritto pubblico, ha sede in Roma ed è posto sotto la vigilanza del Ministero per i beni e le attività culturali».

[30] Parrebbe questo in fin dei conti il pensiero di M. BOMBARDELLI, *I "signori dello sport" e i diritti dell'individuo verso le formazioni sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. […] (e in particolare v. la nota n. […]), il quale mette in evidenza come «nel nostro Paese […] risult[i] del tutto assente una politica sportiva in grado di assicurare la promozione dello sport, anche a livello agonistico, e l'educazione alla pratica sportiva presso tutte le fasce della popolazione, coinvolgendo in questo senso in modo organico e coerente tutte le istituzioni educative (a cominciare dalle scuole dove l'attività sportiva, che potrebbe essere centrale per i programmi dell'offerta formativa […], è relegata a materia di secondo piano)». Si rinvia in generale allo scritto dell'Autore, pp. […], per una lucida esposizione delle storture provocate dall'attuale assetto autonomo-separatistico dell'ordinamento sportivo rispetto alle istituzioni statali, con particolare riferimento alla tutela degli individui.

[31] Si pensi al recentissimo dibattito politico che ha portato all'introduzione dei commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 62 del d.l. n. 50 del 2017, ai sensi dei quali, in estrema sintesi «l'esigenza di preservare il valore testimoniale [di un] impianto [sportivo]» deve considerarsi «recessiva rispetto all'esigenza di garantire la funzionalità dell'impianto medesimo ai fini della sicurezza, della salute e della incolumità pubbliche, nonché dell'adeguamento agli standard internazionali e della sostenibilità economico-finanziaria dell'impianto».

[32] Ha sottolineato a questo riguardo L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo*, cit., p. 11, che «[n]el mondo dello sport gli attori non coincidono con le categorie che la trattatistica di genere riconduce sotto il capitolo dei "soggetti dell'ordinamento sportivo"»: accanto a questi, ha rilevato l'A., «vi sono appunto anche gli sponsor e gli spettatori, e i giocatori della schedina, e i fotografi sportivi e le case editrici sportive, e i genitori degli atleti, e le associazioni non riconosciute dalle federazioni, e tutti i soggetti che praticano attività sportive o semplicemente motorie non iscritti in alcuna associazione, e via via dicendo fino a ricomprendere la collettività intera». Considerazioni analoghe sono state fatte più di recente da M. BOMBARDELLI, *I "signori dello sport"*, cit., pp. […]: l'A. ha da un lato messo in evidenza l'esistenza del cosiddetto «terzo, non tesserato comunque dedito all'esercizio della pratica sportiva, che fa sport a pieno titolo ma non "…sotto l'autorità di un'organizzazione sportiva"», e dall'altro lato quei soggetti, tesserati o non tesserati, «in grado di influire ed essere influenzati in modo diverso» dalle istituzioni dello sport organizzato (tra i quali menziona, per esempio, i lavoratori, i tifosi, le imprese commerciali che ruotano attorno agli eventi sportivi e i mass media).

prima ancora di essere 'tesserati' per (o 'affiliate' a) una federazione, una disciplina associata o un ente di promozione, sono soggetti dell'ordinamento generale: di essi, quindi, lo Stato non può disinteressarsi nel nome dell'autonomia(-separatezza) dell'ordinamento sportivo[33].

Dall'altra parte, a fare da contraltare a questa legittima esigenza, manifestata in modo esplicito (almeno) a partire dalla legge di bilancio per il 2018[34], sta l'altrettanto legittima pretesa degli enti di governo dello *sport organizzato* di non vedere invasa la propria sfera di attribuzioni[35].

Sennonché, mentre rispetto ai soggetti estranei al circuito olimpico[36] la questione non si presenta tutto sommato diversa da quella, più generale, dell'autonomia dei privati, problemi maggiori parrebbero sorgere nei confronti delle «articolazioni [nazionali] dell'ordinamento sportivo […] facente capo al Comitato Olimpico Internazionale» e in modo particolare al Coni, alle federazioni e alle discipline associate[37].

Difatti, la Carta olimpica (sulla cui rilevanza giuridica sarebbe interessante fare chiarezza[38]) assegna ai comitati olimpici nazionali la «missione» di «sviluppare, promuovere e proteggere il

[33] Nel nome cioè di quell'idea che proietta l'autonomia dell'ordinamento sportivo sino al punto di farne un ordinamento *originario* e separato da quello statale (su questi aspetti si rinvia alle considerazioni critiche di L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo*, cit., pp. 3-20).

[34] Il riferimento è stavolta ai commi da 352 a 374 dell'art. 1 della legge n. 205 del 2017 con i quali, per la prima volta, ha trovato spazio in legge di bilancio un intero 'pacchetto' di norme dedicate allo sport.

[35] Di non vedere cioè invaso quello spazio di autonomia organizzativa, funzionale e finanche regolamentare che la Costituzione riconosce loro, quali formazioni sociali dove si svolge la personalità dell'individuo: è fuor di dubbio, ha rilevato M. BOMBARDELLI, *I "signori dello sport"*, cit., p. […], che «i soggetti che compongono il movimento sportivo rientr[i]no […] nel novero delle formazioni sociali diverse dallo Stato, che "hanno una funzione altamente benefica nella costruzione delle comunità umane" e per questo hanno titolo a vedersi riconoscere al pari delle altre formazioni sociali, come previsto dagli art 2 e 118, comma quattro, della Costituzione, un ruolo importante e una propria specifica autonomia». Senza dimenticare, però, che «le formazioni [sociali] non sono tutelate *ex se*, per un qualche valore a esse intrinseco, ma, piuttosto, perché sono funzionali all'attuazione dei diritti inviolabili dell'uomo» (così G. MANFREDI, *La giuridificazione dello sport*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, p. 329). In quest'ottica è di particolare interesse anche il lavoro di S. STACCA, *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Milano, 2018.

[36] Si vedano in modo particolare gli enti afferenti al circuito della promozione sportiva, ma il riferimento ben può essere esteso a quelli iscritti nel registro del terzo settore.

[37] Problemi maggiori sorgono, cioè, rispetto a quelle «articolazioni dell'ordinamento sportivo internazionale» alle quali l'art. 1 del d.l. n. 220 del 2003 sembrerebbe riconoscere un particolare *status* di autonomia. A questo proposito, si segnalano, tra gli scritti più recenti: M.F. SERRA, *Autonomia differenziata e "ordinamento sportivo"*, in *federalismi.it*, 2020, 24, pp. 330-360; F. SANGERMANO, *L'ineliminabile specificità del diritto sportivo nel quadro della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2020, pp. 466-490.

[38] Come è stato notato, infatti, considerato che il Comitato olimpico internazionale «è un organismo non governativo "privo di vera e propria personalità giuridica di diritto internazionale"», non sembrerebbe corretto fondarne la rilevanza giuridica sull'art. 10 Cost. (così L. FERRARA, *Giustizia sportiva (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2010, p. 500, dove sono richiamate le parole di G. MANFREDI, *Norme sportive e principio pluralistico*, in *Diritto dello sport*, 2008, p. 41). Pertanto, è vero che la Carta olimpica è richiamata sia dal d.l. n. 220 del 2003 (indirettamente) che dal d.lgs. n. 242 del 1999 (direttamente), ma tale richiamo parrebbe avere 'semplice' forza di legge (e pertanto a esso dovrebbe potersi derogare con legge successiva).

movimento olimpico nei rispettivi paesi», intimando però loro, al contempo, di «preservare la propria autonomia e resistere alle pressioni di qualsiasi tipo, comprese quelle […] politiche, giuridiche, religiose ed economiche che siano in contrasto con la Carta olimpica»[39].

Ebbene, è proprio partendo da questo principio, rafforzato dal richiamo che l'art. 2 del d.lgs. n. 242 del 1999 fa all'«ordinamento sportivo internazionale» e alle «deliberazioni e [a]gli indirizzi emanati dal Comitato olimpico internazionale»[40], che il Coni pretenderebbe di desumere a proprio favore la titolarità di una sorta di *monopolio legale* su tutto ciò che, direttamente o indirettamente, concerne il movimento (non solo) olimpico (ma più in generale sportivo) nazionale.

In effetti, la stessa Carta olimpica parrebbe accreditare siffatta impostazione nella misura in cui assegna «ai comitati olimpici nazionali» funzioni decisamente trasversali, che ne proiettano l'azione ben al di là della mera preparazione delle rappresentative olimpiche[41]: per un verso, infatti, a essi è assegnato il compito «di promuovere i principi fondamentali e i valori dell'olimpismo», oltre che nell'ambito dello sport agonistico[42], pure in quello dello «sport per tutti»[43] e finanche «nelle istituzioni scolastiche, sportive e motorie di ogni livello» e «nelle università»[44]; per altro verso, a essi sono anche affidate funzioni che solo indirettamente attengono alla *missione olimpica*, come

[39] «The mission of the NOCs», si legge nel primo comma dell'art. 27 della Carta olimpica, «is to develop, promote and protect the Olympic Movement in their respective countries, in accordance with the Olympic Charter». Poco più avanti, nel sesto comma, vi è poi scritto che «[t]he NOCs must preserve their autonomy and resist all pressures of any kind, including but not limited to political, legal, religious or economic pressures which may prevent them from complying with the Olympic Charter».

[40] «Il Coni», dice l'art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 242 del 1999, «è la Confederazione delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate e si conforma ai principi dell'ordinamento sportivo internazionale, in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi emanati dal Comitato olimpico internazionale, di seguito denominato Cio».

[41] Il riferimento a questa funzione non è casuale: non soltanto perché, come si può facilmente immaginare, è espressamente menzionata dalla Carta olimpica tra le attribuzioni dei comitati nazionali (art. 27, par. 7), ma vieppiù in quanto è proprio a essa che la legge di bilancio per il 2019 e l'art. 1 della legge n. 86 del 2019, delle quali si dirà *infra* nel testo, intendevano restringere la competenza del Coni.

[42] Quello che l'art. 27, par. 2.3, della Carta olimpica definisce «high performance sport».

[43] Inquadrato in termini di «sport for all» (art. 27, par. 2.3, della Carta olimpica), che però in Italia è per lunga tradizione riservato agli enti di promozione sportiva (basti pensare alla UISP che ha la dicitura «sport per tutti» addirittura nel proprio logo).

[44] Questo è il testo dell'art. 27, par. 2.1, della Carta olimpica: «[t]he NOCs' role is […] to promote the fundamental principles and values of Olympism in their countries, in particular, in the fields of sport and education, by promoting Olympic educational programmes in all levels of schools, sports and physical education institutions and universities, as well as by encouraging the creation of institutions dedicated to Olympic education, such as National Olympic Academies, Olympic Museums and other programmes, including cultural, related to the Olympic Movement».

l'aggiornamento professionale del personale amministrativo degli enti sportivi[45], il contrasto alla «discriminazione» e alla «violenza»[46] o, addirittura, la «tutela della salute degli atleti»[47].

Ora, con un pizzico di ingenuità, si potrebbe sostenere che tutte queste funzioni sono attribuite al Coni nei ristretti confini del circuito olimpico: pertanto, si potrebbe dire, ben può lo Stato appropriarsi del governo dello sport, a patto però di non interferire nell'attività del Comitato Olimpico Nazionale e nelle sue relazioni con gli enti che a esso fanno capo.

Sennonché, a ben vedere, la linea di demarcazione che si è appena suggerita è del tutto illusoria. Difatti, se si eccettuano (forse) gli enti commerciali o paracommerciali di più recente istituzione[48], il movimento sportivo italiano, anche in quella componente che talvolta è frettolosamente detta *di base*, fa (quasi) per intero capo al Coni. Per averne contezza, del resto, è sufficiente rammentare che pressoché tutte le associazioni o società sportive, professionistiche e dilettantistiche, sono di necessità associate a una federazione o a una disciplina sportiva (o almeno a un ente di promozione riconosciuto dal Coni) e sono quindi, a loro volta, inscritte nel circuito olimpico. E ciò, si noti, è storicamente accaduto non soltanto per ragioni di natura sportiva (connesse cioè al legittimo desiderio di un ente che svolge una certa attività di essere riconosciuto dal circuito 'ufficiale' di riferimento) ma anche per motivi di carattere giuridico (e si vedrà *infra* §5 quanto la riforma stessa, a dispetto della colpa di *statalizzazione* del fenomeno sportivo che le è sovente attribuita, abbia addirittura accentuato tale profilo)[49].

[45] «The NOCs' role is», dice l'art. 27, par. 2.4, della Carta olimpica, «to help in the training of sports administrators by organising courses and ensuring that such courses contribute to the propagation of the Fundamental Principles of Olympism».

[46] Sempre l'art. 27, stavolta nel par. 2.5, della Carta olimpica, attribuisce ai comitati nazionali la funzione di «to take action against any form of discrimination and violence in sport».

[47] Vedi infine il par. 2.8 del medesimo art. 27 della Carta olimpica: «[t]he NOCs' role is […] to encourage and support measures relating to the medical care and health of athletes».

[48] Il riferimento è in particolare a tutte quelle attività sportive o parasportive non riconosciute dal Coni, come il pilates o lo yoga (ma il discorso potrebbe estendersi alle cosiddette pratiche olistiche), le quali tuttavia assai di frequente trovano 'cittadinanza' presso gli enti di promozione sportiva (si pensi al caso del pilates, per il quale l'ASI, ente di promozione sportiva riconosciuto dal Coni, offre da anni corsi di formazione per istruttori).

[49] È a tale proposito normalmente ricordata la circostanza che i numerosi (e talvolta finanche eccessivi se comparati, per esempio, a quelli accordati dal d.lgs. n. 117 del 2017 agli enti del terzo settore) vantaggi fiscali riconosciuti alle associazioni e società sportive dilettantistiche sono dalla legge subordinati al *riconoscimento*, sotto forma di iscrizione in un apposito registro, da parte del Coni: una stortura, quest'ultima, almeno formalmente (ché nella sostanza, come si dirà *infra* nel testo §5, le cose non cambiano molto), corretta dal d.lgs. n. 39 del 2021, che ha sostituito all'attuale 'registro Coni' un «Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche» tenuto dal Dipartimento per lo Sport.

Olimpismo e non-olimpismo, quindi, vivono come in simbiosi, con la conseguenza che (quasi[50]) tutte le fattispecie rilevanti per l'ordinamento sportivo lo sono al contempo per l'ordinamento generale: così, tanto per fare un esempio, un allenatore, che per la federazione nazionale di riferimento deve essere in possesso di determinate competenze tecniche, è al contempo un «precettore» ai sensi dell'art. 2048 c.c. e non sarebbe certo peregrino ipotizzare che il legislatore, a un certo punto, pretenda da quell'allenatore il possesso di competenze scientifiche ulteriori e diverse da quelle tecniche (si pensi, tanto per dirne una, alla laurea in scienze motorie)[51]. Sarebbe questa un'illegittima invasione dell'autonomia dell'ordinamento sportivo? Si direbbe di no.

Come si vede, dunque, se con la distinzione tra olimpismo e non-olimpismo si intende riservare al Coni tutto ciò che attiene, sul piano organizzativo e funzionale, allo sport olimpico, è facile intuire come si finisca nei fatti per impedire alle istituzioni statali qualsiasi iniziativa normativa in ambito sportivo.

Occorre allora immaginare un approccio diverso: e questo è proprio ciò che ha provato a fare il legislatore all'inizio della diciottesima Legislatura.

3. La compressione dell'ambito di attività del Coni e il problema della sua dotazione organica: l'approvazione del d.l. n. 5 del 2021

«A decorrere dall'anno 2019», dice la legge n. 145 del 2018, «il livello di finanziamento del Comitato olimpico nazionale italiano […] e della Sport e salute s.p.a. è stabilito […] in misura non

[50] Seguendo l'impostazione dell'art. 2 del d.l. n. 220 del 2003, infatti, «la disciplina delle questioni aventi a oggetto […] l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive», nonché quella concernente «i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive» sarebbero «riservat[e] all'ordinamento sportivo». Sennonché, all'atto pratico, tale riserva si è rivelata affatto illusoria e sebbene la Corte non ne abbia mai dichiarata l'illegittimità costituzionale, dalle note sentenze nn. 49 del 2011 e 160 del 2019 possono trarsi numerosi elementi per desumerla (su questi aspetti vedi, tra gli altri, GRECO F., *Ordinamento sportivo e statale: dibattito aperto e riflessioni a distanza di qualche anno dalla storica sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2011*, in *Giustizia amministrativa (www.giustamm.it)*, 2015, X; MANFREDI G., *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa*, in *Giur. Cost.*, 2011, 688 ss.; PIAZZA I., *Ordinamento sportive e tutela degli associati: limiti e prospettive del nuovo equilibrio individuate dalla Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 2012, p. 187 ss.).

[51] Sui problemi connessi alla qualifica professionale dei tecnici (e alla loro libera circolazione in ambito europeo) si è recentemente soffermato J. ESPARTETO CASADO, *Regulación profesional de los técnicos deportivos y directivas del mercado interior de servicios y de reconocimiento de cualificaciones*, in *Amministr@tivamente*, 2021, 1, pp. 16-32.

inferiore complessivamente a 410 milioni di euro annui […]». Tali risorse, prosegue la legge, «sono destinate al Coni, nella misura di 40 milioni […], per il finanziamento delle spese relative al proprio funzionamento e alle proprie attività istituzionali, nonché per la copertura degli oneri relativi alla preparazione olimpica e al supporto della delegazione italiana»; «una quota non inferiore a 368 milioni […]» è invece assegnata a Sport e salute s.p.a.[52]

Questa disposizione ha rappresentato una vera e propria rivoluzione nel sistema di finanziamento pubblico del movimento sportivo italiano. Difatti, mentre fino a quel momento lo Stato aveva destinato al Coni circa 400 milioni di euro all'anno (e fino al 2011 addirittura 450 milioni all'anno[53])[54], qui si assisteva a una decurtazione del novanta per cento del contributo ordinario statale.

A venire in gioco, però, non era solo una questione finanziaria. Anzi, tutto considerato, era questa una mera emergenza episodica del più ampio disegno di *statalizzazione* del movimento sportivo nazionale che animava nel suo complesso il progetto di riforma. Sebbene infatti, come si è detto nell'introduzione, la legge di bilancio per il 2019 non contenesse misure di dettaglio, in essa erano già ben visibili alcune linee fondamentali: il Coni si sarebbe dovuto occupare, oltre che di quelle sue non meglio precisate «attività istituzionali», esclusivamente della «preparazione olimpica» e del «supporto alla delegazione italiana» in occasione dei giochi olimpici; tutto il resto, ivi compresa la gestione delle politiche di finanziamento delle federazioni nazionali, delle discipline associate, degli enti di promozione, dei gruppi sportivi militari, dei corpi civili dello Stato e delle associazioni benemerite[55], era devoluto a Sport e salute s.p.a.

[52] In questi esatti termini l'art. 1, co. 630, della legge n. 145 del 2018 recante il bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e il bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020.

[53] Prima cioè dell'avvio delle politiche di contenimento della spesa pubblica, che hanno come noto determinato *tagli lineari* al finanziamento degli enti pubblici, ivi compreso il Coni.

[54] Per avere contezza dell'andamento del contributo ordinario statale negli ultimi quindici anni, si vedano i documenti denominati «Budget annuale 2018» (p. 5 della relazione) e «Budget annuale 2019» (di nuovo p. 5 della relazione), entrambi consultabili sul sito *internet* istituzionale del Coni all'indirizzo https://www.coni.it/it/coni/amministrazione-trasparente/bilanci/bilancio-preventivo-e-consuntivo.html. Dalla consultazione di tali documenti emerge infatti che tale contributo, attestatosi attorno ai 450 milioni di euro dal 2005 al 2011, è stato ridotto a circa 400 milioni dal 2012 al 2019.

[55] Da determinarsi «in misura inizialmente non inferiore a 280 milioni di euro annui» (così il solito art. 1, co. 630, della legge n. 145 del 2018). Ai sensi dell'art. 8, co. 4-*ter*, come introdotto dalla ridetta l. n. 145 del 2018, «Sport e salute s.p.a.» provvede a tale finanziamento mediante «un sistema separato ai fini contabili ed organizzativi […] anche sulla base degli indirizzi generali in materia sportiva adottati dal Coni in armonia con i principi dell'ordinamento sportivo internazionale».

Tale impostazione acquisiva tuttavia contorni più definiti soltanto con la legge n. 86 del 2019. Questa, giustappunto, delegava «il governo», tra le altre cose, «ad adottare […] uno o più decreti legislativi per il riordino del Comitato olimpico nazionale italiano», di modo che i suoi «ambiti di attività» fossero individuati «coerentemente con quanto stabilito dall'articolo 1, comma 630, della legge 30 dicembre 2018, n. 145» e tenendo conto del «ruolo», che era detto «*proprio* del Coni [corsivo aggiunto]», «di governo dell'attività olimpica»[56]. Dunque, non soltanto il richiamo alla legge di bilancio per il 2019 faceva sì che le summenzionate funzioni di «preparazione olimpica» e di «supporto alla delegazione italiana» in occasione dei giochi olimpici assumessero i connotati di veri e propri criteri di delega per la ridefinizione delle competenze del Coni, ma vieppiù questa legge stabiliva adesso espressamente il principio per il quale tale ente si sarebbe dovuto occupare esclusivamente di governare l'attività olimpica: tutto il resto, per esclusione, sarebbe stato quindi di competenza delle istituzioni statali e, in particolar modo, della Sport e salute s.p.a. e dell'autorità di governo di volta in volta delegata in materia di sport, che avrebbe esercitato le proprie funzioni avvalendosi del neoistituito Dipartimento per lo sport.

Insomma, si era di fronte a un progetto di straordinario ridimensionamento del ruolo del Coni, che da ministero di fatto avrebbe finito per assumere le più modeste funzioni di ente di governo del movimento olimpico, intesa però questa locuzione stavolta nell'accezione affatto ristretta di *preparazione degli atleti olimpici* e di *supporto tecnico e organizzativo alle rappresentative nazionali*.

Il che, come si è accennato nell'introduzione, non soltanto assume rilevanza sul fronte, qui in esame, dei rapporti tra le istituzioni statali e gli enti del circuito olimpico, ma ripropone pure il tema della tensione tra centro e periferia nella determinazione delle politiche sportive. Infatti, sebbene fossero contemplati dei meccanismi di raccordo tra le istituzioni romane e quelle territoriali[57], a uno sguardo complessivo si ha la netta sensazione che la riforma avrebbe finito (e, nella parte che è stata approvata, abbia finito) per sostituire alla centralità del Coni quella dello Stato e, in particolare, di

[56] In questi termini era l'art. 1, co. 1, lett. d), della legge n. 86 del 2019.

[57] Infatti, l'art. 46 dello schema di decreto in materia di riordino istituzionale, del quale si dirà meglio *infra* nel testo §4, istituiva «per ciascuna regione e provincia autonoma […] un comitato territoriale per la promozione dello sport, composto da un rappresentante della regione o della provincia autonoma, che lo [avrebbe dovuto presiedere], un rappresentante dell'ufficio scolastico regionale, un rappresentante della società Sport e salute s.p.a., un rappresentante territoriale del Coni, un rappresentante territoriale del Cip», nonché «i presidenti regionali degli enti di promozione sportiva», con il compito di «promuove[re] un piano di coordinamento […] delle funzioni e dei compiti in materia di sport, al fine della efficiente gestione delle risorse pubbliche».

Sport e Salute s.p.a. e del Dipartimento per lo Sport. L'impressione cioè, ma l'argomento necessiterebbe forse di un'autonoma trattazione, è che il legislatore abbia privilegiato un approccio centralista, senza tuttavia tenere in debita considerazione lo spazio che la Costituzione, nell'art. 117, riconosce in materia sportiva al livello regionale.

Vi era però anche un'altra questione. In seguito alla trasformazione di Coni Servizi s.p.a., alla quale era stato trasferito nel 2002 il personale del Coni[58], in Sport e salute s.p.a., l'organico di quella era transitato alle dipendenze di questa. Sennonché, mentre prima dell'entrata in vigore della legge n. 145 del 2018 il Coni «si avvale[va]» del personale di Coni Servizi s.p.a. «per l'espletamento dei suoi compiti» in base a un «contratto di servizio» stipulato annualmente in modo che gli fosse comunque assicurata una disponibilità di impiegati e funzionari numericamente adeguata[59], tale contratto era adesso subordinato all'«approvazione dell'autorità di Governo competente in materia di sport»[60].

Ora, una dinamica siffatta, secondo i vertici del movimento olimpico nazionale e internazionale (ma non mancano valide ragioni per dubitarne[61]), avrebbe avuto l'effetto di dimidiare sensibilmente l'autonomia e l'indipendenza del Coni, sino al punto, si pensi, di mettere a rischio la partecipazione della delegazione italiana alle Olimpiadi di Tokyo programmate per l'estate del 2020 (e come noto posticipate all'anno successivo)[62]. È questo il motivo per il quale, «[r]avvisata […] la straordinaria necessità e urgenza di assicurare, sotto il profilo formale e sostanziale, la piena operatività,

[58] «Il personale alle dipendenze dell'ente pubblico Coni», si leggeva nell'art. 8, co. 11, del d.l. n. 138 del 2002 prima dell'approvazione del d.l. n. 5 del 2021, «resta alle dipendenze della Coni Servizi spa, la quale succede in tutti i rapporti attivi e passivi, compresi i rapporti di finanziamento con le banche, e nella titolarità dei beni facenti capo all'ente pubblico».

[59] Così l'art. 1, co. 1, del d.l. n. 138 del 2002 nel suo testo originario, adesso abrogato dall'art. 1, co., 629, della l. n. 145 del 2018.

[60] Questo era il testo dell'art. 8, co. 8, del d.l. n. 138 del 2002, vigente a seguito dell'entrata in vigore dall'art. 1, co. 634, lett. e), della l. n. 145 del 2018 e fino all'approvazione del d.l. n. 5 del 2021.

[61] La contestazione dei vertici del Coni, infatti, traeva il proprio fondamento dalla circostanza che la Coni Servizi s.p.a. aveva assunto (di fatto) le vesti di una vera e propria società *in house* del Comitato olimpico nazionale, sulla quale quest'ultimo esercitava sostanzialmente un controllo analogo. E ciò, perlopiù, era dovuto alla forte contiguità (se non direttamente all'identità) tra la presidenza dell'uno e l'amministrazione dell'altro ente. Resta fermo, però, che Coni Servizi s.p.a., proprio come Sport e salute s.p.a., era partecipata al 100 per cento dal Ministero dell'economia e delle finanze: pertanto, almeno dal punto di vista del personale, non si può tecnicamente parlare di un 'trasferimento' alle dipendenze del Ministero, ma di una conferma dell'assetto precedente.

[62] È nota a questo riguardo la vicenda che ha portato addirittura il Presidente del Comitato olimpico internazionale a inviare due lettere al Presidente del Consiglio dei ministri (la prima nel mese di agosto 2019 e la seconda all'inizio di dicembre 2020), mai pubblicate, nelle quali, secondo indiscrezioni giornalistiche, era lamentata una presunta *aggressione* del Governo italiano all'indipendenza del Coni. Una puntuale ricostruzione degli eventi è stata realizzata da M. MARANGONI, *Il lungo braccio di ferro tra Governo e Coni sulla riforma dello sport*, consultabile sul sito *internet* di Agi, all'indirizzo https://www.agi.it/sport/news/2021-01-25/coni-riforma-sport-governo-cio-11150849/.

l'autonomia e l'indipendenza del Comitato olimpico nazionale italiano, in coerenza con quanto stabilito dalla Carta Olimpica» e «anche al fine di favorire l'ottimale partecipazione della delegazione italiana ai XXXII Giochi Olimpici di Tokyo»[63], il Governo decise in tutta fretta, nelle more dell'approvazione dei decreti delegati, di «muni[re]» il Coni «di una propria dotazione organica nella misura di 165 unità di personale»[64] (con conseguente innalzamento del contributo ordinario statale a 45 milioni di euro all'anno[65]), trasferendogli altresì alcuni beni immobili ritenuti indispensabili «ai fini del perseguimento delle [sue] finalità istituzionali»[66].

Dunque, anche grazie alla pressione (più o meno legittimamente) esercitata dal Comitato olimpico internazionale e alla enorme risonanza mediatica che ne era scaturita, al Coni era stata nuovamente assegnata quella dotazione organica di personale che le era stata sottratta quasi vent'anni prima, in occasione della istituzione di Coni Servizi s.p.a.

4. La crisi politica e il nodo del limite al rinnovo dei mandati

Incassato il *colpo* nel 2018, il Coni aveva quindi messo a segno un *punto* a suo favore. Restava tuttavia ancora da giocare la *ripresa* decisiva per l'esito dell'*incontro*, quella cioè avente a oggetto l'attuazione della legge n. 86 del 2019 e, in particolare, della parte concernente il riassetto istituzionale.

A tale proposito, archiviata per ragioni tecniche l'idea di approvare un *testo unico*[67], l'Esecutivo aveva optato per lo *spacchettamento* della riforma in sei distinti decreti legislativi: il primo, per l'appunto, si sarebbe dovuto occupare del riordino dell'assetto istituzionale; il secondo aveva a oggetto la riforma del lavoro sportivo; il terzo disciplinava la professione di agente sportivo; il quarto recava le norme sulla costruzione e sull'esercizio degli impianti sportivi; il quinto

[63] Così, testualmente, la premessa n. 9 al d.l. n. 5 del 2021.
[64] Vedi l'articolo 1, co. 1, del d.l. n. 5 del 2021.
[65] In tal senso l'art. 2, co. 1, del d.l. n. 5 del 2021.
[66] Si veda stavolta l'art. 2, co. 4, del medesimo d.l. n. 5 del 2021.
[67] Vedi quel che si è detto *supra* in nota §1 con riferimento al parere del 21 ottobre 2020 del Dipartimento per gli Affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio, con il quale furono rappresentate all'amministrazione proponente una lunga serie di «criticità» dell'articolato di attuazione della l. n. 86 del 2019, in particolare afferenti agli ostacoli derivanti dal ricorso allo strumento del *testo unico*.

introduceva un pacchetto di semplificazione degli adempimenti burocratici degli enti sportivi; il sesto riguardava la sicurezza nelle discipline sportive invernali[68].

Va detto che quello sul riassetto istituzionale era un provvedimento molto interessante, che avrebbe, se non altro, consentito di fare ordine in un settore che era stato decisamente sconvolto dalla legge di bilancio per il 2019.

Questo, infatti, dedicava una sua intera Parte ai «soggetti», che divideva in «enti pubblici» (Titolo I), «enti privati» (Titolo II) «gruppi sportivi dei corpi civili dello Stato» (Titolo III, Capo I) e «gruppi sportivi militari» (Titolo III, Capo II)[69]: tra i primi (gli enti pubblici), figuravano l'Autorità di governo con delega in materia di sport, il Dipartimento per lo Sport, la Sport e salute s.p.a. (che erano disciplinati nel capo I), il Comitato olimpico nazionale italiano (capo II), il Comitato italiano paralimpico (capo III), la Nado Italia (capo IV), l'Istituto per il Credito sportivo (capo V) e il Comitato territoriale per la promozione dello sport, di nuova istituzione (capo VI); tra i secondi (gli enti privati) venivano presi in considerazione, oltre alle federazioni sportive e alle discipline sportive associate (capo I), gli enti di promozione sportiva (capo II) e le associazioni sportive benemerite (capo III)[70].

Il merito maggiore di questo provvedimento, però, era fuor di dubbio quello di elencare le funzioni che sarebbero state attribuite a ciascuno degli enti summenzionati. Così, non senza a dire il vero qualche eccesso di genericità e qualche rischio di sovrapposizione, sarebbe stato una volta per tutte chiaro *chi avrebbe fatto cosa*: l'Autorità di governo con delega allo sport avrebbe «defini[to] gli obiettivi e imparti[to] le direttive generali per la promozione e lo sviluppo dello sport»[71]; il Dipartimento per lo Sport si sarebbe dovuto occupare di «coordinare i programmi e le attività istruttorie per l'attuazione dell'indirizzo politico»[72]; la Sport e salute s.p.a. avrebbe dovuto «svolge[re] le funzioni strumentali alla realizzazione degli obiettivi connessi alle politiche pubbliche di promozione e sviluppo dello sport»[73]; al Coni, infine, sarebbe stato riservato il compito

[68] Eccezion fatta per il primo, che, come si dirà *infra* nel testo, non è stato approvato, gli altri cinque schemi sono oggi confluiti rispettivamente nei decreti legislativi nn. 36, 37, 38, 39 e 40 del 2021.

[69] Si noti che le norme concernenti i gruppi sportivi dei corpi civili dello Stato e i gruppi sportivi militari sono poi confluite nel Titolo VI del d.lgs. n. 36 del 2021 (artt. 43-49).

[70] Le informazioni riportate nel testo sono tratte dall'ultimo schema di decreto, non pubblicato, che l'Autore di questo breve scritto ha potuto consultare nello svolgimento di un incarico di consulenza conferitogli da un gruppo parlamentare di maggioranza, avente a oggetto proprio i lavori di attuazione della legge n. 86 del 2019.

[71] Così era l'art. 5, co. 1, lett. a), dello schema di decreto.

[72] Questo era il tenore dell'art. 5, co. 2, lett. a), dello schema.

[73] Vedi stavolta l'art. 6, co. 1, lett. a), dello schema di decreto.

di «organizza[re] e dirig[ere] la rappresentanza italiana alle Olimpiadi e alle altre competizioni multisportive organizzate dal Comitato olimpico internazionale, curando in particolare la preparazione degli atleti e l'approntamento dei mezzi idonei»[74].

Insomma, salva la previsione di *piattaforme di coordinamento* sia a livello nazionale[75] che territoriale[76], le *politiche sportive* venivano attratte per intero nel circuito democratico (statale[77]) e la loro attuazione sarebbe stata realizzata mediante apparati burocratici posti direttamente sotto il controllo della Presidenza del Consiglio dei ministri (*rectius*: dell'Autorità di governo con delega allo sport) e del Ministero dell'economia e delle finanze. Al Coni, viceversa, sarebbe rimasta (esclusivamente) la guida del movimento olimpico nazionale.

Ma questo testo non vide mai la luce. Difatti, nella riunione del 24 novembre 2020, il Consiglio dei ministri approvò solamente cinque dei sei schemi di decreto posti all'ordine del giorno, con esclusione, per l'appunto, proprio di quello concernente l'attuazione dell'art. 1 della legge n. 86 del 2019[78].

Le ragioni di tale insuccesso furono certamente molte e tutte di natura squisitamente politica[79]. Un ruolo non secondario lo ebbe però la questione dell'apposizione di un limite al rinnovo dei mandati negli organi di vertice del Coni e delle federazioni sportive: «il Presidente e gli altri

[74] In questi termini era l'art. 10, co. 2, lett. a), del solito schema di decreto.

[75] «Il Dipartimento per lo sport», diceva l'art. 5, co. 3, dello schema di decreto, «convoca, con cadenza almeno semestrale, il Consiglio nazionale per la promozione sportiva, cui partecipano un rappresentante dell'Autorità di governo competente in materia di sport, che lo presiede, uno del Ministero dell'Istruzione, uno per ciascuna regione e provincia autonoma, uno dell'Anci, un rappresentante per ciascuno degli enti di promozione sportiva, uno della società Sport e salute s.p.a., con compiti consultivi e di confronto sulle tematiche in materia di promozione sportiva». Non solo: il Dipartimento per lo sport avrebbe dovuto convocare «altresì, con cadenza annuale, una conferenza nazionale dello sport di alto livello, cui [avrebbero dovuto partecipare] i rappresentanti dell'Autorità di governo competente in materia di sport, del Coni, del Cip, delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate, al fine di discutere le istanze provenienti dalle istituzioni preposte all'organizzazione e al potenziamento dello sport nazionale di alto livello».

[76] Vedi quel che si è detto *supra* in nota.

[77] Si rinvia qui alle considerazioni che si sono fatte sopra sul rinnovato centralismo realizzato (ancorché solo in parte per via della mancata approvazione del primo dei sei decreti sottoposti all'attenzione del Consiglio dei ministri) dalla riforma in esame.

[78] Il comunicato stampa della riunione del Consiglio dei ministri del 24 novembre 2020, non più consultabile sul sito *internet* istituzionale della Presidenza del Consiglio, è disponibile all'indirizzo http://www.infoparlamento.it/tematiche/CdM/consiglio-dei-ministri-comunicato-stampa-del-24-novembre-202o.
L'ordine del giorno, anch'esso non più consultabile sul sito *internet* istituzionale della Presidenza del Consiglio, si trova all'indirizzo https://www.nomoscsp.com/cdm/odg-cdm-n-79-del-24-novembre-2020.html

[79] D'altro canto, come si è sinteticamente illustrato nell'introduzione, la maggioranza a sostegno del Governo Conte II (nel quale i decreti attuativi avevano preso forma) era diversa da quella che aveva sostenuto il Governo Conte I (nel quale viceversa era stata elaborata la legge delega). Per di più, alla fine di novembre 2020 questa aveva a sua volta cominciato a manifestare i primi segni di cedimento tanto che, di lì a breve, il Presidente del Consiglio fu costretto alle dimissioni.

componenti della Giunta nazionale» del Coni, diceva l'art. 12, co. 2, dello schema di decreto (ma una disposizione analoga era contenuta nell'art. 54, co. 2, per le federazioni), «non possono svolgere più di tre mandati».

Ebbene, è difficilmente contestabile che, dopo vari rimaneggiamenti e *fughe in avanti*[80], il testo posto all'attenzione del Consiglio dei ministri fosse riuscito a individuare un compromesso ragionevole, che ben poco aggiungeva o sottraeva alla legislazione vigente. Il limite dei tre mandati, infatti, era già stato introdotto con legge 11 gennaio 2018, n. 8, tanto che qui non si faceva che ricopiarne i contenuti *in parte qua*[81]. Ciò che invece di questa legge non veniva replicato erano le disposizioni transitorie contenute nell'art. 6, per il quale «i presidenti e i membri degli organi direttivi nazionali e territoriali delle federazioni sportive nazionali, delle discipline sportive associate e degli enti di promozione sportiva[82] che [fossero stati] in carica alla data di entrata in vigore della […] legge e che [avessero] già raggiunto il limite [dei tre mandati], [avrebbero potuto] svolgere, se eletti, un ulteriore mandato»[83].

A dirla tutta, non sarebbe stato difficile trovare una soluzione condivisa anche su questo punto, tanto più che quella disciplina transitoria, la cui massima gittata era giocoforza quadriennale, dopo quasi tre anni aveva pressoché esaurito la propria efficacia[84]. Cionondimeno, l'occasione era troppo ghiotta per far saltare l'approvazione di un testo che non aveva mai raggiunto la piena approvazione di tutte le forze politiche di maggioranza e che, soprattutto, era stata a più riprese contestata dai vertici del movimento olimpico nazionale e internazionale (vedi quel che si è detto in proposito nel precedente paragrafo).

[80] Originariamente, infatti, la volontà del Governo era quella di ridurre a due il limite massimo al rinnovo dei mandati negli organi di governo delle istituzioni sportive. Dopodiché, in un tentativo di mediazione (anch'esso fallito), si era immaginato di conservare il limite massimo dei tre mandati, prevedendo però che non se ne sarebbero potuti svolgere più di due consecutivamente.

[81] Come recitava l'art. 12 dello schema di decreto rammentato nel testo, nell'art. 1 della legge n. 8 del 2018 si legge che «[i]l presidente e gli altri componenti della giunta nazionale [del Coni], […] non possono svolgere più di tre mandati».

[82] È facile comprendere il motivo per il quale non fossero menzionati il Presidente e i membri della Giunta del Coni: per essi, infatti, il d.lgs. n. 242 del 1999 prevedeva prima dell'entrata in vigore della legge n. 8 del 2018 il limite di due mandati; essi, quindi, giocoforza, non potevano avere raggiunto il terzo mandato. Tale evenienza era invece ben possibile negli organi di vertice delle federazioni sportive, delle discipline associate e degli enti di promozione, per i quali viceversa non esisteva alcun limite.

[83] Con la precisazione, per il caso dei presidenti, che questo sarebbe stato possibile unicamente laddove fosse stata raggiunta «una maggioranza non inferiore al 55 per cento dei votanti».

[84] Sarebbe stato infatti sufficiente fare salva la disciplina transitoria di cui all'art. 6 della legge n. 8 del 2018, la quale peraltro non avrebbe giocoforza potuto proiettare la propria efficacia oltre la fine di gennaio del 2022 (per tacere della circostanza che i presidenti federali in condizione di beneficiare di quella *clausola di salvaguardia* erano rimasti molti pochi).

Fu così che il decreto sul riordino del Coni e della relativa disciplina di settore non venne approvato.

5. Alcune considerazioni di sintesi. Mito e realtà della compressione dell'autonomia e dell'indipendenza degli enti del circuito olimpico

Neppure gli altri cinque decreti ebbero però vita facile. Approvati in via preliminare dal Consiglio dei ministri[85], essi (e in particolare quello concernente le norme sul lavoro sportivo, del quale si dirà brevemente qui appresso) furono duramente contestati sia in Parlamento[86] che in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome[87]. Fu quindi anche per questo motivo che il Governo appena entrato in carica, in una delle prime riunioni del Consiglio dei ministri (e prima ancora che fosse sciolto il nodo della delega in materia di sport[88]), decise di approvarli rinviandone contestualmente l'entrata in vigore di (almeno) un anno (poi spostata ulteriormente in avanti)[89].

In estrema sintesi, alla riforma veniva contestato, e ciò fin dall'approvazione della legge di bilancio per il 2019, l'intento di realizzare un eccesso di statalizzazione del movimento sportivo, del quale, viceversa, da molte parti si ritiene opportuno preservare l'autonomia e la apoliticità[90].

---

[85] La legge n. 86 del 2019 prevedeva infatti che i decreti delegati, prima di essere approvati in via definitiva dal Consiglio dei ministri, dovessero essere sottoposti al parere delle commissioni permanenti competenti per materia di Camera e Senato, previa intesa in sede di Conferenza per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le provincie autonome di Trento e di Bolzano.

[86] Si rinvia a questo proposito agli atti di Camera e Senato nn. 226, 227, 228, 229 e 230 (XVIII Legislatura).

[87] Vedi gli atti delle sedute del 21 e del 25 gennaio 2021 della Conferenza per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le provincie autonome di Trento e di Bolzano.

[88] Il d.p.c.m. recante la delega a esercitare le funzioni in materia di sport alla sig.ra Valentina Vezzali reca infatti la data del 19 marzo 2021.

[89] Si rinvia qui a quel che si è detto supra in nota *sub* §1.

[90] Secondo la nota formula «lo sport agli sportivi» menzionata da G. MANFREDI, *La giuridificazione dello sport*, cit., p. 321, dove è richiamato F. BONINI, *Le istituzioni sportive italiane: storia e politica*, Torino, 2006, p. 147 ss. La quale formula, a lungo sostanzialmente accolta in giurisprudenza (non senza qualche eccezione: si pensi alle vicende giudiziarie dalle quali scaturì l'approvazione della legge sul professionismo sportivo), ha infine trovato la sua massima 'celebrazione' nel d.l. n. 220 del 2003: qui infatti, non soltanto erano *lasciate agli sportivi* le questioni tecniche e disciplinari (sulla quale irrilevanza giuridica pure vi sarebbe molto da dire), ma faceva altrettanto addirittura con quelle concernenti «l'ammissione e l'affiliazione alle federazioni di società, di associazioni sportive e di singoli tesserati» (art. 2, lett. c) e «l'organizzazione e lo svolgimento delle attività agonistiche […] e l'ammissione alle stesse delle squadre ed atleti» (art. 2, lett. d), poi eliminate in sede di conversione. Emblematico di questo approccio è stata a lungo la giurisprudenza in materia di responsabilità civile in ambito sportivo, sulla quale vedi i numerosi scritti contenuti nelle ultime edizioni della *Rivista di Diritto sportivo*, che sovente dedica un intero focus al tema. Vedi inoltre, da ultimo, M.

Ma è così vero che la riforma abbia determinato una compressione dell'autonomia organizzativa e funzionale del Coni e delle federazioni sportive?

Un attento esame del d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, quello cioè concernente il lavoro sportivo, parrebbe mettere seriamente in dubbio tale assunto e anzi dimostrare che, per certi versi, ancorché in una logica di innegabile giuridificazione del fenomeno sportivo (e anzi proprio grazie a questa), la posizione di tali enti ne esca rafforzata.

Valga sopra tutti un esempio. Si legge nell'articolo 3 dell'appena menzionato decreto che «l'esercizio dell'attività sportiva, sia essa svolta in forma individuale o collettiva, sia in forma professionistica o dilettantistica, è libero». Sennonché, poco più avanti, nel primo comma dell'art. 10, sta scritto che «le associazioni e le società sportive dilettantistiche sono riconosciute, ai fini sportivi, dalle federazioni sportive nazionali, dalle discipline sportive associate, dagli enti di promozione sportiva». E addirittura nell'art. 13 si dice che «prima di procedere al deposito dell'atto costitutivo a norma dell'articolo 2330 del codice civile», ogni società sportiva professionistica «deve ottenere l'affiliazione da uno o più federazioni sportive nazionali riconosciute dal comitato olimpico nazionale» (co. 4) e che «l'affiliazione può essere revocata dalla federazione sportiva nazionale per gravi infrazioni all'ordinamento sportivo» (co. 8), con conseguente «inibizione dallo svolgimento dell'attività sportiva» (co. 9).

Altro che libertà di esercizio dell'attività sportiva quindi! A essere libera, al più, è l'«attività motoria», intesa come un «qualunque movimento esercitato dal sistema muscolo-scheletrico che si traduce in un dispendio energetico superiore a quello richiesto in condizioni di riposo»[91]. L'attività sportiva, viceversa, sia a livello professionistico[92] che dilettantistico, è condizionata (nel senso giuridico del termine) all'affiliazione a una federazione sportiva riconosciuta dal Coni e al rispetto delle regole domestiche federali e confederali, nazionali e internazionali. Nulla di simile era mai stato scritto in una legge statale prima d'ora.

CIMMINO, *La responsabilità civile sportiva e i rapporti tra stato e sport: nota a cass. ord. 18 febbraio 2020*, n. 3997, in *Jus civile*, 2021, 1, pp. 210-250.

[91] Così l'art. 1, co. 1, lett. f), del d.lgs. n. 36 del 2021.

[92] Anzi, non è cosa di poco conto rilevare che la cosiddetta *Super League*, tra i cui fondatori figuravano pure tre club di calcio professionistico italiani (Juventus F.C., A.C. Milan e F.C. Internazionale Milan), contrastava, oltre che con le sopravvenute norme federali (art. 16 delle norme organizzative interne federali), pure con l'art. 13 del d.lgs. n. 36 del 2021 (su questi temi v. di recente: R. CARUSO, *Analisi economica e prosettive del progetto 'Super League'*, in *Riv. Dir. Ec. Sport*, 2021, pp. 85-107; F. LAUS, *Lo sport tra concorrenza, competitività e protezionismo: riflessioni alla luce del caso Superleague*, in *federalismi.it*, 2021, 18, pp. 134-159); E. MARASÀ, *The european super league under the sword and shield of antitrust rules: a baby thrown out with the bathwater?*, in *Riv. Dir. Ec. Sport*, 2021, pp. 35-84.

Ma gli esempi sono numerosi.

«Gli enti sportivi dilettantistici», dice l'art. 6, co. 3, «si affiliano annualmente alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva»: non è contemplata quindi l'esistenza di un'associazione o di una società sportiva dilettantistica al di fuori del circuito olimpico (o almeno della promozione sportiva).

«Gli atleti tesserati», si legge ancora nell'art. 15, co. 3, «sono tenuti», «nell'esercizio della pratica sportiva», a «osservare le norme dettate dal CONI, dal CIO, dal CIP, dall'IPC e dalla federazione nazionale ed internazionale, disciplina sportiva associata o dall'ente di promozione sportiva di appartenenza»: non soltanto, dunque, l'attività sportiva è ammessa solamente nell'ambito del circuito olimpico o della promozione sportiva, ma vieppiù i tesserati sono, per legge, obbligati a rispettare le regole domestiche di quei circuiti (anche quando esse sono prodotte a livello internazionale e cioè al di fuori di ogni forma di controllabilità, anche indiretta, da parte di istituzioni inscritte nel circuito democratico[93]). È vero, dunque, che si è di fronte a un fenomeno di *giuridicizzazione* dello sport: ma ciò non accade per l'irruzione del legislatore statale in un ambito che è tradizionalmente riservato all'autonomia regolamentare del Coni, delle federazioni o degli enti di promozione sportiva, quanto piuttosto per l'«assorbimento […] nell'ordinamento statale» delle norme adottate da tali enti[94].

Insomma, non si vuole negare che il d.lgs. n. 36 del 2021 abbia mirato a 'normalizzare' i rapporti di lavoro in ambito sportivo, riconoscendo per la prima volta a coloro che «esercita[no] attività sportiva verso un corrispettivo» (ancorché solo «al di fuori delle prestazioni amatoriali»)[95] quell'ampia gamma di diritti che è ordinariamente riconosciuta ai lavoratori di ogni altro settore economico. Né si vuole mettere in dubbio che questo produrrà un sensibile incremento dei costi a carico delle associazioni e società sportive dilettantistiche. Epperò, è parimenti incontestabile che a questo processo di attrazione del lavoro sportivo verso logiche 'normativistiche' ha fatto da

[93] Se infatti la sottoposizione del Coni alla vigilanza della Presidenza del Consiglio dei ministri e, a cascata, delle federazioni nazionali, delle discipline associate e degli enti di promozione a quella del Coni, consentono una qualche, sia pur debole e indiretta, forma di controllabilità da parte delle istituzioni inscritte nel circuito democratico, altrettanto non può dirsi per le federazioni internazionali.

[94] Il fenomeno dell'assorbimento del *diritto sportivo* (cioè del diritto prodotto dagli enti sportivi) nell'ordinamento statale era stato messo bene in evidenza da G. MANFREDI, *La giuridificazione dello sport*, cit., p. 323 e 329, dove si dice che ciò avviene quando «le norme emanate da un gruppo sociale entrano a far parte integrante del diritto statale».

[95] Così l'art. 25, co. 1, del d.lgs. n. 36 del 2021.

contraltare una legittimazione senza precedenti dell'ordinamento domestico del Coni, delle federazioni e degli enti di promozione.

È questo un passaggio epocale. Se finora si era parlato in letteratura dell'esistenza di un monopolio di fatto a favore del circuito olimpico[96], derivante dalla circostanza, accennata *sub* §2 in nota, che l'accesso alle agevolazioni fiscali previste per gli enti dilettantistici fosse subordinato al riconoscimento da parte dal Coni, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2021 tale monopolio è destinato ad assumere connotati giuridici: è destinato cioè a diventare un monopolio di diritto.

Epperò, se questo è il punto di caduta della riforma, non soltanto sembrano infondate le accuse di indebita invasione dell'autonomia degli enti sportivi, ma parrebbe potersi avanzare l'accusa esattamente opposta[97]. Il prezzo della giuridificazione, detto in altri termini, sembrerebbe essere stato proprio quello di avere (ri)collocato (e di averlo fatto addirittura con forza di legge) il Coni e le federazioni nazionali al vertice del movimento (non solo olimpico ma) sportivo italiano. Il che, in definitiva, ripresenta, stavolta però sotto forma di *problema di legittimità costituzionale*, la questione della compatibilità di tale assetto con i principi di rappresentatività democratica e di libertà individuale e di associazione ai quali è ispirato l'ordinamento italo-europeo.

[96] Il riferimento è ancora una volta a L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo*, cit., pp. 16-19.

[97] A conclusioni analoghe parrebbe essere giunto M. BOMBARDELLI, *I "signori dello sport"*, cit., p. […], il quale auspica «interventi di giuridificazione dello sport» finalizzati a far sì che «ruolo del Coni venga ridisegnato senza ambiguità con riferimento soltanto» all'«attività sportiva agonistica "ufficiale"».

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 1/2022
Data: 1° febbraio 2022

'The three Ghosts of data retention': passato, presente e futuro della disciplina italiana in materia di conservazione e acquisizione dei metadati per scopi investigativi. Commento a margine del d.l. 30 settembre 2021, n. 132 e relativa legge di conversione[*]

di **Giulia Formici** – *Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico Comparato nell'Università degli Studi di Parma*

ABSTRACT: The so-called *data retention saga* is still open at the European Union level, both before the Court of Justice of the EU and the EU Legislators – the proposal for a new e-Privacy Regulation, disciplining also the *data retention* regime, is now under discussion –. Together with these relevant and awaited evolutions, the principles and requirements already affirmed in the CJEU case-law have produced a serious debate also at the Member States level: national Legislators and Courts are asked to comply with the strict proportionality requirements indicated by the CJEU and to correctly balance the guarantee of fundamental rights on the one hand and national and public security needs on the other hand. In this complex and articulated context, the Italian Legislator has recently adopted a legislative reform, specifically modifying the access-to-metadata discipline. As Scrooge, in the famous novel *A Christmas Carol*, encounters the revelatory *three Ghosts*, this paper aims at providing an analysis of the past, present and future of *data retention* regime, discussing the necessary steps the Italian Legislator as well as national Courts are asked to take in order to

[*] Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

promote a conscious and serious debate on the proportionality of such a delicate investigatory instrument.

SOMMARIO: 1. Alcune preliminari notazioni di contesto. – 2. *The Ghost of data retention Past*: la discussa disciplina italiana e la difficile convivenza con i principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE. – 3. *The Ghost of data retention Present*: le modifiche apportate dal recente d.l. 30 settembre 2021, n. 132 e dalla legge di conversione 23 novembre 2021, n. 178. – 4. *The Ghost of data retention Future*: l'importanza di una seria riflessione sui possibili sviluppi normativi e giurisprudenziali, nazionali e sovranazionali.

1. Alcune preliminari notazioni di contesto

La disciplina della conservazione – c.d. *data retention* – e accesso ai metadati derivanti da telecomunicazioni elettroniche[1] è ormai da alcuni decenni al centro di un vivace e complesso dibattito legislativo, giurisprudenziale nonché dottrinario. Questo strumento investigativo si sostanzia nella memorizzazione preventiva e spesso generalizzata di metadati a carico di soggetti privati – i fornitori di servizi, nello specifico – e nella successiva possibilità di accesso agli stessi da parte di autorità di *law enforcement* e di intelligence. Come emerso con chiarezza soprattutto a seguito dei drammatici attentati terroristici che hanno colpito gli USA prima e il continente europeo dopo, la disponibilità di una enorme mole di dati conservati consente alle autorità pubbliche di "andare indietro nel tempo"[2] e di reperire informazioni utili a scopi di prevenzione, indagine e repressione di minacce alla sicurezza pubblica e nazionale, riguardanti soggetti previamente

[1] I metadati, anche denominati "dati di traffico" o "dati esterni alle telecomunicazioni", rappresentano l'«involucro delle comunicazioni elettroniche» – come definiti da G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *MediaLaws*, 2, 2018, p. 65 –. Si fa riferimento cioè alle informazioni raccolte dai fornitori di servizi di telecomunicazione per finalità di erogazione, gestione e fatturazione dei servizi e che non attengono al contenuto della comunicazione bensì al luogo (cioè la cella di aggancio e la possibile – per quanto talvolta vaga e ampia – ubicazione del dispositivo telefonico –, ora, data, durata e destinatario di una comunicazione, unitamente all'identità dell'utilizzatore). L'art. 1 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. Cod. Privacy, definisce i "dati di traffico" come «qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione». Per tabulato telefonico si fa invece specifico riferimento ad un documento contenente i metadati di una telecomunicazione e che consente di ricostruire il flusso telefonico o telematico.

[2] Espressione impiegata da I. CAMERON, *Balancing data protection and law enforcement needs: Tele2 Sverige and Watson*, in *Common Market Law Review*, 54, 2017, p. 1428.

sconosciuti e non sospettati dalle forze dell'ordine e dunque non sottoposti a controlli mirati o intercettazioni dirette[3].

Nonostante tali rilevanti potenzialità, l'imposizione di un obbligo vasto e generalizzato di conservazione dei metadati in capo agli operatori delle telecomunicazioni ha ben presto evidenziato rischi e pericoli per il godimento dei diritti fondamentali: indipendentemente dall'eventuale successivo accesso ai dati da parte di soggetti terzi, una *bulk data retention* rappresenta una forte intrusione nella sfera privata, ingenerando negli utenti quella che è ormai stata ampiamente riconosciuta come una «sensazione di costante sorveglianza»[4]. Ciò incide indubbiamente e primariamente sui diritti alla riservatezza e alla protezione dei dati ma anche, indirettamente, sull'esercizio di quelle libertà, quali le libertà di opinione e di espressione, poste alla base di uno sviluppo incondizionato e pieno della personalità nonché, in ultima istanza, della realizzazione di una società realmente democratica, priva cioè di controlli ed interferenze pervasive, massive ed indiscriminate nella sfera più intima dei cittadini – dunque non giustificate da specifiche ragioni di indagine o dalla sussistenza di un nesso oggettivo con una minaccia alla sicurezza –[5]. Il rischio che, grazie anche alle più moderne e sofisticate tecnologie[6], possano essere massicciamente impiegati mezzi di sorveglianza in grado di determinare preferenze, abitudini, relazioni sociali e convincimenti personali di ciascun individuo diventa così uno dei più insidiosi e ormai nettamente

[3] In questo senso, «the aim of this bulk accumulation of data is to generate useful and reliable correlations and ultimately to generate suspects», M. ANDREJEVIC, *Surveillance in the big data era*, in *Law, Governance and Technology Series*, 11, 2014, p. 55. È bene sin da subito precisare come questo strumento si distingua fortemente dalle intercettazioni telefoniche che hanno ad oggetto la raccolta ed analisi dei dati relativi al contenuto delle telecomunicazioni e che sono quindi disciplinate da disposizioni differenti; si rimanda sul punto, per lo specifico contesto italiano, a S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, 2018 e ancora, S. MARCOLINI, *L'istituto della data retention dopo la sentenza della CGUE del 2014*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, Utet, 2019, p. 1580 ss.

[4] Come chiaramente affermato dalla Corte di giustizia dell'UE, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12, C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications e al.*, para. 37.

[5] È nota, infatti, l'importanza strumentale e finalistica dei diritti alla riservatezza e alla protezione dei dati, la cui portata e rilievo sono tali da «poter compromettere, in caso di [loro] violazione, tutta un'altra serie di principi, diritti e libertà (..). Non vi è dubbio che una compressione del diritto del singolo all'autodeterminazione informativa pone in discussione la salvaguardia della dignità stessa della persona, intesa quale valore costituzionale indisponibile», L. CALIFANO, *Principi e contenuti del Reg. UE 2016/679 in materia di protezione dei dati personali*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *I 'profili' del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, Giappichelli, 2018, p. 1. Sul punto anche, *ex multis*, S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, 2013; M.G. PORCEDDA, *The recrudescence of 'Security v. Privacy' after the 2015 terrorist attacks and the value of privacy rights in the European Union*, in E. ORRÙ, M.G. PORCEDDA, S. WEYDNER-VOLKMANN (a cura di), *Rethinking surveillance and control: beyond the 'security versus privacy' debate*, Nomos, 2017.

[6] Ad esempio mediante la c.d. lettura aggregata dei *Big Data*; per approfondimenti sulle potenzialità del mondo dei dati e della *Big Data analysis*, si legga V. MAYERSCHONBERGER, K. CUKIER, *Big data: una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, 2013.

percepiti pericoli del nuovo Millennio[7], anche laddove una simile compressione dei diritti fondamentali risulti motivata dalla certamente importante finalità di garanzia della sicurezza.

La necessità di rileggere nel moderno contesto "digitalizzato" il problematico rapporto tra esigenze securitarie e diritti fondamentali[8] e di promuoverne un attento bilanciamento, rappresenta dunque una significativa sfida per le democrazie stabilizzate, capace di impegnare legislatori e Corti, nazionali e sovranazionali, nel continuo sforzo di regolare sistemi di lotta e prevenzione della criminalità efficaci e al contempo in grado di tutelare quei diritti e libertà riconosciuti quali basi fondative dello Stato di diritto.

È in questo contesto così articolato e delicato che si inseriscono, nello specifico ambito europeo, gli interventi della Corte di giustizia dell'UE (d'ora in avanti CGUE) in materia di *data retention*, seguiti – o talvolta preceduti – da numerose pronunce di giudici nazionali chiamati a valutare la legittimità delle normative in materia di conservazione e acquisizione di metadati per scopi securitari nonché la loro compatibilità con i diritti riconosciuti e protetti tanto dalle Carte costituzionali quanto dal diritto dell'UE e, in particolare, dalla Carta di Nizza[9]. Da questo intenso e a volte teso dialogo multilivello tra Corti ha avuto origine la c.d. *data retention saga*, nella quale i giudici di Lussemburgo si sono più volte pronunciati con sentenze dalla storica portata.

Sebbene alcuni rinvii pregiudiziali in materia siano ancora pendenti[10], a dimostrazione della complessità e della forte attenzione alla disciplina in discussione, la CGUE ha già avuto modo di

[7] Del resto, già nel 1984, Luis-Edmond Pettiti, all'epoca giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo, affermava: «the danger threatening democratic societies (..) stems from the temptation facing public authorities to "see into" the life of citizens», sentenza 2 agosto 2984, *Malone v. UK*, ricorso n. 8691/79, Concurring Opinion del Giudice Pettiti, para. 5.

[8] Sullo storico rapporto sicurezza-diritti fondamentali, la dottrina si è già ampiamente interrogata. Tra i tanti, si rinvia a G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi confini e sfide alla democrazia*, Il Mulino, 2004; AA.VV., *Convegno AIC, Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee. Atti del Convegno annuale, Bari 17-18 ottobre 2003*, Cedam, 2008; C. BASSU, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Giappichelli, 2010; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006, p. 1 ss.; G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore super primario*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008, p. 31 ss.

[9] Per un'analisi delle pronunce di Corti nazionali che, già in un momento antecedente all'intervento della CGUE, erano intervenute in materia di *data retention* interrogandosi sulla legittimità costituzionale di un simile strumento investigativo, si rimanda a T. KONSTADINIDES, *Destroying democracy on the ground of defending it? The Data Retention Directive, the surveillance state and our constitutional ecosystem*, in *European Current Law Issue*, 1, 2012, p. I ss.; E. KOSTA, *The way to Luxemburg: national Court decisions on the compatibility of the Data Retention Directive with the rights to privacy and data protection*, in *SCRIPTed*, 3, 2013, p. 339 ss.; L. BENEDIZIONE, E. PARIS, *Preliminary reference and dialogue between Courts as tools of reflection on the EU system of multilevel protection of rights: the case of the Data Retention Directive*, in *German Law Journal*, 6, 2015, p. 1727 ss.

[10] Si fa riferimento ai rinvii *SpaceNet AG c. Repubblica federale di Germania*, C-793/19 e *Repubblica Federale di Germania c. Telekom Deutschland GmbH*, C-794/19, entrambi promossi dal *Bundesverwaltungsgericht* tedesco il 29 ottobre 2019; nonché al rinvio *G.D. c. The Commissioner of the Garda Siochana e al.*, C-140/20, promosso invece dalla

delineare e fissare principi di grande rilievo quanto alla proporzionalità e necessità dello strumento della *data retention* e della acquisizione dei metadati da parte di autorità pubbliche, giungendo addirittura ad invalidare, con la nota decisione *Digital Rights Ireland*, la direttiva 2006/24/CE, c.d. *data retention directive*[11]. Questa normativa, pensata per armonizzare il confuso e disomogeneo panorama regolatorio venutosi a creare nei diversi Stati membri, introduceva per la prima volta a livello sovranazionale l'obbligo in capo ai legislatori nazionali di imporre ai *service providers* di servizi di telecomunicazione una conservazione generalizzata ed indiscriminata di metadati, lasciando poi alla discrezionalità dei singoli Stati la predisposizione di norme volte a regolare l'accesso a tali informazioni per scopi di repressione di reati "gravi", la cui definizione era però anch'essa rimessa alle scelte nazionali. Proprio questi profili della obbligatorietà di una *bulk data retention* e dell'assenza di regole chiare e precise quanto alla fase dell'acquisizione, erano stati però considerati dai giudici di Lussemburgo incompatibili con il diritto dell'UE e, in particolare, con i diritti di cui agli artt. 7, 8 e 52 della Carta di Nizza[12].

Nelle successive pronunce, dalla *Tele2*[13] sino alle più recenti *La Quadrature du Net*[14] e *H.K. c. Prokuratuur*[15], i giudici di Lussemburgo hanno ribadito e meglio specificato, nel dettaglio e

Supreme Court irlandese il 25 marzo 2020. Con riferimento al primo e all'ultimo rinvio qui richiamati, sono state depositate, il 18 novembre 2021, le Conclusioni dell'Avvocato generale. A questi si aggiunge anche il più recente rinvio promosso dalla *Spetsializiran nakazatelen sad* bulgara, il 4 giugno 2021, C-350/21.

[11] Direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione e che modifica la Direttiva 2002/58/CE, 15 marzo 2006.

[12] Tra i numerosi commenti, si rinvia a A. VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La 'data retention' al test di legittimità*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2014, p. 1224 ss; M. GRANGER, K. IRION, *The Court of Justice and the Data retention Directive in Digital Rights Ireland*, in *European Law Review*, 4, 2014, p. 835 ss; M. DICOSOLA, *La data retention directive e il dialogo tra Corti costituzionali e Corte di giustizia nel sistema multilivello europeo*, in *Diritti Comparati*, 20 febbraio 2014; S. CRESPI, *Diritti fondamentali, Corte di Giustizia e riforma del sistema UE di protezione dei dati*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, 3-4, 2015, p. 819 ss; F. FABBRINI, *Human rights in the digital age: the ECJ ruling in the data retention case and its lessons for privacy and surveillance in the US*, in *Harvard Human Rights Journal*, 28, 2015, p. 66 ss.

[13] CGUE, 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB c. Post-och telestyrelsen* e *Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e al.* Altro rilevante caso è CGUE, 2 ottobre 2018, C-2017/16, *Ministerio Fiscal*. Per una analisi di quest'ultima sentenza, sia consentito il rinvio a G. FORMICI, *Tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche: riflessioni (ri)partendo dalla pronuncia Ministerio Fiscal*, in questa rivista, 3, 2018,p. 453 ss.

[14] CGUE, 6 ottobre 2020, C-623/17, *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e al.*; CGUE, 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18 *La Quadrature du Net e a. c. Premier Ministre e a.* e *Ordre des barreaux francophones et germanophone e al. c. Conseil des Ministres*. Per una vasta disamina di queste ultime pronunce nonché della *data retention saga*, sia permesso di fare riferimento a G. FORMICI, *La disciplina della* data retention *tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, Giappichelli, 2021, e alla bibliografia in esso riportata.

predisponendo una sorta di *vademecum* per il legislatore, i criteri e requisiti di legittimità della disciplina della conservazione e accesso; in questi casi, così come in quelli ancora pendenti, i rinvii da parte dei giudici nazionali derivavano dalla necessità di definire i limiti e confini di applicazione dell'art. 15 Direttiva *e-Privacy*[16]: questa è, ancora oggi, l'unica disposizione di livello sovranazionale che, a seguito dell'invalidazione della *data retention directive*, attribuisce agli Stati membri la *facoltà*[17] di derogare alla regola generale determinante la cancellazione dei metadati raccolti dai fornitori nello svolgimento dei propri servizi, così garantendo la possibilità di istituire discipline di conservazione dei metadati per vaghe e ampie finalità di sicurezza nazionale e repressione dei reati – senza alcuna specificazione quanto al loro carattere di gravità –. Fornendo quindi delucidazioni quanto all'interpretazione di tale incerta disposizione, la CGUE ha via via stabilito precisi paletti entro cui l'obbligo di conservazione dei metadati deve essere inserito, al fine di rendere tale disciplina proporzionata e di limitare a quanto strettamente necessario la compressione dei diritti fondamentali degli utenti dei servizi di telecomunicazione – cioè la quasi totalità della popolazione europea –.

Così, volendo fornire un'immagine estremamente riassuntiva e solo per quanto in questa sede utile e necessario, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito, *in primis* con riferimento alla disciplina della *data retention*, che non è conforme al diritto dell'UE una forma di conservazione generalizzata ed indiscriminata quando essa sia finalizzata alla repressione della criminalità grave. A tale scopo, infatti, solo una conservazione targettizzata, cioè mirata sotto il profilo soggettivo, geografico o temporale[18], può essere ritenuta proporzionata e limitata a quanto strettamente necessario[19]. Qualora invece la conservazione sia volta a tutelare la sicurezza nazionale, la rilevanza

[15] CGUE, 2 marzo 2021, C-746/18, *H.K. c. Prokuratuur*. Questa pronuncia sarà più ampiamente richiamata nel successivo paragrafo, in considerazione del suo rilievo rispetto all'evoluzione normativa e giurisprudenziale italiana in materia.

[16] Direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), 12 luglio 2002, nota anche come Direttiva *e-Privacy*.

[17] Diversamente dalla disciplina prevista nella *data retention directive*, che disponeva un obbligo in capo ai legislatori di porre in essere un regime di conservazione dei metadati, l'art. 15 della Direttiva in esame prevede invece una mera possibilità, rimessa alla discrezionale scelta dei legislatori dei singoli Stati membri.

[18] Sin dalla sentenza *Digital Rights Ireland* i giudici di Lussemburgo hanno chiarito come anche la durata della conservazione debba essere motivata dalla sussistenza di criteri obiettivi in grado di limitare l'arco temporale della *data retention* a quanto strettamente necessario, a seconda, ad esempio, della tipologia dei dati conservati e della loro eventuale utilità ai fini dello scopo perseguito o delle persone interessate.

[19] La *targeted data retention* si concretizza dunque in una forma di conservazione limitata ad uno specifico periodo di tempo e/o ad un'area geografica e/o una cerchia di soggetti che possono essere coinvolti in un reato grave o di

dell'obiettivo consente un'ingerenza maggiore dei diritti fondamentali, tale da giustificare una forma di *bulk data retention*. Pur riconoscendo dunque questa possibilità, peraltro fortemente auspicata dai Governi intervenuti dinnanzi alla CGUE, quest'ultima non ha mancato di sottolineare il carattere eccezione e residuale di tale regime, che deve pertanto anch'esso sottostare a precisi limiti e condizioni; in particolare debbono ricorrere circostanze sufficientemente concrete da consentire di ritenere sussistente una minaccia grave, reale, attuale o quantomeno prevedibile per la sicurezza nazionale; anche in tal caso, comunque, il regime generalizzato di conservazione deve essere temporalmente limitato allo stretto necessario, accompagnato da garanzie rigorose di protezione dei dati contro il rischio di abusi nonché sottoposto al controllo preventivo di un giudice o di un organo amministrativo indipendente[20]. Ne deriva, pertanto, come il ricorso a tale invasivo strumento non possa assumere carattere abituale o sistematico bensì debba sottostare a condizioni piuttosto dettagliate indicate dalla CGUE, per quanto certamente un margine di discrezionalità attuativa sia rimasta in capo ai legislatori nazionali, soprattutto con riferimento alle parti nelle quali i giudici di Lussemburgo hanno impiegato termini piuttosto ampi o vaghi e suscettibili di diverse interpretazioni.

Sul fronte dell'acquisizione dei metadati e quindi dell'accesso a questi ultimi da parte di autorità pubbliche per scopi securitari, viene stabilito innanzitutto un limite relativo allo scopo: l'acquisizione di metadati può avvenire solo per scopi di indagine e lotta a reati di carattere grave, per quanto i giudici di Lussemburgo non provvedano a fornirne una specifica definizione; devono essere inoltre stabilite regole chiare e precise relativamente alle condizioni per le quali i *service providers* sono tenuti a garantire ad autorità pubbliche l'accesso alle informazioni conservate; nello specifico, viene richiesta la sussistenza di requisiti sostanziali e processuali, stabiliti per legge, in

persone i cui metadati possono contribuire alla prevenzione o accertamento di reati gravi (para. 59, sentenza *Digital Rights Ireland*). La concreta realizzazione di una simile tipologia di *data retention* è stata ampiamente discussa e fortemente criticata da Governi nazionali, autorità di *law enforcement* e intelligence che hanno ravvisato nelle preventive restrizioni temporali, geografiche e soggettive un significativo limite all'efficacia della misura stessa, considerando la difficoltà di determinare in anticipo persone, aree o momenti all'interno dei quali la conservazione dei dati possa risultare utile per scopi investigativi.

[20] Per uno studio di tali pronunce si leggano J. SAJFERT, *Bulk data interception/retention judgements of the CJEU. A victory and a defeat for privacy*, in *European Law Blog*, 26 ottobre 2020; I. CAMERON, *EU law restraints on intelligence activities*, in *International Journal of Intelligence and Counter-Intelligence*, 3, 2020, p. 453 ss.; M. ZALNIERIUTE, *The future of data retention regimes and national security in the EU after the Quadrature du Net and Privacy Internazional judgements*, in *Insights*, 28, 2020, p. 1 ss.; sia consentito anche il rinvio a G. FORMICI, *La data retention saga al capolinea? Le ultime pronunce della CGUE in materia di conservazione dei metadati per scopi securitari, tra conferme e nuove aperture*, in *DPCE Online*, 1, 2021, p. 1361 ss.

grado di individuare una connessione, anche solo indiretta, tra accesso ai dati e finalità di lotta alla criminalità. Tali operazioni di acquisizione, infine, debbono essere sottoposte ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di una entità amministrativa indipendente, subordinato ad una richiesta motivata delle parti interessate.

Come si vedrà anche nel caso italiano, le rigide condizioni sin qui brevemente delineate hanno sollevato profonde perplessità in capo a Governi, legislatori ma anche Corti degli Stati membri, spesso convinti che il rispetto puntuale della totalità di tali requisiti, pur fortemente tutelanti, finisca con l'inficiare la funzionalità e l'efficacia dello strumento della conservazione e accesso ai metadati e dunque l'utilità della disciplina stessa. Le reazioni e le interpretazioni nazionali della ricca giurisprudenza europea sono state dunque estremamente variegate e complesse, traducendosi in taluni casi in *defensive reactions*, quando non in una vera e propria resistenza a modificare le disposizioni interne alla luce dei principi sanciti a livello sovranazionale[21]. Una difficoltà di adeguamento, quella appena indicata, che permane tutt'ora e che emerge non solo nel difficile percorso di approvazione di una nuova normativa europea in materia di *data retention*[22] ma anche in un frammentario dibattito legislativo, giurisprudenziale e dottrinario venutosi a creare nelle diverse realtà statuali, favorendo così l'affermarsi di un panorama di soluzioni e approcci estremamente disomogeneo.

In Belgio, ad esempio, da decenni le decisioni della CGUE hanno prodotto immediati e dirompenti effetti, portando in diversi casi all'intervento della Corte costituzionale belga: quest'ultima, accogliendo i principi sanciti dai giudici di Lussemburgo, ha annullato per ben due volte la normativa nazionale in materia di conservazione e accesso ai metadati; il legislatore, grazie ad un'analisi approfondita ed estremamente attenta della giurisprudenza interna e sovranazionale,

[21] Si legga ad esempio sul punto il report elaborato da Eurojust, *Data retention regimes in Europe in light of the CJEU ruling of 21 December in Joined Cases C-203/15 and C-698/15*, 10098/17, 2019, ma anche M. ZUBIK, J. PODKOWIK, R. RYBSKI (a cura di), *European Constitutional Courts towards data retention laws*, Springer, 2020.

[22] Nel documento *Conclusioni sulla conservazione dei dati per finalità di lotta contro la criminalità*, n. 9336/19 del 27 maggio 2019, il Consiglio dell'UE ha affidato alla Commissione il delicato compito di valutare l'opportunità e la realizzabilità di una specifica iniziativa legislativa *ad hoc* in materia di *data retention*, volta a superare la lacuna normativa lasciata a seguito dell'invalidazione della *data retention directive* e ad oggi solo parzialmente colmata dall'intervento della CGUE. Ad oggi però la possibilità di addivenire ad una nuova normativa sovranazionale pare obiettivo estremamente complesso da raggiungere. Anche nel contesto della Proposta di Regolamento relativo al rispetto della vita privata e della tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE, di cui si parlerà anche in seguito e rispetto alla quale sono state nel febbraio 2021 avviate le negoziazioni tra Parlamento europeo, Commissione e Consiglio dell'UE, la disciplina della *data retention* e dunque la riscrittura dell'art. 15 dell'attuale Direttiva *e-Privacy* rappresenta uno dei maggiori terreni di scontro.

sta ora discutendo la possibilità di attuare una *targeted data retention* e di rafforzare ed integrare le già esistenti salvaguardie e limiti all'acquisizione dei metadati conservati[23].

Mentre numerosi Stati, tra cui Francia e Regno Unito – prima della finalizzazione della procedura di Brexit –, hanno poi promosso rinvii pregiudiziali significativi nei confronti della CGUE, al fine di stimolare chiarimenti interpretativi e spronare ad una delimitazione precisa e specifica dei criteri definiti nella *data retention saga*[24], in Italia questo delicato e complesso tema non ha affatto trovato spazio dinnanzi al Parlamento, Governo e alle Corti. Al contrario, il panorama italiano è risultato caratterizzato da un lato da preoccupante immobilismo normativo, contraddistinto da interventi talora confusi e poco – o per nulla – attenti a quanto veniva invece affermato dalla CGUE o dalle scelte caratterizzanti altre realtà ordinamentali, e dall'altro lato da un approccio giurisprudenziale che ha optato per una lettura «restrittiva degli standard garantistici enunciati dalla CGUE», al fine di «salvare la disciplina interna (..) ed evitare ipotesi di inutilizzabilità probatoria»[25]. Solo in tempi recentissimi risulta possibile ravvisare un lento, parziale e timido cambiamento di rotta: accanto al primo rinvio pregiudiziale alla CGUE in materia di acquisizione dei metadati promosso dal Tribunale di Rieti, si inserisce un nuovo intervento del legislatore italiano mediante l'adozione del d.l. 30 settembre 2021, n. 132 e la successiva legge di conversione 23 novembre 2021, n. 178. Pur finalizzata a modificare la normativa previgente in senso maggiormente garantista e conforme ai principi sanciti dalla giurisprudenza europea, tale riforma, intervenendo solo in merito alla disciplina dell'accesso e lasciando intatto invece il regime di conservazione, resta ad oggi piuttosto discussa e oggetto di considerazioni critiche talvolta di segno discordante.

Questo elaborato si propone quindi di esaminare la portata delle recenti ed attese modifiche normative e di favorire una comprensione critica delle persistenti problematiche nonché dei punti di

[23] Sul punto si rimanda a C. FORGET, *L'obligation de conservation des 'métadonnes': la fin d'une longue saga juridique?*, in *Journal des Tribunaux*, 13, 2017, p. 233 ss.; F. COUDERT, F. VERBRUGGEN, *Conservation des donnees de communications electronique en Belgique: un juste equilibre?*, in V. FRASSEN, D. FLORE (a cura di), *Societe numerique et droit penal*, Bruylant, 2019, p. 248 ss.; sia consentito anche il rinvio a G. FORMICI, *La disciplina della data retention*, cit., nel capitolo specificamente dedicato allo studio della giurisprudenza e dell'evoluzione normativa in materia di *data retention* nell'ordinamento belga.

[24] Si fa riferimento ai rinvii nei casi *La Quadrature du Net* e *Privacy International*, sopra richiamati, nei quali i giudici nazionali hanno promosso un dialogo, talvolta anche dai toni aspri, con la CGUE, chiedendo in sostanza di rivedere i criteri restrittivi di proporzionalità e necessità previamente stabiliti nella giurisprudenza sovranazionale.

[25] L. LUPÁRIA, *Data Retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Giurisprudenza penale*, 4, 2019, p. 757.

forza; per fare ciò risulta tuttavia indispensabile svolgere una ricostruzione della disciplina previgente, di quella attualmente in essere nonché delle prospettive che permangono in attesa di definizione. Come il percorso di consapevolizzazione e redenzione di Ebenezer Scrooge ha avuto luogo solo grazie all'incontro con i tre Spiriti del Natale – *Ghost of Christmas Past, Present, Future* –, così questo lavoro intende proporre un fondamentale viaggio nel passato, nel presente e nel futuro della disciplina italiana della conservazione e acquisizione di metadati. Queste necessarie tappe risultano essenziali per poter proporre considerazioni critiche ed approfondite su ciò che ancora attende i legislatori e le Corti italiane: questi ultimi, similmente a quanto accaduto per il protagonista del romanzo di Dickens, abbisognano di "risvegliarsi" ed intraprendere con maggiore decisione un cammino di "ravvedimento". Un cammino, quest'ultimo, che non è affatto di poco conto: ad essere in gioco, in questo caso, è la delicata scelta, da parte delle autorità pubbliche, di rinunciare alla tentazione di una garanzia della sicurezza "a tutti i costi"[26], per inserire ed inglobare invece gli obiettivi securitari entro l'inviolabile contesto dello Stato di diritto e della tutela dei diritti fondamentali.

2. *The Ghost of data retention Past*: la discussa disciplina italiana e la difficile convivenza con i principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE

Primo rilevante momento del percorso che qui si vuole tracciare è da rinvenirsi nell'analisi della evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha caratterizzato la disciplina italiana della conservazione e accesso ai metadati negli ultimi decenni; questo iniziale passaggio risulta propedeutico alla comprensione piena non solo delle ragioni che hanno spinto al più recente intervento legislativo, oggetto di approfondimento nella successiva tappa che qui si vuole proporre, ma anche dei limiti e delle carenze che in esso possono essere rinvenuti e che potranno quindi utilmente orientare le scelte e i passi futuri.

[26] Il rischio, da molti studiosi evidenziato, è che l'impiego di mezzi di sorveglianza potenti ed invasivi, pur per scopi securitari, finisca col favorire l'affermarsi di scenari tutt'altro che fantascientifici di un *Big Brother* orwelliano, facilitando peraltro la trasformazione verso una società *trasparente*, secondo l'interessante lettura fornita da D. Brin, nel suo celebre libro significativamente titolato *The transparent society. Will technology force us to choose between privacy and freedom?*, Perseus Books, 1998.

L'articolo di riferimento per esaminare, seppur riassuntivamente, la richiamata materia deve essere identificato nell'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196[27] che ha introdotto in capo ai fornitori di servizi di telecomunicazioni un generale obbligo di conservazione dei c.d. "dati esterni delle comunicazioni" (i c.d. metadati) per finalità di accertamento e repressione dei reati. Tale disposizione ha subìto, nel corso del tempo, diverse modifiche, intervenute a riformare le categorie di metadati da conservare – prima i soli dati derivanti da servizi telefonici, poi anche quelli derivanti dai sempre più rilevanti e diffusi servizi telematici – nonché il numero di mesi di conservazione richiesti – dai trenta iniziali agli attuali ventiquattro mesi per i metadati telefonici, dodici mesi per il traffico telematico e trenta giorni per le chiamate senza risposta –. Uno dei primi interventi riformatori dell'art. 132 è da rinvenirsi nel d.l. 24 dicembre 2003, n. 354 che, in deroga a quanto disposto dal da poco vigente Cod. Privacy, definiva un c.d. "doppio binario" di conservazione: per i soli reati previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p. e per i delitti a danni di sistemi informatici e telematici il periodo di conservazione diveniva più ampio, dilatato di ulteriori ventiquattro mesi per i dati telefonici e di sei mesi per quelli di traffico telematico. Tale differenziazione tra reati "in generale" e reati di terrorismo o altri fattispecie criminose comunque considerate particolarmente serie non deve però indurre a pensare che il legislatore italiano avesse previsto una soglia di gravità, sulla scia di quanto richiesto dalla *data retention directive* e di quanto poi la CGUE avrebbe affermato; al contrario, i fornitori di servizi di telecomunicazione non potevano certo sapere anticipatamente se i metadati sarebbero stati impiegati nell'ambito di indagini riguardanti un qualsiasi reato o quelli più gravi espressamente indicati dalla normativa analizzata, così che *de facto* tali operatori si trovavano costretti a conservare tutte le informazioni per il termine massimo previsto di quattro anni; quella che veniva stabilita, in sostanza, era solo una limitazione attinente alla fase di acquisizione: ciò che cambiava a seconda della categoria di crimini interessati era semplicemente la possibilità delle autorità di *law enforcement* di "andare indietro nel tempo" e dunque di acquisire i metadati, possibilità che risultava ristretta a ventiquattro mesi per tutti i reati, mentre subiva un ampliamento con riferimento a tutti quelli identificati dal legislatore come maggiormente seri[28]. Quanto sin da qui emerge, pertanto, è come nella disciplina italiana non

[27] D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, più semplicemente Codice Privacy.

[28] Per approfondimenti, C. FATTA, *La tutela della privacy alla prova dell'obbligo di data retention e delle misure antiterrorismo*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2008, p. 399 ss.; ma anche M. RICCARDI, *Data esteriori*

fossero previste, né originariamente né nelle prime modifiche, limitazioni quanto alla conservazione e alla possibilità di accesso ai metadati raccolti: pur risultando soggetta a diverse tempistiche, tali operazioni non erano mai, in alcun caso, precluse.

Similmente alla disciplina della conservazione, anche con riferimento alla procedura di acquisizione delle informazioni conservate si sono registrate diverse e profonde riforme già a poco tempo di distanza dall'entrata in vigore del Cod. Privacy: mentre la versione originaria dell'art. 132, come modificata dal d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, di cui sopra, prevedeva che la richiesta di accesso venisse approvata con decreto motivato del giudice, ottenibile su istanza del pubblico ministero, del difensore dell'imputato, di persona sottoposta ad indagini o della persona offesa o altre parti private, con il c.d. Decreto o Pacchetto Pisanu[29] veniva stabilito come solo con riferimento ai reati considerati più gravi – quelli di cui all'art. 407, co. 1, lett. a) c.p.p., delitti a danno di sistemi informatici e telematici – l'acquisizione dovesse essere autorizzata con decreto di un giudice, mentre per tutti gli altri reati diveniva sufficiente il mero decreto motivato del pubblico ministero. Questa significativa riforma della disciplina attinente all'accesso, motivata da esigenze di «snellimento della procedura»[30], era accompagnata anche da una novità sul piano della conservazione, adottata sulla spinta di quella deriva pro-securitaria che aveva caratterizzato gli anni successivi agli attentati terroristici di Madrid e Londra: per il solo fine di repressione dei reati di terrorismo, infatti, tutti i metadati dovevano essere trattenuti dagli operatori sino al 31 dicembre 2007, estendendo dunque la *data retention* anche oltre i termini stabiliti dall'art. 132 Cod. Privacy.

Il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109[31], con cui si dava attuazione alla Direttiva 2006/24/CE, stabiliva nuovamente innovazioni alla disciplina descritta: innanzitutto il sistema a "doppio binario", sopra richiamato, veniva eliminato, così che la *data retention* tornava unicamente ad essere quella disposta dall'art. 132 Cod. Privacy, senza distinzioni sulla base della tipologia di reato

delle comunicazioni e tabulati di traffico. Il bilanciamento tra privacy e repressione del fenomeno criminale nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2016, p. 170 ss.

[29] D.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con l. 31 luglio 2005, n. 155.

[30] Così scrive M. RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico*, cit., p. 176.

[31] Pare necessario precisare che in questa sede e ai fini della presente trattazione non verranno esaminati tutti gli interventi normativi di modifica della disciplina citata, bensì saranno richiamate solo le riforme maggiormente significative. Per una analisi più dettagliata e completa sotto questo profilo, si rinvia a C. FATTA, *La tutela della privacy alla prova dell'obbligo di data retention*, cit.; P. CAPUTO, *La conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella normativa antiterrorismo*, in *Archivio Penale*, 1, 2016; G.M. BECCARI, *Il trattamento (anche elettronico) dei dati personali per finalità di accertamento dei reati*, in A. CADOPPI, S. CANESTRATI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, cit., p. 1599 ss.

eventualmente perseguita dalle autorità pubbliche e per la quale i dati venivano richiesti. Quanto alla disciplina dell'accesso veniva poi affermato il ruolo unico ed esclusivo del p.m., quale soggetto incaricato di autorizzare le richieste di acquisizione dei metadati. Come si comprende, la minaccia terroristica, che in quegli anni si faceva concreta anche nel vecchio continente, aveva via via finito con l'assottigliare le tutele e le limitazioni inizialmente previste dal legislatore nostrano, prevendendo una conservazione generalizzata ed un accesso garantiti per la repressione di qualunque tipologia di reato e non solo per quelli "gravi", come invece richiesto, a quel tempo, dalla Direttiva 2006/24/CE.

Tale approccio non è mutato neppure dinnanzi ai chiari principi delineati nel 2014 dal primo intervento della CGUE in materia di *data retention* e alle conseguenti perplessità e preoccupazioni espresse anche dalla dottrina[32]: in Italia, infatti, non si è assistito – come invece accaduto in altri Stati membri[33] – ad un dibattito normativo o giurisprudenziale volto a verificare la conformità della disciplina nazionale ai criteri fissati dalla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo. A seguito della sentenza *Digital Rights Ireland* molti Parlamenti nazionali avevano adottato riforme significative delle disposizioni interne in materia di conservazione e accesso ai metadati, spesso coadiuvati e spinti dall'intervento delle Corti nazionali che iniziavano, al contempo, a promuovere numerosi rinvii pregiudiziali avverso la CGUE al fine di ottenere chiarimenti quanto all'interpretazione del *redivivo* art. 15 Direttiva *e-Privacy*. Nel nostro Paese, invece, si è proceduto lungo un percorso per certi versi molto distante da quello intrapreso da altri Stati membri: prima col c.d. decreto legge antiterrorismo[34], poi con il Decreto milleproroghe del 30 dicembre 2015[35] ed infine con la Legge Europea 2017[36], l'art. 132 Cod. Privacy, direttamente o indirettamente, è stato oggetto di numerosi interventi, spesso confusi e disordinati, tutti motivati da esigenze emergenziali e dunque privi di organicità. A seguito degli attentati di Parigi veniva infatti esteso l'obbligo

[32] Ci si riferisce alle perplessità e ai dubbi quanto alla legittimità e proporzionalità della disciplina italiana mossi, sin dalle più risalenti formulazioni dell'art. 132 Cod. Privacy, da diversi autori, tra i quali, G.E. VIGEVANI, *Articolo 132*, in AA.VV., *Codice della privacy. Commento al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative*, Giuffré, 2004, p. 1668; A. ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014; F. IOVENE, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?*, in *Cassazione Penale*, 12, 2014, p. 808 ss.; R. FLOR, *Data retention ed art. 132 Cod. Privacy: vexata quaestio(?)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2017.

[33] Si pensi al già richiamato Belgio, ma anche al Regno Unito, alla Francia e alla Germania.

[34] D. l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito dalla l. 17 aprile 2015, n. 43.

[35] D.l. 30 dicembre 2015, n. 219, convertito con l. 25 febbraio 2016, n. 21.

[36] Legge 20 novembre 2017, n. 167, ovvero la Legge che reca le disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

generalizzato di conservazione sino al 31 dicembre 2016 per tutte le categorie di metadati, successivamente prorogato al 30 giugno 2017; con la Legge Europea poi è stato stabilito che, anche in considerazione di esigenze di contrasto al terrorismo, i *service provides* sono tenuti alla conservazione dei metadati per un termine di settantadue mesi, in deroga a quanto previsto dal Cod. Privacy, sebbene solo per scopi di repressione e accertamento di reati di terrorismo, saccheggio, associazione di tipo mafioso etc.[37] Certo questa dilatazione dei tempi di conservazione potrebbe apparire, ad un primo sguardo, complessivamente limitata alle specifiche finalità indicate; in realtà, ad un occhio attento, può comprendersi la vera e ampia portata di queste continue riforme: come già osservato con riferimento al "doppio binario", il fornitore non può conoscere in anticipo per quali obiettivi i metadati verranno eventualmente acquisiti, così che egli è tenuto a conservare tutti i metadati per il termine massimo di settantadue mesi, in modo da poter assicurare alle autorità pubbliche l'accesso a dati risalenti anche a sei anni prima, laddove necessari per la lotta a reati di terrorismo e gli altri indicati dalla normativa. Ancora una volta, dunque, l'effetto sostanziale delle disposizioni eccezionali introdotte è diventato quello di invertire il rapporto tra disciplina ordinaria e straordinaria, così che quest'ultima ha sostanzialmente e nella sua effettiva attuazione finito col soppiantare l'applicabilità della più contenuta durata prevista dal Cod. Privacy: l'art. 132 diviene rilevante solo per disciplinare la fase di acquisizione dei metadati, peraltro rimasta possibile per qualsiasi tipologia di reato, anche in questo caso senza alcun limite di gravità[38].

Numerose sono state le critiche mosse a seguito della Legge europea 2017, tanto sotto il profilo della tipologia di intervento scelta[39], quanto sotto quello della sostanza dello stesso, che ha portato

[37] Artt. 51, co. 3-*quater* e 407, co. 2, lett. a) c.p.p.

[38] In altre parole, «nel momento della trasmissione dei dati all'autorità giudiziaria il fornitore è obbligato a verificare che gli stessi siano riconducibili al periodo di conservazione che, a seconda del tipo di reato perseguito, risulta fissato dall'art. 132 Codice Privacy o dalla legge europea 2017. Se, ad esempio, un dato da conservarsi per 24 mesi – ma di fatto conservato per 72 mesi per la ricordata ragione che è impossibile conoscere a priori per quale tipo di reato verrà domandato l'accesso –, fosse richiesto dopo 24 mesi ed un giorno, sarebbero illegittime tanto la sua trasmissione quanto la sua acquisizione da parte dell'autorità giudiziaria», S. SIGNORATO, *Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 Codice Privacy da parte del D.Lgs. 10 agosto 2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11, 2018, p. 157. Anche il Garante per la Protezione dei Dati Personali, nella *Segnalazione sulla disciplina della conservazione, a fini di giustizia, dei dati di traffico telefonico e telematico*, del 2 agosto 2021 – di cui si parlerà in seguito più ampiamente – ha sottolineato come, a seguito della Legge Europea 2017 e «benché l'acquisibilità dei dati raccolti oltre il termine ordinario sia limitata a reati particolarmente gravi, proprio la natura retrospettiva di questo strumento investigativo implica la conservazione generalizzata dei dati di traffico per sei anni, salvo poi limitarne l'utilizzabilità processuale ai soli casi normativamente considerati».

[39] Come evidenziato da Scaffardi, un inasprimento della disciplina della conservazione così rilevante quale quello introdotto dalla Legge Europea è stato attuato con una modalità quanto meno "furtiva" e singolare: la disposizione in esame è inserita infatti in una legge sugli adempimenti comunitari, preceduta da una disposizione in materia di

l'Italia ad imporre un periodo di conservazione dei metadati tra i più lunghi di tutta l'UE[40]; eppure nessuna modifica di rilievo è stata apportata negli anni successivi su questo profilo: volendo anticipare quanto è recentemente avvenuto, infatti, le novità introdotte dal d.l. 30 settembre 2021, n. 132 e relativa legge di conversione non hanno riguardato la disciplina della conservazione bensì unicamente quella dell'accesso.

Il percorso sin qui delineato volto a ripercorrere le scelte normative che sino ai tempi più recenti hanno caratterizzato il panorama nostrano – e che in parte ancora lo caratterizzano – permette sin da subito di porre in evidenza diverse criticità e limiti della disciplina nazionale. Nonostante i molteplici interventi giurisprudenziali della CGUE e i chiari e rigorosi principi e tutele riassunte nel primo paragrafo di questo contributo, nel nostro Paese nessun tentativo è stato promosso nella direzione di restringere la *data retention* non solo nella sua durata ma anche nella portata, essendo del tutto assenti forme di targettizzazione, soggettiva o geografica, in grado di stabilire un nesso tra l'ingerenza nella sfera privata perpetrata dalla conservazione e le finalità perseguite. Nessun ripensamento è stato mostrato, sino alla riforma del 2021, neppure rispetto alla disciplina dell'accesso: le diverse modifiche che si sono susseguite nel tempo non hanno mai né ristretto lo strumento dell'acquisizione alla sola finalità di repressione di reati *gravi*, rendendola invece possibile per qualsiasi crimine, né messo in dubbio la legittimità del controllo preventivo della richiesta di acquisizione, attribuito, come si è visto, al pubblico ministero; questo nonostante la CGUE, nella sua costante giurisprudenza, a partire dalla *Digital Rights Ireland*, abbia sempre fatto riferimento all'intervento di un "giudice" o di una "autorità amministrativa indipendente".

Insomma, mentre l'evolversi della disciplina della conservazione e accesso ai metadati, attuata sulla base prima della *data retention directive* e successivamente dell'art. 15 Direttiva *e-Privacy*, è stato spesso caratterizzato, in numerosi Stati membri, da un'attenta considerazione dell'avvicendarsi della *data retention saga* e del portato dei requisiti e dei principi di proporzionalità e stretta necessità forniti dalla CGUE, in Italia la parabola normativa registratasi

ascensori (L. SCAFFARDI, *La data retention va in ascensore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 luglio 2017). Scudiero non ha mancato di evidenziare come il metodo scelto per introdurre la novella indicata suggerisca che il legislatore italiano abbia voluto intenzionalmente introdurre nell'ordinamen-to, "di soppiatto" e senza attirare troppo l'attenzione, una modifica che avrebbe meritato invece un ampio dibattito parlamentare (L. SCUDIERO, *Data retention a sei anni. La Corte di Giustizia dell'UE la boccerebbe come ha fatto con l'accordo Europa-Canada sui Pnr*, in *MediaLaws*, 1, 2017.

[40] Estremamente critici Scudiero e Scaffardi (*supra*) ma anche R. BARBERIO, *Parliamo di Russia ma la vera anomalia sul data retention è l'Italia*, in *Huffington Post*, 5 luglio 2018; S. SIGNORATO, *Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 Codice Privacy da parte del D.Lgs. 10 agosto 2018*, cit.

sino al 2021 appare disordinata, non organica, caratterizzata dal susseguirsi di continui regimi eccezionali, mossi da necessità emergenziali in risposta ad accresciute minacce alla sicurezza pubblica e nazionale[41]. In altre parole, ciò che è venuto a mancare in tali scelte legislative è una riflessione approfondita e sistematica tanto sul corretto bilanciamento tra misure pro-securitarie e adeguate garanzie dei diritti fondamentali quanto sui limiti entro cui una compressione degli stessi avrebbe potuto essere considerata proporzionata, necessaria e costituzionalmente legittima. Una carenza, questa, che ha peraltro contraddistinto non solo le scelte del legislatore nazionale bensì anche gli interventi – invero neppure numerosi – delle Corti italiane in materia.

Pur non potendo in questa sede approfondire nel dettaglio l'interessante evoluzione giurisprudenziale verificatasi nel nostro Paese[42], ciò che deve utilmente essere chiarito è come, in particolare a partire da una nota e discussa ordinanza del Tribunale di Padova del 2017[43] nonché in svariate pronunce della Corte di Cassazione[44], i giudici italiani chiamati a valutare la legittimità delle acquisizioni di tabulati telefonici in procedimenti penali abbiano adottato un approccio sbrigativo, a tratti superficiale e nel complesso certamente poco attento alle complessità e alla profondità della materia trattata. Come la dottrina non ha mancato di rimarcare, alcune affermazioni e considerazioni svolte con riferimento al portato della giurisprudenza della CGUE sono risultate erronee, a causa forse di una poco accurata analisi di tali pronunce o forse di un approccio "difensivo" delle Corti italiane, che hanno preferito promuovere un'interpretazione più ampia e meno stringente dei principi promossi dai giudici di Lussemburgo, così però allontanandosene in

[41] Andolina parla di «tormentata stratificazione della normativa» (E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Cedam, 2018); Caputo invece ravvede anche nella vicenda dell'art. 24 della Legge Europea un intervento "tampone" ed eccezionale che non fa che complicare il quadro della disciplina, dinnanzi ad un legislatore nazionale che si sottrae alla responsabilità di dettare disposizioni organiche e chiare in materia (P. CAPUTO, *La conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella normativa antiterrorismo*, cit., p. 36 in particolare).

[42] Si richiama *ex multis* un recente contributo di G. LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in *Sistema Penale*, 2021, p. 1 ss., che propone un utile sunto della più rilevante giurisprudenza italiana in materia.

[43] Ord. 15 marzo 2017, Pres. Marassi. Si rimanda sul punto a F. RUGGERI, *Data retention e giudice di merito penale. Una discutibile pronuncia*, in *Cassazione Penale*, 6, 2017, p. 2486 ss.

[44] Ci si riferisce, ad esempio, alle sentenze Sez. V, 24 aprile 2018, n. 33851, Sez. III Pen, 23 agosto 2019, n. 36380 e ancora, Sez. III 25 settembre 2019, n. 48737, Sez. II 10 dicembre 2019, n. 5741. Per una analisi di tali sentenze, si leggano L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit.; I. REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in *Sistema penale*, 5, 2020, p. 183 ss.

maniera talvolta netta e contrastante[45]. Neppure la Suprema Corte, dunque, ha mai messo in dubbio e tanto meno rilevato criticità o incompatibilità della disciplina interna rispetto a quanto definito a livello sovranazionale. In un momento in cui le Corti di numerosi Stati membri proponevano rinvii pregiudiziali circa l'interpretazione dell'art. 15 Direttiva *e-Privacy* nonché quanto all'ambito di applicazione del diritto dell'UE in materie complesse e articolate quali quelle della difesa della sicurezza nazionale – si pensi ai rinvii, già richiamati, promossi dalle Corti di Belgio, Regno Unito, Francia, Estonia, Irlanda, Germania e Bulgaria –, i giudici nostrani risolvevano in maniera rapida ed agile gran parte di tali quesiti, senza mai porre in discussione la costituzionalità o la conformità al diritto dell'UE del regime di *bulk data retention* e della vastissima durata dell'obbligo di conservazione dei metadati. Persino a seguito delle sentenze *Privacy International* e *La Quadrature du Net* dell'ottobre 2020, che hanno chiaramente ribadito l'incompatibilità di una forma di conservazione generalizzata ed indiscriminata per scopi di sicurezza pubblica, la Corte di Cassazione ha ribadito la propria già consolidata giurisprudenza "rassicurante", «espressione di un approccio semplicistico ad un tema (..) colmo di nodi irrisolti»[46]; diversamente da quanto accaduto in altri Stati membri, nei quali si sono registrate interessanti e significative reazioni[47], già nella sentenza n. 10022 del 10 novembre 2020 i giudici della Suprema Corte italiana affermavano nuovamente la legittimità della disciplina italiana e la sua compatibilità rispetto al diritto sovranazionale, così rifiutando un altamente atteso ed invocato mutamento di indirizzo[48].

[45] Nella citata Ordinanza del Tribunale di Padova, ad esempio, veniva stabilito come l'art. 132 Cod. Privacy non fosse norma attuativa della *data retention directive* in quanto entrato in vigore prima del 2003, ovvero ben prima della direttiva europea, così che la sentenza *Digital Rights Ireland* ad essa riferita non poteva comportare alcun effetto, neppure indiretto, sulla disciplina italiana. Questa considerazione non può in alcun modo essere condivisa ed è stata invero criticata quale esempio di una superficiale conoscenza da parte di taluni giudici del portato e del significato stesso della giurisprudenza europea ma anche della normativa nazionale: se è vero infatti che l'art. 132 nella sua versione originale non costituiva attuazione della Direttiva 2006/24/CE, esso lo è nondimeno divenuto quando il legislatore è intervenuto su di esso mediante il d.lgs, n. 109/2008, volto proprio a dare attuazione alla normativa europea. E ancora, la Corte di Cassazione, nella pronuncia 23 agosto 2019, n. 36380, affermava che la giurisprudenza della CGUE e i relativi requisiti erano da riferirsi unicamente agli «Stati privi di una regolamentazione dell'accesso e della conservazione dei dati», così che l'Italia, essendo dotata di una specifica disciplina in materia, non veniva considerata in alcun modo toccata da tali sentenze. Anche queste statuizioni paiono del tutto erronee: basti pensare che in pronunce quali *Tele2* o *Ministerio Fiscal* i giudici del rinvio fondavano le loro questioni pregiudiziali proprio sulla difficoltà interpretativa relativa a normative in materia di *data retention* e acquisizione dei metadati, presenti tanto nel Regno Unito e in Svezia quanto in Spagna.

[46] L. LUPARIA, *Data retention e processo penale*, cit., p. 761.

[47] Per una ricostruzione delle più significative reazioni della giurisprudenza di altri ordinamenti europei, sia consentito rinviare a G. FORMICI, *La disiplina della data retention*, cit.

[48] Sul punto L. LUPARIA, *Data retention e processo penale*, cit., p. 764; E.N. LA ROCCA, *A margine della sentenza della CGUE (C-748/18): riflessi sinistri sulla disciplina delle intercettazioni in Italia*, in *Diritti Comparati*, 8 aprile 2021.

Se fino alla metà del 2021, insomma, la disciplina della *data retention* e dell'accesso ai metadati non ha suscitato «l'interesse che meritava, né in dottrina né in giurisprudenza e soprattutto non ha turbato il sonno del legislatore nazionale»[49], solo a seguito della più recente sentenza della CGUE in materia, la *H.K. c. Prokuratuur* del 2 marzo 2021, si è registrata una prima inversione di tendenza. Questa pronuncia, che non è passata inosservata dai giudici italiani forse a causa del richiamo all'ordinamento nostrano svolto dall'Avvocato generale Pitruzzella nelle sue Conclusioni del 21 gennaio 2020, aveva ad oggetto un rinvio promosso dalla Suprema Corte estone che, per quanto qui interessa, riguardava la disciplina dell'accesso e, nello specifico, l'indipendenza delle autorità preposte al controllo preventivo all'acquisizione dei metadati; il giudice estone, infatti, chiedeva se tale requisito fosse da considerarsi assolto nel caso in cui tale funzione fosse attribuita ad un pubblico ministero che dirige la fase istruttoria ma che rappresenta anche la pubblica accusa nel corso del procedimento giudiziario eventualmente avviato. Ebbene su tale delicato punto la CGUE affermava che al fine di essere "indipendente" l'autorità incaricata di controllo preventivo deve essere in grado di «garantire un giusto equilibrio tra gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e i diritti fondamentali al rispetto delle vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso»[50]. Conseguentemente, l'autorità preposta al controllo deve necessariamente risultare *terza* rispetto a quella incaricata di formulare la richiesta di accesso ai metadati, così da garantire un vaglio preventivo realmente imparziale ed oggettivo. Pertanto è richiesto che il controllore non sia coinvolto nella conduzione dell'indagine penale e che sia in posizione di neutralità rispetto a tutte le parti del procedimento. Sulla base di tali considerazioni, la CGUE rilevava alcune criticità nella disciplina estone: i principi di terzietà ed indipendenza, così definiti, non potevano sussistere in capo al pubblico ministero estone a causa sia della natura dell'incarico assegnatogli – valutare l'opportunità e necessità di sottoporre al giudice una controversia o di archiviare il caso –, sia del cumulo di posizioni ricoperte – anche quella di parte attiva dell'eventuale processo –[51].

[49] S. MARCOLINI, *L'istituto della data retention dopo la sentenza della CGUE del 2014*, cit., p. 1591.

[50] Para. 52, *H.K. c. Prokuratuur*.

[51] Per un'analisi dettagliata di tale pronuncia, si rimanda, *ex multis*, a E. CELESTE, *Commission v. Spain and H.K. v. Prokuratuur: taking the plank out of EU's own eye*, in *Bridge Blog*, 15 marzo 2021; S. ROYER, S. CARREL, *Access denied. The CJEU raffirms la Quadrature du Net and clarifies requirements for access to retained data*, in *CiTiP Law Blog*, 23 marzo 2021; S. ROVELLI, *Case Prokuratuur: proportionality and the independence of authorities in data retention*, in *European Papers*, 6, 2021, p. 199 ss. Sia concesso anche il rimando a G. FORMICI, *L'incerto futuro della*

Le similitudini tra la figura del pubblico ministero estone e quello italiano, parimenti titolare della pubblica accusa nel procedimento eventualmente instaurato e incaricato, a seguito di indagini preliminari, di richiedere al G.i.p. tanto l'archiviazione quanto il rinvio a giudizio, hanno aperto un vivace dibattito giurisprudenziale sulla disciplina interna in materia di acquisizione dei metadati, giungendo anche a soluzioni estremamente disomogenee. A pochi giorni di distanza, il Tribunale di Milano, VII Sez. Penale[52] e il Tribunale di Roma, Sez. G.i.p.-G.u.p.[53] sono infatti addivenuti a due opposte conclusioni in merito alla medesima questione: il giudice milanese ha rigettato l'eccezione di inutilizzabilità delle acquisizioni di tabulati a carico dell'imputato, ritenendo conforme al diritto dell'UE la normativa nazionale nonché rilevando una netta distinzione tra il pubblico ministero estone e quello italiano[54]. Mentre secondo il giudice meneghino l'orientamento della giurisprudenza nostrana – e la normativa stessa – non era da ritenersi sotto nessun profilo superato dalla pronuncia della CGUE, i colleghi romani hanno invece dichiarato l'incompatibilità dell'art. 132 Cod. Privacy rispetto al diritto eurounitario nella parte in cui il controllo sull'accesso viene affidato al pubblico ministero[55]. In tale contesto così frammentario e confuso, nel quale anche la dottrina ha auspicato

data retention saga nell'Unione europea: osservazioni a partire dalla sentenza H.K. v. Prokuratuur, in *SIDI Blog*, 27 aprile 2021.

[52] Ordinanza n. 585/2021 del 22 aprile 2021; per approfondimenti, si veda: V. TORDI, *La disciplina italiana in materia di data retention a seguito della sentenza della CGUE: il Tribunale di Milano nega il contrasto con il diritto sovranazionale*, in *Sistema Penale*, 7 maggio 2021; F. TORRE, *Data retention. Una ventata di "ragionevolezza" da Lussemburgo (a margine della sentenza della CGUE 2 marzo 2021, C-746/18)*, in *Consulta Online*, II, 2021, p. 540 ss.

[53] Decreto del 25 aprile 2021. Si rimanda sul punto anche a J. DELLA TORRE, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della Grande Camera della CGUE: la svolta garantista in un primo provvedimento del G.i.p. di Roma*, in *Sistema Penale*, 29 aprile 2021; C. PARODI, *Tabulati telefonici e contrasti interpretativi: come sopravvivere in attesa di una nuova legge*, in *ilPenalista*, 3 maggio 2021. Con riferimento invece ad un approccio di segno opposto manifestato all'interno del medesimo Tribunale di Roma, si legga la decisione del 28 aprile 2021 del G.i.p. Dott. Fanelli, Sez. G.i.p.-G.u.p. e sul punto A. MALACARNE, *Ancora sulle ricadute interne della sentenza della CGUE in materia di acquisizione di tabulati telefonici: il Gip di Roma dichiara il 'non luogo a procedere' sulla richiesta del p.m.*, in *Sistema Penale*, 5 maggio 2021.

[54] Mentre il pubblico ministero estone è autorità «soggetta alla sfera di competenza del Ministero della Giustizia che partecipa alla pianificazione delle misure necessarie per la lotta all'accertamento dei reati», quello italiano è invece «chiamato ad esercitare sotto la vigilanza del Ministero di Grazia e Giustizia le funzioni che la legge gli attribuisce, con garanzia dell'impersonalità del suo ufficio e con la caratteristica ulteriore che esso riveste nel processo penale il ruolo di parte pubblica e non privata», Ord. N. 585/2021 del Tribunale di Milano, p. 4.

[55] Il giudice romano però, con una interpretazione discutibile e discussa, ha ritenuto di non dover disapplicare la normativa interna bensì di poter direttamente applicare il diritto dell'UE come interpretato dalla CGUE; a ciò non osta la mancata previsione normativa della categoria dei reati gravi: la determinazione della stessa, infatti, sarebbe facilmente individuabile, a parere del giudice romano, mediante il rinvio integrale ai reati previsti nel catalogo dettato dagli artt. 266 c.p.p. e 266-*bis* c.p.p., ovvero nei casi in cui sono ammesse le attività di intercettazione. Una simile soluzione, pur essendo stata in qualche misura paventata anche nel *Bollettino Protocollo Cassazione-CGUE*, 1/2021, para. 5.6.2., non ha riscosso molto seguito né in dottrina né da altre Corti. Per lo più è stato ritenuto che l'art. 15 Direttiva *e-Privacy*, non contenendo obblighi chiari, precisi ed incondizionati, non possa ritenersi *self executing* e capace di produrre effetti diretti. Per tale ragione, anche dinnanzi alla decisione della CGUE del 2 marzo 2021, non si

un intervento chiarificatore di un'alta Corte[56] o – ancor meglio – un intervento del legislatore nazionale[57], il Tribunale di Rieti, Sez. Penale, con ordinanza del 4 maggio 2021 ha promosso il primo rinvio pregiudiziale italiano alla CGUE in materia di conservazione e accesso ai metadati[58], chiedendo se l'art. 15 Direttiva *e-Privacy* osti ad «una normativa nazionale che renda il p.m., organo dotato di piene totali garanzie di indipendenza e autonomia (..) competente a disporre mediante decreto motivato l'acquisizione dei dati relativi al traffico e all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale»[59]. Certo non può essere taciuto il fatto che lo stesso Tribunale di Rieti abbia notificato alla CGUE, con lettera del 5 ottobre 2021, il ritiro della sua domanda di pronuncia pregiudiziale, così che la causa risulta ad oggi conclusa: l'intervenuta riforma della normativa nazionale ha fatto venir meno l'utilità, ai fini della soluzione del caso concreto, della determinazione da parte dei giudici di Lussemburgo del profilo problematico loro sottoposto, all'epoca del rinvio ancora fortemente dibattuto. Ciò che qui rileva comunque è evidenziare come la difformità di interpretazioni ed approcci delle Corti italiane dinnanzi alla sentenza *H.K. c. Prokuratuur* abbia portato ad un inedito e tanto caldeggiato dialogo con la CGUE, sintomo anche di una maggiore comprensione della complessità e delicatezza delle questioni emerse. E il richiamato rinvio assume certamente rilievo se si pensa alla diversa posizione espressa in quegli stessi mesi dalla Corte di Cassazione: quest'ultima, infatti, nella sentenza n. 28523 del 22 luglio 2021, aveva sostenuto che «la richiamata pronuncia Europea sembra incapace di produrre effetti applicativi immediati e diretti a causa dell'indeterminatezza delle espressioni ivi utilizzate al fine di legittimare l'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata dei cittadini: infatti, il riferimento alle "forme gravi di criminalità" ed alla funzione di "prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica", sembra necessariamente implicare un intervento legislativo volto ad individuare, sulla base di

dovrebbe ricorrere alla disapplicazione dell'art. 132 Cod. Privacy, pur se considerato in contrasto con il diritto dell'UE. Sul punto si legga ampiamente il documento redatto dall'Ufficio del massimario e del ruolo, Servizio penale, della Corte Suprema di Cassazione, *Relazione su novità normativa. Misure urgenti in tema di acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*, 13 ottobre 2021.

[56] *Ex multis*, F. TORRE, *Data retention. Una ventata di "ragionevolezza" da Lussemburgo*, cit., p. 552.

[57] F. RINALDINI, *Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della CGUE nel caso H.K. sul regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l'intervento del legislatore*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5, 2021.

[58] Domanda di pronuncia pregiudiziale C-334/21, proposta dal Tribunale di Rieti nel procedimento penale a carico di G.B. e R.H. Per approfondimenti: G. STAMPANONI BASSI, *Acquisizioni dei tabulati telefonici e telematici: il Tribunale di Rieti propone questione pregiudiziale alla CGUE*, in *Giurisprudenza Penale*, 13 maggio 2021; L. GRANOZIO, *Corte di Giustizia sui tabulati: soluzioni contrastanti*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 18 maggio 2021.

[59] Para 4.3.1. della richiamata Ordinanza.

"criteri oggettivi", così come richiesto dalla stessa pronuncia della Corte Europea, le categorie di reati per i quali possa ritenersi legittima l'acquisizione dei dati di traffico telefonico o telematico». Escludendo dunque la diretta applicabilità della decisione della CGUE – allontanandosi così da quanto affermato dal giudice romano, come sopra evidenziato –, la Suprema Corte riconosceva, per la prima volta, l'importanza e la necessità di un intervento normativo volto quantomeno a determinare la soglia di "gravità" dei reati per i quali è possibile procedere all'accesso; ciò diversamente da quell'orientamento, ravvisabile ad esempio nell'Ordinanza del Tribunale di Padova e precedentemente sposato dalla Cassazione stessa[60], secondo cui la gravità della fattispecie criminosa può essere determinata, caso per caso, dal giudice, senza la necessità di un preciso elenco da parte del legislatore. Nella pronuncia del luglio 2021, dunque, è ravvisabile senz'altro un primo timido e solo parziale cambio di approccio nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Ciò che la rapida carrellata delle più rilevanti e recenti decisioni in materia di acquisizione e conservazione dei metadati ha posto in evidenza è stato proprio il rilievo della pronuncia *H.K. c. Prokuratuur* che, in maniera praticamente inedita nel contesto italiano, ha risvegliato il dibattito sulla legittimità, proporzionalità nonché sui limiti e requisiti che debbono accompagnare l'impiego di tale strumento investigativo. Il primo rinvio pregiudiziale, sopra richiamato e promosso da una Corte italiana in tale materia, rappresenta, nonostante il suo rapido epilogo, un primo importante passo sia verso un più efficace e consapevole dialogo multilivello, sia nella direzione di una più seria consapevolezza del rilevante impatto che la giurisprudenza europea produce rispetto alla discussa normativa interna. Anche dinnanzi a tale maggiore sensibilità e comprensione della materia, l'approccio del giudice italiano ha mostrato però, ancora una volta, limiti e criticità. Nessun dubbio o discussione, infatti, sono sorti quanto alla pur problematica disciplina della *data retention* generalizzata ed indiscriminata, che invece tanto ha occupato l'attenzione di legislatori e Corti in altri Stati membri oltre che della CGUE stessa. Sebbene, quindi, non si possa certamente attribuire agli sviluppi giurisprudenziali del più recente passato un significato rivoluzionario o il segno di una decisa inversione del senso di marcia – molte, infatti, come si è detto, sono state le Corti che non hanno rilevato dubbi circa la conformità della disciplina nazionale rispetto al diritto dell'UE come interpretato dai giudici di Lussemburgo –, essi innegabilmente rappresentano un passo timido ma rilevante verso un dibattito più consapevole su tale delicata materia. E proprio da

[60] Si pensi alla sentenza 25 settembre 2019, n. 48737, in particolare para. 3.6.

queste ultime reazioni ed evoluzioni, registratesi tanto a livello sovranazionale quanto italiano, prende avvio quell'intervento del legislatore nazionale che caratterizza lo scenario presente.

3. *The Ghost of data retention Present*: le modifiche apportate dal recente d.l. 30 settembre 2021, n. 132 e dalla legge di conversione 23 novembre 2021, n. 178

Come anticipato, le prime e significative reazioni alla giurisprudenza della CGUE in materia di *data retention* si sono registrate, piuttosto sorprendentemente e criticamente, in Italia solo a seguito della pronuncia *H.K. c. Prokuratuur*. In tale contesto, la sopra evidenziata risposta delle Corti italiane, ancora per molti versi confusa e frammentaria, non è però l'unico e forse neppure il più evidente riscontro all'ennesimo intervento dei giudici di Lussemburgo: il 1 aprile 2021, infatti, il Governo nostrano ha accolto l'ordine del giorno 9/2670-A/10 – proposto in occasione dell'esame del disegno di Legge Europea 2019/2020 –, impegnandosi a rivedere la normativa all'epoca vigente alla luce dei principi e requisiti sempre più chiaramente affermati a livello europeo e che non parevano poter essere più ignorati[61]. Poco tempo dopo la pubblicazione della sentenza relativa al caso estone, il Governo italiano ha dunque mostrato una nuova ed auspicata attenzione alla disciplina della conservazione e accesso ai metadati, riconoscendone la distanza rispetto al portato della giurisprudenza della CGUE e ammettendo così, per la prima volta, la necessità di un intervento normativo. Insieme al vivace dibattito dottrinario[62], che non ha mancato di rilevare il significativo impatto che la decisione dei giudici di Lussemburgo del marzo 2021 poteva produrre nell'ordinamento italiano, anche il Presidente del Garante per la Protezione dei Dati Personali, Pasquale Stanzione, ha rimarcato l'importanza e l'improrogabilità di una decisa riforma legislativa

[61] Nell'OdG citato sono presenti alcune considerazioni di grande rilievo, che mettono in luce una più profonda consapevolezza dei rischi e delle serie minacce che lo strumento della *data retention* e accesso ai metadati comportano per il godimento dei diritti fondamentali. Viene dunque colta la delicatezza della materia e del bilanciamento sotteso: nel riconoscere come nel 2014 la compagnia Vodafone fosse stata destinataria di oltre 600.000 richieste di tabulati, in tale documento si legge come «esistono persino appositi programmi che, analizzando i registri delle chiamate su un determinato periodo, costruiscono un grafico delle relazioni di una persona; con l'evoluzione tecnologica e le nuove conoscenze sarà possibile progressivamente ottenere dai tabulati un controllo della persona sempre più pregnante».

[62] Anche la dottrina ha da più parti sottolineato l'importanza di un intervento normativo, come suggerito da G. BATTARINO, *CGUE e dati relativi al traffico telefonico e telematico. Uno schema di lettura*, in *Questione Giustizia*, 21 aprile 2021. L'autore evidenziava peraltro come una strada alternativa a tale intervento – o in caso di inerzia del legislatore – potesse essere ravvisata in un giudizio incidentale di legittimità costituzionale vertente sull'art. 132 Cod. Privacy.

in materia. Nella Relazione per l'anno 2020, tenutasi il 2 luglio 2021, nonché nella *Segnalazione sulla disciplina della conservazione, a fini di giustizia, dei dati di traffico telefonico e telematico* del 2 agosto 2021, il Garante ha sollecitato nuovamente[63] una riforma dell'art. 132 Cod. Privacy nonché dell'art. 24 della Legge Europea del 2017, richiamando Governo e Parlamento a riflettere più approfonditamente sulla compatibilità della disciplina italiana con i principi stabiliti dalla CGUE[64].

Sotto la spinta di tali puntuali e dirette indicazioni e dinnanzi all'urgenza[65] di un'azione chiarificatrice della disciplina nazionale, il Governo ha adottato il d.l. 30 settembre 2021, n. 132 recante *Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP*, pubblicato in G.U. il medesimo giorno ed avente immediata efficacia.

L'art. 1 di tale normativa che, come si comprende bene dalla titolazione, non è interamente dedicata alla disciplina della *data retention* ma contiene anzi disposizioni estremamente variegate tra loro, introduce modifiche alla disciplina sull'acquisizione dei metadati per scopi investigativi, agendo direttamente sul testo dell'art. 132 Cod. Privacy.

In particolare, le innovazioni di forte rilievo che hanno interessato tale norma hanno da un lato ripristinato[66] in capo al giudice il controllo preventivo all'acquisizione, controllo che deve sfociare in un decreto motivato e che deve essere attivato mediante richiesta del pubblico ministero, del difensore dell'imputato, di persona sottoposta ad indagini, di persona offesa e altre parti private[67];

[63] Diversi infatti sono stati, nel corso del tempo, i richiami in tal senso espressi dal Garante per la Protezione dei Dati, il quale peraltro non ha mancato di esprimere perplessità e preoccupazioni sin dalla adozione della Legge Europea. Sul punto si rimanda alle dichiarazioni rese da Antonello Soro in occasione del Convegno *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, reperibili sul sito web del Garante, nonché al Parere n. 8005333 sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della Dir. 2016/680, del 22 febbraio 2018. Interessanti sono anche le dichiarazioni rese dall'allora Garante europeo della protezione dei dati, Giovanni Buttarelli, che aveva redarguito il legislatore italiano quanto alla sproporzionata durata della conservazione, soprattutto dinnanzi a scelte, quali quelle del legislatore tedesco, che avevano invece previsto un periodo di *data retention* massimo di dieci settimane (si legga l'intervista a Giovanni Buttarelli, su *La Stampa*, 13 novembre 2017).

[64] Rilevando peraltro le posizioni contrastanti «registratesi in sede pretoria dopo la sentenza del 2 marzo scorso», il Garante ha affermato l'importanza di riflettere su una «riforma della disciplina della *data retention* tale da differenziare condizioni, limiti e termini di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico in ragione della particolare gravità del reato per cui proceda, comunque entro periodi massimi compatibili con il su richiamato principio di proporzionalità, come interpretato dalla CGUE. Occorrerebbe inoltre valutare – anche sulla scorta di alcuni OdG accolti dal Governo nell'ambito di recente procedimenti legislativi – l'opportunità di subordinare l'acquisizione dei dati all'autorizzazione del Gip, ferma restando, ovviamente, nei casi d'urgenza, la possibilità per il p.m. di provvedervi con proprio decreto, soggetto a convalida solo in fase successiva, sul modello dell'art. 267, co. 2, c.p.p.».

[65] Questo giustifica, a parere del Governo, l'urgenza dell'atto avente forza di legge adottato, come riportato nello stesso preambolo del d.l. nel quale vengono illustrati i presupposti di straordinaria necessità ed urgenza ex art. 77 Cost.

[66] Come si è visto nella ricostruzione svolta nel previo paragrafo, infatti, inizialmente questa scelta era già stata promossa dal legislatore italiano.

[67] Così si legge al co. 1, lett a), che ha così modificato l'art. 132, co. 3, Cod. Privacy.

dall'altro lato, hanno limitato l'acquisizione di metadati ai soli casi di procedimenti penali e attività di indagine finalizzati alla repressione di un catalogo preciso di reati presupposto, così fornendo per la prima volta una definizione dei reati *gravi* legittimanti le operazioni di accesso. Queste ultime, dunque, secondo quanto stabilito dal decreto-legge, potevano avvenire unicamente in caso di sussistenza di «*sufficienti indizi* di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'art. 4 del c.p.p., e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, *ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini*»[68].

L'atto disposto dal Governo ha poi aggiunto all'art. 132 Cod. Privacy il co. 3-bis, nel quale è stata prevista un'eccezionale procedura d'urgenza che consente, similmente a quanto disposto dall'art. 267, co. 2 c.p.p., direttamente al pubblico ministero di provvedere all'acquisizione dei metadati laddove vi sia un fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare un pregiudizio grave alle indagini; tale disciplina eccezionale e residuale consente sì una maggiore rapidità nell'accesso ma impone comunque una successiva convalida da parte del giudice entro le quarantotto ore successive alla comunicazione fornita dal pubblico ministero, che deve a sua volta essere fatta pervenire entro quarantotto ore dall'accesso stesso, pena l'inutilizzabilità dei metadati raccolti e acquisiti[69]; la analizzata previsione, oltre ad avere una evidente utilità in termini di chiarezza, è parsa del tutto in linea con quanto affermato anche dalla CGUE, che ha espressamente

[68] Per completezza è utile indicare come sia stato eliminato ogni riferimento alla possibilità, prima attribuita dall'art. 132, co. 3 al difensore dell'imputato o dell'indagato, di un accesso diretto ai dati relativi alle comunicazioni telefoniche in entrata; non è stata confermata infatti la previa statuizione secondo la quale «Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall' articolo 391-quater del codice di procedura penale. La richiesta di accesso diretto alle comunicazioni telefoniche in entrata può essere effettuata solo quando possa derivarne un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397; diversamente, i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le modalità di cui all'articolo 2-undecies, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo». Secondo la normativa vigente, quindi, anche il difensore dell'imputato o indagato è tenuto a richiedere l'acquisizione al giudice.

[69] Un ulteriore co. 3-ter è stato poi inserito, volto a riconoscere forme di tutela dei diritti dell'interessato, stabilendo che «rispetto ai dati conservati per le finalità indicate al co. 1, i diritti di cui agli artt. da 12 a 22 del Regolamento [GDPR, quali il diritto all'accesso, alla rettifica, alla cancellazione, etc.] possono essere esercitati con le modalità di cui all'art. 2-*undecies*, co. 3, terzo, quarto e quinto periodo», cioè anche per il tramite del Garante. Questo inserimento, successivo rispetto alla versione originaria del decreto, è frutto delle segnalazioni svolte dal Garante stesso nel *Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*, 10 settembre 2021, doc. web 9704851, di cui si parlerà più ampiamente a breve.

stabilito la possibilità di derogare al previo controllo in «situazioni di urgenza debitamente giustificate, nel quale caso il controllo deve avvenire entro termini brevi»[70].

Tutte le modifiche richiamate, dunque, sono state motivate dall'esigenza impellente di conformare la disciplina nazionale al diritto dell'UE, così come interpretato dalla CGUE nella pronuncia del marzo 2021: l'innovativo e prima del tutto assente carattere di gravità del reato quale limitazione all'acquisizione, insieme all'approccio maggiormente garantista sotto il profilo procedurale, tramite la piena giurisdizionalizzazione dell'acquisizione stessa, sono chiari segnali di una maggiore attenzione prestata dal Governo rispetto ai principi delineati a livello europeo. Per la prima volta dall'avvio della c.d. *data retention saga*, una pronuncia dei giudici di Lussemburgo in tale delicata materia riesce a provocare un effetto dirompente nel contesto italiano, portando ad un "cambio di rotta": le modifiche normative introdotte puntano ad agire nella direzione di una più solida garanzia dei diritti fondamentali e a delimitare maggiormente e con precisione i casi in cui le esigenze securitarie e di repressione dei reati sono tali da giustificare una significativa compressione della sfera privata.

Pur avendo certamente avuto il merito di risolvere quelle incertezze e molteplicità di interpretazioni emerse nella giurisprudenza nazionale a seguito della pronuncia *H.K. c. Prokuratuur*, l'intervento del Governo non è rimasto esente da critiche e perplessità, anche di carattere e segno estremamente differente. Volendo qui riportare alcuni dei più rilevanti commenti alla normativa analizzata, punto di partenza di grande interesse è certamente rappresentato dal *Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*[71] disposto dal Garante per la Protezione dei Dati Personali. In tale documento, infatti, quest'ultimo ha sottolineato come le novità da introdursi mediante decreto-legge fossero certamente conformi alle indicazioni e ai principi stabiliti dalla rilevante giurisprudenza della CGUE; anche la distinzione tra la disciplina dell'acquisizione dei metadati e quella delle intercettazioni operata attraverso l'impiego di diversi termini – "carattere sufficiente" e non "grave" degli indizi di reato, "rilevanza" investigativa di tali informazioni anziché "assoluta indispensabilità" –, è risultata del tutto ragionevole e motivata dalla maggiore intrusività nella sfera privata rappresentata dalle captazioni dirette dei contenuti delle

[70] Così si legge al para. 58 della sentenza *H.K. c. Prokuratuur*.
[71] Vedi *supra* nota 69.

comunicazioni che, proprio per tale superiore ingerenza risultano tali da giustificare regole procedurali e requisiti sostanziali più stringenti. Una simile distinzione è stata riproposta anche con riferimento alla definizione dei reati presupposto, rispetto ai quali non sono «state infatti accolte quelle proposte volte ad estende al mezzo *de quo* le ipotesi legittimanti l'intrusione nella sfera privata degli utenti previste in materia di intercettazioni telefoniche ai sensi dell'art. 266 c.p.p., nell'evidente convinzione della sussistenza di una differenza ontologica tra i due strumenti in oggetto»[72]. Insomma, al Garante – ma anche a buona parte della dottrina – è parsa assolutamente condivisibile la scelta del Governo di ravvicinare le due discipline sopra richiamate sotto lo specifico profilo della giurisdizionalizzazione del vaglio preventivo, salvo mantenere poi un margine di opportuna differenziazione per quanto concerne gli altri presupposti legittimanti l'impiego di simili strumenti, impiegando termini e condizioni più flessibili per l'acquisizione dei metadati[73].

Nonostante i profili positivi dell'intervento normativo, ben evidenziati nel Parere, all'interno di quest'ultimo è stato però individuato anche un profilo critico di estremo rilievo: «resta da adeguare alla giurisprudenza di Lussemburgo la disciplina della durata della conservazione dei tabulati (..). La legittimità dell'acquisizione dei tabulati (..) esige infatti una parimenti legittima conservazione (alla prima preordinata), che tale non potrebbe ritenersi se incompatibile con il principio di proporzionalità (..). Alla luce di tale criterio andrebbe, dunque, ripensato – se del caso anche in sede di conversione del decreto-legge – il termine di conservazione di 72 mesi previsto dalla disciplina vigente, riconducendolo entro margini maggiormente compatibili con il canone di proporzionalità», para. 2. Con questa osservazione puntuale e precisa il Garante ha quindi suggerito – al Governo ma anche, eventualmente, al Parlamento in occasione della necessaria approvazione della legge di conversione – di adottare una riforma più completa e capace di interessare anche la fase di

[72] A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021, n. 132*, in *Sistema Penale*, 8 ottobre 2021.

[73] Questo approccio pare peraltro condivisibile e compatibile con quanto affermato dalla giurisprudenza della CGUE nella richiamata *data retention saga*, nonché dalla Corte EDU, in particolare nella pronuncia Grande Sezione, 21 maggio 2021, ricorsi n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, *Big Brother Watch & others v. UK*, nella quale è stata riconosciuta l'invasività della mera conservazione ed acquisizione dei metadati, benché in misura differente rispetto all'accesso ai contenuti delle comunicazioni. Del resto, anche la Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 38/2019 ha affermato come, per quanto sia ravvisabile una distinzione tra disciplina – ed ingerenza nella sfera privata – perpetrata dalle intercettazioni, diversamente dall'acquisizione di dati esterni di una comunicazione, anche tale ultima tipologia di informazioni debba «beneficiare della garanzia che alla libertà e alla segretezza di ogni forma di comunicazione è assicurata dall'art. 15 Cost.», para. 2.3; questo perché anche ai metadati è attribuito un «indubbio significato comunicativo».

conservazione. Tracciando un legame tra quest'ultima e la successiva acquisizione, viene evidenziato ciò che già la CGUE da tempo ha affermato, ovvero che la lesività dei diritti fondamentali non avviene, come invece sostenuto da taluni Governi nazionali, solo nel momento dell'accesso, bensì si realizza già con la conservazione, che deve pertanto anch'essa sottostare ai principi di proporzionalità e stretta necessità[74]. La durata straordinariamente lunga della *data retention* italiana, statuita dalla Legge Europea 2017, viene così ritenuta un elemento potenzialmente critico, da "riportare" entro i confini di quelle condizioni e limiti sanciti dalla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo.

Accanto a tali attenti moniti del Garante, che pure non negano la correttezza e la compatibilità al diritto dell'UE delle modiche proposte in materia di acquisizione, anche la dottrina – in gran parte studiosi del diritto processuale penale – si è interrogata sulla portata del decreto-legge, rilevandone taluni profili critici e lacune di non marginale rilievo.

Un primo aspetto di interesse è da individuarsi senza dubbio nella mancata predisposizione di un limite soggettivo all'acquisizione dei metadati, ovvero di soggetti ben individuati e specificati rispetto ai quali l'accesso ai dati è legittimo. Sul punto, la sentenza *H.K. c. Prokuratuur* infatti specificava la necessità di stabilire criteri volti a «definire le circostanze e le condizioni in presenza delle quali deve essere concesso alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati in questione. A questo proposito, un accesso siffatto può, in linea di principio, essere consentito, in relazione con l'obiettivo della lotta contro la criminalità, soltanto per i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un'altra in un illecito del genere», para. 50. Una simile restrizione e determinazione preventiva dei soggetti destinatari delle operazioni di accesso, però, è parsa a taluni eccessiva e potenzialmente critica: «un'eventuale operazione di tipizzazione (*numerus clausus*) dei soggetti passivi [delle operazioni di acquisizione dei metadati] risulterebbe alquanto impervia e destinata, quasi certamente, a prestare il fianco a censure dirette ad evidenziarne l'inadeguatezza rispetto alle

[74] Nei rinvii pregiudiziali *La Quadrature du Net* e *Privacy International*, ad esempio, come evidenziato dall'Avvocato generale Campos Sanchez-Bordona, nelle sue Conclusioni del 15 gennaio 2021, la maggioranza degli Stati membri che hanno presentato osservazioni hanno sostenuto che «sarebbero sufficienti norme rigorose sull'accesso ai dati conservati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, che possano compensare, in qualche modo, la gravità dell'ingerenza che la conservazione generalizzata e indifferenziata di tali dati comporta», para. 71. Tale approccio è stato completamente smentito dalle già richiamate decisioni della CGUE, nelle quali è stato ribadita l'incompatibilità, salvo per esigenza di sicurezza nazionale, della *bulk data retention* con il diritto dell'UE, indipendentemente cioè dalla disciplina dell'accesso: i requisiti e criteri indicati dai giudici di Lussemburgo nella consolidata giurisprudenza in materia debbono dunque essere tutti cumulativamente e complessivamente sussistenti.

molteplici situazioni che si potrebbero concretamente manifestare nella prassi»[75]. La scelta di non riproporre una elencazione definita sulla scia della richiamata statuizione dei giudici di Lussemburgo non è sembrata quindi, a parere di taluni studiosi, del tutto irragionevole, soprattutto in termini di concreta efficacia dello strumento dell'acquisizione stessa[76]. Ma con riferimento a tale profilo, invero estremamente delicato perché in grado di circoscrivere significativamente la concreta attuazione dello strumento investigativo in analisi, le considerazioni sopra proposte sono tutt'altro che pacifiche: secondo Filippi, ad esempio, «si sarebbe dovuti legislativamente individuare anche i "soggetti" perché, di regola, l'accesso è ammesso soltanto ai dati di chi è sospettato di reato e solo eccezionalmente, in "situazioni particolari" (come quelle in cui gli interessi vitali della sicurezza nazionale, delle difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo), si può ammettere l'accesso ai dati di persone non sospettate, ma a condizione che esistano "elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo". Invece nulla al riguardo è stato precisato nel decreto-legge»[77]. Secondo l'autore – che, come si è visto, ha ampiamente richiamato principi e considerazioni emerse dalla giurisprudenza della CGUE – risulterebbe pertanto inevitabile sollevare su tale punto e con riferimento a tale lacuna normativa una questione di legittimità costituzionale «in rapporto all'art. 117 Cost., che vincola la potestà legislativa dello Stato al rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»[78].

Anche il rilevante profilo della determinazione dei reati presupposto non ha mancato di destare commenti spesso divergenti: mentre per taluni la scelta compiuta dal Governo ha comportato, *de facto*, un'apertura molto ampia e in realtà assai poco selettiva delle fattispecie di reato legittimanti l'acquisizione, considerando che i criteri stabiliti finiscono di fatto col comprendere fattispecie che

[75] A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici,* cit. L'autore sottolinea come l'assenza di una limitazione sotto questo profilo e il mancato richiamo da parte del Governo dell'espressione promossa dei giudici di Lussemburgo consenta ad esempio di non limitare solo agli indagati o imputati l'acquisizione dei metadati, bensì di renderla possibile anche nel caso di procedimenti contro ignoti o «di garantire al p.m. di poter accedere alle informazioni di tutti i soggetti che, seppur indirettamente, abbiano facilitato l'*iter criminis* (ad esempio prestando inconsapevolmente il proprio smartphone allo stesso indagato) ovvero siano coinvolti, anche in veste di persona offesa o possibile testimone, nei fatti oggetto di accadimento».

[76] In questi termini, come si è visto, si è espresso A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici,* cit.

[77] L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in *Penale. Diritto e procedura*, 1 ottobre 2021, p. 11.

[78] *Ibidem*, p. 12.

paiono carenti di una reale gravità[79], per altri invece l'indicazione prevista ha finito con l'escludere una serie di reati per i quali sarebbe stato invece corretto e proporzionato poter disporre dello strumento di acquisizione dei metadati[80].

Come si nota, quindi, le scelte sostanziali del Governo hanno aperto un significativo dibattito, espressione della delicatezza della materia e del diverso punto di equilibrio che può essere individuato tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Di ciò è estremamente indicativa la diversità di vedute espresse con riferimento alla giurisdizionalizzazione della procedura di acquisizione, anch'essa oggetto di opposti pareri e valutazioni. Vi è infatti chi ha ravvisato nella "svolta garantista" operata dal d.l. un'insidia reale e profonda all'efficacia ed efficienza dello strumento dell'accesso ai metadati: per Pestelli la riforma esaminata, «oltre a riportare indietro le lancette dell'orologio della nostra legislazione di quasi vent'anni (quando invero i tabulati potevano essere acquisiti solo con decreto del giudice su richiesta delle parti), nel dare seguito – del tutto acriticamente – a tale giurisprudenza [della CGUE], da un lato ha (re)introdotto disposizioni farraginose per lo sviluppo delle indagini e pesanti limiti all'attività di ricerca della prova penale, dall'altro non ha tenuto conto delle difformità tra il caso che aveva determinato suddetta pronuncia e la figura del nostro p.m., così come emergente dall'ordinamento costituzionale»[81]. In senso contrario, invece, si è espresso chi ha ritenuto che il ruolo attribuito al giudice, «se pure aggrava la concreta operatività degli uffici inquirenti anche nei loro sinora più agili rapporti in materia con la polizia giudiziaria, pone al riparo da contestazioni l'uso di una così importante fonte di conoscenza investigativa»[82]. Una maggiore salvaguardia dei diritti fondamentali, insomma, che giustifica un irrigidimento, pur ragionevole e proporzionato, della disciplina normativa[83].

[79] In questi termini G. AMATO, *Nella 'costruzione' normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, in *Guida al diritto*, 39, 2021, p. 22, come richiamato anche da F. RINALDINI, *La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: scenari e prospettive*, in *Giurisprudenza Penale*, 10, 2021.

[80] In questo senso G. PESTELLI, *D.l. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonico e telematici*, in *Quotidiano giudirico*, 4 ottobre 2021, che svolge un dettagliato elenco di importanti e gravi reati esclusi dalla definizione fornita dalla normativa in esame.

[81] G. PESTELLI, *D.l. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonico e telematici*, cit.

[82] G. BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132*, cit.

[83] Tale questione si era peraltro presentata nel passato, quando, come anticipato, l'art. 132 Cod. Privacy modificato dal d.l. 24 dicembre 2003, n. 354 aveva previsto l'intervento autorizzatorio del giudice ai fini dell'acquisizione di metadati. Ebbene già sulla legittimità di tale scelta normativa era stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale, che aveva però sbrigativamente rilevato come la questione fosse del tutto superata dalla sopravvenienza del d.l. 27

Le divergenze di vedute, anche sostanziali, tra chi identifica nella riforma un inutile e sproporzionato appesantimento procedurale, in grado di minarne l'efficacia, e chi invece ne elogia la portata garantista – sottolineando anzi la carenza di talune restrizioni più rigide –, sono infine riscontrabili in un'ulteriore scelta del Governo: quella di non inserire nel testo finale del decreto-legge alcuna disciplina transitoria, invero originariamente proposta all'art. 2, così lasciando aperta all'interpretazione del giudice la questione relativa alla retroattività delle nuove disposizioni rispetto alle acquisizioni svolte nei procedimenti in corso. La disposizione inizialmente prevista dal Governo sanciva l'utilizzabilità dei metadati acquisiti mediante autorizzazione del pubblico ministero nei procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore del decreto-legge, imponendo però una forte limitazione atta a restringerne l'impiego solo nei casi di ricorrenza dei presupposti sanciti dal decreto-legge e sulla base di una valutazione a posteriori, rimessa al Giudice – in sede di successiva convalida da svolgersi alla prima udienza successiva all'entrata in vigore della normativa esaminata – o al G.i.p. nei procedimenti ancora in fase di indagine. Secondo taluni, tuttavia, questa disciplina avrebbe comportato «notevoli problemi in sede applicativa»[84], così che «forse non è infondato ritenere che la mancata riproposizione, che avrebbe consentito di porre la questione in tutti i procedimenti in qualsiasi grado si fossero trovati, sia stata determinata dalla diseconomia della procedura legata al ritardo che la richiesta di trasmissione di atti – per la decisione – avrebbe determinato»[85].

Mentre alcuni primi commentatori hanno quindi condiviso la scelta di eliminare la disposizione transitoria[86], vi è invece chi ha ritenuto precipuo compito del legislatore sciogliere tale delicato nodo, anziché attribuirne la definizione in capo ai singoli giudici: «spetterebbe al legislatore stabilire, senza rimetterne la soluzione ad oscillanti scelte pretorie, tenuto conto dei riflessi della nuova disciplina sul momento valutativo della prova già acquisita dal p.m. secondo la previgente normativa, viziata da una sostanziale incompatibilità, pur sopravvenuta, con la giurisprudenza

luglio 2005, n. 144 che aveva modificato la disposizione oggetto di vaglio di legittimità, assegnando al pubblico ministero il compito di provvedere al previo controllo in merito all'acquisizione di metadati. Per approfondimenti sui rilievi svolti nella pronuncia 14 novembre 2006, n. 372, si rinvia a M. PINNA, *Doppio binario di accesso ai dati sul traffico telefonico: una scelta legislativa ragionevole ratificata (con argomenti non irresistibili) dalla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 3929; E. BASSOLI, *Acquisizione dei tabulati vs. privacy: la data retention al vaglio della Consulta*, in *Diritto in Internet*, 3, 2007, p. 14 ss.

[84] C. GITTARDI, *Sull'utilizzabilità dei dati del traffico telefonico e telematico acquisiti nell'ambito dei procedimenti pendenti alla data del 30 settembre 2021*, in *Giustizia Insieme*, 7 ottobre 2021.

[85] G. SPANGHER, *Data retention: le questioni aperte*, in *Giustizia Insieme*, 9 ottobre 2021.

[86] Di questa opinione Gittadi e Pestelli, già citati *supra*.

europea»[87]. In altre parole, sebbene molti studiosi abbiano concordato che, in assenza di una espressa previsione e considerato il principio *tempus regit actum*, le acquisizioni operate sulla base della previa normativa avrebbero dovuto essere considerate utilizzabili e legittime[88], escludendo dunque la retroattività della nuova disciplina, la mancanza di una disciplina transitoria è stata comunque ritenuta tale da aprire potenzialmente la strada a differenti interpretazioni giurisprudenziali, creando una possibile situazione confusa e disomogenea, a detrimento della certezza del diritto, specialmente in una materia tanto delicata quanto quella penale; in assenza di specifica disposizione, pertanto, il decreto-legge, ha lasciato all'«interprete di ogni livello [il compito di] risolvere il problema della sorte dei dati di traffico telefonico e telematico già acquisiti nei procedimenti (e nei processi) pendenti, se non tutti, quanto meno dal 2 marzo 2021 (data di pubblicazione della sentenza [*H.K. c. Prokuratuur*] (..) al 29 settembre 2021 (vigilia dell'entrata in vigore del d.l. n. 132 del 2021»[89].

Ebbene sotto questo profilo, così dibattuto e complesso, è specificamente intervenuto il Parlamento in sede di approvazione della legge di conversione del d.l. sin qui esaminato: la l. 23 novembre 2021, n. 178 ha infatti reinserito la disposizione transitoria inizialmente prevista nel decreto-legge e successivamente espunta nel testo finale, modificandone però il contenuto. La versione attuale così dispone che i metadati «acquisiti nei procedimenti penali in data precedente all'entrata in vigore del decreto, possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo telefonico, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi». Questa disposizione ha, sin dai primi commenti "a caldo" della legge di conversione, sollevato notevoli perplessità. Scardinando l'interpretazione che aveva ritenuto applicabile il principio *tempus regis actum* con riferimento alla disciplina prevista nel decreto-legge, la misura transitoria riportata, considerata da taluni «improvvida», è apparsa censurabile innanzitutto sotto il profilo della tecnica legislativa: essa è

[87] F. RESTA, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati*, in *Giustizia Insieme*, 2 ottobre 2021.

[88] In questo senso Battarino, Pestelli, Gittardi e Spangher, mentre ha sostenuto la sopravvenuta inutilizzabilità dei metadati acquisiti sulla base della previgente disciplina S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cassazione Penale*, 2, 2015, p. 760 ss. Sul punto si rimanda alla ampia e dettagliata analisi presentata nel documento Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, *Relazione su novità normativa*, cit.

[89] Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, *Relazione su novità normativa*, cit., p. 31.

stata infatti inserita non nell'art. 132 Cod. Privacy, come tutte le altre modifiche apportate dal decreto-legge, bensì nel decreto-legge stesso, all'art. 1, co. 1-bis, così rendendo «più difficoltosa la conoscenza e la lettura dei precetti normativi»[90]; oltre a tale profilo, certamente discutibile, ciò che è apparso ancor più problematico è stata la retroattività del requisito della gravità del reato introdotto con decreto, nonché l'espressa previsione secondo cui i metadati acquisiti su autorizzazione del pubblico ministero possono essere impiegati solo a carico dell'imputato – e non dell'indagato ad esempio – e solo unitamente ad altri elementi di prova. Il rischio è quello, serio, di veder travolgere «interi atti di indagine ritualmente e legittimamente compiuti secondo disposizioni *ratione temporis* vigenti all'epoca in cui sono stati compiuti, sulla base di una norma successiva che ne sancisce l'inutilizzabilità retroattiva (..). Verranno così definitivamente travolte, per legge, tutte le attività acquisitive di dati telefonici o telematici svolte in relazione a fatti particolarmente odiosi, che non rientrano tra i limiti edittali della nuova disciplina»[91]. Uno scenario così tratteggiato potrebbe richiedere un ulteriore provvedimento normativo ma anche rendere necessario un intervento della Corte costituzionale al fine di chiarire la legittimità di una simile disposizione transitoria dalle potenziali dirompenti conseguenze.

Certamente è ancora troppo presto per valutare la portata dell'introduzione, in sede di conversione, di una disposizione capace di agire nel passato, provocando cioè effetti rispetto ad acquisizioni già legittimamente svoltesi sulla base della previa normativa; se si comprende come la *ratio* di una simile misura sia quella di tutelare la necessaria terzietà ed indipendenza del controllo preventivo richiesto dalla giurisprudenza della CGUE – tanto è vero che con riferimento ai dati che possono essere usati a vantaggio dell'imputato la norma transitoria non dispone nulla, così che in tal caso dovrebbe essere applicata la disciplina vigente al momento dell'acquisizione, sulla base del principio *tempus regit actum*[92] –, desta comunque perplessità una rigida estensione al passato dei requisiti ad oggi previsti, che rischiano di incidere – in che misura non è ancora possibile dirlo – sull'effettivo svolgimento della fondamentale attività repressiva e di indagine e produrre dunque un

[90] G. PESTELLI, *Convertito in legge il D.l. 132/2021: le modifiche apportate (e quelle mancate) in materia di tabulati*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 18 novembre 2021; l'autore sottolinea, in una dettagliata analisi della legge di conversione, alcuni profili positivi e utili innovazioni, non mancando tuttavia di mettere in luce gli aspetti ancora problematici e i nodi irrisolti nonché le modifiche che hanno destato maggiori perplessità.

[91] G. PESTELLI, *Convertito in legge il D.l. 132/2021*, cit.

[92] In questi termini si legga il Dossier *Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP Elementi per l'esame in Assemblea D.L. 132/2021 – A.C. 3298-A*, 5 novembre 2021, elaborato dal Servizio Studi del Senato.

danno all'interesse pubblico e alla legittima aspettativa della collettività di ottenere una repressione dei reati. Senza dubbio questa modifica disposta dalla legge di conversione darà luogo nei prossimi mesi ad un più profondo dibattito che, del resto, va inserito in un quadro ben più ampio e complesso: già nei rinvii pregiudiziali promossi dalle Corti di Belgio e Irlanda[93] era stato infatti richiesto alla CGUE di pronunciarsi quanto alla possibilità da parte dei giudici nazionali di limitare nel tempo gli effetti di una dichiarazione di incompatibilità della normativa nazionale in materia di conservazione e accesso ai metadati con il diritto dell'UE[94]. Su tale punto la CGUE ha, ad oggi, già avuto modo di pronunciarsi in senso negativo – benché in maniera piuttosto rapida – nel caso *La Quadrature du Net*[95], mentre l'occasione di meglio specificare tale profilo di evidente grande interesse per i Governi nazionali è offerta dal pendente rinvio elaborato dalla *Supreme Court* irlandese. Anche gli attenti e rilevanti quesiti posti da giudici di altri Stati membri contribuiscono quindi a comprendere come l'utilizzabilità dei metadati acquisiti sulla base di una normativa dichiarata non conforme al diritto dell'UE rappresenti una questione di estrema delicatezza ed importanza che potrebbe inficiare, in misura estremamente profonda, la possibilità di ricorrere allo strumento investigativo dell'accesso ai metadati, talvolta assolutamente essenziale per la lotta e il perseguimento di reati.

Insieme a questo primo e fortemente discusso profilo, la legge di conversione ha inoltre inserito altre rilevanti innovazioni rispetto al testo del decreto-legge, pur confermandone nella sostanza la portata generale e lasciando intoccato l'elenco dei reati presupposto e la disciplina d'urgenza. Innanzitutto il Parlamento è intervenuto quanto al criterio della *rilevanza* dell'accesso ai metadati: essa non deve essere più valutata rispetto al fine della prosecuzione delle indagini, come

[93] Si far riferimento ai rinvii *supra* richiamati, *La Quadrature du Net* e *Ordre des Barreaux Francophone et Germanophones*, già decisi dalla CGUE con sentenza del 6 ottobre 2020, nonché al rinvio ancora pendente promosso dalla Supreme Court irlandese *G.D. c. The Commissioner of the Garda Siochana e al.*, C-140/20.

[94] Anche il rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale di Rieti presentava tale quesito, chiedendo alla CGUE di fornire ulteriori chiarimenti interpretativi quanto ad una eventuale applicazione irretroattiva dei principi stabiliti nella pronuncia *H.K. c. Prokuratuur*, «tenuto conto delle preminenti esigenze di certezza del diritti nell'ambito della prevenzione, accertamento e contrasto di gravi forme di criminalità o minacce alla sicurezza» (così si legge nella domanda di pronuncia pregiudiziale).

[95] In tale pronuncia la CGUE ha stabilito come «il mantenimento degli effetti di una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali [incompatibile cioè con il diritto dell'UE], implicherebbe che detta normativa continui ad imporre ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica obblighi che risultano contrari al diritto dell'Unione e comportano ingerenze gravi nei diritti fondamentali delle persone i cui dati sono stati conservati. (..) Il giudice del rinvio non può applicare una disposizione del suo diritto nazionale che lo autorizza a limitare nel tempo gli effetti di una dichiarazione di illegittimità ad esso incombente, in forza di tale diritto, della legislazione nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali», para. 42 ss.

previamente disposto, bensì più genericamente «per l'accertamento dei fatti». In tal modo vengono fugati i dubbi che la previa dicitura aveva sollevato quanto alla possibilità da parte del difensore dell'indagato o imputato di richiedere l'accesso ai metadati, accesso che in quel caso sarebbe servito per lo svolgimento delle indagini difensive e dunque per l'"accertamento dei fatti" e non, propriamente, per la prosecuzione delle indagini[96]. Similmente, intervenendo su di un ulteriore profilo dubbio ed eccessivamente vago del decreto-legge, la legge di conversione ha meglio precisato le modalità di acquisizione: mentre sulla base del decreto-legge i dati dovevano essere «acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice», facendo sorgere perplessità con riferimento al soggetto che concretamente avrebbe dovuto provvedere alla acquisizione – il giudice direttamente, il pubblico ministero o la parte richiedente l'autorizzazione? –, ora tale dubbio interpretativo è superato dall'impiego dell'espressione «i dati sono acquisiti previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato», facendo dunque comprendere come sia in capo al soggetto istante il compito di attivarsi presso il fornitore per ottenere l'accesso ai metadati, una volta autorizzato. Sempre nella direzione di meglio precisare la disciplina in oggetto, la legge di conversione ha introdotto al co. 3-*quater* anche un espresso riferimento – che prima era formulato in maniera poco chiara e solo rispetto alla disciplina urgente ed eccezionale di cui al co. 3 bis – alla inutilizzabilità dei dati acquisiti nel caso di violazione delle norme di cui agli art. 3 e 3 bis del d.l., prima analizzati.

In conclusione, dunque, anche la legge di conversione, così come il decreto-legge, presenta tanto aspetti positivi quanto criticità persistenti: nonostante alcune migliorie nella direzione di una più marcata precisione del dettato normativo siano indubbiamente state introdotte, l'incertezza relativamente alla disciplina transitoria e a taluni punti ancora potenzialmente problematici getta alcune ombre sull'intervento del Parlamento. Accanto a queste considerazioni, che solo l'evoluzione giurisprudenziale e l'applicazione concreta contribuiranno a chiarire, profilo certamente critico è da rilevarsi nella perdurante assenza, anche nella legge di conversione, di modifiche relative alla disciplina della conservazione dei metadati. Allontanandosi dai suggerimenti

[96] Questo specifico profilo del d.l. era già stato, invero, oggetto di critiche: l'impiego della disposizione "ai fini della prosecuzione delle indagini", infatti, era sin dall'inizio parsa una formula infelice, in quanto «sembrerebbe peccare di eccessiva specificità (..). È già stato sottolineato il rischio di un'interpretazione – invero priva di ogni ragionevole fondamento – volta a delimitare la facoltà di acquisizione dei metadati di traffico solo con riguardo alle attività svolte nel corso delle indagini preliminari e finalizzate all'apprensione di informazioni dirette a sostenere esclusivamente l'ipotesi accusatoria», A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici,* cit.

forniti dal Garante nel Parere sopra analizzato, nel quale veniva messa in evidenza l'importanza di provvedere ad una riforma della *data retention* in un senso maggiormente conforme al principio di proporzionalità promosso dalla giurisprudenza della CGUE, il Parlamento ha deciso di porre la propria attenzione unicamente sulla disciplina dell'acquisizione e dunque sull'impatto della sentenza *H.K. c. Prokuratuur* nel contesto nazionale. Ma le ancor più dirompenti pronunce dell'ottobre 2020, che hanno peraltro in maniera innovativa promosso una distinzione tra limiti della *data retention* a seconda che essa si proponga di perseguire scopi di sicurezza nazionale e pubblica, non avrebbero forse anch'esse dovuto stimolare un approfondito e serio dibattito sulla compatibilità della normativa italiana vigente rispetto al diritto dell'UE?

4. *The Ghost of data retention Future*: l'importanza di una seria riflessione sui possibili sviluppi normativi e giurisprudenziali, nazionali e sovranazionali

Il viaggio nel "passato" e nel "presente" della disciplina in materia di conservazione e acquisizione di metadati ha evidenziato molteplici spunti di riflessione che non possono che confluire in alcune considerazioni sulle possibili tappe future; anche questo sguardo alle ripercussioni che, tanto nel panorama interno quanto in quello sovranazionale, potranno caratterizzare la legislazione italiana risulta fondamentale per completare quel percorso di "consapevolizzazione" su di un tema così rilevante e che forse per troppo tempo è passato inosservato dai giudici e dal legislatore nostrani.

Il travagliato percorso evolutivo della normativa sopra analizzata fa certamente emergere la complessità delle questioni trattate e la difficoltà di individuare un chiaro punto di equilibrio tra esigenze securitarie e garanzia dei diritti fondamentali. Sotto tale profilo, si sono registrate oscillazioni in diverse direzioni, talvolta sospinte dalla volontà di fornire risposte decise e rapide dinnanzi a fenomeni emergenziali quali gli attentati terroristici, talaltra invece – ma più raramente – mosse da tensioni più spiccatamente garantiste derivanti dalla giurisprudenza sovranazionale. Dinnanzi a quella che da più parti è stata definita una disciplina «disarmonica»[97] rispetto ai principi

[97] F. GUELLA, *Data retentione circolazione dei livelli di tutela dei diritti in Europa: dai giudici di costituzionalità rivolti alla disciplina UE al giudizio della Corte di giustizia rivolto alle discipline nazionali*, in *DPCE Online*, 2, 2017, p. 356.

sanciti nella lunga e articolata *data retention saga*, i disordinati e spesso confusi interventi normativi promossi sino al 2021 si erano rivelati infatti per la maggior parte derogatori di una disciplina ordinaria della *data retention* che è ormai divenuta recessiva di fronte a disposizioni eccezionali, producendo l'effetto di ribaltare il rapporto "regola generale-regola straordinaria", quantomeno sotto il profilo del regime della conservazione. Ciò che è andato a definirsi, insomma, è un «moto pendolare che, nell'era dei *big data* e della telefonia digitale, con le sempre più pervasive metodologie di investigazioni offerte dal progressivo sviluppo tecnologico-scientifico, è indicativo delle mutevoli sensibilità del decisore politico (nazionale) in punto di garanzie rispetto ai diritti inviolabili della persona incisi dai *data retention*»[98].

Con riferimento a tale "moto pendolare", una spinta decisa – anche se non sarà certamente l'ultima – in una direzione più marcatamente garantista è stata impressa dal più recente intervento riformatore: il Governo prima e il Parlamento poi hanno sicuramente mostrato, per la prima volta, la volontà di modificare l'assetto esistente al fine – peraltro espressamente dichiarato – di conformarsi alla giurisprudenza della CGUE e a quel più rigido principio di proporzionalità da essa stabilito.

Nonostante l'impegno in tal senso, come in parte già illustrato nel previo paragrafo, il risultato raggiunto ha lasciato forti perplessità e insoddisfazioni. Innanzitutto, il monito del Garante così come di gran parte della dottrina[99], avente ad oggetto la necessità di un serio e coerente intervento specificamente sulla materia della *data retention*, è rimasto inascoltato. Le ripercussioni, sotto questo specifico e rilevante profilo, potrebbero essere molteplici e ancora difficili da determinare: la giurisprudenza della CGUE vede ancora pendenti numerose pronunce nelle quali i giudici di Lussemburgo certamente avranno modo di ribadire il proprio approccio quanto alla incompatibilità di una forma di *bulk data retention* per scopi di sicurezza pubblica e repressione dei reati gravi, quale quella presente nel nostro Paese, riproponendo quel *vademecum* di limiti e requisiti specifici che debbono accompagnare l'eccezionale possibilità di impiegare tale strumento solo per esigenze di sicurezza nazionale. Bisognerà dunque osservare se, anche dinnanzi a tali ulteriori pronunce, le Corti italiane e il legislatore nostrano rimarranno nuovamente inerti e "sordi" – come dinnanzi alle pronunce *Privacy International* e *La Quadrature du Net* – o se invece le nuove decisioni adottate a

[98] Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione, *Relazione su novità normativa*, cit., p. 3.

[99] Filippi su questo profilo ha espresso un giudizio estremamente chiaro, descrivendo come "biasimevole" la scelta – o l'imperizia – del Governo di lasciare la discussa durata della *data retention* intoccata (L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, cit.).

livello sovranazionale, in particolare nei rinvii tedesco, irlandese e bulgaro – tutti specificamente incentrati sulla fase della conservazione – offriranno l'occasione per un nuovo intervento riformatore.

Il dibattito legislativo che sta oggi ancora interessando le Istituzioni europee e gli Stati membri e che è volto a sostituire l'ormai risalente Direttiva *e-Privacy* con un nuovo Regolamento, potrebbe inoltre incidere sulle scelte normative e giurisprudenziali nazionali. Anche in tale sede, del resto, la discussione è estremamente vivace, caratterizzata dall'azione di taluni Governi finalizzata a limitare l'impatto dei requisiti stringenti e rigidi stabiliti dalla CGUE, proponendo l'inserimento di una più chiara determinazione dell'ambito di applicazione del diritto dell'UE in questo delicato ambito, che tocca anche materie quali appunto la garanzia della sicurezza nazionale, strettamente di pertinenza degli Stati membri[100]. Accanto alle scelte che Parlamento, Consiglio e Commissione europee adotteranno in sede legislativa, un ulteriore profilo che potrebbe, anche significativamente, influenzare la disciplina italiana attiene alle azioni future della Commissione: quest'ultima, infatti, come auspicato da numerosi attivisti per i diritti fondamentali e ONG, potrebbe attivare procedure di infrazione avverso quegli Stati che non hanno correttamente trasposto nell'ordinamento interno la facoltà sancita dall'art. 15 Direttiva *e-Privacy*, così come interpretato dalla costante giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo. La previsione di una conservazione generalizzata ed indiscriminata, unitamente alla durata estremamente ampia della *data retention* disposta dal legislatore nostrano fanno certamente pensare che l'Italia potrebbe essere esposta ad una tale azione da parte della Commissione[101], nonostante i recenti interventi "correttivi" adottati dal normatore sul fronte della disciplina dell'acquisizione dei metadati.

[100] Con riferimento alla proposta di Regolamento *e-Privacy*, già richiamato *supra* e volta a sostituire l'ormai vetusta Direttiva *e-Privacy*, la versione approvata dal COREPER il 10 febbraio 2021 (doc. 6078/21) ha in ultimo stabilito, dopo una seria e complessa negoziazione e compromessi raggiunti dai rappresentanti degli Stati membri, che «the Regulation does not apply to activities which fall outside the scopo of Union law, and in any event measures, processing activities and operations concerning national security and defence, regardless who is carrying out those activities whether it is a public authority or a private operator acting at the request of a public authority», art. 2, co. 2, lett. a); questa disposizione risulta in aperto contrasto con la lettura promossa dalla CGUE, la quale ha ampiamente chiarito come, indipendentemente dalla finalità di garanzia della sicurezza pubblica o nazionale perseguita, la disciplina della *data retention* e acquisizione di metadati rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE ogni volta che viene previsto un intervento – un trattamento – da parte di soggetti privati. La disposizione inserita è l'evidente frutto di quelle resistenze, di cui si è già parlato, manifestate dagli Stati membri avverso l'attuazione all'interno delle discipline nazionale dei criteri restrittivi e stringenti disposti dalla CGUE.

[101] L'appello di 40 ONG alla Commissione è volto proprio a spingere quest'ultima da un lato ad evitare qualsiasi futuro tentativo di reintrodurre a livello europeo un obbligo di conservazione dei metadati per scopi securitari, e dall'altro ad avviare «infringement procedures to ensure that national data retentionlaws are repealed in all member

Insomma, dinnanzi a queste possibili e molteplici spinte "garantiste" che potrebbero in futuro provenire dall'Unione europea, nella direzione di una più solida ed attenta tutela dei diritti fondamentali compressi dallo strumento della *data retention*, l'approccio legislativo e giurisprudenziale nel contesto nostrano è ancora difficile da prevedere. Senza dubbio si può però ipotizzare un duplice scenario: le innovative decisioni che le Istituzioni sovranazionali potrebbero adottare, sui diversi fronti ancora aperti e sopra delineati, potrebbero essere fonte di una rinnovata attenzione e di un più acceso dibattito sulla disciplina interna, così da promuovere, similmente a quanto accaduto a seguito della sola sentenza *H.K. c. Prokuratuur*, una più consapevole riforma della disciplina della conservazione, agendo dunque in maniera complessiva e omnicomprensiva sull'art. 132 Cod. Privacy nonché sul richiamo, da esso operato, alla disciplina straordinaria di cui all'art. 24 della L. 20 novembre 2017, n. 167. In questo ambito, anche le Corti nazionali potrebbero contribuire, abbandonando quell'approccio definito "rassicurante" manifestato – in parte – persino a seguito della sentenza della CGUE del marzo 2021, per promuovere invece decisioni che siano in grado di tenere maggiormente in considerazione la portata e le conseguenze anche dirompenti della giurisprudenza europea, spronando così il legislatore nazionale ad un intervento deciso. Ciò, del resto, è quanto si è registrato già in passato in altri ordinamenti, nei quali le pronunce dei giudici o l'attivismo del normatore hanno portato ad affrontare con maggiore attenzione la complessa questione della *data retention*, giungendo a riforme, tutele e garanzie che in Italia invece hanno faticato e tuttora faticano ad arrivare. Il secondo e diverso scenario che potrebbe venire a determinarsi dinnanzi ai progressi da registrarsi a livello sovranazionale potrebbe invece essere quello di un confermato immobilismo da parte di Governo e Parlamento nonché del riproporsi di decisioni delle Corti italiane caratterizzate, come accaduto in passato, dalla promozione di una lettura restrittiva – e talvolta poco puntuale – dei requisiti stabiliti dalla CGUE, tali da far salva la disciplina interna, non rilevando alcuna incompatibilità con il diritto dell'UE. Tale scenario, ovviamente, risulterebbe più difficile da realizzarsi laddove la Commissione promuovesse una procedura di infrazione o nel caso in cui il legislatore europeo giungesse ad una significativa modifica della normativa attuale, incorporando in essa l'interpretazione e il vaglio di proporzionalità promosso dai giudici di Lussemburgo.

states concerned»; la lettera è reperibile all'indirizzo https://www.statewatch.org/news/2020/october/joint-ngo-letter-no-data-retention-in-the-eu/.

Al momento pare arduo azzardare pronostici, visti tanto l'articolato contesto sovranazionale in continua evoluzione, quanto l'imprevedibilità delle reazioni di Parlamento, Governo e Corti italiane in materia, come già il più recente intervento normativo ha dimostrato nella scelta di non provvedere ad una riforma completa e sistematica dello strumento della *data retention*. Dinnanzi a tale approccio, lo studio attento e approfondito della giurisprudenza europea aiuta certamente a comprendere come non basti una più restrittiva e rigida disciplina relativa alla fase dell'acquisizione dei metadati per giustificare una conservazione ampia e generalizzata[102]: su questo profilo tanto le Corti quanto il legislatore italiano dovranno seriamente riflettere e anche da simili valutazioni dipenderà il futuro della disciplina nazionale.

Del tutto similmente, pare ancora presto per trarre un chiaro e netto bilancio della riforma recentemente introdotta quanto alla disciplina dell'acquisizione: se è innegabile che in questo ambito il Governo prima e il Parlamento poi[103] hanno «scelto la linea garantista»[104], pare altrettanto innegabile come la determinazione dei profili ancora dubbi e in parte oscuri assuma un rilievo determinante per stabilire la reale portata del decreto-legge e della relativa legge di conversione. Si pensi alle rilevate problematiche attinenti alla disciplina transitoria, il cui impatto sui procedimenti pendenti e la cui precisa interpretazione è ancora tutta da determinarsi nella concreta pratica attuativa; si considerino, ancora, le caratteristiche che l'autorizzazione richiesta al giudice dovrà possedere: quanto approfondite dovranno risultare le motivazioni del decreto emesso? E quanto il pubblico ministero o le parti richiedenti dovranno, a loro volta e anticipatamente, motivare la loro richiesta al giudice? Tale questione è tutt'altro che meramente tecnica o di secondaria importanza: dal livello di specificazione delle motivazioni, e dunque anche dalla solidità del nesso che si riuscirà a determinare tra necessità dell'acquisizione ed efficace svolgimento dell'attività investigativa, dipenderà la possibilità stessa di ricorrere in misura maggiore o minore allo strumento dell'accesso ai metadati. In altre parole, anche da questi profili attuativi di grande rilievo si determinerà la portata della "svolta garantista" promossa con la recente riforma: meno stringente e motivato sarà il vaglio operato dal giudice e meno effettive risulteranno le tutele predisposte dalla riforma

[102] Su tale profilo, del resto, le sentenze *La Quadrature du Net* e *Privacy International* non lasciano più alcuna ombra di dubbio.

[103] Sul punto merita però sottolineare come rispetto alla legge di conversione sia stata posta questione di fiducia, che ha dunque in certa misura limitato il dibattito parlamentare.

[104] L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati*, cit.

normativa[105]. Vi sono inoltre profili riguardanti l'accesso ai metadati che non sono stati espressamente trattati dal legislatore: con riferimento ad esempio agli indirizzi IP e ai dati identificativi degli utenti non è prevista alcuna specificazione; sul punto invece la giurisprudenza della CGUE ha, in particolare in alcune sue ultime pronunce[106], proposto una lettura differenziata del principio di proporzionalità, vista la minore invasività rappresentata da tali peculiari dati e la loro limitata capacità di consentire la determinazione di abitudini, preferenze, relazioni sociali etc. degli utenti.

Insomma, carenze, critiche ed incertezze ancora caratterizzano la disciplina italiana, tanto sotto il profilo della conservazione quanto dell'acquisizione di metadati per scopi securitari. Trarre dunque conclusioni certe e nette quanto alla portata della recente riforma diviene un esercizio alquanto complesso: con riferimento al decreto-legge, vi è chi ha ritenuto che «un giudizio complessivamente negativo sarebbe davvero ingeneroso per un legislatore che, perlomeno stavolta, sembra aver preso davvero sul serio gli insegnamenti della Corte di giustizia in una tematica particolarmente delicata come quella in oggetto»[107]. Se per certi profili si concorda con tale lettura, considerando senz'altro positiva l'introduzione di disposizioni consigliate dal Garante per la Protezione dei Dati Personali[108], pare doversi però sottolineare come la scelta di "prendere sul serio" la giurisprudenza della CGUE si sia rivelata per certi versi "selettiva" – riguardando solo la disciplina della acquisizione dei metadati – e dunque non del tutto puntuale e debitamente

[105] Come ben rilevato da Battarino, la Corte di Cassazione nella sentenza 28 aprile 2014, n. 37212 ha stabilito come, ai fini dell'acquisizione di metadati, «l'obbligo di motivazione del provvedimento acquisitivo, stante il modesto livello di intrusione nella sfera di riservatezza delle persone, è soddisfatto anche con espressioni sintetiche, nelle quali si sottolinei la necessità dell'investigazione, in ragione al proseguimento delle indagini ovvero all'individuazione dei soggetti coinvolti nel reato», G. BATTARINO, *CGUE e dati relativi al traffico telefonico e telematico. Uno schema di lettura*, cit. Sulla base dei rilievi sopra esposti, bisognerà osservare l'approccio del giudice nella concreta attuazione della nuova normativa: se il mero richiamo ad espressioni sintetiche, come statuito in passato dalla Suprema Corte, sembra confliggere con i requisiti e il previo controllo indicato dalla giurisprudenza della CGUE, sarà necessario valutare in futuro come i giudici decideranno di muoversi dinnanzi alle richieste di accesso ai metadati e quanto attento e motivato sarà il vaglio da essi disposto.

[106] I giudici di Lussemburgo hanno affermato, nella più recente giurisprudenza, come una normativa nazionale che prevede la conservazione generalizzata di indirizzi IP non possa considerarsi, in linea di principio, contraria all'art. 15 Direttiva *e-Privacy* purché questa possibilità sia limitata alla sola lotta verso forme gravi di criminalità, abbia una durata limitata e sia oggetto di rigorose garanzie. Quanto ai dati identificativi, essi risultano in una ingerenza solo lieve nella sfera privata tale da non richiedere che normative nazionali disciplinanti la loro conservazione siano limitate al rispetto dei criteri stabiliti nella pronuncia *Tele2*.

[107] Così A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici*, cit.

[108] Le garanzie disposte al comma 3-ter erano infatti assenti nella primissima versione del decreto e sono state introdotte sulla base dei rilievi mossi dal Garante nel Parere sullo schema di decreto-legge, già sopra ampiamente richiamato.

approfondita. Un primo segnale verso una maggiore attenzione al bilanciamento tra esigenze securitarie e diritti fondamentali è indubbiamente ravvisabile nell'intervento del Governo prima e del Parlamento poi; un più vasto e completo dibattito su tale materia e sul puntuale contenuto ed effetto della *data retention saga* è però rimasto, sino ad ora, altrettanto indubbiamente assente.

Gli insegnamenti e i moniti che sono emersi durante le tappe qui percorse, nella disciplina del passato, nelle evoluzioni del presente e negli scorci di un possibile futuro, non possono lasciare indifferenti: come il vecchio Scrooge, a seguito degli incontri rivelatori con i tre Spiriti del Natale, si fa protagonista di un "risveglio" morale, così il legislatore e le Corti nostrane non possono guardare alle vicende che hanno contraddistinto e che tuttora contraddistinguono la disciplina della *data retention* e dell'acquisizione dei metadati, tanto dentro quanto fuori dai confini nazionali, senza operare un qualche ravvedimento. Quest'ultimo dovrebbe essere al più presto promosso affinché le riforme normative promosse si rivelino capaci di assumere un carattere realmente sistematico e completo, così da evitare il rischio di incorrere nuovamente negli errori di un passato segnato da interventi emergenziali urgenti e incapaci di cogliere la complessità e delicatezza della disciplina nel suo insieme.

Uno sguardo ampio e consapevole degli effetti prodotti da sistemi investigativi altamente invasivi rispetto alla garanzia di diritti fondamentali diviene, nel delineato contesto, questione di fondamentale rilievo al fine di scongiurare gli insidiosi pericoli di una società della sorveglianza[109], nella quale cioè la pur centrale esigenza di garantire la sicurezza finisce col comprimere, financo a disconoscere, la salvaguardia dei diritti fondamentali. In questo senso sono utili e potenti le parole dell'Avvocato generale Campos-Sanchez Bordona nelle Conclusioni alla Causa *La Quadrature du Net*: la tutela della sicurezza «non deve essere impostata solo pensando alla sua efficacia. Da ciò deriva la sua difficolta, ma anche la sua grandezza quando i suoi mezzi e metodi rispettano i requisiti dello Stato di diritto, che significa anzitutto assoggettamento del potere e della forza ai limiti del diritto e, in particolare, a un ordinamento giuridico che trova nella difesa dei diritti

[109] Del resto Rodotà, già nel 2004, affermava con lucida incisività come la privacy – e dunque la tutela della sfera privata da ingerenze esterne illegittime e sproporzionate – rappresenti «uno strumento necessario per difendere la società della libertà e per opporsi alle spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale», S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità*, 2004, disponibile all'indirizzo https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1049293. E l'insidia di una tale società deve essere riconosciuta come sempre più preponderante e minacciosa: non a caso Bauman utilizza l'immagine della liquidità per trasmettere l'idea di una società pervasa ormai da forme di sorveglianza dilaganti, mutevoli e dall'architettura flessibile (Z. BAUMAN, D. LYON, *Liquid surveillance. A conversation*, Polity Press, 2013).

fondamentali la ragione e il fine della sua esistenza. (..) Se si abbandonasse semplicemente alla mera efficacia, lo Stato di diritto perderebbe la qualità che lo contraddistingue e potrebbe diventare esso stesso, in casi estremi, una minaccia per il cittadino. Nulla potrebbe assicurare che, dotando il potere pubblico di strumenti esorbitanti per il perseguimento dei reati, mediante i quali esso potesse ignorare o svuotare di contenuto i diritti fondamentali, la sua azione incontrollata e totalmente libera non si risolverebbe in definitiva in un pregiudizio alla libertà di tutti»[110]. La disciplina della *data retention* e dell'acquisizione di metadati risulta essere, alla luce di tali parole, una chiara esemplificazione di tali insidie, rivelando l'importanza di stabilire tutele e limiti che, allontanandosi da un semplicistico e più comodo approccio di *trade-off*, sappiano individuare un punto di equilibrio tra spinte differenti.

Leggendo dunque la questione della *data retention* entro questo più ampio e delicato contesto, il legislatore e le Corti italiane debbono ora imboccare una strada differente rispetto a quella sin qui percorsa; una strada certamente ardua ma quantomai necessaria che, evitando le derive pro-securitarie, forti delle potenzialità che l'innovazione tecnologica presenta, sia in grado di dirigersi verso una rinnovata, approfondita ed attenta riflessione sulla proporzionalità dell'invasione e compressione dei diritti fondamentali e sui nuovi, più chiari, precisi e stringenti requisiti e salvaguardie che debbono essere a tali pericoli opposti. Perché, per usare, le parole di Dickens, che ci ha accompagnato in questo percorso, «Il cammino degli uomini preannuncia determinate conclusioni alle quali esso, se vi si persevera, conduce. Ma se da quel cammino ci si allontana, la meta finale muterà»[111].

[110] Para. 129-135. Per usare le parole di un altro Avvocato generale, Saugmandsgaard Oe, nelle Conclusioni al caso *Tele2*, se i sistemi di conservazione dei metadati consentono al governo di controllare i governati, risulta tuttavia di fondamentale rilievo obbligare il governo a controllare sé stesso. Nel richiamare la nota citazione di James Madison «if angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary», nella quale peraltro riecheggia il quesito di Giovenale *"Quis custodiet ipsos custodes?"*, l'Avvocato generale riconosce che spetta a Corti e legislatori definire un «punto di equilibrio tra l'obbligo incombente agli Stati membri di garantire la sicurezza delle persone che si trovano sul loro territorio e il rispetto dei diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati di carattere personali sanciti dagli artt. 7 e 8 della CDFUE», para. 5.

[111] C. DICKENS, *Il Canto di Natale*, Feltrinelli, traduzione di B. Amato, IV Ed., 2019, p. 107.

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 1/2022
Data: 1° febbraio 2022

La riforma della giustizia penale: prime riflessioni[*]

di **Elisa Scorza** – *Magistrato ordinario presso il Tribunale della Spezia*

ABSTRACT**:** With the adoption of Law n. 134/2021 the Parliament has delegated the Government to deeply reform some aspects of the criminal justice system, pursuing the aim of rendering it more efficient to ensure the reasonable duration of criminal trials. The law seeks to modify, among others, the rules regarding preliminary investigations, trial *in absentia*, the principle of immediacy, the penalties of minor offences. Moreover, it immediately modifies the provisions on statutory limits, introducing a cause of discontinuance of the trial related to the passing of time. The innovation appears to be very problematic, due to the current condition of the Italian justice system. The article critically analyses the efficacy of the new provisions and their relations with the Italian Constitution, the Echr and the fundamental rights of the defendant in a criminal trial. The novelties offer the chance to reflect on the true meaning of the right to be tried in a reasonable time and of the principle of mandatory criminal prosecution.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La delega in materia di processo penale: (1) il processo *in absentia* e i correttivi all'irragionevole durata delle indagini preliminari. – 3. La delega in materia di processo penale: (2) i procedimenti speciali, il dibattimento e le impugnazioni. – 4. La delega in materia di diritto penale sostanziale (cenni). – 5. Le disposizioni immediatamente precettive. – 6. Conclusioni.

[*] Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Considerazioni introduttive

Nella Gazzetta Ufficiale del 4 ottobre 2021 è stata pubblicata la legge 27 settembre 2021, n. 134, recante "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari", più comunemente nota come 'riforma Cartabia', in riferimento alla Ministra della giustizia che ne è firmataria[1].

Come si evince dalla rubrica, la struttura della legge è duplice[2]: una parte contiene l'enunciazione dei criteri direttivi cui il Governo sarà chiamato ad attenersi nel modificare il settore della giustizia penale, l'altra reca disposizioni immediatamente precettive (pur con problematiche di diritto intertemporale di non sempre agevole soluzione, v. *infra*).

Si è parlato di modifiche della 'giustizia penale' giacché la riforma non si limita a prevedere interventi sul solo versante processuale, ma opera, altresì, sul piano delle soluzioni alternative alla repressione, dando ampio spazio al tema della c.d. giustizia riparativa ed intervenendo su aspetti di diritto penale sostanziale concernenti la risposta sanzionatoria, quali le sanzioni sostitutive delle pene detentive e le cause di estinzione del reato operanti anteriormente alla condanna. Tanto ad ulteriore conferma del legame indissolubile che intreccia diritto penale e processo, alla realizzazione dei cui scopi sono sempre più preordinate le modifiche concernenti le previsioni sostanziali[3].

In effetti, un solo filo conduttore attraversa tutta la l. 134/21, unitariamente direzionata verso l'obiettivo di rendere maggiormente *efficiente* il sistema della giustizia penale, così da contenere la durata dei processi[4]; come la stessa Ministra della Giustizia ha chiarito, alla base dell'intervento vi è, infatti, il rilievo per cui i lunghi tempi richiesti per la loro celebrazione frustrano il diritto

[1] Il testo è la risultante degli emendamenti apportati al d.d.l. presentato il 13 agosto 2020 alla Camera dei deputati dall'allora Ministro della giustizia Bonafede, emendamenti che si fondano, in larga misura, sui lavori della Commissione di studio presieduta da Giorgio Lattanzi, appositamente costituita dalla Ministra della giustizia Marta Cartabia con d.m. 16 marzo 2021. La relazione conclusiva dei relativi lavori è reperibile in P. BRONZO, *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'Appello*, in *Cass. Pen.* 10/2021, p. 3276**.**

2 Parla di "doppia natura" della legge scaturita dalle influenze della politica sugli obiettivi della riforma, G. SPANGHER, *La riforma Cartabia nel labirinto della politica*, in *Dir. Pen. Proc.* n. 9/2021, p. 1155.

[3] Secondo la nota ed efficacissima metafora secondo la quale il processo si è trasformato da 'servo muto' a 'socio tiranno' del diritto penale sostanziale. Si veda: T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. Pen*., 1999, p. 529.

[4] Secondo l'art. 1 della l. 134/21 tutti gli interventi che il Governo è chiamato ad effettuare nel quadro della delega devono essere animati da «finalità di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale».

dell'imputato (di rilievo costituzionale e convenzionale) alla ragionevole durata e si traducono in una eccessiva (in termini di incidenza percentuale) operatività della prescrizione del reato (dalla Ministra definita come 'disfunzione'[5] del sistema)[6].

In questa sede ci si propone di dare sinteticamente conto di talune delle soluzioni prescelte e di sottolinearne i più evidenti punti di forza o di debolezza, per poi svolgere qualche considerazione di fondo circa l'*efficacia* dell'opzione strutturale adottata in rapporto all'obiettivo perseguito.

2. La delega in materia di processo penale: (1) il processo *in absentia* e i correttivi all'*irragionevole durata* delle indagini preliminari

Sul versante del processo penale (in disparte quelle concernenti il c.d. processo penale telematico)[7], le deleghe cui il Governo è chiamato a dare attuazione entro il 19 ottobre 2022 si aprono con l'enunciazione di criteri direttivi volti a snellire il sistema delle notificazioni all'imputato (art. 1, co. 6)[8] e a rivedere la disciplina del processo *in absentia* (art. 1, co. 7).

È noto a tutti gli operatori del diritto come la fase della *vocatio in iudicium* delle parti processuali e, in particolare, dell'imputato spesso richieda tempistiche prolungate finalizzate al perfezionamento di una notifica valida ai sensi di legge ed al rintraccio del prevenuto, presupposti per l'eventuale dichiarazione di assenza in caso di mancata comparizione all'udienza (preliminare o dibattimentale); peraltro, eventuali vizi nella citazione dell'imputato a giudizio sono causa di nullità assoluta, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento (artt. 178, lett. c) e 179 c.p.p.), con conseguente regressione dello stesso ed ulteriore protrazione dei tempi processuali[9].

[5] Si veda il testo dell'intervento di apertura della Ministra della Giustizia, Prof.ssa Marta Cartabia, all'incontro con i capigruppo della Commissione Giustizia della Camera, svoltosi al Ministero della Giustizia, nella Sala Livatino, il 10 maggio 2021, in occasione della presentazione dei lavori della Commissione di studio (Pres. Lattanzi), pubblicato su *www.sistemapenale.it*.

[6] Muove condivisibili osservazioni critiche all'idea che la prescrizione sia, in sé, l'emblema dei mali della giustizia penale, tra gli altri, G.M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte Costituzionale*, in *Cass. Pen.* 1/2021, p. 44.

[7] Sul punto si rinvia all'analisi di F. PORCU, *Il "portale del processo penale telematico": un passo in avanti (e qualche inciampo) verso la digitalizzazione*, in *Dir. Pen. Proc. 10/2021*, p. 1399.

[8] R. NERUCCI, A. TRINCI, *Riforma Cartabia: la delega in tema di notificazioni*, in *www.ilpenalista.it*.

[9] Emblematica, in questo senso, la vicenda del procedimento concernente la morte di Giulio Regeni; v. N. ROMBI, *Stop al processo Regeni: manca la prova della conoscenza del processo da parte degli imputati egiziani, la Corte*

La delega si propone, anzitutto, di accrescere gli oneri di cooperazione e diligenza incombenti sulla persona sottoposta al procedimento, sia nei suoi rapporti con l'autorità giudiziaria che in quelli con il difensore[10]. Ci si limita a menzionare l'intervento, onde, al contempo, rammentare che, nella prospettiva convenzionale, la mancata cooperazione della persona sottoposta al procedimento non solleva le autorità nazionali dall'adempimento dei propri obblighi positivi di ricerca dell'imputato e di corretta instaurazione del contraddittorio con il medesimo[11] (v., *infra*).

Di particolare rilevanza appaiono, a questo proposito, i criteri direttivi dedicati al processo *in absentia*[12]. Come è noto, la l. 28 aprile 2014, n. 67, con l'intento di superare le ipotesi di conoscenza 'legale' del processo a favore della conoscenza effettiva, ha sostituito l'istituto della contumacia con quello dell'assenza, ricorrente qualora l'imputato, pur regolarmente citato in giudizio, non sia presente all'udienza o abbia espressamente rinunciato ad assistervi. La disciplina introdotta nel 2014 (artt. 420 *bis* ss. c.p.p.) si articola [ma forse sarebbe già più corretto dire 'si articolava'] nell'enunciazione di una serie di dati obiettivi (dichiarazione o elezione di domicilio, sottoposizione a misura cautelare, nomina di un difensore di fiducia) legittimanti la presunzione di conoscenza del procedimento da parte dell'imputato e, conseguentemente, la presunzione circa la volontarietà della sua mancata partecipazione all'udienza, ovverosia della sua assenza[13]. Nonostante l'esigenza, espressamente enunciata, di accertare con sicurezza che l'imputato abbia notizia del procedimento, nella prassi la formulazione letterale dell'art. 420 *bis* del codice di rito ha finito per dare vita ad automatismi applicativi che hanno svilito l'accertamento dell'effettività della conoscenza della *vocatio in iudicium* (da intendersi come data e luogo di celebrazione dell'udienza)

d'Assise restituisce gli atti al Gup, in *www.ilpenalista.it*, ove è pubblicata anche l'ordinanza della Corte d'Assise di Roma.

[10] Già nel commentare la disciplina sul processo in assenza si era osservato come al rigoroso onere di ricerca dell'imputato da parte dell'autorità giudiziaria si accompagnasse una "chiara aspettativa di leale collaborazione da parte del notificando in funzione della realizzazione delle esigenze di accelerazione dei tempi del procedimento"; tanto si legge in P. SILVESTRI (a cura di), "*Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*", *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di Cassazione alla l. 67/2014*, parte II, p. 43.

[11] V., per tutte, Corte Edu, 12.2.1985, Colozza c. Italia, n. 9024/80, § 28.

[12] Per un primo commento, v. N. ROMBI, *Le coordinate del nuovo 'processo in assenza' tracciate dalla legge n. 134/2021*, in *www.ilpenalista.it*.

[13] V. P. TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, 19° ed., Milano, 2018, p. 634; E. MAZZILLI, *La Cassazione conferma: il contumace non può ottenere la rescissione del giudicato*, in *Dir. Pen. Proc.* 3/2020, p. 397; CONTI C., *Processo* in absentia *a un anno dalla riforma*: praesumptum de praesumpto *e spunti ricostruttivi*, in *Dir. Pen. Proc.* 4/2015, p. 461.

a favore del semplice riscontro di un qualsivoglia contatto (più o meno qualificato) tra l'imputato e l'autorità giudiziaria, in una qualunque fase del procedimento[14].

La Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha più volte ribadito[15] che, al fine di assicurare un *fair trial* agli effetti dell'art. 6 Cedu, incombe sulle autorità procedenti il dovere di compiere ogni sforzo necessario a portare l'imputato a conoscenza delle accuse a suo carico e a consentirgli di partecipare effettivamente al procedimento, sì da poter concretamente fruire delle garanzie procedurali enucleate dall'art. 6.3 della Convenzione; di talché solo in presenza di ricerche accurate e di fattori in grado di offrire sufficienti margini di certezza circa il carattere consapevole e volontario della scelta del prevenuto di non partecipare al procedimento si potrà procedere in sua assenza[16].

Sensibile alle sollecitazioni provenienti da Strasburgo, la Corte di cassazione a Sezioni Unite[17] ha offerto una rilettura del dettato dell'art. 420 *bis* c.p.p. e delle condizioni dallo stesso individuate per la dichiarazione di assenza in termini maggiormente sostanzialistici, escludendo la valenza automaticamente presuntiva degli indici di conoscenza del procedimento elencati dal codice di rito e valorizzando la necessità di svolgere verifiche concrete sulla loro reale idoneità a dimostrare una effettiva *vocatio in iudicium.*

Gli arresti delle Sezioni Unite non hanno eliminato le incertezze applicative, ciò che, unitamente all'esigenza di dare completa attuazione alla Direttiva 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 "sul rafforzamento [...] del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali", è all'origine della delega qui in commento (art. 1, co. 7), sostanzialmente recettiva degli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità (ridefinizione dei criteri di assenza, da ancorare ad elementi idonei a dimostrare con certezza la conoscenza del processo; prevalenza della notifica a mani proprie, anche a mezzo della polizia giudiziaria; possibilità per il giudice di valutare tutti i fattori del caso concreto da cui desumere la volontarietà dell'assenza). Il legislatore, in questo senso, si mostra pienamente consapevole dell'insegnamento della Consulta, per la quale l'esigenza di assicurare l'effettivo esercizio del diritto di difesa da parte dell'imputato non può mai

[14] Si veda, tra le tante, Cass. Sez. 4, 3.3.20, n. 10238, che ha recentemente riaffermato la validità della dichiarazione di assenza effettuata sulla base di una elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio nel corso dell'identificazione da parte della polizia giudiziaria, prima ancora dell'iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

[15] Corte Edu, 12.2.1985, Colozza c. Italia (9024/80), § 29; 1.3.2006, Sejdovic c. Italia (56581/2000), § 81 ss.; Corte Edu, 18.5.2004, Somogyi c. Italia (67972/2001), § 61.

[16] In questo senso, anche Corte cost., sent. n. 31/2017, par. 2.4. Considerato in diritto.

[17] Cass. Sez. U., 28.2.2019, n. 28912, Innaro; Cass. Sez. U., 28.11.2019, n. 23948, Ismail.

entrare in bilanciamento con le esigenze di ragionevole durata del processo, dovendo questo essere, in ogni caso, 'giusto' ai sensi dell'art. 111 Cost. e dell'art. 6.1 Cedu[18].

Costituisce attuazione dell'art. 9 della menzionata direttiva (oltreché, ancora una volta, dei principi cristallizzati nella giurisprudenza della Corte Edu) la prevista introduzione di rimedi successivi - ulteriori rispetto alla rescissione del giudicato, art. 629 *bis* c.p.p. - per l'imputato che sia stato giudicato in assenza pur senza avere avuto effettiva conoscenza del processo (art. 1, co. 7, lett. g). Il rimedio straordinario di cui all'art. 629 *bis* c.p.p.[19] già consente la riapertura del processo di merito e la sua nuova celebrazione; occorrerà, pertanto, attendere l'intervento del legislatore delegato per comprendere quali eventuali meccanismi processuali saranno previsti a favore del condannato erroneamente giudicato *in absentia*. La delega, in particolare, nulla esplicitamente dice a proposito dei presupposti per accedere ai 'rimedi successivi', tacendo su una delle tematiche di maggiore rilievo a proposito di assenza, ovverosia la distribuzione dell'onere della prova circa l'incolpevole mancata conoscenza del procedimento (onere che, secondo la Corte Edu, non può gravare sul condannato[20], come, però, inopinatamente ancora prevede l'art. 629 *bis* c.p.p.[21]).

La disciplina attualmente in vigore stabilisce che, qualora non si realizzino i presupposti per la dichiarazione di assenza, il giudice disponga con ordinanza la sospensione del procedimento (art. 420 *quater* c.p.p.). Durante la sospensione possono essere assunte le prove non rinviabili e ad ogni scadenza annuale devono essere rinnovate le ricerche dell'imputato, sicché la sospensione si protrae fino a che questi non venga rintracciato, provveda a nominare un difensore di fiducia, comunque si accerti che egli è venuto *aliunde* a conoscenza del procedimento, ovvero fino a che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento (art. 420 *quinquies*, co. 2, c.p.p.).

[18] Così Corte cost., sent. n. 317/2009, par. 7 Considerato in diritto.

[19] La rescissione del giudicato svolge la funzione di offrire al condannato regolarmente (dal punto di vista formale) condannato *in absentia*, ma che incolpevolmente non abbia avuto conoscenza del procedimento una *fresh determination of the merits of the case*, per usare la terminologia impiegata dai giudici di Straburgo (v., *supra*, nota 10). Ne hanno ribadito la centralità, quale 'rimedio successivo', rispetto all'incidente di esecuzione le Sezioni Unite con la pronuncia Cass. Sez. U., 26.11.20, n. 15498, Lovric; per una lettura critica della decisione, v. M.L. DI BITONTO, *Un errore 'blu' delle Sezioni Unite?*, in *Cass. Pen.* 7-8/2021, p. 2404.

[20] Corte Edu, Colozza c. Italia, 12.2.1985 (9024/80), § 30, in riferimento all'istituto della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale (già disciplinato dell'art. 175 c.p.), ma con considerazioni di perdurante validità anche in rapporto alla rescissione del giudicato che tuttora pone sul condannato l'onere di dimostrare che l'assenza è dovuta ad una incolpevole mancanza di conoscenza del procedimento.

[21] Per l'analisi dei tentativi giurisprudenziali di ricondurre il sistema a coerenza convenzionale, S. QUATTROCOLO, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato? Due recenti pronunce segnano una svolta interpretativa nel sistema del processo* in absentia *e dei relativi rimedi,* in *www.sistemapenale.it,* 3/2021, p. 5.

Ne consegue che nel novero delle 'pendenze' figurano numerosi procedimenti in realtà sospesi per temporanea irreperibilità dell'imputato e che la durata del procedimento si allunga del tempo necessario ad una corretta instaurazione del contraddittorio o a far maturare una causa di estinzione del reato, tipicamente la prescrizione.

La sospensione del procedimento per irreperibilità, infatti, porta con sé una sospensione dei termini di prescrizione di durata pari al massimo ad un quarto (salve le eccezioni specificamente individuate) del tempo necessario a prescrivere il reato per cui si procede (art. 159, u.c., c.p.)[22].

La l. 134/2021 ha delegato il Governo (art. 1, co. 7, lett. e) a modificare questa disciplina nel senso di tramutare l'ordinanza di sospensione in una sentenza inappellabile di improcedibilità, revocabile in caso di rintraccio della persona ricercata. Si tratta, in effetti, di una mera trasformazione, dato che permane la previsione della teorica possibilità di assumere prove non rinviabili (evenienza processuale difficilmente conciliabile, dal punto di vista concettuale, con un procedimento definito con pronuncia di improcedibilità, sebbene revocabile) e permane l'obbligo di effettuare le più idonee ricerche dell'imputato per un periodo di tempo complessivamente pari al doppio dei termini ordinari di prescrizione di cui all'art. 157 c.p.. Allo scadere deve essere dichiarata l'estinzione del reato; entro questo limite massimo, del tempo intercorso tra la sentenza di improcedibilità ed il rintraccio dell'imputato non si dovrà tenere conto ai fini della prescrizione.

Pur non essendo denominata quale causa di sospensione del corso della prescrizione – che coerentemente non corre dopo la pronuncia della sentenza di improcedibilità (quando il processo non è semplicemente sospeso, ma subisce una battuta d'arresto), per poi ricominciare a decorrere all'atto della revoca – la disciplina contenuta nella previsione da ultimo richiamata pare sortire esattamente il medesimo effetto, con il risultato di allungare il termine ordinario di prescrizione non più nella misura (massima) di un quarto, bensì in quella del doppio.

Occorre, a questo proposito, anticipare il commento ad una delle disposizioni di immediata portata precettiva (a decorrere dal 19 ottobre 2021), vale a dire l'art. 2, co. 1, lett. a) della l. 134/2021, contenente l'abrogazione dell'art. 159, u.c., c.p. L'intervento si salda con la novella appena descritta, la cui entrata in vigore, tuttavia, sarà posticipata all'adozione dei decreti delegati da parte del Governo entro la scadenza prefissata (19 ottobre 2022). È evidente il difetto di coordinamento temporale tra le due discipline, quella già operativa e quella adottanda: fino

[22] Cass. Sez. 6, 22.10.20, n. 1876; Cass. Sez. 3, 17.11.20, n. 9943.

all'attuazione della delega[23], infatti, i procedimenti nei confronti di imputati irreperibili seguiteranno ad essere sospesi con ordinanza ai sensi dell'art. 420 *quater* c.p.p., tuttavia nei loro confronti non potrà operare il limite alla durata massima della sospensione della prescrizione di cui alla disposizione abrogata, sospensione che potrà così protrarsi *sine die*[24].

Si deve ritenere trattarsi di un risultato certamente non voluto dal legislatore delegante (determinando esso la permanenza di procedimenti pendenti sebbene 'congelati', in contrasto con gli obiettivi della delega) e che deve necessariamente formare oggetto di una interpretazione correttiva, onde scongiurare profili di illegittimità costituzionale. Tale interpretazione può risolversi nell'esclusione dell'applicazione retroattiva (cioè a coloro che hanno commesso reati anteriormente al 19 ottobre 2021) della disciplina di sfavore risultante dall'abrogazione e nella connessa ultrattività della previsione limitativa già contenuta nell'ultimo comma dell'art. 159 c.p., in considerazione della riconosciuta natura sostanziale della prescrizione e di tutti gli istituti (sospensione ed interruzione) che incidono in senso modificativo sul relativo termine e più in generale sulla punibilità di una persona[25].

Numerosi sono i criteri direttivi che il legislatore delegante ha dedicato alla fase delle indagini preliminari (art. 1, co. 9), sempre nell'ottica di maggiori speditezza ed efficienza. Ad una rimodulazione dei relativi termini di durata[26] si accompagna la restrizione della possibilità di una loro proroga, concedibile una sola volta e solo se giustificata dalla complessità delle indagini[27].

La riforma persegue l'obiettivo di una giustizia penale più celere intervenendo significativamente sugli eventuali momenti di 'stallo' che si verifichino anche anteriormente

[23] La quale, *per incidens*, singolarmente non ha previsto analoga abrogazione espressa dell'art. 159, co. 1, n. 3 *bis*. c.p., che stabilisce la sospensione del corso della prescrizione in caso di sospensione del procedimento a norma dell'art. 420 *quater* c.p.p..

[24] Lo ha rilevato (a pagina 7) l'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di Cassazione nella relazione n. 60/21 del 3 novembre 2021 esplicativa delle disposizioni precettive di cui alla l. 134/21.

[25] V., per tutte, C. Cost., sent. 115/2018 (relativa al c.d. caso Taricco), par. 10 Considerato in Diritto. Nell'immensa mole di contributi dedicati alla vicenda, ci si limita a richiamare, rispettivamente per un'analisi delle ricadute di sistema e degli aspetti più prettamente penalistici: S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'"evoluzione" dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in *Rivista AIC*, 2018, p. 2; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6/2018, p. 227.

[26] Immutati per le contravvenzioni, accresciuti ad un anno per i delitti e a diciotto mesi per tutte le gravi fattispecie di cui all'art. 407 c.p.p., non più soltanto quelle di cui alla lettera a).

[27] V. L. PISTORELLI, *Riforma del processo penale: le direttive di intervento in materia di indagini preliminari e udienza preliminare*, in *www.ilpenalista.it*, il quale osserva criticamente che la scelta rischia di protrarre il tempo in cui l'indagato è all'oscuro del procedimento a suo carico e non sembra comunque farsi carico delle difficoltà organizzative che caratterizzano le procure nella gestione di un numero elevatissimo di notizie di reato con le scarse risorse a disposizione.

all'esercizio dell'azione penale, *in primis*, invitando il Governo ad introdurre meccanismi procedurali che consentano all'indagato e alla persona offesa che ne abbia fatto richiesta di prendere visione degli atti qualora, alla scadenza del termine di durata delle indagini, il pubblico ministero non abbia assunto alcuna determinazione (non abbia, cioè, richiesto né l'archiviazione, né il rinvio a giudizio). La suddetta *discovery* non appare slegata dalla previsione di un inedito intervento giurisdizionale, affidato al g.i.p. e teso a superare la stasi del procedimento, da attivare verosimilmente proprio ad iniziativa della persona sottoposta ad indagini o della persona offesa (anche in caso di inerzia del p.m. dopo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini di cui all'art. 415 *bis* c.p.p.).

A questo proposito, non si può fare a meno di evidenziare come i criteri direttivi qui in commento, nell'indicare la necessità di un rimedio di carattere giurisdizionale per superare l'*impasse*, tradiscano una sostanziale sfiducia nell'efficacia dell'avocazione delle indagini da parte del Procuratore generale presso la Corte d'appello, già prevista allo scopo dagli artt. 412 e 413 del codice di rito. Tale sfiducia, peraltro, si pone sulla scia delle affermazioni contenute in una recente pronuncia della Corte Edu[28], la quale, nel valutare la ricevibilità del ricorso presentato da una persona offesa, a suo dire, pregiudicata dalla prolungata inattività del p.m., ha ritenuto che l'avocazione delle indagini non costituisse (*rectius*, che il Governo non fosse riuscito a dimostrare che fosse), né in teoria né nella prassi, un rimedio effettivo idoneo a superare lo stallo del procedimento e a provocare una concreta accelerazione delle indagini preliminari.

Nel medesimo caso la Corte Edu ha, poi, ravvisato una violazione dell'art. 6.1 della Convenzione giacché al ricorrente, persona offesa e danneggiata dal reato di diffamazione, è stata inibita la possibilità di costituirsi parte civile (e, conseguentemente, di ottenere un risarcimento ai sensi della l. 89/01, c.d. Pinto, per l'irragionevole durata del procedimento) a causa della protratta inerzia del pubblico ministero, il quale, trascorsi anni dalla scadenza del termine di cui all'art. 405 c.p.p., ha chiesto e ottenuto l'archiviazione per intervenuta prescrizione del reato.

La pronuncia dei giudici di Strasburgo offre, allora, lo spunto per esaminare una problematica di non poco rilievo sulla quale anche la riforma Cartabia prova ad intervenire. Si intende fare riferimento al tema del rapporto tra la scarsità delle risorse a disposizione delle procure della Repubblica in rapporto al numero delle notizie di reato da istruire e alla complessità di talune

[28] Corte Edu, 18.3.2021, Petrella c. Italia (23340/07), § 27 e ss..

indagini ed il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, cristallizzato nell'art. 112 della Costituzione.

Non è peregrino ipotizzare che l'esito cui si è pervenuti, a livello nazionale, nel caso Petrella sia la conseguenza non già di una deliberata inerzia del p.m. assegnatario, bensì della necessità di assicurare trattazione preferenziale ad altre indagini ritenute di carattere prioritario, in una condizione di materiale impossibilità di portare avanti la 'lavorazione' contestuale di tutte le notizie di reato.

Per "garantire l'efficace ed uniforme esercizio dell'azione penale" la l. 134/21 delega il Governo (art. 1, co. 9, lett. i)) ad individuare, nell'ambito di criteri generali indicati dal Parlamento, criteri di priorità trasparenti e determinati sulla base dei quali selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre.

A Costituzione invariata[29], il legislatore delegante si propone di far 'mettere nero su bianco' le scelte effettuate dalle procure nell'individuazione delle indagini prioritarie, nel quadro di indicazioni di massima attribuite alla responsabilità del Parlamento ed all'interno delle quali racchiudere modelli organizzativi del tipo di quello enunciato all'art. 132 *bis* delle disposizioni di attuazione del codice di rito (che enuncia i criteri di priorità nella formazione dei ruoli di udienza ed è formalmente destinato ai soli uffici giudicanti).

La previsione, pur offrendo una prima risposta a coloro che, in dottrina, da tempo denunciano l'aggiramento di fatto del precetto costituzionale di cui all'art. 112 Cost. in assenza di trasparenza e, dunque, di forme di legittimazione e controllo democratico[30], solleva qualche perplessità, non solo in rapporto alla valenza, in qualche modo, comunque derogatoria della previsione costituzionale affidata alla legge (ordinaria) del Parlamento indicativa dei generali ambiti di priorità[31], ma soprattutto considerato che, permanendo l'insufficienza dei mezzi a disposizione, le notizie di reato

[29] Richiama la funzione di garanzia del principio di cui all'art. 112 Cost. al contempo sottolineando la necessità di una riflessione sulla sua portata concreta nonché sulle ricadute e sull'opportunità (quale minore dei mali) di letture più elastiche, M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale: né un mito da abbattere né un feticcio da sottrarre a ogni discussione*, in *Cass. Pen.*, 5/2021, p. 1469.

[30] V. per tutti G. D'ELIA, *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed uguaglianza a proposito dei "criteri di priorità" nell'esercizio dell'azione penale*, in *Giur. Cost.* 1998, 1879.

[31] Il passaggio da una responsabilità 'ordinamentale' ad una politica nell'individuazione delle priorità non elimina, infatti, l'effetto di significativo temperamento che il principio di cui all'art. 112 Cost. subisce ad opera di una legge ordinaria, la cui adozione sarà inevitabilmente influenzata da opzioni politiche e dalle maggioranze parlamentari. Per simili considerazioni, v. anche E. ALBAMONTE, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*, in *www.ilpenalista.it*.

'postergate' finiranno per essere, nei fatti, accantonate[32]. Non si può, dunque, fare a meno di concordare con chi ha sottolineato che l'opzione prescelta palesa "l'incapacità del legislatore, conscio delle selezioni che nella pratica si effettuano, di porvi rimedio attraverso l'assegnazione di risorse economiche e di personale"[33].

Le due ulteriori innovazioni di rilievo dedicate alla fase delle indagini preliminari sono costituite (1) dalla prevista introduzione di un ulteriore momento di intervento giurisdizionale finalizzato ad accertare, su richiesta di parte, la tempestività dell'iscrizione del nominativo della persona indagata nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p. ed alla sua retrodatazione ad opera del giudice nel caso questi ravvisi un ingiustificato e inequivocabile ritardo, nonché (2) dalla modifica del criterio sotteso all'esercizio dell'azione penale (art. 125 disp. att. c.p.p.) e, correlativamente, della regola di giudizio sulla base della quale il giudice per l'udienza preliminare pronuncia sentenza di non luogo a procedere (art. 425, co. 3, c.p.p.).

Sul primo versante, il legislatore si propone di inserire nel procedimento un possibile correttivo a quella che è stata sovente indicata come fonte di possibili deviazioni applicative, ovverosia l'assenza di un controllo giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione del nominativo dell'indagato nell'apposito registro, ove dovrebbe essere inserita contestualmente all'emersione della *notitia criminis* o dal momento in cui, a livello indiziario, la stessa risulta attribuibile ad una persona identificata (art. 335 c.p.p.); l'eventuale ritardo finendo per spostare in avanti l'operatività della sanzione di inutilizzabilità di cui all'art. 407, co. 3, c.p.p.[34].

La giurisprudenza di legittimità ha, in effetti, costantemente escluso la possibilità di un sindacato del giudice in ordine all'*an* e al *quando* di una scelta ritenuta spettante all'esclusiva valutazione

[32] Si condivide il rilievo di R. KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità fissati dalle procure*, in *Cass. Pen*. 6/2020, p. 2178; ivi, l'autore esprime perplessità sul tentativo di temperare la rigidità del principio di obbligatorietà dell'azione penale come scolpito dall'art. 112 Cost. con il ricorso ai criteri di priorità, la cui valenza prevalentemente organizzativa finisce per produrre una deflazione indiretta quale conseguenza patologica del loro impiego a risorse invariate.

[33] A. MARANDOLA, *Molti interlocutori e plurimi criteri: il difficile punto di caduta della priorità delle indagini*, in *Dir. Pen. Proc*., 9/2021, p. 1165. Nello stesso senso, L. PISTORELLI, *Riforma del processo penale*, cit.: «rimane qualche perplessità sull'esito complessivo dell'intervento riformatore e sulla possibilità che le disposizioni finali siano in grado di conciliare obbligatorietà dell'azione penale, completezza delle indagini ed esigenze acceleratorie, piuttosto che tradursi praticamente nella mera rinunzia a perseguire molti reati certificando l'impossibilità di perseguirli tutti».

[34] Si richiama significativamente il principio affermato da Cass. Sez. 6, 10.10.2007, n. 40791, secondo la quale il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall'art. 407 cod. proc. pen., al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti di indagine successivi, decorre per l'indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il P.M. avrebbe dovuto iscriverla.

discrezionale del pubblico ministero[35] e, allo stato, è prevista unicamente un'attività di vigilanza sull'osservanza delle disposizioni inerenti all'iscrizione delle notizie di reato da parte del procuratore della Repubblica e del procuratore generale presso la Corte d'appello[36].

Strettamente correlata a quella appena esaminata è, del resto, la delega al Governo a precisare i presupposti per l'iscrizione della notizia di reato e del nominativo della persona cui è attribuita in modo da soddisfare le esigenze di garanzia, certezza ed uniformità delle iscrizioni (art. 1, co. 9, lett. p). Si tratta di un intervento, per un verso, indispensabile ad offrire premesse determinate e tendenzialmente uniformi anche per l'esercizio del potere di intervento giurisdizionale pocanzi descritto; per altro verso, l'indicazione di una definizione normativa di *notitia criminis* appare operazione assai delicata, alla luce del carattere ampiamente valutativo dell'attività demandata al P.m. in rapporto al materiale fluido e variegato che può essere sottoposto alla sua attenzione, nonché della necessità di assicurare il rispetto del canone di cui all'art. 112 Cost. senza obliterare il diritto dell'indagato ad una rapida definizione della sua posizione processuale[37].

La novella concernente la regola di giudizio per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere e, prima ancora, la richiesta di archiviazione comporta il passaggio dal criterio della inidoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa in giudizio a quello della loro inadeguatezza a consentire una ragionevole prognosi di condanna.

Non è difficile immaginare che l'intervento prenda le mosse dalle rilevazioni statistiche effettuate dal Ministero della Giustizia, che restituiscono una percentuale di sentenze assolutorie consistente in rapporto alla totalità dei procedimenti[38], ciò che è percepito, in linea di principio, come una inefficienza del sistema, sebbene una quota di quelle assoluzioni discenda da fisiologiche evenienze dibattimentali (sopravvenuta mancanza di condizioni di procedibilità, ritrattazione di testimoni o impossibilità di ottenerne l'esame, ecc.).

---

[35] Cass. Sez. U., 21.6.2000, n. 16, Tammaro, con commento di A. MARANDOLA, *Mancata iscrizione della* notitia criminis, in *Cass. Pen.* 2/2001, p. 400; Cass. Sez. U., 20.9.2009, n. 40538, Lattanzi. V. anche Cass. Sez. U., 28.11.13, n. 4319, L. e altro, in materia di poteri del giudice ed iscrizione soggettiva.

[36] Ciò a seguito delle previsioni della c.d. riforma Orlando (art. 1, commi 75 e 76 l. 23 giugno 2017, n. 103), analizzate da G. SCHENA, *La registrazione della notizia di reato alla luce della circolare Pignatone*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2/2018, p. 791.

[37] Si veda l'approfondita analisi di A. MARANDOLA, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Dir. Pen. Proc*. 12/2021, p. 1566.

[38] I relativi dati sono stati esposti, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, dal Primo Presidente della Corte di Cassazione nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, p. 55. La relazione è reperibile sul sito *www.cortedicassazione.it.*

Quel che, ad ogni modo, si vuole assicurare è che, prima il P.m. e poi (soprattutto) il G.u.p. non si limitino ad una valutazione di carattere processuale sull'inutilità del dibattimento[39], ma compiano un vaglio più penetrante sulla solidità dell'impianto accusatorio e sulla immediata e concreta potenzialità degli elementi raccolti di condurre ad una sentenza di condanna[40].

Ciò rappresenta una piccola rivoluzione rispetto al consolidato assetto del diritto vivente che, pur con differenti declinazioni, ha sin qui escluso la possibilità per il G.u.p. di compiere una valutazione sulla eventuale colpevolezza dell'imputato[41] e di pronunciarne il proscioglimento in presenza di materiale probatorio che si presti a soluzioni alternative, aperte o comunque suscettibili di approfondimento o diverso apprezzamento in sede dibattimentale[42].

La riforma pare, al contrario, volere allargare i margini per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere, restringendo correlativamente il numero di procedimenti destinati al dibattimento attraverso una maggiore responsabilizzazione dei giudici per l'udienza preliminare, con teorica restituzione a questa della funzione di filtro assegnatale dal codice di rito.

Sia in riferimento all'opzione del P.m. tra richiedere l'archiviazione o esercitare l'azione penale che in riferimento alla decisione sul rinvio a giudizio, occorrerà valutare come la prognosi di condanna indicata dal legislatore si tradurrà nella prassi applicativa[43], tenuto conto che essa potrà realmente operare quale discrimine tra prosecuzione del procedimento o suo arresto soltanto in presenza di indagini effettivamente complete[44].

Nella stessa direzione, ad ogni modo, si muove la previsione (art. 1, co. 12) di una inedita udienza predibattimentale dinanzi al giudice monocratico adito mediante citazione diretta a

[39] V. Corte cost., sent. n. 88/91, che parlava di «valutazioni di oggettiva non superfluità del processo», par. 3 Considerato in diritto.

[40] R. BRICCHETTI, *Riforma processo penale. Dalla delega ai decreti delegati: punti fermi… e non (Parte I),* in *www.ilpenalista.it*, parla di «prognosi probatoria, strutturata sulla colpevolezza».

[41] Cass. Sez. 5, 26.10.16, n. 565, tra le altre.

[42] Cass. Sez. 5, 14.9.2016, n. 54957.

[43] Esprime incertezza circa l'effettivo raggiungimento dell'effetto deflattivo perseguito dalla riforma, L. PISTORELLI, *Riforma del processo penale: le direttive di intervento in materia di indagini preliminari e udienza preliminare,* in *www.ilpenalista.it*.

[44] A proposito degli artt. 326 e 358 c.p.p. che codificano il relativo principio: «Viene, con ciò, stabilito, il principio di "completezza" (almeno tendenziale, come si preciserà più innanzi) delle indagini preliminari, che nella struttura del nuovo processo assolve una duplice, fondamentale funzione. La completa individuazione dei mezzi di prova è, invero, necessaria, da un lato, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, "saltando" l'udienza preliminare) e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio. Dall'altro lato, il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio "apparente" dell'azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale»; così, Corte Cost., sent. n. 88/91.

giudizio, a scopo non più semplicemente di accertamento della regolare costituzione delle parti e smistamento, bensì di vero e proprio 'filtro': in tale sede, infatti, il giudice potrà, anche d'ufficio[45] e sentite le parti, dichiarare la nullità della citazione in giudizio e restituire gli atti al P.m. qualora questi non riformuli l'imputazione ritenuta generica o indeterminata[46], ovvero far regredire il procedimento qualora dagli atti emergano elementi dai quali desumere la necessità di un adeguamento o una modifica della contestazione[47], nonché definire il procedimento con il rito alternativo eventualmente richiesto o, in difetto di questo, emettere sentenza di non luogo a procedere se gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna. Qualora nessuna delle citate evenienze si verifichi, il giudice dovrà rinviare il processo dinanzi ad altro magistrato per la celebrazione del dibattimento.

In disparte le difficoltà organizzative che la novella scatenerà nei piccoli tribunali in conseguenza del regime delle incompatibilità[48], nelle intenzioni del legislatore essa dovrebbe, dunque, comportare, per i reati a citazione diretta (il cui novero è destinato, peraltro, ad essere ampliato, ex art. 1, co. 9, lett. l), l. 134/21[49]), l'introduzione di un vaglio preventivo che si prospetta assai simile a quello proprio dell'udienza preliminare; la valutazione circa la possibilità di emettere sentenza di improcedibilità, infatti, comporterà la disamina degli atti e verosimilmente una discussione con le parti, soprattutto nei casi in cui siano queste (e, segnatamente, la difesa) a sollecitare l'arresto in rito del procedimento.

[45] Non più solo su eccezione di parte, come si è fin qui ritenuto in conseguenza della riconosciuta natura relativa della nullità in questione; v., da ultimo, Cass. Sez. 3, 27.2.19, n. 19649.

[46] Il legislatore pare, in tal modo, voler codificare l'orientamento (minoritario) che estende anche alla fase dibattimentale la necessità di una previa sollecitazione al titolare dell'accusa ad intervenire sull'imputazione, a pena dell'abnormità del provvedimento di restituzione degli atti al P.m. e proprio in ossequio ad esigenze di ragionevole durata del processo. In questo senso, v. Cass. Sez. 6, 31.5.16, n. 27961, tra le altre. Per una analisi dei poteri di intervento del giudice sull'imputazione, v. A. BASSI, *Il controllo giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione nello sviluppo del procedimento penale*, in *Cass. Pen.* 11/2020, p. 3982.

[47] L'art. 1, co. 9, lett. n) prevede identici criteri direttivi per l'udienza preliminare, sulla scia di quanto già affermato da Cass. Sez. U., 20.12.2007, n. 5307, Battistella.

[48] V. N. TRIGGIANI, *Riflessioni sull'udienza predibattimentale monocratica prefigurata nella proposta di riforma della "Commissione Lattanzi"*, in *Arch. pen. (Web)* 2021, p. 2.

[49] Ai reati puniti con un massimo di sei anni di reclusione, che non presentino rilevanti difficoltà di accertamento (criterio che, per vero, solleva più di una perplessità; v. R. BRICCHETTI, *Riforma processo penale. Dalla delega ai decreti delegati: punti fermi… e non (Parte II)*, in *www.ilpenalista.it*.

Evidente l'obiettivo di evitare dibattimenti inutili. È lecito, nondimeno, nutrire qualche perplessità circa la concreta efficacia dello strumento prescelto[50]; per le medesime ragioni di perplessità pocanzi sollevate, non è remoto, in effetti, il rischio che esso si tramuti in un mero appesantimento procedimentale per le fattispecie da trattare con citazione diretta, che vedranno l'apertura del dibattimento spostarsi ulteriormente in avanti nel tempo (che il rinvio dinanzi al giudice destinato a celebrare il processo possa essere contenuto in tempi brevi è, del resto, da considerarsi evenienza residuale alla luce delle pendenze e delle risorse attualmente disponibili)[51].

3. La delega in materia di processo penale: (2) i procedimenti speciali, il dibattimento e le impugnazioni

Tra le ulteriori deleghe in materie di processo penale – menzionandosi soltanto la prevista legittimazione delle parti ad accordarsi non solo sull'applicazione della pena, ma anche sulla confisca facoltativa, (art. 1, co. 10, lett. a1)[52] spesso percepita come la misura maggiormente afflittiva al punto da scoraggiare il ricorso alla soluzione concordata di cui all'art. 444 c.p.p. – merita di essere segnalata la delega alla espressa codificazione della necessità di rinnovare l'assunzione delle prove dichiarative, a richiesta di parte, in caso di mutamento del giudicante o della composizione del collegio (art. 1, co. 11, lett. d), eccezion fatta per i soli casi di avvenuta verbalizzazione mediante videoregistrazione, nei quali la riassunzione resta subordinata alla ricorrenza di specifiche esigenze.

Il legislatore delegante interviene, così, sul delicato piano del principio di oralità-immediatezza (art. 525 c.p.p.) e del diritto dell'imputato al contraddittorio nella formazione della prova davanti al giudice chiamato ad assumere la decisione, già oggetto di intervento da parte della Consulta[53], della

[50] Occorrerà, nondimeno, apportare numerosi adattamenti alle previsioni codicistiche relative al rito di cui agli artt. 550 ss. c.p.p. ed operare un coordinamento con la già esistente ipotesi di proscioglimento predibattimentale di cui all'art. 469 c.p.p..

[51] Per analoghe considerazioni si veda ancora la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, cit, p. 56.

[52] Già ratificata da Cass. Sez. U., 26.9.19, n. 21368, Savin.

[53] C. Cost., sent. 132/19, con il commento di M. BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive* de iure condendo, in *www.sistemapenale.it.*

Corte di Cassazione a Sezioni Unite[54], della Corte Edu[55] e financo della Corte di Giustizia[56], interpellate proprio circa i rapporti tra tali garanzie e le esigenze di efficienza dell'amministrazione della giustizia e di ragionevole durata del processo.

Nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 525, co. 2, c.p.p. in rapporto al parametro dell'art. 111 Cost., la Consulta non aveva, infatti, mancato di sottolineare "le incongruità dell'attuale disciplina, così come interpretata dal diritto vivente" ed alla luce delle distorsioni applicative da essa subite nella concreta realtà giudiziaria, ed aveva conseguentemente avvertito la necessità di "sollecitare l'adozione di *rimedi strutturali* in grado di ovviare agli inconvenienti evidenziati, assicurando al contempo piena tutela al diritto di difesa dell'imputato" [57].

Nella medesima pronuncia la Corte aveva, però, espressamente riconosciuto al legislatore la possibilità di introdurre "ragionevoli eccezioni al principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell'esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale, in presenza di meccanismi "compensativi" funzionali all'altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione"[58].

E' chiaramente percepibile l'eco delle sentenze della Corte Edu, la quale, nella valutazione circa il rispetto da parte delle autorità nazionali delle garanzie procedurali di cui all'art. 6 della Convenzione e, dunque, nell'apprezzamento della *overall fairness* del procedimento, si è mostrata consapevole delle esigenze procedurali ed amministrative che possono giustificare il mutamento *in itinere* della persona del giudicante, ribadendo, purtuttavia, che, nella prospettiva del parametro convenzionale, ciò che conta sono le misure in concreto adottate per far sì che il giudice chiamato a decidere possa valutare le prove dichiarative in modo appropriato, non limitandosi a leggere le relative trascrizioni, ma modulando il proprio agire opportunamente in rapporto all'atteggiarsi ed alla rilevanza del singolo elemento di prova nel percorso decisionale[59].

In questo senso, non è (o non dovrebbe essere) in discussione il diritto dell'imputato alla rinnovata audizione di fronte al nuovo giudice del testimone le cui dichiarazioni sono destinate a

[54] Cass. Sez. U., 30.5.19, n. 41736, Bajrami.
[55] Si rinvia, tra le altre, a Corte Edu, 2.12.2014, Cutean c. Romania, § 60 ss..
[56] CGUE (Prima Sezione), 29 luglio 2019, Gambino e altro, C-38/18.
[57] Corte cost., 132/19, cit., par. 3 Considerato in diritto
[58] *Ibidem*.
[59] Corte Edu, Cutean v. Romania, cit. § 61.

costituire la base (esclusiva o, comunque, determinante della condanna), nemmeno quando detto testimone è la 'vittima' agli effetti della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012[60], che ne tutela in modo specifico la posizione[61].

Nello spazio aperto dalla Consulta si sono, però, inserite le Sezioni Unite della Cassazione con la assai criticata pronuncia Bajrami, che ha precisato (in senso decisamente limitativo) i presupposti in presenza dei quali la richiesta di parte di rinnovazione dell'assunzione di prove testimoniali è suscettibile di trovare accoglimento da parte del giudicante subentrato[62].

Nel fluido quadro qui tratteggiato, il legislatore delegante ha raccolto in termini minimali la sollecitazione della Consulta, limitandosi a ribadire la (ovvia, in linea di principio) regola della rinnovazione delle prove già assunte e ad indicare espressamente, quale unico 'meccanismo compensativo', quello della previa videoregistrazione della testimonianza, segnalato dalla Corte costituzionale. Si tratterà, allora, di comprendere se un criterio direttivo di tal fatta si tradurrà nel superamento dei principi enunciati dalle Sezioni Unite Bajrami o, come è più probabile - considerata l'esigenza di evitare dilatazioni dei tempi del processo, divenuta ancora più pressante nella prospettiva di scongiurare la tagliola della neo introdotta 'improcedibilità' di cui all'art. 344 *bis* c.p.p. (*infra*) - gli stessi verranno in qualche modo ribaditi.

I limiti del presente lavoro non consentono di analizzare le deleghe concernenti la disciplina delle impugnazioni (art. 1, co. 13), se non per accennare, data la rilevanza sistemica della disposizione, al criterio direttivo che delega il Governo ad introdurre un'ipotesi di ricorso straordinario in Cassazione per dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, conferendo al giudice di legittimità il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo (art. 1, co. 13, lett. o).

Dopo la rescissione del giudicato e l'incidente di esecuzione – con il quale si interviene, essenzialmente, sulla pena illegale (anche per violazione della Convenzione) – si è pensato all'introduzione di un rimedio impugnatorio di carattere generale (da coordinare con i due già citati) destinato potenzialmente a scardinare la sentenza passata in giudicato per consentire di riparare alle situazioni di contrarietà alla Convenzione accertate dai giudici di Strasburgo. Il pensiero va, in

[60] Che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.
[61] CGUE Gambino e altro, cit., § 55.
[62] Tra le numerose analisi critiche si veda R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza del processo penale*, in *Riv. Dir. Proc.* 3/2021, p. 807.

prima battuta, a violazioni di carattere procedurale (in senso stretto) rilevanti ai sensi dell'art. 6 CEDU, ma potrebbe darsi anche il caso di dover eseguire sentenze aventi ad oggetto previsioni di carattere sostanziale e la loro applicazione da parte dei giudici nazionali (suscettibili di impattare sull'art. 7 della Convenzione) o, ancora, del censurato omesso bilanciamento tra gli interessi in gioco nell'applicazione della confisca o di una pena accessoria.

Come si vede, le ipotesi sono molteplici, di talché l'attuazione della delega non pare di semplice realizzazione se non in termini alquanto generali.

Quel che è certo è che il criterio direttivo specifica come il ricorso straordinario potrà essere attivato entro un termine perentorio solo da colui che si sia rivolto alla Corte Edu. Rimane, perciò, inevitabilmente sullo sfondo l'irrisolta questione della possibile efficacia *ultra partes* delle (o, per lo meno, di talune) pronunce della Corte di Strasburgo[63], fin qui variamente definita dalle Corti interne, al punto da suggerire ai commentatori il ricorso ad efficaci espressioni identificative delle diverse soluzioni adottate (si allude ai c.d. 'fratelli minori di Scoppola'[64] e 'Lorefice'[65] ed ai 'gemelli diversi di Contrada'[66]).

Senza volersi addentrare in questa sede nell'articolato dibattito circa la portata delle pronunce di Strasburgo - sia delle sentenze 'pilota'[67] che di quelle che esprimono un 'diritto consolidato'[68] – si registra, comunque, l'attenzione del legislatore delegante alla necessità di offrire concreta riparazione alle violazioni della Convenzione che la giurisdizione interna non abbia saputo scongiurare o rimediare prima del passaggio in giudicato della sentenza che ha definito il processo. Tale attenzione, peraltro, va di pari passo con la sempre maggiore sensibilità mostrata dalle supreme giurisdizioni nazionali nello sforzo di includere il portato delle garanzie convenzionali nella trama dell'ordinamento processuale: il riferimento è, su tutti, alla tematica – che in questa sede

[63] V., tra gli altri, D. AMOROSO, *Sugli effetti ultra partes del giudicato di Strasburgo*, in *Giur. It*. 2014, p. 1752.

[64] Corte Edu, GC, 17.9.09 Scoppola c. Italia, n. 2 (10249/03), seguita da Cass. Sez. U., 24.10.13, n. 18821, Ercolano e da Corte Cost. sent. 210/13.

[65] Corte Edu, 29 giugno 2017, Lorefice contro Italia (63446/13) e v. Cass. Sez. 3, 13.12.18, n. 7918, sulle quali v. G. BIONDI, *La Cassazione e i fratelli minori di Lorefice*, in *Dir. Pen. Cont*. 3/2019, 199.

[66] Corte Edu, 14.04.2015, Contrada c. Italia (66655/13) in relazione alla quale v. Cass. Sez. U., 24.10.19, n. 8544, Genco, commentata, tra gli altri, da P. MAGGIO, *Dell'Utri e Contrada gemelli diversi: è la revisione europea lo strumento di ottemperanza alle sentenze Cedu*, in *Cass. Pen.* 4/2017, 1399.

[67] Come quella della Grande Camera nel caso Scoppola secondo Corte cost. sent. 210/2013 e Cass. Sez. U., 24.10.13, n. 18821, Ercolano.

[68] Secondo le affermazioni della notissima sentenza n. 49/2015 della Consulta.

non è possibile affrontare compiutamente – della rilevabilità d'ufficio (anche da parte della Corte di cassazione) delle infrazioni alla Cedu[69].

4. La delega in materia di diritto penale sostanziale (cenni)

Nell'analizzare il contenuto della delega afferente alla materia penale sostanziale autorevole dottrina ha sottolineato la "coerenza finalistica" della riforma Cartabia[70] che, nel perseguire l'obiettivo di velocizzare il processo penale, è intervenuta anche su taluni istituti di diritto sostanziale nell'ottica di un alleggerimento complessivo del sistema.

Rispondono senz'altro a questa finalità: l'ampliamento della procedibilità a querela; la rimodulazione dei limiti per l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto[71]; l'innalzamento del limite edittale 'generico' per l'accesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 1, co. 22); la generalizzazione del procedimento estintivo delle contravvenzioni operativo nella fase antecedente all'esercizio dell'azione penale e connesso all'adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore[72].

Si tratta di meccanismi, in vario modo, deputati ad evitare il dibattimento, in molti casi sul presupposto di una condotta collaborativa dell'imputato sul piano riparatorio o risarcitorio.

Su questa stessa linea si colloca, del resto, l'ampia delega in materia di cd. giustizia riparativa[73], in relazione alla quale si prevede l'adozione di una disciplina organica nell'interesse della vittima, dell'autore del reato e della comunità, e alla quale si prevede di poter dare accesso in ogni stato e grado del procedimento e durante l'esecuzione della pena, secondo un'opzione chiara a favore di soluzioni extra-processuali alternative al sistema repressivo tradizionale.

In questo senso, è pienamente coerente anche la delega per la modifica della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, che si sostanzia in una sua rivisitazione complessiva

[69] Si rimanda al recente contributo di A. VALENTI, *La Cassazione può esaminare d'ufficio la questione della violazione della Cedu: tra rilevanza* ultra partes *della sentenza di Strasburgo,* ius superveniens *e pena illegale*, in *Cass. Pen.* 1/2021, p. 282.

[70] F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *www.sistemapenale.it.*

[71] In conformità a Corte Cost. sent. 156/2020.

[72] Sul modello già previsto dagli art. 301 D. Lgs. 81/08 e 318 *bis* D. Lgs. 152/06.

[73] Per una più compiuta analisi si rinvia a G. GAMBOGI, *La giustizia riparativa penale: criteri applicativi e criticità (presunte?),* in *www.ilpenalista.it.*

finalizzata ad attribuire maggior spazio – in fase di cognizione - alle suddette sanzioni a scapito della pena detentiva[74].

Tutti gli interventi descritti sono accomunati da un accrescimento della discrezionalità giudiziale, il cui esercizio non potrà che essere orientato dalle finalità special-preventive e risocializzanti[75] che – come nel caso della sospensione del procedimento con messa alla prova[76] – il legislatore ha mostrato di voler privilegiare nella nuova fisionomia che il sistema penale ha, via via, assunto.

La delega conferma, in definitiva, le tendenze in atto nel senso della privatizzazione del conflitto penale, nonché, come è stato autorevolmente osservato[77], della preferenza per la "sussidiarietà interna" o "deflazione senza depenalizzazione", attuata attraverso la "polverizzazione" processuale del canone dell'*extrema ratio* ed affidata a forme di depenalizzazione (in termini di rinuncia alla pena detentiva) in concreto, nella ormai acquisita consapevolezza dell'inefficienza deflattiva del ricorso a sanzioni amministrative o civili, spesso destinate ad essere comunque attratte alla 'materia penale' sul piano dell'osservanza delle garanzie convenzionali.

5. Le disposizioni immediatamente precettive. L'improcedibilità dell'azione penale

L'art. 2 della legge 134/2021, come anticipato, contiene disposizioni di immediata applicazione a far data dal 19 ottobre 2021.

Si fa, in questa sede, soltanto cenno alle disposizioni (art. 2, co. 11-15) dettate per completare il recepimento della direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato), per concentrare l'analisi sulle previsioni in materia di prescrizione del reato e di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione (art. 2, commi 1 e 2).

[74] Cfr. C. CASTELLI, *Il progetto di riforma Cartabia: una rivoluzione copernicana per il sistema sanzionatorio penale?*, in *www.ilpenalista.it*.

[75] V. F. PALAZZO, *op. cit.*, 13.

[76] V. Corte Cost. n. 91/18, par. 8 Considerato in Diritto.

[77] Così A. GARGANI, *Il diritto penale quale* extrema ratio *tra post-modernità e utopia*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 3/2018, 1488.

Sul primo versante, la riforma Cartabia interviene nel solco della precedente novella attuata con l. 9 gennaio 2019, n. 3 e con previsione di operatività a tutti i reati commessi dal 1 gennaio 2020[78].

Come è noto, la scelta di fondo operata con la l. 3/19 era di considerare operativa la prescrizione del reato nel solo giudizio di primo grado, 'sospendendone' per sempre il corso (e, dunque, di fatto neutralizzandola) nei gradi successivi.

Tale scelta aveva inevitabilmente scatenato accese critiche, giacché privando di ogni valenza la prescrizione nelle fasi successive alla sentenza di primo grado (o al decreto penale di condanna) aveva reso potenzialmente infinito il 'tempo del processo'[79] con integrale obliterazione del significato sostanziale della prescrizione, legata all'esigenza di prendere atto dell'"affievolimento progressivo dell'interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito, valutato, quanto ai tempi necessari, dal legislatore" di garantire "il diritto all'oblio dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela"[80].

La l. 134/2021, su questo versante, conferma e rende manifesta la volontà di inibire l'operatività della prescrizione nei gradi successivi al primo, eliminando l'improprio riferimento alla 'sospensione' di un termine destinato a non riprendere mai a correre ed esplicitando che «il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronunzia della sentenza di primo grado» (così il nuovo art. 161 *bis* c.p., introdotto dall'art. 2, co. 1, l. 134/2021).

L'emissione della sentenza di primo grado[81] (non più anche del decreto penale di condanna, che riacquista la valenza di mero atto interruttivo della prescrizione)[82], dunque, determina la scomparsa dal processo della causa estintiva di cui all'art. 157 c.p. – destinata a rivivere, per la sola parte del termine non ancora decorsa, in caso di annullamento della sentenza con regressione del procedimento al primo grado o ad una fase anteriore – per lasciare il posto alla declaratoria di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione, la cui disciplina è contenuta nell'art. 344 *bis* c.p.p. (introdotto dall'art. 2, co. 2, l. 134/2021).

---

[78] Innumerevoli i commenti, tra i quali si richiamano, per tutti: G. BALBI, *Tempi strani. Rilievi critici sulla disciplina della prescrizione*, in *Arch. pen.*, 2021, p. 1 ss.; V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 557 ss..

[79] V. R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. Pen. Proc*. 7/2019, p. 900.

[80] Corte Cost., sent. n. 23/2013, par. 3.1. Considerato in diritto.

[81] Da ritenersi coincidente con la lettura del dispositivo in udienza; v. Cass. Sez. 2, 18.9.2019, n. 46261, sia pure in tema di *dies a quo* della prescrizione del reato.

[82] Questa modifica, in quanto produttiva di effetti più favorevoli per il reo, è destinata a trovare applicazione retroattiva, in ossequio al disposto dell'art. 2 c.p..

La disposizione in parola stabilisce, infatti, che (salve le deroghe e specificazioni delle quali si dirà) la mancata definizione del giudizio di appello entro il termine di due anni e del giudizio di cassazione entro il termine di un anno costituisce causa di improcedibilità dell'azione penale. Sono espressamente esclusi dall'applicazione dell'art. 344 *bis* c.p.p. i soli delitti puniti con la pena dell'ergastolo, già imprescrittibili nella disciplina previgente.

I termini cominciano a decorrere a partire dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine per il deposito della motivazione della sentenza di primo grado (di cui all'art. 544 c.p.p.). È stato osservato che con questa previsione si è inteso incentivare il deposito puntuale delle motivazioni e garantire agli uffici giudiziari il termine, ritenuto congruo, di novanta giorni per trasmettere il fascicolo da un organo giudicante all'altro[83]. A ben vedere, dalla scadenza del termine di cui all'art. 544 c.p.p. comincia a decorrere il termine che le parti hanno per proporre impugnazione (art. 582 c.p.p.), pari a quarantacinque giorni per le sentenze di maggiore complessità; in questa ipotesi, dunque, il lasso di tempo disponibile per la trasmissione degli atti sarà, in effetti, di quarantacinque giorni. Al di là di questo rilievo, non si può non osservare come eventuali ritardi (tanto nel deposito della motivazione, quanto nella trasmissione degli atti) o la necessità di considerare il periodo di sospensione feriale dei termini[84] (non applicabile al deposito della motivazione della sentenza, ma operativo per il deposito dell'impugnazione) rischiano di far scattare il *countdown* per il giudice del gravame in un momento nel quale lo stesso non è stato ancora adito o non ha la disponibilità del fascicolo.

Le ulteriori specifiche previsioni dedicate all'istituto in esame lasciano aperta la valutazione in ordine all'ascrizione dell'improcedibilità al piano del diritto sostanziale o a quello processuale, questione dalla cui soluzione, peraltro, dipende il regime intertemporale applicabile.

Porterebbero a deporre per la natura sostanziale la possibilità per l'imputato di inibirne l'operatività chiedendo la prosecuzione del processo (art. 344 *bis*, co. 7, c.p.p.) e la prevista sospensione del termine di durata del giudizio in fattispecie sostanzialmente coincidenti con quelle che in primo grado operano quali cause di sospensione della prescrizione (le ipotesi di rinvio del giudizio di cui all'art. 159 c.p. ed il tempo necessario alle ricerche dell'imputato irreperibile, cui si aggiunge, per l'appello, il tempo dedicato alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale).

[83] G.L. GATTA, *op cit.*, 24.
[84] Art. 1, legge 7 ottobre 1969, n. 742.

La collocazione tra le condizioni di procedibilità (libro V, titolo III), la previsione di un lasso temporale predefinito (salve le proroghe di cui *infra*) trasversalmente riguardante tutti i processi indipendentemente dalla gravità del reato oggetto di accertamento[85], la qualificazione espressa quale causa di improcedibilità dell'azione penale suggeriscono, per contro, una qualificazione in termini processuali[86].

Si tratterebbe, in sostanza, di una preclusione processuale all'esame nel merito dell'impugnazione discendente dall'impossibilità di proseguire l'azione penale oltre il termine stabilito dal legislatore. Ne segue, quale prima conseguenza, l'inapplicabilità della regola di giudizio di cui all'art. 129, co. 2, c.p.p., ovverosia della possibilità di emettere una sentenza di assoluzione quando i relativi presupposti emergano con evidenza dagli atti[87] con prevalenza sull'eventuale concomitante operatività di una causa di estinzione del reato[88].

Stando al tenore letterale dell'art. 344 *bis* c.p.p. – si badi – la preclusione dovrebbe ritenersi operativa con esclusivo riguardo alle impugnazioni della sentenza proposte agli effetti penali, di talché le impugnazioni per i soli interessi civili (art. 573 c.p.p.) potrebbero, a questo punto, avere durata indefinita.

Simile assetto si presta a dubbi di costituzionalità per difetto di ragionevolezza, così come l'opposta soluzione (l'arresto del procedimento anche nel caso di gravame ai soli effetti civili) si presta a vedere definitivamente frustrate le aspettative di giustizia della parte civile, con possibile lesione dell'art. 24 Cost. (e dell'art. 6.1 Cedu).

Ancor più consistenti perplessità sul versante della tenuta costituzionale della novella suscita la regolamentazione delle possibili proroghe ai termini di durata massima del giudizio di impugnazione. L'art. 344 *bis* c.p.p. stabilisce, infatti, che questi possano essere prorogati una sola volta per la particolare complessità del procedimento in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o, ancora, della difficoltà intrinseca delle questioni da affrontare, per un massimo di un anno nel giudizio di appello e di sei mesi nel giudizio di cassazione. Qualora il procedimento abbia ad oggetto un elenco tassativo di fattispecie (indicate nel comma quarto, secondo inciso), evidentemente reputate dal legislatore di intrinseca complessità di accertamento (oltreché di

[85] Cui si ricollega tradizionalmente, per contro, la disciplina della prescrizione. V. Corte cost. ord. 24/2017, par. 4.
[86] In questo senso si è, in effetti, già espressa Cass. Sez. 5, 10.1.2022, n. 334.
[87] Così, Cass. Sez. U., 28.5.2009, n. 35490, Tettamanghi.
[88] Così come avviene a fronte del difetto di una condizione di procedibilità; v. S.U., 24.9.2009, n. 49783, Martinenghi.

particolare gravità), sono però consentite ulteriori proroghe dopo la prima, per le medesime ragioni già esposte. Soltanto qualora si proceda per un delitto aggravato perché commesso avvalendosi delle condizioni proprie delle associazioni di tipo mafioso o al fine di agevolarne le attività (art. 416 *bis*.1 c.p.) è previsto un limite massimo invalicabile ai periodi di proroga.

Riesce, *in primis*, difficile comprendere la *ratio* di tale differenziazione, a parità di allarme sociale e di complessità media delle fattispecie in considerazione. Alle criticità sul versante della parità di trattamento si aggiunge, poi, l'evidente problematicità della previsione di un catalogo di reati in relazione ai quali, non soltanto potenzialmente non esiste un limite massimo di durata del procedimento, ma il cui accertamento giudiziale può avere durata più o meno lunga in base alle determinazioni dello stesso organo giudicante deputato a decidere sull'impugnazione.

L'art. 344 *bis* c.p.p. prevede, infatti, che la proroga sia stabilita con ordinanza motivata (ricorribile in cassazione, senza effetto sospensivo) del giudice che procede, il quale potrà così, di volta in volta, determinare l'allungamento del tempo del processo sulla base di criteri astratti, il cui apprezzamento risulta forse giustificabile all'atto di una prima proroga adottata tendenzialmente *a priori* all'inizio del procedimento, ma appare senz'altro meno agevolmente comprensibile quale fondamento per un prolungamento del termine a processo in corso (verosimilmente prima della scadenza del termine originario o di quello già successivamente prorogato)[89]. Non è peregrina l'eventualità che le ordinanze di proroga successive, pur formalmente motivate con riguardo ai parametri di complessità necessariamente già esaminati in sede di adozione della prima, finiscano per supplire alla mera impossibilità di concludere il giudizio nei termini stabiliti[90].

L'imputato giudicato per uno dei gravi delitti indicati nell'art. 344 *bis* c.p.p., pertanto, rischia - venuto definitivamente meno il 'tempo dell'oblio' cui si ricollegava la prescrizione del reato - di vedere protratto 'il tempo del processo' indefinitamente, senza alcuna garanzia di prevedibilità[91] e con possibile frustrazione della garanzia costituzionale (e convenzionale) di ragionevole durata che, per inciso, proprio l'istituto dell'improcedibilità mirerebbe ad assicurare. Non si è mancato, del

[89] Si rinvia alle considerazioni di Corte Cost. sent. 265/2017, par. 5 Considerato in diritto, in relazione alla prescrizione.

[90] Non a caso, nella relazione del massimario n. 60/21, si pone l'accento sulla necessità di una motivazione specifica sulla necessità dell'ulteriore proroga.

[91] Considerato, peraltro, che viene rimessa al giudice dell'impugnazione l'individuazione del momento nel quale adottare la decisione sulla proroga, sicché si assegna «al soggetto tenuto al rispetto del termine la valutazione circa la congruità dello stesso rispetto alla complessità del procedimento»; v. Relazione n. 60/21 dell'Ufficio del Massimario, cit., p. 24.

resto, di sottolineare come i parametri individuati dal legislatore per legittimare la proroga del termine abbiano contenuto ampio e scarsamente determinato e si prestino, perciò, a letture elastiche rimesse alle valutazioni discrezionali dei giudici procedenti suscettibili di esiti disomogenei[92].

Occorre, allora, chiedersi se, poste le inevitabili ricadute sostanziali dell'improcedibilità di nuovo conio, la disciplina in esame sia compatibile con quella che la Consulta – sia pure in riferimento alla prescrizione del reato e sia pure ribadendo l'impossibilità di una predeterminazione assoluta del relativo termine – ha definito la "*proiezione diacronica della punibilità*"[93] che "integra la fattispecie penale nel senso che non solo l'autore del fatto deve essere posto in grado di conoscere *ex ante* qual è la condotta penalmente sanzionata (ossia la fattispecie di reato) e quali saranno le conseguenze della sua azione in termini di sanzioni applicabili (ossia la pena), ma deve egli avere anche previa consapevolezza della disciplina concernente la dimensione temporale in cui sarà possibile l'accertamento nel processo, con carattere di definitività, della sua responsabilità penale"[94].

Problematico dal punto di vista della compatibilità costituzionale potrebbe, ancora, rivelarsi il dettato del comma 1 *bis* dell'art. 578 c.p.p. di nuova introduzione, nella misura in cui prevede che, a seguito della declaratoria di improcedibilità di cui all'art. 344 *bis* c.p.p., i giudici dell'impugnazione rinviino le parti davanti al giudice civile competente per valore in grado di appello, il quale deciderà

[92] *Ibidem*. Si vedano, poi, le nette affermazioni di Corte cost. sent. n. 140/2021, (con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 83, co. 9, d.l. 18/20, che rimetteva ai capi degli uffici giudiziari l'adozione di misure organizzative per la celebrazione dei processi con connessa sospensione della prescrizione), par. 16 Considerato in diritto: «è solo al momento dell'adozione del provvedimento di rinvio del processo che si completa e si integra, caso per caso, la fattispecie legittimante il rinvio stesso: in tal modo la regola speciale finisce per avere un'imprevedibile variabilità in sostanza non dissimile da quella che avrebbe avuto il contenuto della "regola Taricco"; contenuto «deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale» (ordinanza n. 24 del 2017)». V. L. SOTTILE, *Nel dedalo del principio di legalità durante l'emergenza epidemiologica. Brevi note a margine della sent. n. 140/2021*, in *Rivista AIC*, 2021, p. 6.

[93] Si segnala che una risposta affermativa è stata già fornita dalla Corte d'Appello di Napoli, sez. I, in una ordinanza del 18.11.2021, consultabile su *www.giustiziainsieme.it* con commento di G. SPANGHER, *Irretroattività e regime transitorio della declaratoria di improcedibilità (l. n. 134/2021)*.

[94] Corte cost. sent. n. 278/2020, par. 9 Considerato in diritto. Si tratta della pronuncia con la quale sono state respinte le censure di incostituzionalità sollevate in rapporto all'art. 83, comma 4, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modif. in l. 24 aprile 2020, n. 27, che aveva previsto la sospensione del termine di prescrizione durante il blocco dell'attività giudiziaria legato all'emergenza Covid-19. Si veda il commento di D. MARTIRE, T. PISTONE, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*. Si veda anche Corte Edu, 20.9.2011, Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia (4902/14), par. 570.

«valutando le prove acquisite nel processo penale»[95]. Appare, in effetti, inevitabile che un simile esito determini per la parte civile una dilatazione dei tempi necessari a vedere definita la propria pretesa risarcitoria, fin qui esaminata dal giudice penale anche in caso di sopravvenuta prescrizione del reato nel giudizio di impugnazione (art. 578, co. 1, c.p.p. [96], inspiegabilmente non abrogato dalla riforma). Tale dilatazione, peraltro, si tramuterebbe in una vera e propria regressione qualora la lettera del comma 1 *bis* fosse ritenuta non legittimante interpretazioni adeguatrici per il giudizio di cassazione, dal quale la parte civile dovrebbe 'tornare indietro' e riassumere il processo davanti al giudice civile d'appello[97].

Diverse sono le questioni applicative non affrontate dalla novella in commento: dai rapporti tra improcedibilità e giudicato parziale, al coordinamento con i termini di fase delle misure cautelari, ai rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale e l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti di cui al d. lgs. 231/01[98]. Assai spinosa appare quella della sorte della confisca disposta in primo grado dopo la sentenza di improcedibilità per superamento dei termini; pur facendo la problematica oggetto di uno dei criteri direttivi, infatti, la sopravvenuta mancanza di una sede processuale in cui formulare la valutazione della responsabilità dell'imputato che deve costituire presupposto necessario per l'adozione (o la conferma[99]) della misura reale – secondo le chiare indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo[100] e di quella costituzionale[101] – non pare, in effetti, aprire molti spazi ad esiti diversi dalla caducazione della confisca[102].

Per quanto concerne, infine, l'entrata in vigore della disciplina dell'improcedibilità, lo stesso legislatore ne ha stabilito l'operatività ai giudizi di impugnazione per tutti i reati commessi a partire dal 1 gennaio 2020 (art. 1, co. 3, l. 134/2021), con una serie di adattamenti collaterali per consentire

[95] L'inciso si pone in direzione opposta a quanto affermato da Cass. Sez. U., 28.1.2021, n. 22065, Cremonini, con commento di F.M. DAMOSSO, *Rinnovazione e rinvio ai soli effetti civili. Tra soluzioni necessitate e incongruenze processuali*, in *Cass. Pen.* 9/2021, p. 2694.

[96] Con disciplina ritenuta conferma a Costituzione da Corte Cost., sent. n. 182/2021.

[97] Come già accade, però, nella ben diversa ipotesi di annullamento della sentenza ai soli effetti civili da parte della Cassazione (art. 622 c.p.p.).

[98] Si tratta di tematiche affrontate nella citata Relazione n. 60/21 a cura dell'Ufficio del Massimario.

[99] V. art. 578 *bis* c.p.p., introdotto dal d. lgs. 1.3.2018, n. 21.

[100] Da ultimo cristallizzate in Corte Edu, GC, 28.6.2018, G.i.e.m. e altri c. Italia, §186 ss.

[101] Corte Cost. sent. 49/2015. Tra gli innumerevoli commenti ci si limita a richiamare F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. Pen. Cont.* 2/2015, p. 333.

[102] Cfr. Cass. Sez. U., 30.1.2020, n. 13539, Perroni, secondo le quali, maturata la prescrizione, il giudizio non può proseguire per l'accertamento di un fatto di reato ai soli fini dell'applicazione della confisca. V. L. CAPRIELLO, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato presupposto: le Sezioni Unite chiariscono la portata applicativa del principio (ri)affermato da Corte EDU, G.i.e.m. c. Italia*, in *Cass. Pen.*, 11/2020, p. 4041.

una più graduale implementazione dei nuovi termini di durata delle impugnazioni (commi 4 e 5). Questo regime transitorio va a saldarsi a quello previsto dalla l. 3/19 (la cui operatività, pure, concerneva i reati commessi dopo il 1 gennaio 2020) 'correggendo' la mancanza di un termine finale del processo che conseguiva alla impropria sospensione della prescrizione nei gradi successivi al primo, ivi prevista[103].

È evidente che se all'istituto di cui all'art. 344 *bis* c.p.p. si dovesse attribuire carattere sostanziale, le previsioni ad esso relative non potrebbero che trovare (previo incidente di costituzionalità) applicazione retroattiva anche ai reati commessi anteriormente al gennaio 2020 nella misura in cui fossero più favorevoli.

La conclusione non parrebbe, del resto, mutare neppure in caso di riconosciuta natura mista, sia sostanziale che processuale, non essendo sconosciuti all'ordinamento casi di applicazione del principio della retroattività della *lex mitior* ad istituti di natura duale con incidenza sulla punibilità del reo (si pensi alla querela[104] o alla riduzione della pena in caso di giudizio abbreviato[105]).

Quel che è certo è che dovrà essere attentamente valutato lo statuto costituzionale dell'improcedibilità, al fine di evitare che il subentro del tempo del processo al tempo dell'oblio, quali "pezzi di una complessiva determinazione dei presupposti temporali della non punibilità", si traduca in una perdita delle garanzie fondamentali che circondano l'accertamento penale[106].

6. Conclusioni

Le (certamente non esaustive) considerazioni che precedono consentono di pervenire a qualche riflessione conclusiva. Si deve, senz'altro, prendere atto dell'ampiezza dell'intervento del legislatore delegante, valutandolo positivamente nella misura in cui dimostra (non soltanto nei criteri direttivi specificamente analizzati) la consapevolezza della necessità di affrontare apertamente problematiche 'storiche' o, comunque, di pressante attualità nel sistema della giustizia penale.

[103] In questi termini v. Cass. Sez. 7, 28.11.2021, ord. n. 43833.
[104] Cass. Sez. U., 21.6.2018, n. 40150, Salatino.
[105] V. *supra*, nota 59.
[106] Forte è il richiamo in questo senso di D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione. giochi linguistici e sostanza normativa, in www.sistemapenale.it*, p. 4, cui si deve la definizione sopra riportata.

Per le ragioni che si è cercato di evidenziare, nondimeno, non è possibile evitare di nutrire qualche dubbio sull'efficacia delle soluzioni prescelte. Queste, invero, rischiano di scontrarsi con la realtà di risorse ancora largamente insufficienti a garantire un celere funzionamento della macchina giudiziaria; talora si pongono in un rapporto di frizione con l'ordito costituzionale (e potenzialmente anche con quello convenzionale); manifestando una chiara predilezione per l'uscita dal processo e la fuga dal dibattimento, tradiscono l'idea che questo sia, in qualche modo, un evitabile appesantimento e che sia (ancora) da attribuire alla prescrizione la responsabilità dell'inefficienza del processo; e, infine, pur formalmente distinguendo 'tempo dell'oblio' e 'tempo del processo' e, dunque, apparentemente sganciando i due temi (che devono essere tenuti distinti) della prescrizione e della ragionevole durata del processo, sembrano dimenticare che la garanzia della ragionevole durata è prevista (ed ha senso) in rapporto ad un processo che arriva alla sua naturale conclusione (cioè una decisione sul merito dell'accusa)[107], di talché la predeterminazione legislativa (non a caso, temperata dalle discutibili modulazioni giudiziali di cui si è detto) di un termine di durata del processo rischia di privare di sostanza la previsione di cui all'art. 111 Cost. (e, indirettamente, anche quella di cui all'art. 112 Cost.), continuando a rischiare di lasciare insoddisfatte, pur a fronte del dispendio di energie processuali, le aspettative di giustizia.

[107] V. P. FERRUA, *La singolare vicenda della "improcedibilità",* in *www.ilpenalista.it.*

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 1/2022

Data: 4 gennaio 2022

Il bilanciamento tra il diritto all'abitazione del locatario e il diritto di proprietà del locatore in tempo di emergenza sanitaria. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 128/2021 della Corte costituzionale[*]

di **Gloria Marchetti** — *Professoressa associata di Diritto costituzionale all'Università degli Studi di Milano*

ABSTRACT: The article analyses the decision no. 128/2021 of the Italian Constitutional Court, which declared the constitutional illegitimacy of the second extension of the suspension of executive procedures relating to the main house provided for by the so-called "emergency discipline". This regulation, which provided for enhanced protection of the right to housing during the pandemic, will be examined, in addition to the decision of the Court. This, considering the more general recognition, in our Country, of the protection of the right to housing and, more specifically, in the context of balancing the interests of the landlord and those of the tenant.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni sulla tutela del diritto all'abitazione nel nostro Paese. – 3. La tutela rafforzata del diritto all'abitazione durante la pandemia: la sospensione delle procedure esecutive relative all'abitazione principale del debitore. – 4. La sentenza Corte cost. n. 128 del 2021: l'illegittimità della seconda proroga della sospensione delle esecuzioni immobiliari. – 5. Rilievi conclusivi. Il riconoscimento del "diritto sociale" all'abitazione (ma con dei limiti) e la necessità di un bilanciamento, ragionevole e proporzionato, tra gli interessi del locatario e del locatore.

[*] Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Premessa

La sentenza della Corte costituzionale n. 128 del 22 giugno 2021 ha dichiarato illegittima la seconda proroga (dal 1° gennaio al 30 giugno 2021) della sospensione nelle esecuzioni aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore, ritenendo non più proporzionato il bilanciamento tra la tutela giurisdizionale del creditore e quella del debitore nelle relative procedure esecutive. La questione riguarda la disciplina emergenziale che ha previsto, seppur eccezionalmente e temporaneamente, un rafforzamento della tutela del diritto all'abitazione del locatario nel bilanciamento con il diritto di proprietà del locatore. Pertanto, la decisione della Corte offre lo spunto per riflettere sul diritto all'abitazione e, più in particolare, nell'ambito del bilanciamento degli interessi del locatore e del locatario. Prima di esaminare tale disciplina e gli aspetti salienti della sentenza in parola, appare dunque opportuno ricostruire, seppur brevemente, il contesto normativo statale ed europeo entro il quale si è mosso il legislatore della disciplina emergenziale nel tutelare il diritto all'abitazione.

2. Cenni sulla tutela del diritto all'abitazione nel nostro Paese

È qui solo il caso di ricordare che, sebbene la nostra Costituzione non riconosca espressamente il diritto all'abitazione, quest'ultimo lo si può dedurre da diverse disposizioni costituzionali. L'unica disposizione che fa riferimento all'abitazione è l'art. 47 Cost.; tale articolo stabilisce, al secondo comma, che la Repubblica favorisce l'accesso del risparmio popolare — oltre alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese — alla proprietà dell'abitazione[1]. Tuttavia, sebbene il diritto all'abitazione sia fatto talora discendere, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, proprio dall'art. 47 Cost., l'oggetto della sua disposizione non è l'abitazione ma il risparmio, protetto, peraltro, "anche" attraverso l'acquisto della casa. Pertanto, da tale articolo non si desume un impegno della Repubblica di garantire a tutti

[1] Sull'art. 47 Cost., si vedano: F. MERUSI, *Art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, III, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1980, 153 ss.; G. SALERNO, *Art. 47*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve della Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, 318 ss.; S. BARONCELLI, *Art. 47*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Giappichelli, 2006, 945 ss.

di diventare proprietari dell'abitazione, in quanto esso si limita a prevedere una delle forme privilegiate di destinazione del risparmio[2]. Il diritto all'abitazione è, comunque, ricavabile da diverse disposizioni costituzionali, in quanto l'abitazione costituisce il presupposto — oltre che per la realizzazione di un'eguaglianza sostanziale tra cittadini di cui all'art. 3, comma 2 — per l'esercizio di diritti e libertà costituzionalmente riconosciuti, tra i quali la libertà di domicilio (art. 14 Cost.), i diritti della famiglia (art. 29-31 Cost.), il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e il diritto al lavoro (art. 4, comma 1 e 35, comma 1)[3].

Tant'è che la Corte costituzionale, sebbene in un primo momento della sua giurisprudenza aveva negato la configurabilità del diritto all'abitazione[4], a partire dalla fine degli anni '80, ha riconosciuto l'esistenza di quest'ultimo qualificandolo come "diritto sociale fondamentale"[5] e annoverandolo "fra i diritti inviolabili (...) di cui all'art. 2 Cost."[6], senza tuttavia spingersi fino a garantirne un

[2] Tra coloro che negano che dall'art. 47 Cost. possa derivare un diritto all'abitazione si veda D. SORACE, *A proposito di "proprietà dell'abitazione", "diritto all'abitazione" e "proprietà (civilistica) della casa"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III, Milano, Giuffrè, 1977, 1035 ss. In tal senso, ma solo prendendo in considerazione l'art. 47, comma 2, Cost. isolatamente (mentre afferma che un diritto all'abitazione possa derivare dal quadro costituzionale nel suo complesso), U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, Giuffrè, 1980, 30 ss. In proposito, M. CIOCIA, *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 43, ritiene che "a mezzo dell'art. 47 l'abitazione si erige a diritto soggettivo pubblico, rappresentando un elemento sostanziale alla formazione e sviluppo della persona umana". Si veda, inoltre, U. BRECCIA, *Itinerari del diritto all'abitazione*, in A. Bucelli, *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giuridiche. Atti del Convegno in onore di Gianni Galli. Firenze 19-20 ottobre 2012*, Padova, Cedam, 2013, 123 ss.

[3] Al riguardo, si vedano: A. BARBERA, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1975, 107, il quale ritiene che il "diritto all'abitazione (…) sembra timidamente emergere sotto la spinta delle lotte sociali di questi ultimi anni"; G. BERTI, *Nota introduttiva*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, Giuffrè, I, 1986, 5 ss. e ID., *Aspetti costituzionali*, *ivi*, IV, 1987, 7, il quale, pur negando che sia individuabile un diritto soggettivo all'abitazione, afferma, tuttavia, che l'abitazione "è protetta dalla Costituzione". Riflette se l'abitazione sia un bene indispensabile o essenziale per avere una vita libera e dignitosa e se sia oggetto di una pretesa costituzionalmente garantita, A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all'abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale*, in *Questione giustizia*, n. 6/2007, 1129 ss. Al riguardo, inoltre, si vedano le riflessioni di: T. MARTINES, *Il diritto alla casa*, in N. Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e tutela della persona*, Bari, Laterza, 1974, 391 ss., ora in *Opere*, IV, *Libertà ed altri temi*, Milano, Giuffrè, 2000, 13; G. GIRARDI, *Abitare: un diritto, non una semplice aspettativa*, in *Questione giustizia*, n. 1/2008, 111 ss.

[4] Nella sent. n. 252/1983, ad esempio, la Corte costituzionale, pur affermando che "l'abitazione costituisce, per la sua fondamentale importanza nella vita dell'individuo, un bene primario il quale deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge", non considera il diritto all'abitazione "come l'indispensabile presupposto dei diritti inviolabili" previsti dall'art. 2 Cost.

[5] Si cfr. Corte cost., sent. n. 217/1988, sulla quale si rinvia alle considerazioni di G.F. FERRARI, *"Diritto alla casa" e interesse nazionale*, in *Giur. cost*., n. 2/1988, 833 ss.

[6] Si cfr. Corte cost., n. 404 del 1988. La Corte ha dedotto il diritto all'abitazione dall'art. 2 e dall'art. 3, comma 2, Cost., definendo l'abitazione come diritto inviolabile dell'uomo, strumentale a garantirgli un'esistenza dignitosa e a realizzare il principio di eguaglianza sostanziale. Il diritto all'abitazione è successivamente richiamato dalla Corte in diverse sentenze, tra le quali le sentt. nn. 166/2008 e 209/2009. Si veda, sull'argomento, S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2012, 1 ss.

"contenuto minimo"[7]. Ne deriva che, nel nostro Paese, il diritto all'abitazione, sarebbe da considerare un diritto inviolabile e, al contempo, un diritto sociale e, più precisamente, un "diritto sociale condizionato"[8].

Di conseguenza, il legislatore (statale e regionale), avendo un'ampia discrezionalità di intervento, ha individuato una serie di politiche abitative che si sono però rilevate, salvo sporadiche eccezioni, inadeguate a garantire il diritto all'abitazione. Ciò, nonostante il diritto a disporre di un'abitazione adeguata assuma una rilevanza proprio perché costituisce il presupposto per il godimento di altri diritti fondamentali e, a livello europeo, prevalga una posizione a favore di una lettura "forte" del diritto alla casa, inteso come posizione soggettiva avente un "contenuto essenziale", che si sostanzia nel diritto di un soggetto a disporre di un'abitazione dignitosa e idonea a soddisfare i propri bisogni individuali e familiari[9]. Posizione che emerge soprattutto dalle previsioni della Carta sociale europea[10] e, più recentemente, del Pilastro europeo dei diritti sociali (PEDS)[11].

---

[7] Sul diritto all'abitazione nella giurisprudenza costituzionale, si vedano: M.M. COMENALE PINTO, *La rilevanza del bisogno abitativo nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. It*., 1984, I, 1, 889 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La politica della casa nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, I tomo, Milano, Giuffrè, 1986, 27 ss.; R. LENZI, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*, in *Giur. cost*., 1988, I, 1802 ss.; A. PACE, *Il convivente* more uxorio*, il "separato in casa" e il c.d. diritto "fondamentale" all'abitazione*, *ivi*, 1801 e, più recentemente, G. PACIULLO, *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'*housing sociale, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, 75 ss.; M. MEZZANOTTE, *Quando la casa è un diritto*, in *www.forumcostituzionale.it*, 9 giugno 2009; A. VENTURI, *Dalla legge Obiettivo al Piano Nazionale di edilizia abitativa: il (ri)accentramento (non sempre opportuno) di settori strategici per l'economia nazionale*, in *Le Regioni*, n. 6/2010, 1378 ss.; V. ATRIPALDI, *Il diritto costituzionale all'abitazione*, in A. Bucelli, *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giuridiche*, cit., 31 ss.; G. SCOTTI, *Il diritto alla casa tra la Costituzione e le Corti*, in www. forumcostituzionale.it, 18 settembre 2015, 11 ss.; G. CATALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto all'abitazione? Riflessioni a margine di due pronunce della Corte costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 10 ss.; E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, Jovene, 2017, 27 ss.

[8] Così sent. n. 252/1989, in cui la Corte sottolinea "come ogni altro diritto sociale, anche quello all'abitazione è diritto che tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse della collettività". Sul rapporto tra vincoli di bilancio e diritti sociali, si vedano, tra gli altri: L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015; D. CONTE, *La nuova* governance *economica europea e la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio: il Parlamento nazionale tra partecipazione al funzionamento dell'Unione europea e spinte autonomiste*, in A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella* multilevel governance *europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Torino, Giappichelli, 2016, 239 ss.; A. MICHIELI, F. PIZZOLATO, *La Corte garante della complessità nel bilanciamento tra diritti sociali ed esigenze finanziarie*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2018.

[9] Per un'analisi più approfondita, sia consentito rinviare a G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, numero speciale 4/2018, 184 ss. e *Il diritto all'abitazione tra ordinamento statale ed europeo e prospettive di valorizzazione nel quadro dell'Europa sociale*, in P. Bilancia (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2019, 261 ss.

[10] La Carta sociale europea approvata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, soprattutto nel testo revisionato nel 1996, prevede, nella Parte I, n. 31 che "tutte le persone hanno diritto all'abitazione" e dispone, nella Parte II, art. 31,

Pertanto, il legislatore statale e regionale, in base alla propria competenza legislativa, è sostanzialmente ricorso a due modalità per garantire il diritto all'abitazione[12]. La prima modalità di tutela del diritto all'abitazione riguarda un insieme di politiche incentrate sulla c.d. "edilizia residenziale pubblica" (attualmente configurabile come "edilizia residenziale sociale"); politiche finalizzate alla costruzione e gestione — da parte di enti pubblici e, più recentemente, con il coinvolgimento dei privati — di abitazioni per far fronte alle esigenze abitative delle persone più svantaggiate. Tali politiche abitative sono state adottate dallo Stato e anche dalle Regioni, in quanto, non essendo la materia dell'edilizia residenziale pubblica (o sociale) menzionata dalla Costituzione, essa può essere fatta rientrare nella più vasta materia delle "politiche sociali", di potestà legislativa regionale, sebbene esercitabile nei limiti del rispetto dei principi fondamentali nelle materie di legislazione concorrente, quali il "governo del territorio" e i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti (...) sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"[13]. La seconda modalità utilizzata per garantire il diritto all'abitazione consiste, invece, nella previsione di una disciplina dei contratti di locazione vincolati (cd. "legislazione vincolistica") che garantisce ai locatari di appartamenti una durata adeguatamente lunga del contratto di locazione e determinati tetti dei relativi canoni. Tale legislazione, riguardando la disciplina di contratti di locazione, rientra nella materia del diritto privato o, meglio, nella materia "ordinamento civile"[14] ed è quindi di

che, per garantire l'effettivo esercizio di tale diritto, gli Stati firmatari "s'impegnano a prendere misure destinate" tra l'altro "a favorire l'accesso ad un'abitazione di livello sufficiente"; a "prevenire e ridurre lo *status* di "senza tetto" in vista di eliminarlo gradualmente", a "rendere il costo dell'abitazione accessibile alle persone che non dispongono di risorse sufficienti". In proposito, si vedano le puntuali riflessioni di G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, 2010, 505 ss., *Il diritto all'abitazione nella Carta sociale europea: a proposito di una recente condanna da parte del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, 3 e *Il diritto all'abitazione nella Carta Sociale Europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del Comitato Europeo dei Diritti Sociali*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1013 ss.

[11] Il Pilastro europeo dei diritti sociali si riferisce, al punto 19, agli "Alloggi e assistenza per i senzatetto", prevedendo che: "a. Le persone in stato di bisogno hanno accesso ad alloggi sociali o all'assistenza abitativa di qualità. b. Le persone vulnerabili hanno diritto a un'assistenza e a una protezione adeguate contro lo sgombero forzato. c. Ai senzatetto sono forniti alloggi e servizi adeguati al fine di promuoverne l'inclusione sociale". Sulla tutela del diritto all'abitazione da parte dell'Unione europea, si veda, tra gli altri, R. ROLLI, *Il diritto all'abitazione nell'Unione europea*, in A. Bucelli, *L'esigenza abitativa*, cit., 51 ss. Per un'analisi della tutela "multilivello" del diritto all'abitazione, sulla portata della Carta sociale europea e del Pilastro europeo dei diritti sociali, sia consentito rinviare a G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali e Il diritto all'abitazione tra ordinamento statale ed europeo e prospettive di valorizzazione nel quadro dell'Europa sociale*, cit.

[12] In tal senso, P. VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in *federalismi.it*, n. 10/2014, 5 ss.

[13] Di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *m)*, Cost.

[14] Di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *l)*, Cost.

competenza esclusiva dello Stato. È in questo particolare contesto che si inserisce la previsione, durante l'emergenza pandemica, di una legislazione vincolistica dei contratti di locazione ― poi sottoposta al vaglio della Corte costituzionale ― volta a tutelare il diritto all'abitazione, sebbene, come si vedrà oltre, quest'ultima si differenzi profondamente da quella del passato.

3. La tutela rafforzata del diritto all'abitazione durante la pandemia: la sospensione delle procedure esecutive relative all'abitazione principale del debitore

Si è già sottolineato come il legislatore, nel periodo dell'emergenza sanitaria, abbia previsto un rafforzamento (seppur eccezionale e provvisorio) della tutela del diritto all'abitazione, intervenendo sulla disciplina dei contratti di locazione[15]. Al riguardo, appare dunque opportuno soffermarsi, seppur brevemente, a esaminare tale disciplina, prima di commentare la sentenza della Corte costituzionale n. 128 del 2021 avente ad oggetto, appunto, quest'ultima.

Il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (il cd. "Cura Italia"), convertito con la l. 24 aprile 2020, n. 27, ha disposto: all'art. 54-*ter*, la sospensione di ogni procedura esecutiva di pignoramento (di cui all'articolo 555 del codice di procedura civile) avente ad oggetto l'abitazione principale del debitore, per la durata di sei mesi a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, termine successivamente prorogato fino al 31 dicembre 2020[16] e poi al 30 giugno 2021 (dall'art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020, il cd. "Decreto milleproroghe")[17]; all'art. 103,

[15] Sul tema, si veda E. PONZO, *Una garanzia rafforzata del diritto all'abitazione in periodo di emergenza sanitaria*, in *Osservatorio Costituzionale, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, fasc. 1/2021, 61 ss.

[16] Dall'art. 4, comma 1, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (cd. "Decreto ristori").

[17] D.l. 31 dicembre 2020, n. 183. Per un'analisi di alcuni particolari aspetti della normativa relativa alle sospensioni delle procedure espropriative sull'abitazione principale, si vedano: V. AMENDOLAGINE, *La sospensione dell'esecuzione immobiliare per l'emergenza Covid-19*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 9 ottobre 2020; A. AULETTA, *Proroga della sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa e inefficacia dei pignoramenti: qualche riflessione a prima lettura*, in *ilProcessocivile*, 5 novembre 2020; ID., *È costituzionalmente legittima la sospensione delle procedure esecutive riguardanti l'abitazione principale del debitore durante l'emergenza Covid-19?*, *ivi*, 1 marzo 2021; A. CERRATO, *Considerazioni sulla costituzionalità della legislazione emergenziale in tema di sospensione delle procedure esecutive immobiliari intraprese sull'abitazione principale del debitore (Nota a (ord.) Trib. Rovigo, 15 gennaio 2021)*, in *La nuova procedura civile*, 9 marzo 2021; D. D'AGOSTINO, *Sospesi, causa Covid-19, i pignoramenti delle abitazioni principali*, in *notai.it*, 8 luglio 2020; G. FANTICINI, S. LEUZZI, R. ROSSI, S. SAIJA, *Analisi e critica dell'art. 4 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (decreto "Ristori"): tra la proroga dell'art. 54*-ter *d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (decreto "Cura Italia"), già introdotto legge 24 aprile 2020, n. 27, e una "inefficacia" difficile da comprendere*, in *Rivista telematica dell'esecuzione forzata*, 13 novembre 2020; G. FANTICINI, S. LEUZZI, R. ROSSI, S. SAIJA, *L'art. 54*-ter *d.l. n. 18 del 2020 nel sistema dell'esecuzione forzata*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, n. 3/2020,

comma 6, la sospensione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, con efficacia fino al 1° settembre 2020, termine successivamente prorogato fino al 31 dicembre 2020[18] e poi al 30 giugno 2021[19].

Il legislatore è quindi intervenuto a disciplinare la fase esecutiva dei procedimenti di pignoramento relativi all'abitazione principale del debitore (fino al 30 giugno 2021) e di quelli di sfratto per finita locazione (fino al 31 dicembre 2020) o per morosità (fino al 30 giugno 2021). Si è pertanto introdotta una misura che — nel tentare di bilanciare interessi costituzionali in conflitto, quali il diritto di proprietà privata, per un verso, e quello della tutela del contraente debole, dall'altro — ha fatto prevalere il diritto all'abitazione[20]. Del resto, non mancavano le ragioni per giustificare una limitazione, seppur temporanea, del diritto di proprietà del locatore, nel bilanciamento con il diritto all'abitazione del conduttore.

Per un verso, si è voluto tutelare il diritto all'abitazione del debitore in un particolare momento in cui sarebbe stato ancor più difficile, a causa della pandemia e soprattutto del *lockdown*, lasciare la propria casa per trasferirsi in un'altra. Peraltro, nel periodo del *lockdown*, che ha imposto alle persone di "stare a casa", prevedendo la possibilità di spostarsi solo per giustificati motivi riportati in un'apposita autocertificazione, salvo incorrere in sanzioni penali o amministrative[21], il diritto all'abitazione aveva assunto una particolare rilevanza. Il legislatore, a fronte dell'emergenza sanitaria e dell'obbligo di "stare a casa", ha quindi previsto, al contempo, la possibilità del debitore

794 ss.; G. FANTICINI, S. LEUZZI, R. ROSSI, S. SAIJA, *Una postilla all'art. 4, d.l. 28-10-2020, n. 137 (decreto "ristori")*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, n. 4/2020, 1086 ss.; G. LAUROPOLI, *Alcune criticità della nuova proroga in tema di sospensione delle esecuzioni per rilascio di immobili*, in *ilprocessocivile*, 21 aprile 2021; S. LEUZZI, A. AULETTA, *I processi esecutivi nell'evoluzione della normativa emergenziale*, in *www.inexecutivis.it.*; S. LEUZZI, R. ROSSI, *Procedure esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-Covid*, in *blog.ilcaso.it*, 1 maggio 2020; G. PIGNATALE, *L'impatto del Covid-19 sul processo esecutivo*, in *Diritto.it, 1 marzo 2021;* B. SASSANI, B. CAPPONI, A. PANZAROLA, M. FARINA, *Sulla sospensione delle espropriazioni immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 20 maggio 2020; A.M. SOLDI, *La sospensione della espropriazione immobiliare ai tempi del coronavirus*, *ivi*, 19 maggio 2020.

[18] Dall'art. 17 della l. 17 luglio 2020, n. 77, di conversione del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (cd. "Decreto rilancio").

[19] Dal d.l. n. 183 del 2020 che ha previsto che "La sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo (...) è prorogata sino al 30 giugno 2021 limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze (...)".

[20] Parte della dottrina, peraltro, ha individuato la necessità di far prevalere il diritto all'abitazione nel bilanciamento con il diritto di proprietà e la sua funzione sociale. In tal senso, G. ALPA, *Equo canone e diritto all'abitazione*, in *Politica del diritto*, 1979, 159, il quale sottolinea come la tutela costituzionale ponga l'accento sull'abitazione (e quindi sull'utente dell'alloggio) più che sulla proprietà in senso civilistico.

[21] Per una critica della previsione dell'obbligo, sanzionato penalmente, di rimanere a casa, si rinvia a D. TESTA, *Diritto all'abitazione e quarantena: limiti delle misure di contenimento del Coronavirus*, in *iusinitinere*, 19 giugno 2020, 3 ss.

(e dei suoi familiari) di rimanere nell'abitazione di residenza, anche al fine di permettergli di rispettare l'obbligo imposto dalle misure restrittive alla circolazione.

Per altro verso, tuttavia, non si può negare che la tutela del diritto all'abitazione si sia limitata alla disciplina dei contratti di locazione, tutelando solamente chi viveva già in una casa, piuttosto che adottare misure volte a garantire un'abitazione a coloro che non ce l'avevano, come i senzatetto, al fine di porre anche loro nelle condizioni di rispettare l'obbligo di rimanere a casa. Ciò non è stato fatto, nonostante il legislatore avrebbe dovuto tener conto che la nostra Repubblica, anche al fine di garantire un'effettiva implementazione dei principi del PEDS, avrebbe dovuto rafforzare, anche nel periodo della pandemia, le politiche volte ad offrire a soggetti in difficoltà, non solo economica, alloggi adeguati o un'assistenza abitativa, sotto forma, ad esempio, di contributi in denaro, al fine di garantire il diritto all'abitazione.

Si ritiene, dunque, che il legislatore abbia voluto prevedere una tutela rafforzata delle esigenze abitative del debitore ma ciò, principalmente, allo scopo di evitare che il progredire del processo esecutivo comportasse la liberazione dell'abitazione e, di conseguenza, una serie di attività (come la ricerca di una nuova casa) che avrebbero contribuito alla diffusione del virus[22]. Pertanto, pur apprezzando lo sforzo del legislatore nel prevedere una tutela rafforzata del diritto all'abitazione del debitore, in un periodo particolare, esso ha adottato delle misure minime volte a garantire, più in generale, il diritto all'abitazione, soprattutto ai fini di tutelare la salute delle persone (del debitore, dei suoi familiari e di altri soggetti che potevano venire in contatto con questi ultimi) e prevenire occasioni di contagio.

Da questo punto di vista, la disciplina emergenziale di tutela del diritto all'abitazione, limitata alla disciplina dei contratti di locazione, appare in linea con la tradizionale tendenza a non sviluppare adeguate politiche abitative, finalizzate a garantire la pienezza del diritto all'abitazione[23].

[22] Si sono espressi in tal senso, in merito alla sospensione dei procedimenti espropriativi immobiliari aventi ad oggetto la casa principale del debitore: V. AMENDOLAGINE, *La sospensione dell'esecuzione immobiliare per l'emergenza Covid-19*, cit.; S. LEUZZI, R. ROSSI, *Procedure esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-Covid*, cit.; B. SASSANI, B. CAPPONI, A. PANZAROLA, M. FARINA, *Sulla sospensione delle espropriazioni immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore*, cit.; A.M. SOLDI, *La sospensione della espropriazione immobiliare ai tempi del coronavirus*, cit.

[23] Per un approfondimento sulle politiche abitative in Italia, si vedano: M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 118 ss.; V. DOMENICHELLI, *Dall'edilizia popolare ed economica all'edilizia residenziale pubblica: profili giuridici dell'intervento pubblico*, Padova, Cedam, 1984; ID., *Edilizia residenziale pubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1990, 411 ss.; G. PERULLI, *Casa e funzione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2000; P. DI BIAGI, *La grande ricostruzione. Il piano Ina-Casa e l'Italia degli anni cinquanta*, Roma, Donzelli, 2001; M.C. PAGLIETTI, *Percorsi evolutivi del diritto all'abitazione*, in *Riv. dir. priv.*, n.

Anche tale disciplina, infatti, non ha previsto alcun obbligo per la Repubblica di garantire ai soggetti più deboli (dal punto di vista economico, sociale e sanitario) un diritto a disporre di un'abitazione, non solamente per permettergli di soddisfare una serie di bisogni, individuali e familiari, ma anche allo scopo di porli nelle condizioni di rispettare l'obbligo di rimanere a casa. In altri termini, la legislazione dell'emergenza non ha contemplato un impegno per la Repubblica a garantire un'abitazione a chi non ce l'aveva, creando il paradosso che coloro che non sono stati in grado di provvedervi con mezzi propri non sono stati nemmeno posti nella condizione di rispettare le restrizioni imposte dal *lockdown.*

La disciplina sulle sospensioni delle esecuzioni immobiliari sulla prima casa, però, pur inserendosi nel solco delle tradizionali politiche che in passato sono state previste dalla legislazione vincolistica, ad esempio la sospensione degli sfratti per rilascio di immobili, per fine locazione e/o per morosità (c.d. blocco degli sfratti)[24], presentava aspetti peculiari. Oltre al fatto che tale disciplina è stata prevista per far fronte ad una situazione di emergenza sanitaria eccezionale, essa era caratterizzata da due aspetti particolarmente criticabili[25]. Il primo aspetto era dato dalla mancata previsione di ristori per i locatori che, a causa della sospensione dell'esecuzione degli sfratti, non disponevano in modo pieno ed esclusivo della loro proprietà. Il secondo aspetto di criticità

1/2008, 55 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia,* in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2010, 169 ss.; E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, cit., 103 ss. Si veda, inoltre, S. AMOROSINO, *Politiche pubbliche e regolazione dell'edilizia e delle infrastrutture nella "costituzione economica"*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, II, Napoli, Jovene, 2010, 1283 ss.; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Il secondo "piano casa": una (incostituzionale) depianificazione del territorio*, in *Democrazie e diritto*, n. 1/2009, 106 ss.

[24] La l. 8 febbraio 2007, n. 9 (recante "Interventi per la riduzione del disagio abitativo per particolari categorie sociali"), ha previsto per i Comuni ad alta tensione abitativa, la sospensione dei provvedimenti di rilascio per finita locazione degli immobili ad uso abitativo per le categorie sociali più svantaggiate, prevedendo, quale bilanciamento di tale forma di tutela dei conduttori, benefici fiscali in favore dei proprietari. Sulla problematica del procedimento previsto per la sospensione dello sfratto che rendeva, di fatto, più gravosa la tutela del proprietario-locatore, rispetto quella del conduttore, sul piano processuale, in possibile violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., si veda V. ANGIOLINI, *Blocco sfratti, questione di costituzionalità non manifestamente infondata,* in *www.confedilizia.it*. Successivamente la l. 27 febbraio 2015, n. 11, di conversione del cosiddetto "Decreto Milleproroghe" (d.l. 31 dicembre 2014, n. 192), ha disposto un'ulteriore "miniproroga" delle misure di blocco degli sfratti di quattro mesi, consentendo al competente giudice dell'esecuzione dello sfratto, su richiesta della parte interessata, di disporre la sospensione dell'esecuzione delle relative procedure, "al fine di consentire il passaggio da casa a casa" nelle more di una completa attuazione del Piano nazionale di edilizia abitativa (cd. "Piano casa") contemplato dal d.l. 28 marzo 2014, n. 47, converto in l. 23 maggio 2014, n. 80. Quest'ultimo provvedimento, infatti, nel prevedere una serie di misure volte a far fronte al disagio abitativo, si poneva anche l'obiettivo di interrompere il ricorso alla normativa sul blocco degli sfratti e alle successive proroghe, che erano intervenute negli anni, ma che non avevano risolto il problema del disagio abitativo né, tanto meno, garantito, concretamente, il diritto all'abitazione dei soggetti sottoposti a sfratto.

[25] In proposito, ha messo in luce alcune criticità della sospensione in esame, R. BIFULCO, *Eccesso di tutela? Perché la sospensione delle procedure immobiliari limita alcuni diritti fondamentali*, in *open.luiss.it,* 8 maggio 2021.

riguardava il periodo di applicazione della misura di blocco degli sfratti che, come si è visto, è stato più volte prorogato, facendo dubitare della ragionevolezza del perdurare di tale periodo. Se in una prima fase della pandemia ci si è trovati in una situazione emergenziale di assoluta gravità che ha giustificato l'introduzione di misure eccezionali, queste ultime avrebbero dovuto avere il carattere di temporaneità; ciò al fine di evitare il rischio di non avere un corretto e ragionevole bilanciamento tra i diversi diritti costituzionali[26]. Ed è proprio su questo aspetto che la Corte costituzionale si è pronunciata nella sentenza in commento.

4. La sentenza Corte cost. n. 128 del 2021: l'illegittimità della seconda proroga della sospensione delle esecuzioni immobiliari

La sentenza in esame trae origine dai ricorsi presentati dai Giudici dell'esecuzione immobiliare presso i Tribunali ordinari di Barcellona Pozzo di Gotto[27] e di Rovigo[28] che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 54-*ter* del d.l. n. 18 del 2020 — così come modificato dall'art. 4, comma 1, del d.l. n. 137 del 2020 e dall'art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020 — che comportava, come si visto, la sospensione delle procedure esecutive immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore, sospensione successivamente prorogata con le ulteriori modifiche. Più in particolare, come si è altrettanto visto, l'art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020 ha disposto la seconda proroga di tale sospensione dal 1° gennaio al 30 giugno 2021. I rimettenti dubitavano della legittimità costituzionale in quanto, a loro giudizio, tale normativa si sarebbe posta in contrasto: con l'art. 24, primo comma, Cost. poiché comprimeva, senza alcuna ragione giustificativa, il diritto del creditore di soddisfarsi in sede esecutiva; con gli artt. 3, secondo comma, e 47, secondo comma, Cost., atteso che il legislatore non avrebbe ponderato adeguatamente né i contrapposti interessi delle parti del processo esecutivo, né l'incidenza negativa che una progressiva stabilizzazione della misura di sospensione avrebbe potuto avere sui tassi di interesse dei mutui, per la crescente incertezza dei creditori "istituzionali" sulle possibilità di recupero

[26] In tal senso, E. PONZO, *Una garanzia rafforzata del diritto all'abitazione in periodo di emergenza sanitaria,* cit., 88 ss.
[27] Con ordinanza del 13 gennaio 2021.
[28] Con ordinanza del 18 gennaio 2021.

coattivo delle somme erogate; con l'art. 111, secondo comma, Cost., in virtù dell'incidenza negativa della sospensione della procedura esecutiva sulla sua ragionevole durata; con l'art. 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione agli artt. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

La Corte costituzionale, riuniti i giudizi, circoscrive l'oggetto del giudizio, osservando che dalle censure formulate si evince come l'oggetto della questione di legittimità costituzionale vada identificato non nell'art. 54-*ter* del d.l. n. 18 del 2020, bensì nell'art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020, che ha disposto, come si è già avuto modo di vedere, la seconda proroga della sospensione delle procedure esecutive immobiliari sino al 30 giugno 2021.

Il giudice delle leggi, dopo aver premesso che la garanzia — riconosciuta dall'art. 24, comma 1, Cost. — di poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti comprende anche l'esecuzione forzata, che è diretta a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento del giudice, evidenzia che la sospensione delle procedure esecutive deve costituire un evento eccezionale. In particolare, secondo la Corte "un intervento legislativo — che di fatto svuoti di contenuto i titoli esecutivi giudiziali conseguiti nei confronti di un soggetto debitore — può ritenersi giustificato da particolari esigenze transitorie qualora (…) siffatto svuotamento sia limitato ad un ristretto periodo temporale". Pur potendo il legislatore ordinario — in presenza di altri diritti meritevoli di tutela, come quello all'abitazione — procrastinare la soddisfazione del diritto del creditore alla tutela giurisdizionale anche in sede esecutiva, deve sussistere un ragionevole bilanciamento tra valori costituzionali in conflitto, da valutarsi considerando la proporzionalità dei mezzi scelti in relazione alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità perseguite.

Nella fattispecie in esame, viene in rilievo il diritto all'abitazione e la Corte ribadisce la sua natura di "diritto sociale" e che esso, pur non essendo menzionato in Costituzione, deve ritenersi incluso nel catalogo dei diritti inviolabili, in quanto il suo oggetto costituisce bene di primaria importanza. Essa evidenzia, inoltre, che, nel periodo dell'emergenza pandemica, il legislatore ha voluto evitare che tanto l'esecuzione per rilascio degli immobili quanto le procedure espropriative aventi ad oggetto l'abitazione principale potessero costituire causa di aggravamento delle difficoltà economiche e fonte di preoccupazioni ulteriori per i debitori esecutati, ove esposti al rischio di perdere la disponibilità dell'abitazione principale. Tuttavia, la Corte chiarisce che, anche nell'ipotesi in cui venga in considerazione il diritto all'abitazione e, precisamente, il diritto dei debitori esecutati a rimanere nell'abitazione principale, la compressione del diritto del creditore,

causato dalla sospensione delle procedure esecutive, può essere contemplata dal legislatore solo a fronte di circostanze eccezionali e per un periodo di tempo limitato, e non con una serie di proroghe che superino un ragionevole limite di tollerabilità. La misura emergenziale, introdotta dall'art. 54-*ter* del d.l. n. 18 del 2020, è invece rimasta inalterata nelle successive proroghe, la seconda delle quali è oggetto delle ordinanze di rimessione, sicché il periodo complessivo di tale sospensione è divenuto di quattordici mesi. Pertanto, secondo la Consulta, le sollevate questioni di legittimità costituzionale richiedono essenzialmente di verificare la ragionevolezza e proporzionalità del bilanciamento sotteso alla proroga della sospensione delle esecuzioni immobiliari[29].

Alla luce di queste premesse, la Corte dichiara, quindi, l'incostituzionalità dell'art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020, che ha disposto la seconda sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore esecutato, per violazione degli artt. 3, comma 1, e 24, comma 1 e 2, Cost. (con l'assorbimento di tutti gli altri parametri fatti valere nelle ordinanze di rimessione), in quanto non ritiene più proporzionato il bilanciamento tra la tutela giurisdizionale del creditore e quella del debitore. Ciò, in considerazione del fatto che le più generali previsioni normative, introdotte in un primo momento dell'emergenza, che hanno riguardato tutti i giudizi civili, compresi quelli di esecuzione, dopo l'iniziale sospensione generalizzata, sono state poi gradualmente modificate, al fine di consentire la ripresa dei giudizi con modalità compatibili con la pandemia[30]. Diversamente, invece, la sospensione prevista dalla norma impugnata è rimasta immutata negli stessi presupposti ed è stata ulteriormente prorogata; il legislatore ha prorogato una misura generalizzata e di *extrema ratio*, quale quella della sospensione delle predette espropriazioni immobiliari, senza individuare alcun criterio selettivo volto a giustificare il protrarsi della paralisi dell'azione esecutiva. In particolare, non sono stati individuati presupposti soggettivi e oggettivi

[29] Sui principi di ragionevolezza e proporzionalità, in generale, si vedano, tra gli altri: G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma 24-26 ottobre 2013*; M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee, Servizio studi Corte Costituzionale*, luglio 2013, 7 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudizio di ragionevolezza: la nozione e le diverse stagioni della stessa attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Revista de la Sala Constitucional*, no. 1/2019, 20 ss.

[30] Per alcune prime osservazioni sulla sentenza, si vedano: R. METAFORA, *Incostituzionale la seconda proroga della sospensione delle esecuzioni riguardanti l'abitazione principale del debitore*, in *ilprocessocivile*, 28 giugno 2021; F. VALERINI, *Pandemia e sospensione dell'esecuzione sull'abitazione principale del debitore: seconda proroga incostituzionale*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 122/ 2021, 1 ss.

della misura, anche eventualmente demandando al vaglio dello stesso giudice dell'esecuzione il contemperamento in concreto degli interessi in gioco.

La Corte afferma altresì che la sproporzione conseguente al mancato aggiustamento del bilanciamento tra la tutela giurisdizionale del creditore e quella del debitore è resa ancor più evidente dalla considerazione che il diritto di quest'ultimo a conservare la disponibilità dell'abitazione era comunque tutelato dalla proroga della sospensione dei provvedimenti di rilascio di immobili di cui all'art. 103, comma 6, del medesimo d.l. n. 18 del 2020, nella formulazione modificata dall'art. 13, comma 3, del d.l. n. 183 del 2020, applicabile anche al decreto di trasferimento del bene espropriato.

In altri termini, il bilanciamento sotteso alla temporanea sospensione delle procedure esecutive avente ad oggetto l'abitazione principale è divenuto, nel tempo, irragionevole e sproporzionato, tanto da rendere illegittima la seconda proroga, che viene pertanto dichiarata incostituzionale.

La Corte precisa, comunque, che resta ferma in capo al legislatore, ove l'evolversi dell'emergenza epidemiologica lo richiedesse, la possibilità di adottare le misure più idonee per realizzare un diverso bilanciamento, ragionevole e proporzionato, tra il diritto all'abitazione del debitore e la tutela giurisdizionale in sede esecutiva dei creditori.

5. Rilievi conclusivi. Il riconoscimento del "diritto sociale" all'abitazione (ma con dei limiti) e la necessità di un bilanciamento, ragionevole e proporzionato, tra gli interessi del locatario e del locatore

In conclusione, appare opportuno sottolineare alcuni aspetti salienti della decisione in esame, al fine di svolgere alcune considerazioni di sintesi rispetto al bilanciamento degli interessi quando è coinvolto il diritto all'abitazione.

In primo luogo, appare significativo che la Corte, pur ribadendo che il diritto all'abitazione è un "diritto sociale" e confermando l'ormai consolidato principio di effettività della tutela giurisdizionale anche in sede esecutiva[31], attribuisca carattere eccezionale alla sospensione delle procedure esecutive, prevedibile solo in presenza di altri diritti meritevoli di tutela, quale quello

[31] Cfr. sent. Corte cost. n. 186 del 2013.

all'abitazione. In proposito, è solo il caso di ricordare che, in realtà, la Corte non è mai arrivata a riconoscere un diritto all'abitazione come diritto che attribuisce al conduttore pretese nei confronti del proprietario o del locatore[32]. Al riguardo, si ritiene ragionevole la posizione della giurisprudenza della Corte; non sarebbe, infatti, razionale, far prevalere il diritto all'abitazione ― nel bilanciamento con il diritto di proprietà ― per un periodo illimitato e senza prevedere benefici o indennità in favore dei proprietari. La Repubblica deve impegnarsi a garantire il diritto all'abitazione attraverso adeguate politiche sociali, "eventualmente" anche tramite una disciplina vincolistica dei contratti di locazione; contratti che però non devono avere una durata troppo estesa e non possono limitare eccessivamente il diritto di proprietà del locatore.

In secondo luogo, appare altrettanto rilevante che la Consulta abbia lanciato un monito al legislatore, sottolineando che, pur non essendo preclusa per quest'ultimo la possibilità, in futuro, di prevedere un'ulteriore sospensione delle predette espropriazioni immobiliari, tale sospensione dovrà essere introdotta da una nuova disciplina solo "per ragioni giustificate da particolari esigenze transitorie", quali l'aggravamento della situazione sanitaria, per un "ristretto periodo temporale" e con la specificazione dei presupposti soggettivi e oggettivi della misura. Pertanto, il legislatore dovrà tener conto, sì, del diritto all'abitazione, ma non potrà, in futuro, trascurare il monito della Corte di prevedere una disciplina in grado di contemperare adeguatamente le esigenze dei creditori di ottenere il rilascio degli immobili con quelle dei debitori che vi abitano, o meglio, per usare l'espressione della stessa Corte, di realizzare un "bilanciamento, ragionevole e proporzionato, contemperando il diritto all'abitazione del debitore esecutato e la tutela giurisdizionale *in executivis* dei creditori procedenti".

Inoltre, appare apprezzabile che la Corte, nel mettere in luce i vincoli necessari in caso di un'ulteriore sospensione delle esecuzioni aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore, abbia evidenziando, seppure indirettamente, i limiti di tale misura, nell'ambito del più generale riconoscimento del diritto all'abitazione. Il giudice delle leggi, infatti, sembra ritenere inadeguata una tutela del diritto all'abitazione, nel periodo dell'emergenza sanitaria, attraverso la sola previsione della sospensione *sine die* delle procedure esecutive, limitando, peraltro, i diritti dei creditori.

[32] Cfr. sent. Corte cost. n. 225 del 1975.

Si tratta, in definitiva, di una decisione della Corte costituzionale che appare condivisibile nella sua conclusione e nel suo percorso motivazionale. Se, come si è detto, la tutela rafforzata delle esigenze abitative del conduttore è stata prevista, in una prima fase dell'emergenza pandemica, ai fini di evitare il rischio che il debitore potesse perdere la disponibilità dell'abitazione principale e di impedire che il progredire del processo esecutivo comportasse la liberazione dell'abitazione e, di conseguenza, una serie di attività che avrebbero potuto contribuire alla diffusione del virus, appare irragionevole la scelta di prorogare per ben due volte tale misura. Ciò perché, come ritenuto dalla Corte, il bilanciamento tra i due diritti (quello del creditore alla tutela giurisdizionale nella forma esecutiva e quello del debitore di conservare il diritto all'abitazione) è rimasto invariato nel tempo — mentre le soluzioni volte a incidere sul diritto di azione avrebbero dovuto essere modulate e bilanciate in relazione alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità perseguite — senza che il legislatore abbia preso in considerazione la coeva introduzione del blocco delle procedure di rilascio che si è sovrapposta alla normativa in esame. La tutela all'abitazione del debitore, infatti, era già protetta dalla sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili adottati per mancato pagamento del canone e conseguenti all'adozione del decreto di trasferimento di immobili pignorati. Si concorda, pertanto, con la Corte nel ritenere illegittima la seconda proroga della sospensione degli sfratti sull'abitazione principale in una fase di ripresa delle attività economiche e sociali e, per quanto qui più interessa, in presenza di una disciplina che, dopo una sospensione generale dei giudizi civili, compresi quelli di esecuzione, ha consentito una graduale ripresa degli stessi.

Peraltro, la sentenza in commento non stupisce se si considera la precedente giurisprudenza costituzionale. È solo il caso di ricordare, al riguardo, che la Corte costituzionale ha già avuto modo di pronunciarsi su norme relative a proroghe che riguardano il bilanciamento tra il diritto di proprietà del locatore e il diritto all'abitazione dei conduttori considerati deboli e, più in particolare, in riferimento alla possibile violazione dei diritti dei proprietari, sottolineando la necessità che tali misure siano giustificate da particolari esigenze e per un periodo ragionevole di tempo. Nella sentenza n. 310 del 2003, la Corte costituzionale, chiamata a giudicare una disposizione che prorogava, per la terza volta, la sospensione delle procedure di esecuzione forzata di rilascio di immobili a uso abitativo nei confronti di inquilini appartenenti a determinate categorie ritenute

meritevoli di particolare protezione[33], ha ritenuto la legittimità costituzionale non fondata, in quanto tale sospensione costituiva "un intervento eccezionale che può incidere solo per un periodo transitorio ed essenzialmente limitato sul diritto alla riconsegna di immobile sulla base di un provvedimento giurisdizionale legittimamente ottenuto". Pertanto, secondo la Corte, "la procedura esecutiva, attivata da parte del singolo soggetto provvisto di titolo esecutivo giurisdizionale, non può essere paralizzata indefinitamente con una serie di pure e semplici proroghe, oltre un ragionevole limite di tollerabilità". Nella sentenza n. 155 del 2004, la Corte costituzionale, ulteriormente chiamata a pronunciarsi su una questione di legittimità costituzionale riguardante un'altra norma di proroga[34], ha confermato il proprio orientamento, ritenendo la legittimità costituzionale non fondata, in quanto le misure di blocco degli sfratti riguardavano un periodo di tempo limitato ed erano giustificate da esigenze espressamente indicate. Il giudice delle leggi, però, in questo caso, si è spinto oltre, lanciando un monito al legislatore, minacciando future censure d'illegittimità costituzionale, "in considerazione del *vulnus* che il protrarsi delle proroghe arreca al principio della ragionevole durata del processo e alla coerenza dell'ordinamento". La recente sentenza in commento, pertanto, si inserisce a pieno titolo nel solco della precedente giurisprudenza costituzionale.

[33] La norma di proroga era l'art. 1 del d.l. 27 dicembre 2001, n. 450 convertito, con modificazioni, nella l. 27 febbraio 2002, n. 14.

[34] La norma di proroga oggetto del giudizio era l'art. 1, comma 1, del d.l. 20 giugno 2002, n. 122 convertito, con modificazioni, nella l. 1 agosto 2002, n. 185 che faceva salva fino al 30 giugno 2003 la sospensione delle procedure esecutive di rilascio a carico dei conduttori appartenenti alle categorie protette.

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 1/2022
Data: 1° febbraio 2022

*L'equilibrio tra libertà religiosa e d'impresa nel quadro dell'integrazione europea e le prospettive di una tutela uniforme delle convinzioni del lavoratore**

di **Rita Benigni** – *Professoressa associata di Diritto ecclesiastico all'Università degli Studi di RomaTRE*

ABSTRACT: The religious freedom of the worker is limited by the company's interest in neutrality policies. The balance between the two freedoms depends on the concept of secularism and anti-discrimination that the interpreter uses. In this context, the paper analyses the evolution of the CJEU's jurisprudence from 2017 to the ruling of July 15, 2021 (CJUE, Grand Chamber, Cases C-804/18, C-341/19, IX v. WABE e V e MH Müller Handels GmbH v. MJ,) in which the Court extends the protection of religious freedom, in disagreement with the Opinion of Advocate General Rantos.

SOMMARIO: 1. Libertà di impresa ed identità religiosa del lavoratore. Due visioni a confronto. – 2. La ricerca di una parità concreta ed il *favor religionis*. – 3. L'espansione delle politiche di neutralità aziendale e la frattura tra discriminazione e libertà religiosa. – 4. L'equilibrio tra libertà religiosa e interesse dell'impresa all'ombra dell'integrazione europea. Verso un nuovo rapporto tra religione e diritto dell'Unione europea.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Libertà di impresa ed identità religiosa del lavoratore. Due visioni a confronto

A distanza di qualche anno dalle pronunce sui casi Achbita e Bougnaoui (2017)[1] il 15 luglio 2021, la Corte dell'Unione europea (di seguito Corte UE) è tornata ad occuparsi di discriminazione religiosa sul lavoro perpetrata con il divieto di simboli e corredi religiosi, iscritto in regolamenti o disposizioni aziendali. La pronuncia nasce dai Rinvii pregiudiziali del Tribunale del lavoro di Amburgo [caso IX contro WABE (C-804/18)] e della Corte Federale del lavoro di Germania [caso MH Müller Handels GmbH contro MJ (C-341/19)], i quali chiedono di rivedere le fattispecie discriminatorie collegate a politiche di neutralità imprenditoriale, come delineate nel 2017.

Nel 2015 i rinvii pregiudiziali delle Corti di Cassazione belga (Achbita) e francese (Bougnaoui) sottoponevano per la prima volta ai giudici europei il divieto di simboli religiosi in ambito lavorativo. La Corte veniva chiamata a coniugare il diritto del lavoratore a non essere discriminato per il fatto di manifestare la propria convinzione religiosa mediante simboli e corredi personali, con la volontà del datore di adottare una politica di neutralità, anche in risposta ai desideri della propria clientela. Con le politiche di neutralità la pretesa dell'azienda di riversare nell'esecuzione della prestazione di lavoro un proprio modello culturale usciva dall'area del cosiddetto datore di tendenza, presente nella direttiva 2000/78/CE ma come una fattispecie del tutto peculiare[2]. Nelle due sentenze coeve la Corte traccia le prime linee di bilanciamento sia per la discriminazione diretta che per quella indiretta. Quanto alla prima, consistente nel trattamento personale meno favorevole di quello riservato ad altri in condizioni analoghe, basato su uno dei fattori discriminanti (art.2.1), la Corte distingue tra il divieto inserito in una norma del Regolamento interno e rivolto a qualsiasi segno politico, filosofico e religioso, e quello contenuto in una lettera o in un ordine di servizio rivolto ad una dipendente in particolare. Nel primo caso la disposizione si ritiene neutra poiché l'impresa tratta in maniera identica tutti i dipendenti, si esclude quindi la discriminazione diretta. Nel secondo caso invece, per la Corte sussiste un impari trattamento che potrà essere giustificato solo se, ex art. 4.1 dir., si accerta che la neutralizzazione è essenziale e determinante in dipendenza della natura dell'attività o del contesto in cui essa è svolta. Su tali basi, nel caso Acbhita,

[1] Corte di giustizia dell'Unione Europea, Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV, Causa C-157/2015 del 14 marzo 2017; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA, Causa C-188/2015 del 14 marzo 2017.

[2] Si veda in argomento M. RANIERI, *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Milano 2017.

receptionist per una società di servizi che si rivolge al settore pubblico e privato, e che ha regolamentato la sua politica di neutralità, si esclude la discriminazione diretta; invece nel caso Bougnaoui, ingegnere informatico in una società di assistenza a terzi, poiché dagli atti non risulta una norma regolamentare la Corte suggerisce al giudice francese un giudizio di discriminazione diretta.

Le conclusioni della Corte privilegiano il diritto dell'impresa rispetto alla libertà religiosa del lavoratore. Un registro argomentativo confermato anche nell'interpretazione della discriminazione indiretta (art.2.2) che si ha quando una norma in apparenza neutrale produce un particolare svantaggio a base (anche) religiosa, se esso non è accompagnato da una finalità legittima e se la misura adottata non è appropriata e necessaria al fine perseguito. Su dette basi la Corte ritiene che una politica imprenditoriale di neutralità legittima uno svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia, poiché la scelta di trasmettere un'immagine neutra rientra nella libertà di impresa di cui all'art.16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito Carta); la stessa scelta imprenditoriale esclude la discriminazione religiosa alla sola condizione che venga attuata con misure appropriate e necessarie. La ricorrenza delle predette circostanze deve essere verificata dal giudice nazionale, tuttavia la Corte dichiara di ritenere appropriato un divieto di segni visibili delle proprie convinzioni politiche, filosofiche o religiose, e necessario quello che si rivolga ai soli lavoratori a contatto con la clientela. Al giudice nazionale competerà anche verificare la possibilità di destinare il lavoratore ad una diversa occupazione che eviti il divieto, ma senza oneri aggiuntivi per l'impresa, ciò che conferma la prevalenza dell'interesse dell'impresa sulla libertà religiosa del lavoratore.

Le scelte operate nel 2017 dalla Corte hanno originato numerosi commenti[3]. Circa l'automatica esclusione della discriminazione diretta in presenza di una clausola regolamentare di neutralità si è fatto notare che "*la norma potrà anche essere formalmente uguale per tutti ma in concreto porrà un divieto solo per determinati lavoratori*"[4] così da sostanziare un trattamento diversificato per quelli che aderiscono a una religione che chiede o impone di indossare segni legati al credo. Soprattutto è apparsa criticabile l'importanza assegnata alla volontà dell'impresa e ai desideri della clientela fino

[3] Per le indicazioni bibliografiche si veda la N*ota di rinvio* di S. Angeletti, R. Benigni (a cura di), in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2017, 3, 771-772; 2018, 3, 920-922.

[4] N. COLAIANNI, *Il velo delle donne musulmane tra libertà di religione e libertà d'impresa. Prime osservazioni alla sentenza della Corte di giustizia sul divieto di indossare il velo sul luogo di lavoro*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2017, n. 11, p. 5.

al punto da elevarli a "*ragione giustificatrice del divieto aziendale […] idonea a soddisfare l'esigenza di equilibrio tra gli interessi imprenditoriali e gli interessi del lavoratore*"[5]. Ciò tanto più alla luce della opposta tendenza della Corte EDU, la quale nel Caso *Eweida e altri c. Regno Unito* (2013)[6], richiamato dai giudici di Lussemburgo, ha rinforzato la tutela della libertà religiosa del lavoratore contro le scelte di politica aziendale[7], limitando la legittimità dei divieti al caso in cui la neutralità configuri un requisito occupazionale, e sempre che il limite sia proporzionato. Più voci hanno rilevato in tal senso che la Corte UE sottrae la politica di neutralità aziendale al bilanciamento tra diritti rientrante nel margine di maggior apprezzamento degli Stati[8], mostrando "*un approccio meno compromissorio e più invasivo, rispetto alla Corte EDU, nei confronti delle scelte di politica legislativa […] all'interno di una problematica – quella dei simboli religiosi – in cui gli ordinamenti europei forniscono delle risposte spesso eterogenee*"[9].

I giudici tedeschi hanno posto i predetti temi all'attenzione della Corte aprendo un più ampio confronto sulla tutela della libertà religiosa in ambito lavorativo, anche in termini di riparto di competenze tra l'ordinamento europeo e quelli nazionali. Come vedremo la vicenda processuale offre due diversi punti di vista. Vi è da una parte la posizione delle Corti tedesche le quali danno centralità all'attuazione delle esigenze religiose del lavoratore fino a farle prevalere sull'interesse dell'impresa, invocando a tal fine, *in extremis,* le norme interne di maggior favore. Sul fronte opposto si colloca l'opinione dell'Avvocato generale che, nel difendere gli approdi del 2017, distingue tra la tutela della libertà religiosa ed il contrasto alla disparità, vale a dire tra un'attuazione dell'identità del lavoratore in cui il dato religioso è evidenziato e valorizzato, ed un'azione che si

[5] C. ELEFANTE, *Velo islamico e divieti di discriminazione religiosa in ambito occupazionale e lavorativo: l'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Diritto e Religioni*, 2017, II, 273-293, 285 ss. Vedi anche P. DIGENNARO, *Il difficile equilibrio tra libertà religiosa e libertà d'impresa*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, n. 3, II, 370-382; G. PACELLA, *Velo islamico della lavoratrice e "corporate image": Corte Europea e bilanciamento degli interessi*, in *Diritti lavori mercati*, 2017, n. 3, 643-654.

[6] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Eweida e altri c. Regno Unito, 15 gennaio 2013, Ric. nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10.

[7] Cfr. A. LICASTRO, *Quando è l'abito a fare il lavoratore. La questione del velo musulmano tra libertà di manifestazione della religione ed esigenza dell'impresa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), 2015, n. 27, p. 37.

[8] Cfr. T. PAGOTTO, E. ERVAS, *Achbita v. Eweida: libertà d'impresa e libertà religiosa a confronto*, in *Federalismi*, Rivista telematica (www.federalismi.it), 2017, n. 2, p. 13 ss; E. PALICI DI SUNI**,** *Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure in alcune recenti pronunce,* in *Rivista di diritti comparati*, Rivista telematica (www.diritticomparati.it), 2017, n. 1, 167-174, p. 170.

[9] D. DURISOTTO, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza*, in *Federalismi*, Rivista telematica (www.federalismi.it), Focus Human Rights 2019, n. 1, p. 20.

limita a neutralizzare la differenza. Una posizione basata sulla convinzione che la direttiva 2000/78 attua soltanto l'art.16 della Carta (la libertà di impresa) e non anche l'art.10 (la libertà di pensiero, di coscienza e di religione).

Nella pronuncia finale la Corte smentisce in più punti l'Avvocato generale ridefinendo i criteri di bilanciamento tra la libertà di impresa e quella religiosa nel quadro di una tutela uniforme dei diritti e delle libertà fondamentali nello spazio europeo. Un obbiettivo quest'ultimo in vista del quale la Corte rivendica ed esercita un controllo sempre più stretto sugli ordinamenti nazionali.

2. La ricerca di una parità concreta ed il *favor religionis*

Le pronunce della Giustizia europea del marzo 2017 hanno stimolato la reazione critica non solo della dottrina ma anche delle Corti nazionali[10], una reazione quest'ultima in cui si iscrivono i due Rinvii pregiudiziali del Tribunale di Amburgo e della Corte Federale del lavoro. Nelle pronunce della giurisprudenza nazionale emerge la ricerca di una parità concreta, attraverso l'adozione di criteri interpretativi che riducano il potere datoriale di limitare la libertà religiosa e consentano, per contro, la massima attuazione delle convinzioni del lavoratore[11].

Le controversie affrontate dai giudici tedeschi ruotano entrambe intorno a politiche di neutralità aziendale, espresse in norme regolamentari che limitano l'uso di segni e corredi personali. Nel rinvio del Tribunale del lavoro di Amburgo la ricorrente (IX) è una educatrice specializzata, alle dipendenze di una associazione di pubblica utilità (la WABE) che gestisce centri giornalieri per l'infanzia. Quest'ultima si dichiara apartitica ed aconfessionale e dal 2018 ha emanato istruzioni interne che vietano ai dipendenti ogni esternazione di tipo politico, ideologico o religioso nei confronti di genitori e bambini o terzi; esse prescrivono in particolare di non indossare segni visibili delle proprie convinzioni nei contatti con l'utenza. Al rientro da un periodo di malattia la IX si presenta velata ed è più volte richiamata per iscritto al rispetto del regolamento. Per la WABE il velo può condizionare i bambini che per la loro età sono particolarmente esposti alle influenze di

[10] Cfr. Tribunale del lavoro di Bruxelles, 17 luglio 2020 e 3 maggio 2021.

[11] Cfr. R. BENIGNI, *Tutela dell'identità religiosa e neutralità aziendale. Il garantismo della giurisprudenza nazionale (Francia, Belgio e Germania) e le nuove indicazioni della Corte UE*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2021, 3, 793 (in pubblicazione).

ogni tipo; altrimenti detto, esso può ledere il diritto dei genitori ad educare i figli nel rispetto delle proprie convinzioni e cagionare minori iscrizioni con perdite economiche[12]. Per la IX invece le misure adottate dalla WABE configurano una discriminazione religiosa a suo danno. Nel rinvio della Corte federale tedesca la ricorrente è di nuovo una donna musulmana (MJ) che indossa un velo, una consulente alle vendite e cassiera dell'impresa MH Müller Handels GmbH che gestisce una catena di drogherie-profumerie. Dal 2016 quest'ultima applica una politica di neutralità vietando i segni vistosi ed ampi di convinzioni di natura politica, religiosa o ideologica (non quindi qualsivoglia simbolo). Pertanto, quando dopo un congedo per malattia la ricorrente torna velata dapprima le viene assegnato un diverso incarico, quindi le viene chiesto di togliere il velo ed al suo diniego è lasciata a casa. Per la GmbH la misura intende "*preservare la neutralità dell'impresa e, tra l'altro, evitare conflitti tra i dipendenti"*[13]*;* per contro la MJ si ritiene vittima di una condotta discriminatoria e di una violazione della propria libertà religiosa, come riconosciuto dalla giustizia tedesca in primo ed in secondo grado.

La necessità di adire la Corte di giustizia nasce per i giudici ricorrenti dall'analisi delle fonti interne. Entrambi richiamano l'art. 4 della legge fondamentale della Repubblica federale di Germania (GG), per cui "*la libertà di fede e di coscienza e la libertà di confessione religiosa e ideologica sono inviolabili*", accanto alla legge generale sulla parità di trattamento (AGG, artt.1,2,3,7,8) la quale recepisce la direttiva 2000/78 in forma pressoché letterale. Da tali norme, scrivono i due giudici, emerge che nell'ordinamento tedesco per limitare la libertà religiosa non è sufficiente una finalità legittima ma occorre che dall'esternazione religiosa derivi un pericolo sufficientemente concreto per beni giuridici di rango costituzionale (punto 2, C-814/18-1). Criterio applicato anche ai rapporti tra privati. Più in particolare su tali basi, per il Tribunale di Amburgo un divieto generale di corredi e simboli religiosi non è di per sé legittimo, come emergerebbe invece dalle pronunce sui casi Achbita e Bougnaouoi. Mentre la Corte federale insiste sulla necessità di bilanciare le libertà in gioco, nell'applicare le disposizioni della AGG, scrive, va considerato che "*secondo la giurisprudenza costante del Bundesverfassungsgericht e del giudice del rinvio, i diritti fondamentali in conflitto tra loro devono essere limitati in modo tale da renderli il più possibile efficaci per tutte le parti coinvolte*" (punto 14, C-341/19-1). Nei quesisti rimessi alla Corte UE i due

[12] La resistente contesta la volontà della ricorrente di fare proselitismo che deduce dai post sul suo profilo Facebook.
[13] Precisa la Corte che tali problemi si sarebbero già verificati ma non riguardavano simboli religiosi.

giudici suggeriscono quindi una rilettura della direttiva 2000/78 che assegni una maggior garanzia alla libertà religiosa; in subordine chiedono di far prevalere la disciplina interna di maggior favore sul diritto dell'Unione.

In dettaglio. Il Tribunale di Amburgo si sofferma dapprima sulla discriminazione diretta che ravvisa in ogni trattamento basato sulle opinioni personali, capace di porre l'interessato in una situazione di svantaggio (come proibire corredi personali alle donne islamiche). Quindi precisa che la natura discriminatoria non può essere esclusa dal fatto che il divieto sia scritto in una norma generale, e tantomeno, aggiunge, il limite può trasformarsi in una discriminazione indiretta solo perché è esteso ai lavoratori non credenti o ad altri lavoratori religiosi. Altrimenti detto, il Tribunale di Amburgo contesta la correttezza di un giudizio comparativo tra gruppi omnicomprensivi che contrappone chi ha una credenza religiosa, politica o filosofica a chi non ne ha alcuna, e il quale tratta indistintamente le diverse convinzioni. Il giudice tedesco invoca, al contrario, un raffronto che valorizzi le differenze sia tra le convinzioni religiose e quelle politiche o filosofiche, sia tra le singole religioni. Nel quesito sottoposto alla Corte egli chiede quindi se il divieto "*di indossare qualsivoglia segno visibile […] discrimini i lavoratori che seguono determinate regole di abbigliamento in ragione di obblighi religiosi di coprirs*i"; così facendo individua in quest'ultimi il gruppo sfavorito e lo contrappone ai lavoratori che non seguono regole di abbigliamento altrettanto cogenti[14]. Una tale restrizione dei soggetti di comparazione allargherebbe le possibilità di sostanziare la fattispecie discriminatoria più grave, quella diretta, in cui la disparità di trattamento può essere giustificata solo quando la neutralità sia un requisito occupazionale essenziale e necessario ex art.4.1 dir. Sul punto la posizione della Corte federale è divergente, essa infatti limita la sua domanda all'interpretazione della fattispecie di discriminazione indiretta così da condividere l'impostazione dei giudici di Lussemburgo secondo la quale il divieto rivolto a tutte le convinzioni indistintamente non sostanzia un trattamento diversificato su base religiosa.

Entrambi i giudici tedeschi cercano poi di superare i criteri di legittimazione relativi alla discriminazione indiretta, del 2017, invocando un giudizio di ponderazione delle libertà religiosa e di quella di impresa che investa tutte le componenti del divieto. In particolare il Tribunale di

[14] In tal senso il Tribunale del lavoro di Bruxelles, 17 luglio 2020, cit., opera una distinzione ancora più articolata comparando il lavoratore che indossa un segno visibile con quello che non aderisce a nessuna religione o convinzione di altra natura; con quello che aderisce ad altra religione o convinzione politica o filosofica che non pone obbligo di segni; ed ancora, al lavoratore che aderisce a convinzioni diverse da quelle politiche o filosofiche, e a quello che indossa un corredo o un simbolo per motivi estetici, culturali o di salute.

Amburgo chiede alla Corte UE di rivalutare la sufficienza della mera volontà di assecondare i desideri dei clienti per sostanziare la finalità legittima di una clausola di neutralità (quesito 2, b). Mentre la Corte federale, pur ritenendo che la neutralità aziendale sia di per sé una scelta legittima ex art. 16 della Carta, chiede di valutare in concreto il danno che deriverebbe dall'assenza di una tale politica, anche in relazione all'appropriatezza della misura. Altrimenti detto, essa chiede di accertare che la limitazione della libertà religiosa sia strettamente necessaria a non pregiudicare l'interesse dell'impresa[15]. A sostegno del suo *iter* argomentativo l'Alto giudice tedesco richiama il rispetto del pluralismo, il quale connota le democrazie e rifugge da modelli di soluzione dei conflitti che eliminino la diversità, la quale, al contrario, va preservata (punto 31). Su tali basi per la Corte federale si dovrebbe dare prevalenza alla libertà religiosa, non solo in base alle norme interne (art. 4 parr.1 e 2 della GG) ma anche ai sensi degli artt.10 della Carta e 9 della CEDU, per i quali, insiste il Tribunale di Amburgo, "*il divieto di mostrare simboli religiosi sul luogo di lavoro richiede che sia dimostrata nei singoli casi la sussistenza di danni per l'attività economica*".

L'ultimo tema sottoposto da entrambi i giudici alla Corte UE riguarda il rapporto tra la direttiva 2000/78 ed il diritto interno, e più precisamente la possibilità di conservare i più alti livelli di tutela della libertà religiosa assegnata dall'ordinamento tedesco. La Corte federale si sofferma particolarmente su tale motivo operando una doppia subordinata, *in primis* chiede se la maggior garanzia della libertà religiosa configuri una disposizione più favorevole a tutela della parità, ex art.8.1 dir., così da entrare nella valutazione del carattere appropriato del limite; in via subordinata invoca l'applicazione del diritto costituzionale nell'attuazione della libertà di impresa che, per l'art.16 della Carta, è riconosciuta in conformità alle legislazioni e prassi nazionali. Se ciò fosse possibile, conclude, nel giudizio interno la libertà di impresa dovrebbe retrocedere e l'esito del caso concreto sarebbe opposto a quello derivante dall'applicazione della direttiva 2000/78 secondo l'interpretazione del 2017. È interessante notare come entrambi i giudici tedeschi invocano la prevalenza del diritto interno su quello dell'Unione per il solo caso in cui la Corte non accogliesse una lettura più garantista del dettato antidiscriminatorio valido per tutti gli Stati membri. La domanda subordinata lascia così filtrare la consapevolezza che l'integrazione europea passa per una crescita uniforme dei livelli di tutela delle libertà fondamentali in tutti gli Stati membri. Una

[15] Per la Corte, nel caso concreto, le interferenze del velo dedotte dal convenuto non sono sufficienti a giustificare un divieto di manifestazione (punti 28, 30).

omogeneità che è promossa attraverso il primato del diritto dell'Unione anche in tema di discriminazione religiosa, come dimostrato dai giudici di Lussemburgo in due recenti casi rimessi dalla stessa Corte federale tedesca (Egenberger C-414/16 ed IR C-68-17, entrambi del 2018)[16].

3. L'espansione delle politiche di neutralità aziendale e la frattura tra discriminazione e libertà religiosa

Le conclusioni dell'Avvocato generale Rantos, depositate il 25 febbraio 2021, hanno freddato le attese per un *revirement* della Corte, rinforzando la potestà dell'imprenditore nel definire le politiche di neutralità e limitando ulteriormente gli spazi di tutela della libertà religiosa. Per l'Avvocato la prevalenza dell'interesse dell'impresa resta netta e condiziona sia l'accertamento nel merito del trattamento svantaggioso che i criteri di valutazione, in cui si restringono fino ad annullarsi i momenti di ponderazione tra la libertà di impresa e le altre libertà coinvolte.

Le argomentazioni e le conclusioni dell'Avvocato generale si muovono nel solco di una visione della tutela antidiscriminatoria distinta e non sovrapponibile al principio di uguaglianza proclamato nella Carte costituzionali[17], questo perché "*l'eguaglianza che sorregge i divieti di discriminazione, non elimina le differenze: elimina le diseguaglianze (o disparità) di trattamento basate sul (alcune non tutte) le differenze"*[18]. Per tali ragioni nell'ambito del lavoro la facoltà di trattamento diversificato si presenta come la regola di cui la discriminazione costituisce il limite[19]. Nella direttiva 2000/78, in concomitanza col passaggio dell'Unione da una integrazione solo economica a quella tra popoli, basata sulla protezione delle libertà fondamentali, tale distinzione tra uguaglianza

[16] Cfr. Corte giustizia UE, Grande Sezione, 17 aprile 2018, C-414/16, Egenberger c, Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e V; Corte giustizia UE, Grande Sezione, 11 settembre 2018, C-68/17, IR c. JQIR, per un primo commento cfr. P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di giustizia UE,* in *Sato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2019, n. 12.

[17] A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele,* in *Rivista Aic*, 2020, n. 4, p.1.

[18] Cfr. M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel dritto del lavoro. Una riflessione sui lavori flessibili*, in *Lavoro e diritto*, 2004, 3-5, 501-511.

[19] Cfr. L. VENTURA, *Il principio di uguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984, p.19 che parla di antagonismo tra principio di uguaglianza e libertà contrattuale; L. PALADIN, *Eguaglianza, (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 519-520, per cui l'applicazione di un principio generale di parità nei rapporti privati distruggerebbe la libertà dei soggetti privati. Posizione molto simili a quella dell'Avv. Generale per cui l'applicazione parallela di tutti i diritti sanciti dalla Carta può determinare l'impossibilità di attuare le disposizioni della Direttiva (punto 99).

e discriminazione è stata ridimenzionata ma non del tutto superata[20]. Il contrasto alla discriminazione, che a partire dal Trattato di Amsterdam è entrato nel sistema normativo dell'Unione[21] e configura un obbiettivo delle politiche comuni, resta essenzialmente affidato alle disposizioni delle direttive che lo regolano per motivo scriminante o per campo, e le quali offrono una tutela povera di azioni positive vincolanti[22]. In tale contesto si inserisce il divieto di discriminazione in materia religiosa quale elemento comune alle tradizioni costituzionali di tutti gli Stati membri, che ha trovato affermazione con la Direttiva 2000/78.[23] In assenza di una disciplina sistematica la Corte di giustizia ha cercato una copertura più larga al dettato antidiscriminatorio, richiamando gli strumenti internazionali o le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Più di recente essa collega le direttive antidiscriminatorie all'art.21 della Carta che tratta il diritto fondamentale a non essere discriminati nel Titolo II, dedicato all'uguaglianza, di cui la "*non discriminazione*" (così è rubricato l'articolo) resta tuttavia una componente e non un sinonimo[24]. Tutto ciò, si è scritto, richiederebbe di perseguire la parità sostanziale valorizzando le differenze e

[20] In argomento vedi il numero monografico di *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, 3-4 (versione digitale), ed in particolare F. GUARRIELLO, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio* (1-9); J.C. VILLALÒN, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario* (1-21); L. WADDINGTON, M. BELL, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, (1-26); M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario* (1-23); Id. *Introduzione al nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, XIX – XL; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole: eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001; F. CASOLARI, *L'evoluzione del principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea, in Istituzioni e dinamiche del diritto - Mercato amministrazione diritti*, Torino, 2006; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2009.

[21] Cfr. art. 13, Tratt. Amsterdam (oggi 19 TFUE) ripreso dall'art. 21 Carta dei diritti UE; per un primo esame cfr. L.S. ROSSI, *Con il Trattato di Amsterdam l'Unione è più vicina ai suoi cittadini*? in AA.VV., *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, 85; G. CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, 5, 851-860.

[22] D. LA ROCCA, *Eguaglianza e differenze nella strategia europea contro le discriminazioni*, in *Economia e lavoro*, 2, 2010, 177-182, p.180, rileva che gli strumenti normativi sono applicati in misura minima rispetto al fenomeno. Quanto alle azioni positive, la direttiva 2000/78/CE richiama all'adozione di "soluzioni ragionevoli" solo per i disabili (art.5), mentre la Corte nel 2017 ha limitato l'impegno datoriale per la ricerca di soluzioni alternative al caso in cui ciò non configuri un onere aggiuntivo.

[23] Per una prima ricostruzione del processo di affermazione della discriminazione religiosa nell'ordinamento europeo cfr. S. COGLIEVINA, *Diritto antidiscriminatorio e religione: Uguaglianza, diversità e libertà religiosa in Italia, Francia e Regno Unito*, Tricase (LE), 2013, in particolare Cap.1.

[24] C. FAVILLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in U. De Siervo (a cura di), *La difficile costituzione europea*, Bologna, 2001, 225-247; ID. Commento *Art. 21* (parte I), in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,* Milano, 2017, 416-425.

rimuovendo le cause anche socio culturali delle disparità[25], un cambio di passo che l'Avvocato generale mostra di non condividere arroccandosi su posizioni criticabili sotto diversi profili.

L'Avvocato Rantos risponde in appena due pagine al primo quesito del Tribunale di Amburgo: se sia sufficiente una norma generale e indifferenziata ad escludere un trattamento diversificato su base religiosa e così la discriminazione diretta. Esso ricorda che nel caso Achbita è stata analizzata proprio una norma interna rivolta indistintamente a qualsiasi manifestazione di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, una norma che per la Corte tratta in pari modo tutti i dipendenti dell'impresa. Si tratta, scrive, di una fattispecie identica a quella presente, poiché "*ritengo che la circostanza, evocata […] che i lavoratori interessati osservino determinate regole di abbigliamento in ragione di obblighi religiosi che impongono di coprirsi, non sia tale da condurre ad una conclusione diversa riguardo all'assenza di discriminazione diretta*". Ad una tale conclusione si potrebbe giungere, precisa, attraverso una personalizzazione della valutazione del trattamento riservato a chi indossa un certo corredo per un obbligo religioso, vale a dire valorizzando *"il punto di vista individuale, […] il fatto che l'effettiva interessata subisca un pregiudizio, a causa del trattamento e in ragione della visibilità della sua religione*". Una possibilità che l'Avv. Rantos rifiuta, laddove scrive che "*la sussistenza di una discriminazione siffatta deve essere esaminata con una valutazione oggettiva […] e non sulla base di considerazioni soggettive proprie a ognuno di essi*"[26]. Il parere chiude così la possibilità di personalizzare il gruppo di comparazione come suggerito dal remittente Tribunale e, per fugare ogni dubbio, equipara le lavoratrici musulmane che intendano indossare un velo ai lavoratori di un'altra confessione, non religiosi o atei, un gruppo

[25] Cfr. L. SAPORITO, F. SORVILLO, L. DECIMO, *Lavoro, discriminazioni religiose e politiche d'integrazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2017, n.18, p. 17. Scrive in proposito A. SCIORTINO, *L'uguaglianza,* cit. p. 21, *"la dimensione sostanziale dell'uguaglianza si nutre parimenti di «discriminazioni» o meglio differenziazioni per rimuovere gli ostacoli […] che di fatto si frappongono al suo raggiungimento e per assicurare quella parità di punti partenza che lo Stato di democrazia pluralista annovera tra i suoi topos*".

[26] Per ravvisare una discriminazione diretta, scrive l'Avvocato generale, occorre una norma che "*stabilisca che un lavoratore sia trattato meno favorevolmente a seconda che appartenga ad una religione piuttosto che a un'altra*"; cita quindi sul punto il caso Cresco Investigation GmbH (CGUE, 23 gennaio 2019, C-193/17) relativo alla compatibilità col diritto UE della normativa nazionale austriaca che riconosce il riposo il Venerdì Santo (oppure in assenza una maggiorazione retributiva) solo ai lavoratori appartenenti ad alcune confessioni cristiane (le cd. "Quattro Chiese"). In tal caso la Corte confronta i lavoratori che appartengono alle Chiese favorite con tutti gli altri indistintamente, ed equipara l'interesse a non lavorare il venerdì Santo per partecipare ai riti a quello di ogni lavoratore a riposare nello stesso giorno per dedicarsi ad altre attività.

decisamente generico. Su tali basi, si legge, non vi è motivo per allontanarsi dalle pronunce della Corte, malgrado le critiche che esse hanno sollevato in dottrina[27].

L'esame dei quesiti sulla discriminazione indiretta parte anch'esso dalla conferma delle pronunce del 2017, per poi allargare i poteri dell'imprenditore. Nel rispondere al giudice di Amburgo l'Avvocato ribadisce che un trattamento diversificato è pienamente giustificato da una politica di neutralità, che rientra nella libertà di impresa ex art.16 Carta, e può essere adottata per diverse ragioni, compreso il tener conto dei desideri dei clienti. Tale politica, aggiunge, potrà tradursi in un divieto generale ma anche in una limitazione rivolta solo ad alcuni segni e simboli. Con quest'ultimo inciso il Parere spalanca le porte ad un'ampia casistica discriminatoria, un divieto selettivo infatti sfavorisce maggiormente i gruppi che indossano i segni ed i simboli scelti, come quelli particolarmente visibili (ciò anche per gli intervenuti Governi di Svezia e di Grecia). Per l'Avvocato generale invece vietare unicamente l'uso di segni vistosi e di grandi dimensioni è legittimo per due ordini di motivi: da una parte, citando il caso Eweida[28], ricorda che dei "*segni discreti e non vistosi non possono offendere i clienti dell'impresa che non condividono la religione o le convinzioni del(la) dipendente interessato(a*)". Dall'altra egli sottolinea che, se la selezione è più gravosa per quanti indossano segni vistosi o di grandi dimensioni, "*un divieto generalizzato andrebbe oltre lo stretto necessario*" ed avrebbe "*nei confronti di chi ha scelto di indossare un segno di piccole dimensioni, un carattere punitivo, per la sola ragione che altre persone hanno scelto di portare segni vistosi*".

Riassumendo, per l'Avv. Rantos una politica di neutralità rivolta a tutte le convinzioni e che precluda tutti i segni oppure soltanto quelli visibili o di grandi dimensioni non determina una discriminazione diretta, mentre il trattamento diversificato indiretto sarà automaticamente giustificato purché esso sia appropriato ed attuato con coerenza. In altre parole una norma ben scritta preclude il giudizio di ponderazione tra le libertà in gioco, sia nel valutare la disparità di

[27] L'Avvocato richiama in particolare E. HOWARD, *Islamic headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, 24 (3), 348-366, per il quale la diversità di pareri tra i due casi dipende dalla scelta del gruppo di comparazione; l'autore critica in particolare l'Avv. Kokott laddove compara la Achbita ai dipendenti che esprimono la propria convinzione con un segno o corredo, e non a quelli che non manifestano tale esigenza (criterio utilizzato dall'Avv. Sharpston in Bougnaoui). Nelle pagine richiamate dal parere (351-354) Howard rileva peraltro la difformità dottrinale sul punto. Il parere cita altresì E. CLOOTS, *Safe harbour or open sea for corporate headscarf bans? Achbita and Bougnaoui,* in *Common Market Law Review*, 2018, 55, 589-624 ; J. H. H., WEILER, *Je suis Achbita: à propos d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne sur le hijab musulman (CJUE 14 mars 2017, aff. C-157/15*), in *Revue trimestrelle de droit européen*, 2019, 85-104).

[28] Corte Edu, Eweida e altri c. Regno Unito, cit.

trattamento sia nel verificare l'esistenza di una finalità legittima sia, ancora, nell'accertare l'appropriatezza al fine della misura adottata. Quest'ultimo punto è oggetto del distinto quesito con cui la Corte federale tedesca chiede se nel verificare l'appropriatezza di un divieto selettivo (laddove ritenuto coerente con una politica neutralità) si possono ponderare la libertà di impresa e quella di religione, e più precisamente se si può valutare l'appropriatezza complessiva del divieto e non solo quella del mezzo con cui esso si applica. L'Avvocato oppone alla Corte tedesca un netto diniego ricordando che l'art. 2.2 lett. b della direttiva quadro "*distingue tra, da un lato, l'esistenza o meno di una finalità legittima e, dall'altro, la questione se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*". Si delineano così due fasi che, a suo dire, sottostanno a diverse regole, in tal senso egli ricorda che nella sentenza G4S Secure Solutions "*la Corte ha fatto riferimento all'articolo 16 della Carta e all'articolo 9 della CEDU unicamente nell'esame della sussistenza di una finalità legittima*". Del resto, aggiunge, la direttiva nel riferirsi ai mezzi appropriati e necessari pone un "*controllo di proporzionalità, che implica un esame della situazione in concreto";* su tali basi, conclude, nella verifica di appropriatezza "*non vi* è *(sia) luogo a ponderare, da un lato, la libertà di impresa e, dall'altro, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione*"; altrimenti detto non c'è spazio per rimettere in dubbio la legittimità di una politica di neutralità né per far prevalere la libertà religiosa su quella di impresa, come suggerito dalla Corte federale tedesca.

Le argomentazioni dell'Avvocato generale si aprono a diverse critiche. Il primo rilievo è l'incoerenza in cui incorre nel tentativo di legittimare ogni scelta imprenditoriale, per cui da una parte egli nega la possibilità di valorizzare le differenze tra le convinzioni in presenza di divieti di segni e simboli che sfavoriscono maggiormente quanti seguono un culto o una convinzione che impone l'uso di detti simboli e corredi. Poi all'opposto, invoca una personalizzazione per giustificare politiche di neutralità selettive e per scongiurare - scrive letteralmente - l'effetto punitivo del divieto generale su chi indossa segni non vistosi. All'incoerenza si aggiunge la pericolosa attribuzione all'imprenditore del potere di selezionare i segni distintivi. Consapevole della difficoltà di discernere tra quest'ultimi l'Avvocato rimanda al giudice nazionale la valutazione della distinzione adottata dall'impresa, indicando però due criteri affatto rassicuranti, la capacità del simbolo di "*offendere i clienti dell'impresa che non condividono la religione o le convinzioni del(la) dipendente interessato(a)*" (punto 74) ed il "*contesto in cui il segno è indossato*" (punto 76). La prevenzione di una (possibile) offesa della clientela di diversa convinzione confligge con

l'impegno europeo di costruire una società plurale e tollerante, in cui nessuno dovrebbe sentirsi *offeso* dai simboli altrui (salvo il caso diverso ed estremo di una loro contrarietà ai principi democratici). Il concetto di offesa alla convinzione altrui non trova spazio del resto neppure nei sistemi di *laicité de combact,* come quello francese e belga. Questi che nel vietare simboli e corredi nell'ambito dei pubblici servizi invocano la neutralità dello Stato, la quale sottende la pari valenza e dignità delle convinzioni, mentre si rifanno al *vivre ensemble,* il complesso di regole e valori in cui si ritrova la società nazionale (non una o più persone) in un determinato momento storico, quando vietano il (solo) velo integrale negli spazi pubblici aperti. I criteri suggeriti dall'Avvocato generale spalancano inoltre le porte ad un'ampia casistica di politiche di neutralità selettiva, giustificata dal pregiudizio dell'imprenditore e/o della clientela oppure dai contesti socio-culturali, politici, ed economici in cui si opera; circostanze che possono innescare "*un circuito di mistificazione culturale in cui l'Altro finisce per essere marginalizzato ed escluso dal tessuto sociale*"[29]. In un ambiente a maggioranza cristiana, ad esempio, un crocifisso sarà difficilmente percepito come offensivo, nello stesso contesto, invece, si potrebbe annoverare una barba tra le manifestazioni vistose delle proprie convinzioni a prescindere dal motivo per cui la si porta[30]. Sarebbero invece più protetti i culti di nuovo insediamento, al pari delle credenze e delle ideologie meno diffuse o meno conosciute poiché la clientela, in entrambi i casi, potrebbe non riconoscere come tali i loro segni distintivi, magari anche vistosi. Così facendo si darebbe spazio ad una personalizzazione delle politiche di neutralità a discapito delle religioni che impongono corredi e simboli oppure che hanno un'esposizione mediatica maggiore o che sono meno gradite nel contesto sociale in cui l'impresa opera. Il tutto con possibili ricadute negative anche sull'integrazione delle minoranze e sulla pace sociale, sia nei Paesi di *laicité de combact* sia in quelli in cui è forte il richiamo della religione tradizionale spesso in connessione con la rinascita di un nazionalismo identitario[31].

Le incongruenze rilevate sono l'effetto del punto più critico del parere, l'assunto per cui "*il divieto di discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali di cui all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, e la libertà di pensiero, di coscienza e di religione di cui all'articolo 10 della stessa costituiscono diritti fondamentali che devono essere tenuti chiaramente distinti*"

[29] Cfr. L. SAPORITO, F. SORVILLO, L. DECIMO, *Lavoro, discriminazioni religiose,* cit. p. 2.
[30] Cfr. Corte di Cassazione civile, Camera sociale, 8 luglio 2020, n. 715; Tribunale del lavoro di Bruxelles, 3 maggio 2021.
[31] Si pensi alla Polonia, all'Ungheria e per certi versi all'Austria.

(punto 94). È questa una frattura collegata alla concezione negativa della tutela antidiscriminatoria che richiede di neutralizzare le differenze, piuttosto che di attuare la libertà religiosa[32]. Una impostazione su cui, per l'Avv. Rantos, concorderebbe anche la Commissione di cui egli riporta in nota "*l'esempio, basato su un ragionamento ad absurdum, di un divieto totale da parte di uno Stato membro dell'esercizio della religione, che violerebbe quindi la libertà di religione, senza tuttavia essere contrario al divieto di discriminazione fondata sulla religione, in quanto tutti gli abitanti di tale Stato membro sarebbero trattati allo stesso modo*". Tale esempio manifesta in realtà il rischio connesso ad una distinzione tra le due libertà che sia elevata fino ai limiti della inconciliabilità, esso fa il paio inoltre con il pericolo denunciato dal Tribunale di Amburgo, per cui se fosse sufficiente ad evitare la discriminazione limitare tutte le convinzioni nello stesso modo si arriverebbe "*a percepire l'ostilità generalizzata verso tutte le religioni come neutralità, anziché come discriminazione diretta*"[33].

La distinzione tra tutela della libertà religiosa e contrasto alla disparità torna anche nelle risposte ai quesiti sulla possibilità di far valere la maggior tutela assegnata alla libertà religiosa dal diritto interno. L'Avvocato, come anticipato, esclude che le norme sulle libertà religiosa, anche di rango costituzionale, rientrino nell'art. 8.1 poiché esse "*non sono volte a rafforzare l'applicazione del principio della parità di trattamento* […] (*e) a contrastare la discriminazione*"; pertanto esse restano fuori dalla valutazione del carattere giustificato di una disparità, diretta o indiretta. Le disposizioni costituzionali potranno invece essere applicate dal giudice interno e più ampiamente dall'ordinamento nazionale per valutare e correggere le modalità di attuazione di una politica di neutralità aziendale. In particolare si potrà dettagliare la forma in cui il limite è espresso o aggiungere qualche elemento di valutazione circa la validità della misura applicativa, ma non si potrà impedire l'adozione di una politica di neutralità. La preoccupazione dell'Avv. Generale sembra duplice, da una parte non far rientrare in gioco, indirettamente, il giudizio di ponderazione tra libertà religiosa e quella di impresa che secondo la sua lettura la direttiva non contempla, e

[32] Scrive l'Avv. Rantos "[…] *la direttiva 2000/78 dà attuazione all'articolo 21 della Carta […] ha quindi ad oggetto unicamente la lotta alla discriminazione fondata, in particolare, sulla religione o sulle convinzioni personali. Essa non è intesa a garantire la tutela della libertà di religione, propriamente detta, sancita dall'articolo 10 della Carta".*

[33] Il Tribunale di Amburgo fa eco al dibattito dottrinale su cui, oltre agli autori già richiamati, si vedano E. BREMS, '*Analysis: European Court of Justice Allows Bans on Religious Dress in the Workplace',* in Blog of the IACL, AIDC 2017; E. SPAVENTA, '*What is the point of Minimum Harmonization of Fundamental Rights? Some Further Reflections on the Achbita Case'*, in *EU Law Analysis*, 2017.

dall'altra escludere obblighi positivi di tutela della religione a discapito dell'impresa. Solo entro questi limiti al singolo Stato sarà concesso tutelare il lavoratore in modo coerente con la propria concezione della religione nella società e dell'impatto della sua manifestazione pubblica, profili, ricorda Rantos, rispetto ai quali non c'è uniformità tra i Paesi europei, ragion per cui egli assegna al giudice nazionale la verifica del rispetto della direttiva. Un'apertura di credito che sovverte le competenze della Corte di giustizia quale garante della corretta applicazione del diritto dell'Unione.

La prospettiva suggerita dall'Avvocato, per cui il contrasto alla discriminazione e la tutela della libertà religiosa del lavoratore marcerebbero separati e per conseguenza il rapporto di lavoro sarebbe sottratto ai principi che governano il confronto tra libertà, non può essere accolta. Essa confligge con i principi su cui poggia l'Unione: il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e tra questi in particolare il diritto all'uguaglianza in una società plurale; ed ancora la tutela della dignità della persona e il diritto di preservare la propria identità in un contesto di rispetto reciproco e di solidarietà. Principi e libertà che sono alla base di una società coesa e partecipativa, i quali orientano il processo di integrazione europea e costituiscono l'orizzonte in cui opera ogni norma dell'Unione, ivi compresa la direttiva 2000/78 che a quei principi collega finalità ed obbiettivi economici e sociali (Considerando 1-4, 11-12) messi a rischio dalla lettura dell'Avvocato generale.

4. L'equilibrio tra libertà religiosa e interesse dell'impresa all'ombra dell'integrazione europea. Verso un nuovo rapporto tra religione e diritto dell'Unione europea

Le speranze di un ampliamento della tutela della libertà religiosa sul lavoro come delineata nel 2017, spente in febbraio dall'Avvocato Rantos, hanno trovato accoglienza nella pronuncia finale del luglio 2021. La presa di distanza della Corte si avverte fin dalle prime battute. Già al punto 1, nel descrivere l'oggetto del giudizio essa richiama l'applicazione della direttiva 2000/78 (artt.2, 4, ed 8) "*nonché*" gli articoli 10 e 16 della Carta. Ed ancora al punto 4, nel descrivere meglio il contesto normativo menziona, come già nel 2017, i Considerando 1, 4 della direttiva e con essi i principi poc'anzi richiamati, su cui si fonda l'Unione europea, poi aggiunge i Considerando 11 e 12, per i quali la discriminazione religiosa può pregiudicare il conseguimento degli obbiettivi occupazionali, economici e sociali inscritti nel Trattato, e per questo va combattuta su tutto il territorio

dell'Unione. Così facendo in poche righe la Corte rigetta la frattura quasi antitetica tra tutela delle libertà religiosa e contrasto alla discriminazione. Essa abbraccia al contrario la prospettiva, iscritta nei Trattati UE e nella Carta, di un diritto antidiscriminatorio che si fa strumento di attuazione dell'uguaglianza seguendo i criteri di ponderazione e di bilanciamento tra i diritti e le libertà fondamentali coinvolti. Ed ancora l'idea di un diritto dell'Unione che pone a base dell'integrazione la tutela delle libertà, e in particolare quella religiosa, poiché gli obbiettivi fissati dai Trattati istitutivi "*direttamente o indirettamente, coinvolgono il fenomeno religioso, e (che) per le stesse ragioni finiscono per incidere direttamente o indirettamente, sulla normativa di settore, così come concepita a livello statale*"[34]. In tale quadro le risposte della Corte ai quesiti posti dai giudici tedeschi correggono i punti più critici del 2017, evitando, però, strappi con la propria giurisprudenza ed anzi riportando le precisazioni sotto la direttiva e nell'alveo di un diritto antidiscriminatorio che tende a farsi sempre più unitario.

Lo sviluppo argomentativo e decisorio della Pronuncia segue l'ordine dei quesiti posti dai giudici tedeschi. Il primo tema affrontato è quindi la definizione di discriminazione diretta rispetto alla quale la Corte non si discosta dal pronunciato del 2017. Essa conferma che "*una norma interna di un'impresa, che vieta ai lavoratori di indossare […] qualsiasi segno visibile di convinzioni […] non costituisce, nei confronti dei lavoratori che seguono determinate regole di abbigliamento in applicazione di precetti religiosi, una discriminazione diretta*" quando è applicata in maniera generale e indiscriminata. Per sostanziare tale fattispecie non è quindi sufficiente un qualsiasi collegamento tra il trattamento e la religione, come suggerisce il Tribunale di Amburgo, ma occorre in concreto "*una differenza di trattamento fondata su un criterio inscindibilmente legato alla religione o alle convinzioni personali*". Nelle maglie di tale argomentazione la Corte ammette la possibilità di una valutazione del trattamento che tenga conto delle specificità religiose. In tal senso essa richiama l'attenzione sul fatto che la dimensione religiosa tutelata dall'art.10 (che è "*parte integrante del contesto rilevante ai fini dell'interpretazione della direttiva*"), è uno degli elementi più vitali dell'identità della persona, credente o meno che sia (punto 48), e si manifesta anche con segni o indumenti. Ciò premesso essa precisa che la direttiva non limita né la discriminazione basata su una convinzione personale né la comparazione per individuarla "*alla cerchia di persone […] che non aderiscono a una data religione o a determinate convinzioni personali*" (punto 49-50).

[34] Cfr. F. ALICINO, *Costituzionalismo europeo delle religioni*, Padova, 2011, p.119.

Nulla impedirebbe quindi al giudice nazionale di utilizzare un gruppo di confronto più ristretto, come suggerito dal giudice di Amburgo, fermo restando che all'esito dell'esame si avrà discriminazione diretta solo se "il *trattamento meno favorevole o il particolare svantaggio di cui trattasi venga patito in funzione della religione o delle convinzioni personali*".

Nelle risposte ai quesiti successivi si fa costante la necessità di un bilanciamento tra la libertà di impresa e quella religiosa che investe tutta la valutazione della fattispecie discriminatoria, emerge inoltre la volontà della Corte di sottrarre all'imprenditore il dominio sulle politiche aziendali che coinvolgono la libertà religiosa. Il primo paletto riguarda la possibilità di scelta tra una politica di neutralità indistinta ed una selettiva, riconosciuta dall'Avv. Rantos. Per la Corte al contrario una disposizione che vieti soltanto i segni vistosi e di grandi dimensioni, presentata nel ricorso tedesco e dall'Avvocato generale come una possibile discriminazione indiretta, ricade invece nella fattispecie ben più grave di discriminazione diretta. Il maggior pregiudizio sofferto dalle persone che aderiscono a "*correnti religiose filosofiche e non confessionali che prevedono che sia indossato un indumento o un segno di grandi dimensioni, come un copricapo*" configura infatti una disparità di trattamento basata su un criterio inscindibilmente legato al motivo protetto. Nel censurare come discriminazione diretta le politiche di neutralità selettiva la Corte respinge l'idea di un imprenditore che decide quale segno o simbolo può offendere la propria clientela e/o il suo interesse, sotto il solo vaglio del giudice nazionale; una prospettiva che oltre a far arretrare la tutela della libertà religiosa del lavoratore sbriciolerebbe l'unità degli Stati membri nel contrasto alla discriminazione.

Il ridimensionamento della potestà imprenditoriale si fa più evidente nella risposta ai quesiti sulla discriminazione indiretta, il cui accertamento, ricorda la Corte, per l'art.2.2 passa per una doppia valutazione: la giustificabilità oggettiva della differenza collegata ad una finalità legittima, e la appropriatezza e necessità dei mezzi con cui essa si realizza. Entrambe le nozioni, scrive, devono essere interpretate restrittivamente, tenendo conto delle finalità e degli obbiettivi perseguiti dalla direttiva ed iscritti nei Considerando 4, 11 e 12 (che di nuovo richiama), e nel quadro della tutela delle libertà, in particolare quella religiosa garantita dall'art. 10.1 della Carta. Su tali basi si ribadisce che la volontà del datore di condurre una politica di neutralità rientra nella libertà di impresa di cui all'art.16 e costituisce una finalità legittima e tuttavia, si precisa, essa "*non è di per sé sufficiente a giustificare in modo oggettivo una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali*". La scelta di neutralità aziendale soddisfa soltanto la prima parte dell'accertamento, la giustificazione del divieto richiede ulteriormente che la

diversificazione sia connessa "*ad un'esigenza reale*" comprovata, tra cui si annovera la prevenzione dei conflitti sociali all'interno dell'azienda[35].

La Corte esce così dall'automatismo per cui la volontà neutralizzante dell'imprenditore giustifica di per sé la limitazione della libertà religiosa sia sotto il profilo sostanziale che procedurale. Quanto al primo, le condizioni richieste evocano la sostanza del requisito occupazionale essenziale e determinante, in cui possono rientrare anche i desideri della clientela, come affermato nel 2017, ma solo se consistono in "*aspettative legittime"* come "*il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche riconosciuto all'articolo 14 della Carta*". Diritto fatto valere dalla WABE nel caso sottoposto al Tribunale di Amburgo. La Corte chiude invece la porta ai pregiudizi della clientela, citando ad esempio oltre al caso Bougnaoui quello Feryn (10 luglio 2008, C-54/07), in cui quest'ultima, impresa specializzata nella vendita ed installazione di porte, selezionava i propri dipendenti per razza ed origine etnica, escludendo gli alloctoni sulla base della reticenza della clientela a farli accedere alla propria abitazione. La pronuncia non approfondisce invece i caratteri dell'altra esigenza che la Corte ha dichiarato reale, vale a dire la necessità di prevenire conflitti sociali interni riconducibili alle diverse religioni e culture presenti in seno all'impresa. Si tratta di un punto non meno sensibile del precedente, il fatto che in tal caso ci si confronti con la percezione ed il desiderio di un lavoratore piuttosto che di un cliente non può attribuire al soggetto il potere di incidere indiscriminatamente sulla libertà dell'altro di manifestare la propria convinzione senza una solida base di legittimazione. Si devono quindi escludere, come per la clientela, motivazioni o pretese basate sul pregiudizio o peggio sull'odio etnico-religioso o culturale che, laddove fossero cause di conflitti e disordini interni, andrebbero sanzionate, anche con gli strumenti disciplinari a disposizione del datore. Quanto alla struttura del giudizio valutativo, il fatto che la ricorrenza di una finalità legittima non sia dirimente impone all'imprenditore, e al giudice nazionale in fase di controllo del potere del primo, una ponderazione tra la libertà di impresa e quella religiosa che per la Corte investe non solo la giustificazione della disparità, ma anche la fase successiva, vale a dire l'accertamento del carattere *appropriato e necessario* dei mezzi con cui essa è attuata (capo 82,83). Le misure adottate infatti saranno appropriate se sono idonee ad attuare il fine, che a sua volta deve

[35] Nel Caso C-341-19, la MJ afferma che l'obbiettivo della sua politica di neutralità è anche quello "*di prevenire in tal modo conflitti tra i dipendenti. In passato si sarebbero già verificati in diverse occasioni conflitti di tal genere, riconducibili alle diverse religioni e culture presenti in seno all'impresa*" (punto 34).

essere perseguito in modo coerente e sistematico. La verifica delle predette condizioni spetta al giudice nazionale, la Corte tuttavia offre un esempio negativo, rilevando che il divieto rivolto solo a segni e simboli di piccole dimensioni (se anche superasse la censura di discriminazione diretta) sarebbe inappropriato, poiché un simbolo che sia visibile, per quanto piccolo, comprometterebbe l'obbiettivo dichiarato di mostrare una neutralità aziendale (punto 77). Il pericolo di scelte imprenditoriali legate al pregiudizio nei confronti di minoranze e/o di religioni che obbligano all'uso di corredi personali inducono a sbarrare ogni porta alla libertà di selezionare tra segni e simboli indossati, sia quando la politica di neutralità è collegata ad esigenze di ordine interno sia quando investe il rapporto con la clientela[36]. Quest'ultimo entra anche nella valutazione dell'aspetto finale della giustificazione, vale a dire la necessità del limite, che nel caso Acbhita, in via esemplificativa, la Corte ha ritenuto integrato da un divieto rivolto ai soli lavoratori a contatto con la clientela. Ora invece essa precisa che il divieto deve essere strettamente necessario in rapporto alle conseguenze che il datore intende evitare, pertanto il fatto che il lavoratore abbia contatti con la clientela potrebbe non essere più sufficiente per limitare la sua libertà religiosa.

In chiusura i giudici scrivono che il bilanciamento tra le libertà "*è conforme alla giurisprudenza della Corte"* (capo 84), e precisano che nelle sentenze del 2017 fu richiamato espressamente il solo art. 16 della Carta poiché "era in discus*sione soltanto la libertà di impresa",* ora però *"si deve dichiarare che l'altra libertà alla quale la Corte faceva riferimento nella medesima sentenza era la libertà di pensiero*". L'insistenza con cui la Corte consolida una linea interpretativa uniforme della direttiva è in linea con la creazione di un diritto antidiscriminatorio comune agli Stati, ed in riferimento alla religione manifesta la volontà di promuovere un'azione unitaria di contrasto alla disparità religiosa, nella consapevolezza che l'identità religiosa può essere un fattore disgregante, ma anche un valore coesivo laddove i conflitti che esso può generare siano prevenuti o equamente composti. In tale contesto si inserisce la risposta ai quesiti circa la relazione tra le norme interne di maggior tutela della libertà religiosa e la direttiva 2000/78. Quest'ultima, ricorda la Corte, stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento che "*lascia un margine di discrezionalità agli Stati membri, tenuto conto della diversità dei loro approcci quanto al ruolo che essi attribuiscono, al*

[36] Cfr. Punto 77: "A *tal riguardo, occorre precisare che una politica di neutralità in seno all'impresa, come quella oggetto della prima questione nella causa C-341/19, può essere perseguita in modo efficace soltanto se non è ammessa alcuna manifestazione visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose quando i lavoratori sono a contatto con i clienti o tra di loro [...]".*

loro interno, alla religione o alle convinzioni personali". Non vi è dubbio pertanto che "*una disposizione nazionale relativa alla libertà di religione e di coscienza possa essere considerata come una disposizione nazionale più favorevole alla tutela del principio della parità di trattamento, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva*". In particolare, si sottolinea, il legislatore dell'Unione ha lasciato indefinita la ponderazione e la conciliazione tra la libertà di pensiero, di convinzione e di religione, da un lato, e dall'altro gli obiettivi legittimi che possono essere invocati a giustificazione di una disparità di trattamento [art.2.2, lettera b), i)]. Tale conciliazione pertanto è rimessa agli Stati membri e ai loro giudici, tuttavia per la Corte non si tratta di una delega in bianco, al contrario il margine di discrezionalità degli Stati va di pari passo con un controllo che spetta al giudice dell'Unione.

La linea di equilibrio tra la libertà religiosa e quella di impresa tracciata dalla Corte di giustizia nel luglio 2021 partecipa all'evoluzione di un diritto antidiscriminatorio europeo sempre più connesso al principio di uguaglianza, ed orientato ad una tutela uniforme dei diritti e delle libertà fondamentali, compresa quella religiosa, nell'intera area europea. Si tratta di un'azione che sottrae spazio alle libertà di entrambi i contraenti nelle relazioni private, e nel contempo di un processo evolutivo che nel ridurre la competenza degli Stati sulle materie di diretta competenza (come quella religiosa) è in grado di riscrivere il rapporto tra religione e ordinamento europeo. L'avversione della Corte verso la frammentazione di politiche antidiscriminatorie guarda infatti alle normative nazionali poste a monte delle politiche aziendali, le quali, sia per una malintesa laicità sia per il permanere o il rifiorire di sistemi neo-confessionisti, potrebbero legittimare discriminazioni religiose. La pronuncia del luglio 2021 si pone così in continuità con l'applicazione orizzontale del diritto antidiscriminatorio dell'Unione, basata sull'art. 21 della Carta[37], che in materia religiosa è stata utilizzata più volte[38] ed ha condotto la Corte, nel 2019, a rendere concreta la parità religiosa imponendo l'estensione a tutti i lavoratori del favore riservato dalla norma nazionale ai soli appartenenti ad alcune Chiese, in attesa dell'intervento correttivo del legislatore austriaco[39].

[37] Cfr. A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere*, cit., 40; A. CAPROTTI, *Il ruolo attivo del giudice nazionale con riferimento alla concreta applicazione del principio europeo di non discriminazione sul luogo di lavoro*, in *Prospettive di diritto pubblico comparato Online*, 2019/2, 1-10.

[38] Cfr. Corte di giustizia UE, 17 aprile 2018, C-414/16; 11 settembre 2018, C-68/17 entrambe cit.

[39] Cfr. Corte di giustizia UE, 22 gennaio 2019, C-193/17, cit.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 1/2022
Data: 1° febbraio 2022

Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum *per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*[*]

di **Ugo Adamo** – *Ricercatore a t.d. in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università della Calabria*

ABSTRACT: The paper deals with the forthcoming admissibility judgment of the Italian Constitutional Court, relative to the Article 75 of the Constitution. The *referendum* question concerns consensual homicide, a subject that is clearly not among the laws that are explicitly exempt from *referendum*. The Constitutional Court will have to decide whether this subject is among those; subjects that are exempt from the *referendum*. That is, if this matter falls among those implied grounds of inadmissibility that concern the formulation of the question.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il giudizio tra ammissibilità e legittimità. – 2. Sui limiti riguardanti l'oggetto e il quesito. – 3. Sulla normativa di risulta. – 4. Conclusioni (più che) aperte.

1. Premessa. Il giudizio tra ammissibilità e legittimità

Il giudizio di ammissibilità sul *referendum* abrogativo *ex* art. 75 Cost. ha conosciuto nel corso dei decenni una significativa innovazione rispetto all'istituto per come disegnato dal testo

[*] Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

costituzionale[1]. Innovazione dovuta a una giurisprudenza[2] tanto pervasiva quanto imprevedibile che rende assai difficile anticipare (con un'accettabile dose di prevedibilità, appunto) la decisione che la Corte farà propria rispetto al giudizio che deve concludere *ex lege* entro febbraio qualora nell'anno precedente siano state raccolte le firme richieste e il quesito abbia superato il prodromico giudizio di legittimità.

Come vedremo – alla luce della giurisprudenza costituzionale – il giudizio non è facilmente distinguibile, almeno in modo netto, fra ammissibilità e merito; anche se ci esprimeremo sulla irriducibilità dei due giudizi[3], proporremo alcune osservazioni sia sull'ammissibilità della proposta referendaria che sulla costituzionalità della normativa di risulta.

Se sono questi gli obiettivi del nostro intervento, non si può che partire richiamando – seppure per cenni – le plurime fasi ondivaghe (se non proprio contraddittorie) della giurisprudenza costituzionale in tema di cause d'inammissibilità del *referendum* abrogativo.

La ricostruzione critica risulta imprescindibile in quanto la materia del quesito di cui si tratta non riguarda i limiti c.d. 'espliciti', quanto quelli 'impliciti' (di creazione pretoria) al *referendum*. Ciò su cui si concentrerà l'attenzione processuale della Corte, infatti, è la richiesta referendaria relativa all'articolo 579 c.p., vale a dire quella disposizione codicistica che dal 1930 vieta l'omicidio del consenziente[4] in modo assoluto, in quanto figura autonoma di delitto, in affermazione del principio di indisponibilità della vita.

---

[1] A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del* referendum *abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 3; M. LUCIANI, *Art. 75 Cost. La formazione delle leggi. Il* referendum *abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005, pp. 324 ss. Cfr., altresì, AA.VV., *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Atti del Seminario svoltosi in Roma il 14 luglio 2000, a cura di F. Modugno-G. Zagrebelsky, Giappichelli, Torino, 2001; AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del* referendum *abrogativo*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 luglio 1996, Giuffrè, Milano, 1998; P. CARNEVALE, *Il* referendum *abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Cedam, Padova, 1992.

[2] Corte cost., sent. n. 16/1978, p.to 2 *cons. in dir.*: «[v]ero è che questa Corte giudica dell'ammissibilità dei referendum [, ma] non per questo si può sostenere che il secondo comma debba essere isolato, ignorando i nessi che lo ricollegano alle altre componenti la disciplina costituzionale del referendum abrogativo. Il processo interpretativo deve muoversi invece nella direzione opposta. Occorre cioè stabilire, in via preliminare, se non s'impongano altre ragioni, costituzionalmente rilevanti, in nome delle quali si renda indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale, a integrazione delle ipotesi che la Costituzione ha previsto in maniera puntuale ed espressa. Diversamente, infatti, si determinerebbe la contraddizione consistente nel ritenere – da un lato – che siano presenti, nel nostro ordinamento costituzionale, ipotesi implicite d'inammissibilità, inerenti alle caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto del referendum abrogativo; e che questa Corte non possa – d'altro lato – ricavarne conseguenze di sorta, solo perché il testo dell'art. 75 secondo comma Cost. non le considera specificamente».

[3] A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 360.

[4] È facile constatare che nel codice si parla di omicidio del consenziente e non di eutanasia; le due fattispecie non sono (storicamente) del tutto sovrapponibili, anche se, a leggere la giurisprudenza e la dottrina, la interferenza, se non

Si è appena detto che la materia del quesito non riguarda i limiti materiali 'espliciti', nella misura in cui quella dell'omicidio del consenziente non rientra chiaramente *ratione materiae* fra le leggi *ex* art. 75, c. 2, Cost., ma neanche fra le altre *materie* 'implicite' (cause di (in)ammissibilità che riguardano l'oggetto); semmai, possibili osservazioni rilevano sugli ulteriori motivi di inammissibilità, sempre di tipo implicito e che attengono alla formulazione della domanda (cause relative al quesito)[5].

Il *punctum dolens* del ragionamento che stiamo per proporre sta nella difficoltà di tenere distinti i profili della (in)ammissibilità da quelli della (il)legittimità pur volendolo fare. Ragionare di disciplina adeguata alle prescrizioni costituzionali significa andare oltre l'ammissibilità e osservare la normativa di risulta e, con essa, la legittimità delle conseguenze ordinamentali dell'intervento referendario. Si procederà secondo tale ragionamento perché esso è consustanziale alla giurisprudenza costituzionale, anche se la Corte diverse volte ha chiaramente affermato l'irriducibilità dei due giudizi. Si avanzerà in tal modo, ma solo dopo aver ricordato che ragionare di situazione normativa risultante dalla pronunzia popolare non dovrebbe essere possibile a una Corte che è chiamata a esaminare (solo) se il quesito è ammissibile o meno; il che, a guisa di quanto prescritto dal parametro (allargato) di cui all'art. 2 della l. cost. n. 1/1953 *Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale*, stabilisce che «[s]petta alla Corte costituzionale giudicare se le richieste di *referendum* abrogativo presentate a norma dell'art. 75 della Costituzione siano ammissibili ai sensi del secondo comma dell'articolo stesso». Si ricorda la legge costituzionale[6] perché altro non fa che ribadire in modo preciso che l'art. 75 Cost. limita il giudizio

proprio la stretta coincidenza, pare oggi esserci (cfr. più avanti nel testo). Comunque «è la descritta portata oggettiva del quesito, e non già la corrispondenza ad essa del titolo attribuito, che costituisce elemento decisivo per ritenere, da tale punto di vista, la ammissibilità della richiesta di *referendum*»: Corte cost., sent. n. 37/2000, p.to 4 *cons. in dir.*

[5] Sui «quattro distinti complessi di ragioni di inammissibilità», si v. la più recente Corte cost., sent. n. 28/2017, che richiama la sent. n. 16/1978, p.to 4 *cons. in dir.*: «1) le richieste che incorrono in una delle cause di inammissibilità testualmente indicate dal secondo comma dell'art. 75 Cost. (leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali), la cui interpretazione però non deve limitarsi a quella letterale ma deve, invece, essere integrata con quella logico-sistematica, affinché siano sottratte al referendum anche «le disposizioni produttive di effetti collegati in modo così stretto all'ambito di operatività delle leggi espressamente indicate dall'art. 75, che la preclusione debba ritenersi sottintesa» […]; 2) quelle aventi ad oggetto una pluralità di domande eterogenee e carenti di una matrice razionalmente unitaria; 3) quelle aventi ad oggetto non un atto avente forza di legge ordinaria, ma la Costituzione, le leggi di revisione costituzionale, le altre leggi costituzionali di cui all'art. 138 Cost.; 4) quelle aventi ad oggetto le disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente obbligato».

[6] E non già la disposizione ordinaria (l. n. 352/1970) perché questa non potrebbe vincolare la Corte in quanto non è in grado (se non attraverso una inversione della gerarchia delle fonti) di determinare l'estensione o la riduzione della portata dell'art. 75 Cost. col fine di influenzare il giudizio costituzionale.

costituzionale – solo ed esclusivamente – a quello dell'ammissibilità delle leggi *ratione materiae* prima elencate fra i limiti espliciti.

È evidente che parlare di *normativa di risulta* significa anticipare un giudizio di legittimità sulla disciplina che dovesse mostrarsi irragionevole in una sede che è di inammissibilità; riconoscere nei tanti precedenti lo svolgimento di un giudizio che può essere definito come preventivo non ci esula dal rilevare l'intrinseca irragionevolezza di tale giurisprudenza referendaria.

Le ragioni sono plurime e possono essere così sintetizzate. Quello della Corte è un giudizio che si inserisce in un procedimento amministrativo[7] più ampio e che si conclude proprio con l'ammissibilità o meno della richiesta; il giudizio è su ciò che è stato e non su cosa sarà, non è un sindacato preventivo su disposizioni[8] (oggetto del giudizio è la richiesta, a ben vedere), che è per sua natura astratto, e che non prende in considerazione la norma che trae concretezza dal caso[9]. La Corte, con questa sua giurisprudenza, al di là delle motivazioni (più di politica del diritto, però)[10], corre il rischio di apparire (ed essere) arbitraria su una questione che risulta prematura. Del resto, è l'ordinamento medesimo che – tranne per limitati casi (costituzionalmente tipizzati) – riconosce la sua tutela (per l'appunto ordinamentale) come successiva e concreta, e finanche ipotetica perché 'affidata' al giudice *a quo*. L'ordinamento già prevede gli strumenti per valutare e correggere la produzione delle fonti del diritto; anticiparli bloccando il procedimento referendario esporrebbe la Corte all'eventualità di incidere (definitivamente) sulla libera espressione del diritto di voto (che potrebbe anche bloccare la proposta referendaria, sia ben inteso), incrinando la stessa legittimazione dell'istituzione. Legittimazione che rimarrebbe salda se si tenesse ferma la differenza che intercorre

[7] A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali I*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 703.

[8] E non già su norme, cfr. Corte cost., sent. n. 13/2012, p.to 6 *cons. in dir.* Il giudizio di ammissibilità «si atteggia, per costante giurisprudenza, "con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge" (cfr. sentenze n. 16 del 1978 e n. 251 del 1975). Non è quindi in discussione in questa sede la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale […], né è questa, parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del *referendum* (cfr. sentenze n. 26 del 1987 e n. 24 del 1981)» così Corte cost., sent. n. 46/2005, p.to 3 *cons. in dir.* Ancor prima *ex pluribus* le sentt. nn. 24 e 26/1981. Giurisprudenza contraria è in Corte cost., sentt. nn. 14, 15, 17, 19, 31, 35, 38/1997: anno di vero e proprio lavoro intenso per la Corte.

[9] Il giudizio incidentale proprio nel caso 'Antoniani-Cappato' ha dimostrato, forse, di essere fin troppo concreto: R. ROMBOLI, *Intervento*, ne *Il Forum – sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, a cura di E. Malfatti, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, p. 101.

[10] A. PIZZORUSSO, *Problemi del* referendum *abrogativo*, in *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 193 ss.

tra il *controllo* di ammissibilità e il *giudizio* di costituzionalità, ovverosia tra *possibilità* di svolgimento del *referendum* e *merito* circa la conformità o meno della legge alla Costituzione tutta.

Posta questa premessa metodologica, possiamo iniziare con il constatare che il quesito referendario[11] (al momento *rubricato*) sull'eutanasia legale non interessa alcuna delle materie costituzionalmente sottratte alla richiesta referendaria e quindi dovrebbe passare immune il giudizio di ammissibilità nella misura in cui non siamo dinanzi a leggi costituzionali o a leggi atipiche, ma neanche (e soprattutto) davanti a leggi a contenuto costituzionalmente vincolato ovvero costituzionalmente obbligatorie o necessarie.

Se per i primi due ambiti materiali *nulla quaestio* (o non dovrebbe), qualche osservazione è comunque quantomeno opportuna in merito alle altre 'tipologie' (dal punto di vista sostanziale e non formale) di leggi.

2. Sui limiti riguardanti l'oggetto e il quesito

L'art. 579 c.p.[12] non rappresenta una *legge a contenuto costituzionalmente vincolato*[13], in quanto – come è noto e al di là della sfumatura che ha assunto tale categoria col passare dei lustri – questa non rappresenta l'unica disciplina di un disposto costituzionale che venendo meno costituirebbe una violazione diretta della Costituzione che non potrebbe conoscere altra attuazione se non quella che si vorrebbe abrogare.

[11] Dai promotori rubricato (prima) sull'*eutanasia legale*, dall'Ufficio centrale (poi) riformulato *Abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*.

[12] A seguito dell'abrogazione di un frammento del primo comma e dell'intero secondo comma, il nuovo art. 579 c.p. così reciterà: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con ~~la reclusione da sei a quindici anni.~~

~~Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. Si applicano~~ le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:

1. Contro una persona minore degli anni diciotto;
2. Contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti;
3. Contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

[13] «L'unica necessaria disciplina, consentita in sede attuativa della norma costituzionale»: così G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in *Il dettato costituzionale in tema di referendum. Funzioni e poteri della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum*, Piramide, Roma, 1978, p. 28. Corte cost., sent. n. 16/1978, p.to 3 *cons. in dir.* Tale tipologia di leggi è rappresentata da tutte quelle «leggi ordinarie, la cui eliminazione ad opera del *referendum* priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo costituzionale» la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione: Corte cost., sent. n. 25/1981, p.to unico *cons. in dir*.

Se la costruzione dommatica delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato[14] rappresenta una immedesimazione totale tra ammissibilità e legittimità (è come se si volesse abrogare una legge costituzionale, tanto che si definirebbe l'abrogazione come *inutiliter data*), lo stesso, da un punto vista meramente teorico e dottrinario, non dovrebbe valere rispetto alle leggi costituzionalmente *obbligatorie* o a quelle *necessarie*[15]. E ciò in quanto queste ultime rappresentano sì un'attuazione costituzionale ma non l'unica, costituendo piuttosto una delle molte discrezionali (non per questo ragionevoli) attuazioni del disposto costituzionale, purché non venga intaccato il livello minimo di tutela del diritto costituzionalmente garantito dalla norma. Dinanzi a tale 'tipologia' di legislazione, la Corte dovrebbe ammettere il quesito referendario che interessasse tale normativa, in quanto il legislatore sarà sempre libero di intervenire e di realizzare un'attuazione diversa e più aderente al proprio indirizzo politico.

Che il confine appena delineato sia sfumato se non proprio scomparso è sottolineato dalla unanimità della dottrina[16], ma in questa sede interessa rilevare che dal quesito referendario – quello che riguarda l'art. 579 c.p. – risulta che l'eventuale esito positivo della consultazione farebbe comunque residuare una disciplina in grado di non privare (del tutto)[17] l'ordinamento della tutela di beni costituzionali: diritto alla vita e principio di autodeterminazione su tutti. Ma sul punto si ritornerà a breve[18].

[14] Per tutti/e cfr. M. LUCIANI, *Art. 75 Cost.*, cit., pp. 462 ss.

[15] Sono quelle che, «in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento»: Corte cost., sentt. nn. 49/2000, p.to 3 *cons. in dir.*; 45/2005, p.to 5 *cons. in dir*.

[16] E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 7ª ed., Giappichelli, Torino, 2021, pp. 302 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 365; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 484; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, *II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 380 s.

[17] Non rileva qui e ora il livello di tutela apprestata.

[18] Cfr. già A. PUGIOTTO, *Intervento* ne *Il* referendum *per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), pp. 4 ss. Più di una perplessità è autorevolmente espressa da V. ONIDA, P. VERONESI, I.A. NICOTRA, tutti in *Il* referendum *per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), e, rispettivamente, pp. 1 ss., 7 s., 5 s.; G.M. FLICK (*Caos giuridico in vista. Flick: «Eutanasia, un referendum ambiguo»*, intervista del 21 agosto 2021), A. D'ALOIA, (*«Il referendum sull'eutanasia apre a un risultato ambiguo e irrazionale»*, intervista del 26 agosto 2021), S. CURRERI, (*Eutanasia. «Dal referendum esito irragionevole». La Consulta e il tema-ammissibilità*, intervista del 1° settembre 2021) tutti in *Avvenire.it*; D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un* referendum *abrogativo*, in *Sistema Penale*, 19 ottobre 2021, 1 ss.

Il quesito in questione, inoltre, presenta (sotto altro ma simile aspetto) il necessario carattere della omogeneità[19], in quanto non contiene al suo interno nessuna pluralità di domande. Detto in altro modo, l'elettore può dare una e una sola risposta e quest'ultima è univoca e ciò – così come vuole la Corte – tutela il principio della libertà del voto desunto dagli artt. 1 e 48 Cost. Il quesito, allora, ha la «matrice razionalmente unitaria»[20], nella misura in cui appare sicuramente univoco nell'obiettivo che intende perseguire (la richiesta è chiara, completa, coerente); è evidente, infatti, che l'obiettivo è quello di capovolgere il paradigma della indisponibilità della vita in quello opposto della disponibilità della stessa[21], allargando *de iure* l'ambito di operatività dell'art. 50 c.p. – che circoscrive la sua operatività ai *diritti disponibili* – e quindi la scriminante per una causa di liceità per cui il consenso dell'offeso rende lecito un fatto che altrimenti costituirebbe illecito penale (*volenti et consentienti non fit iniuria*). Questo è ciò che emerge dall'esame dei frammenti normativi che il quesito chiede di rimuovere dall'art. 579 c.p.: la libertà dei promotori non sembra prevalere su quella degli elettori, che hanno dinanzi a loro una scelta dicotomica, assolutamente coerente, anzi richiesta dal metodo referendario. L'abrogazione produrrebbe l'effetto per cui il mero consenso eliminerebbe l'antigiuridicità dell'omicidio, tranne che per chi si trova nelle condizioni in cui non può esercitare il *consenso* pieno, libero e consapevole, vale a dire non solo minori, persone inferme di mente o cui il consenso è stato estorto con violenza o inganno, ma anche persone che attraversano difficoltà e sofferenze (la richiesta del consenso assolve *anche* allo scopo di tutelare proprio tali soggetti). Questa la scelta binaria propria del *referendum*, che esclude altre soluzioni intermedie tra disposizioni vigenti e di risulta che, nel caso sottoposto alla nostra attenzione, paiono poi tutto sommato non esserci.

Procedendo con gli altri limiti e requisiti impliciti, fra i più 'delicati' vi è quello della manipolatività, e ciò perché la Corte[22] nella sua giurisprudenza referendaria ha ammesso o meno la richiesta referendaria secondo un parametro troppo variabile, tanto da rilevare come limitato ovvero eccessivo l'intervento sul testo da abrogare. Anche se ogni *referendum* per sua natura determina un

[19] Sulla problematica di tale limite, si rinvia, ancora una volta, a M. LUCIANI, *Art. 75 Cost.*, cit., pp. 421 ss.

[20] Corte cost., sent. n. 16/1978, p.to 3 *cons. in dir.*

[21] Non si può che rinviare al fondamentale testo di G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, UTET, Torino, 2020; T. PADOVANI, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione*, in *www.referndum.eutanasialegale.it*, pp. 1 ss.

[22] I quesiti manipolativi, specialmente dinanzi a 'leggi costituzionalmente necessarie', sono stati richiesti quando necessari a garantire «l'esigenza insita nell'imprescindibile portata che questa Corte attribuisce alla chiarezza, univocità ed omogeneità del quesito»: Corte cost., sent. n. 47/1991, p.to 4.1 *cons. in dir.*

nuovo assetto normativo, costante, anche se non lineare, è la giurisprudenza referendaria in tema di divieto di manipolatività del quesito referendario che limita – anche in modo incisivo – l'impiego della c.d. 'tecnica del ritaglio'. Con tale tecnica, attraverso una chirurgica abrogazione di lemmi, di congiunzioni, di segni di interpunzione (comunque non di interi disposti), si produce una innovazione in grado di «introdurre una nuova statuizione, non ricavabile *ex se* dall'ordinamento, ma anzi del tutto estranea al contesto normativo»[23]. La Corte, con la sua giurisprudenza, è arrivata a sanzionare il quesito per il suo carattere «eccessivamente manipolativo»[24], dove l'avverbio rileva un'alterazione completa di tutti i «caratteri sintomatici» di una legge oggetto di *referendum* che non può essere, quindi, dichiarata ammissibile.

A dire il vero la Corte, già dalla sentenza n. 36 del 1997, ha cercato, ma solo a livello astratto, di stabilire una dicotomia fra la richiesta ammissibile e quella inammissibile in quanto, come ribadirà nel 2017, la tecnica del ritaglio «non è di per sé causa di inammissibilità del quesito». Infatti, per la Corte, la manipolatività è ammissibile quando l'innovazione prodotta dall'eventuale voto favorevole alla richiesta referendaria si renda necessaria per consentire la «riespansione di una compiuta disciplina già contenuta in nuce nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del *referendum*»[25] o comunque quando la disciplina risultante sia il naturale prodotto di quella «fisiologica espansione delle norme residue o [di] consueti criteri di autointegrazione dell'ordinamento»[26].

Nel caso che qui interessa, la manipolazione è evidente; il 'taglia e cuci' è palese ma avviene in un'unica disposizione senza il rinvio ad altri disposti presenti nell'ordinamento[27] e riesce a ridurre l'ambito applicativo del reato. In tal modo, si è dinanzi a un'abrogazione parziale del (solo) art. 579 c.p. che sottrae contenuto normativo alla fattispecie originaria[28].

[23] Come ebbe modo di dire la Corte nella più che nota sentenza n. 36/1997, p.to. 4 *cons. in dir.*

[24] Corte cost., sent. n. 10/2020, p.to 7 *cons. in dir.*

[25] Da ultimo, Corte cost., sent. n. 26/2017, p.to 5 *cons. in dir.*, ma anche la n. 27/2017 (dove si ribadisce in modo netto che «in sede di controllo di ammissibilità dei referendum, il relativo giudizio non può investire profili di illegittimità costituzionale della legge oggetto della richiesta referendaria o della normativa di risulta»). Cfr., altresì, Corte cost., sentt. nn. 13/1999, 33/2000, 15-16/2008.

[26] Corte cost., sent. n. 36/1997, p.to 4 *cons. in dir.* Cfr. anche Corte cost., sent. n. 13/1999.

[27] Sul punto Corte cost., sent. n. 10/2020, p.to 7 *cons in dir.*

[28] A. PUGIOTTO, *Intervento*, cit., p. 6; R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, *cit*., p. 10.

Si è realizzata una chiara[29] scelta demolitoria[30] di una certa opzione legislativa: si supera il paradigma assoluto dell'indisponibilità della vita a favore di quello della (non assoluta) disponibilità della vita.

Ma andiamo oltre; se il *referendum* avesse un esito positivo, infatti, rimarrebbe nell'ordinamento la *legge costituzionalmente necessaria* e, quindi, il reato dell'omicidio del consenziente al fine di garantire la presenza della cintura protettiva del bene vita. A seguito della dichiarazione della parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p., la normativa di risulta è non solo integrante il contesto normativo, ma diremmo che è da esso addirittura richiesta. Questo modo di procedere, per quanto appena detto, era d'altronde l'unico nella disponibilità dei promotori. È fuor di dubbio che solo la legislazione è in grado di garantire una completa disciplina in tema di eutanasia[31]; lo strumento abrogativo non riuscirebbe a giungere allo stesso livello di completezza legislativa[32]. Quanto appena detto può sembrare fin troppo evidente, ma la conseguenza del considerare lo strumento abrogativo come incapace di creare una normativa completa, a prescindere dalla sua autoapplicatività, può essere destabilizzante se si dovesse giungere a dichiarare l'inammissibilità della richiesta, in quanto si arriverebbe a rilevare che il quesito sull'omicidio del consenziente è troppo poco manipolativo, non riuscendo a contenere i requisiti dettati dalla Corte nel caso 'Cappato-Antoniani'[33]. Si assumerebbe che non si potrebbe in nessun caso[34] richiedere il *referendum* sull'art. 579 c.p., potendosi solo avanzare un'abrogazione totale con la conseguenza che non verrebbe riconosciuto neanche il minore grado di antigiuridicità alla condotta omicida tenuta nei confronti del consenziente.

---

[29] Sulla chiarezza del quesito non si può che rinviare a R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit., p. 8: il quesito mette «l'elettore nella condizione di capire immediatamente l'alternativa che gli viene posta: depenalizzare o meno l'omicidio del consenziente come espressione del riconoscimento della libertà di autodeterminazione sul proprio fine vita».

[30] Quanto «effettivamente demolitoria» è sottolineato da P. VERONESI, *Il* referendum, cit., p. 4.

[31] Ma è altrettanto vero che «ogni altra considerazione, pur attendibile, sull'esigenza che, a seguito dell'eventuale abrogazione referendaria, si pongano in essere gli interventi legislativi necessari per rivedere organicamente la normativa "di risulta", eliminandone disarmonie o incongruità eventualmente discendenti dalla parzialità dell'intervento abrogativo o dall'assenza di discipline transitorie e conseguenziali, non è tale da pregiudicare l'ammissibilità del *referendum* », Corte cost., sent. n. 37/2000, p.to 5 *cons. in dir*. *Contra*, Corte cost., sentt. nn. 35/2000 e 50/2000, citate da R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del* referendum *sull'art. 579 c.p.* (versione provvisoria), in *www.amicuscuriae.it*, p. 14.

[32] In termini diversi dai nostri G. BATTARINO, *L'iniziativa referendaria sull'articolo 579 del codice penale: gli scenari possibili*, in *Questione giustizia*, 01.09.2021, p. 2.

[33] Cfr. ancora *retro* nota 30.

[34] Lo prevedeva R. BIN, *Scivolando sempre più giù*, in *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, a cura di Id., Torino, 1999, p. 29.

Ciò che qui deve rilevare è che non ci si trova dinanzi a un completo stravolgimento del testo legislativo[35] e quindi a una norma completamente nuova[36]. Se non si dovesse riconoscere la *costrizione* alla manipolazione (come per le leggi elettorali), la conseguenza sarebbe quella di sottrarre l'art. 579 c.p. a *referendum* e di non permettere una *innovazione* (per il suo carattere *anche* propositivo) che riesca a garantire (seppur apparendo a molti come contraddittoria, irragionevole, illogica) la legge *costituzionalmente necessaria* alla salvaguardia del bene vita e del principio di autodeterminazione[37]. Quindi, l'eventuale abrogazione delle disposizioni oggetto del quesito non farebbe venir meno un «livello minimo» di tutela *costituzionalmente necessario*[38]. Non si è neanche dinanzi a un *referendum* dal carattere esclusivamente e sostanzialmente propositivo[39] nella misura in cui esso è anche e soprattutto demolitorio di una condotta che, fino ad allora vietata, diverrebbe consentita[40], senza essere sostituita con un'altra «estranea al contesto normativo»[41] o con una inedita mediante la «saldatura di frammenti lessicali eterogenei»[42]. L'importante è non arrivare a porre, per via referendaria, norme che nella vigenza della disposizione abrogata non esistono. Se poi i limiti (quelli che saranno del comma 2 ovvero conseguenti l'interpretazione sulla portata del *consenso*) non dovessero risultare sufficienti, potrà intervenire il giudice nella sua funzione

[35] Questo era il limite per L. PALADIN, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del* referendum, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 luglio 1996, Milano, 1999, p. 21.

[36] Una efficace sintesi critica sulla giurisprudenza costituzionale è in A. MORRONE, *Il* referendum *manipolativo: abrogare per decidere*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2017, pp. 322 ss. Sulla differenza tra *referendum* estensivi-ammissibili e manipolativi *tout court*-inammissibili è in A. PERTICI, *Il giudizio di ammissibilità del* referendum *abrogativo*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 265 ss.; ID., *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità*, cit., pp. 188-222. Cfr., altresì, sui *referendum* manipolativi R. CALVANO, *Il "falso problema" dei* referendum *manipolativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/1997, pp. 322 ss.

[37] Il nucleo costituzionalmente irrinunciabile è comunque fatto salvo nella misura in cui il fatto è punibile se commesso contro un soggetto vulnerabile o il cui consenso sia stato estorto o carpito. Sul punto, molto più che condivisibilmente, A. PUGIOTTO, *Intervento*, cit., p. 5.

[38] Corte cost., sent. n. 45/2005.

[39] Corte cost., sent. n. 50/2000, p.to 3 *cons. in dir.*, che riprende chiaramente la tesi di autorevolissima dottrina, per la quale abrogare non significa *non disporre* ma *disporre diversamente*, in tal senso, come è noto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1993, p. 116. Cfr., ora, almeno: A. ARENA, *Brevi considerazioni sulla discrezionalità del legislatore e sulla legge del mercato (a partire dalla lettura della sent. n. 26 del 2017)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2017, pp. 3 ss.; V. BALDINI, *La variabile ammissibilità (stavolta, negata …) del* referendum *abrogativo "a valenza propositiva"*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017, pp. 1 ss.

[40] Quasi testualmente Corte cost., sent. n. 49/2005, p.to 3.4 *cons in dir.* Ma si v. anche Corte cost., sent. n. 39/1997, p.to 3 *cons. in dir.*, dove si esplicita che sarebbe possibile l'abrogazione parziale di una legge quando questa è richiesta al fine di «mantenere un coerente e consequenziale effetto sottrattivo di norme dalla legge nella quale le "parti" (identificate in singole locuzioni) da sopprimere sono inserite».

[41] Corte cost., sentt. nn. 36/1997, 46/2003, 38/2000, 50/2000, 26-26/2017.

[42] Corte cost., sentt. nn. 36/1997, 34/2000, 50/2000, 26/2011.

giurisdizionale ovvero il Parlamento nella sua funzione nomopoietica. Ma anche la Corte potrà intervenire nella sua funzione di garanzia, giudicando la normativa di risulta se sollevata in un giudizio incidentale[43].

Per l'intanto, la Corte – nel prossimo controllo *ex* art. 75 Cost. – se dovesse affermare che il giudizio di ammissibilità «si atteggia, per costante giurisprudenza, "con caratteristiche specifiche e autonome nei confronti degli altri giudizi riservati [a essa], e in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge"»[44], essa dovrà attendere l'eventuale giudizio in via incidentale; se invece valutasse che la sede di ammissibilità è opportuna nella valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge di risulta, e, quindi, ritenesse possibile e opportuno anticipare la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale, a quel punto il giudizio di ammissibilità potrebbe ospitare pronunce di carattere sostanzialmente interpretativo di quanto si va a rimodulare interpretando[45].

In entrambe le ipotesi, la normativa di risulta avrà comunque un carattere autoapplicativo[46]. Sarà poi (comunque) il giudice a rilevare i limiti alla richiesta di omicidio del consenziente e, quindi, a declinare la portata del consenso. Se dovesse incorrere la seconda delle due ipotesi, nel caso la Corte volesse anticipare il giudizio di legittimità, la portata del consenso potrà avere un primo avallo interpretativo[47].

3. Sulla normativa di risulta

Il sistema fisiologico non ammette un giudizio astratto e preventivo, ma anche se ciò fosse non si vede come potrebbe la Corte costituzionale, proprio a seguito della sua giurisprudenza, negare ragionevolezza al risultato (positivo) del quesito referendario.

[43] *Ex pluribus*, Corte cost., sentt. nn. 26/1987, 45/2000.
[44] Corte cost., sent. n. 46/2005, p.to 3 *cons. in dir.*
[45] In termini perfettamente opposti si pone autorevolissima dottrina: P. VERONESI, *Il* referendum *per l'eutanasia legale*, cit., p. 4.
[46] Lo richiede Corte cost., sent. n. 47/1991, p.to 7 *cons. in dir.*
[47] Si afferma ciò convinti dell'incostituzionalità di una normativa che portasse a 'esasperare' il diritto di autodeterminazione individuale. Conformemente a Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 6 *cons. in dir.*

E infatti, se fino alla sentenza n. 242/2019[48] era possibile sostenere che le ipotesi di rifiuto delle cure e di aiuto al suicidio non fossero tra di loro assimilabili – anche dinanzi a richieste identiche provenienti da più malati (terminare in modo dignitoso la propria vita e con essa le proprie sofferenze)[49] –, la giurisprudenza costituzionale ha poi dimostrato di ridurre al massimo le differenze tra le 'condizioni personali' di malati che pongono una medesima domanda.

La proposta referendaria ha l'intento[50] di superare la differenziazione[51] fra l'aiuto (medicalizzato) al suicidio e l'omicidio (medicalizzato)[52] del consenziente[53], e, quindi, la disparità di trattamento tra chi versa in condizioni di malattia differenti. E infatti, alcune gravi patologie (si pensi alla drammatica situazione a cui è sottoposto chi è costretto a una paralisi totale)[54] non rendono possibile che l'aiuto al suicidio possa concretizzarsi nel massimo atto con cui ci si può

[48] Ma forse si dovrebbe dire *dopo* Corte cost., ord. n. 207/2018, p.ti 8-9 *cons. in dir*.

[49] Lo si è fatto in *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018, p. 188, nota 43. *Contra*, per tutti/e, G. CRICENTI, *Intervento* ne Il referendum *per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), pp. 2 ss. Non paiono, quindi, condivisibili le osservazioni critiche proposte da R. MASONI, *Brevi considerazioni sulla via referendaria al "fine vita"*, in *Giustiziacivile.com* (15 novembre 2021), p. 4 s.

[50] Anche se la richiesta di abrogazione è atto privo di motivazione. Anche l'indagine sull''intento' avvicina il controllo di ammissibilità al giudizio sulle leggi. In dottrina, per tutti/e, V. BALDINI, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Liguori, Napoli, 1996. La domanda abrogativa deve essere valutata nella sua portata oggettiva e che, d'altronde, sono «irrilevanti, o comunque non decisive, le eventuali dichiarazioni rese dai promotori»: Corte cost., sent. nn. 24, 25 e 27/2011. Cfr. anche Corte cost., sentt. nn. 35, 36, 37 e 50/2000.

[51] Il discrimine tra il reato di omicidio del consenziente e quello di istigazione o aiuto al suicidio è stato chiaramente delineato da Cass. pen., sez. I, 6-2-1998, n. 3147, nella misura in cui ha stabilito che esso debba essere «individuato nel modo in cui viene ad atteggiarsi la condotta e la volontà della vittima in rapporto alla condotta dell'agente: si avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria».

[52] Anche se nella normativa di risulta rimarrebbe il riferimento a «chiunque». Ma il consenso, secondo la giurisprudenza della Corte, può essere acquisito nell'ambito del fine vita solo dal medico, e infatti così ha interpretato il riferimento nell'art. 580 c.p. al pronome indefinito «chiunque».

[53] Si pensi che la recente legge spagnola in tema di aiuto al suicidio e di eutanasia parla indiscriminatamente (accogliendo entrambi i trattamenti) di 'aiuto a morire'. Se si v. si rinvia al nostro *L'aiuto a morire nell'ordinamento spagnolo e definizione del contesto eutanasico*, in *Biolaw Journal*, n. 3/2021, 201 ss. Cfr., anche e fra le prime, A. ALBERTI, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 20 marzo 2018.

[54] O anche si può pensare alla situazione «di chi – pur essendo immerso in una situazione in toto conforme alle condizioni indicate dalla Corte – non voglia assolutamente compiere da sé il gesto destinato a darsi la morte (per paura di sbagliare, per il dolore fisico che anche quella minima azione gli provocherebbe, perché preferisce rimettersi alla collaudata esperienza del personale medico. ecc.)», così P. VERONESI, *"Ogni promessa è debito": la sentenza costituzionale sul "caso Cappato"*, in *Giustiziainsieme.it*.

liberare da un corpo che si è fatto carcere[55]. Ciò che i proponenti il *referendum* vogliono assicurare è, quindi, il superamento di una spietata disparità di trattamento che si manifesta anche verso chi, pur potendo richiedere l'aiuto al suicidio (perché si trova nelle ipotesi previste dalla Corte costituzionale), non riesca a compiere (per ragioni diverse)[56] il gesto ultimo e definitivo di darsi la morte per mettere fine a una vita considerata come non degna di essere vissuta[57]. Quindi, l'eventuale normativa di risulta assicurerebbe una prima risposta a chi è affetto da malattie gravemente invalidanti, pur non arrivando a colmare in modo pieno (il Parlamento sarà sempre libero di definire il procedimento ritenuto più ragionevole) il *vulnus* costituzionale prodotto da una normativa che pone l'assolutezza del divieto (non *richiesta* da alcuna norma costituzionale) ovvero da un bilanciamento *diseguale* fra principi e diritti costituzionali.

Si potrebbe comunque arrivare a dire che la fattispecie criminosa, a seguito dell'abrogazione[58], prescinderebbe dalle condizioni di salute[59] tanto da generare una discriminazione fra chi può chiedere l'aiuto al suicidio (medicalizzato) – possibile non con il solo consenso ma anche con la presenza e la valutazione delle condizioni richieste (Corte cost., sent. n. 242/2019) – e chi *semplicemente* l'omicidio del consenziente (a chiunque e col solo consenso); ma allora con un giudizio di legittimità anticipato si giungerebbe a chiedere alla Corte di valutare due irragionevolezze (entrambe irrazionali e contraddittorie proprio alla luce della giurisprudenza sull'art. 580 c.p.) e di accettarne comunque una: questo è un altro argomento per limitare il giudizio alla mera ammissibilità; l'eventuale disarmonia sarà poi risolta con gli strumenti di tutela già predisposti dall'ordinamento.

A noi pare che con la legge di risulta chiunque, per non essere incriminato per omicidio, dovrà muoversi nello stretto ambito del fine vita medicalizzato[60], vale a dire che dovrà dimostrare (e avrà

[55] S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021, pp. 33 ss.; A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, in *Il "Caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, a cura di A. MORRONE, *Forum Quad. Cost.*, 12 ottobre 2018, pp. 1 ss.; C. TRIPODINA, *Non possedere più le chiavi della propria prigione. Aiuto al suicidio e Costituzione tra libertà, diritti e doveri*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2019, pp. 1 ss.

[56] Cfr. *retro* nota 14.

[57] Anche se si è convinti, per quanto si sta sostenendo nel corso della trattazione, dell'incostituzionalità dell'art. 579 c.p., *per incidens* si sostiene che la Corte non possa sollevare dinanzi a se stessa questione di legittimità costituzionale sulle norme oggetto di richiesta referendaria per difetto della rilevanza.

[58] Si v. *retro* nota 11

[59] I.A. NICOTRA, *Op. cit.*, p. 5.

[60] Nello stesso senso autorevolissima dottrina: T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *www.amicuscuriae.it*, pp. 7 ss.

l'interesse a farlo) che l'autorizzazione a compiere l'omicidio del consenziente discende dallo stesso consenso (proceduralmente e sostanzialmente) previsto già per la procedura dell'aiuto al suicidio. Per come dimostra la giurisprudenza ordinaria (granitica e costante)[61] è quanto meno difficile supporre che si possa provare in altro modo il consenso (l'accertata volontà deve essere seria, chiara, convincente e perdurante) senza il rischio (o la certezza) di essere non solo incriminato ma anche condannato.

L'allargamento della liceità dall'aiuto al suicidio all'omicidio del consenziente (ma sempre con limiti) deriverebbe dal rispetto del principio di eguaglianza, che si staglia nella doverosità della non discriminazione. Esso è il frutto di una maggiore copertura costituzionale dell'ordinamento e non già di una logica di scivolamento per pendio, per il quale una volta ammessa una determinata pratica si andrebbe inevitabilmente verso l'affermazione di altre moralmente meno accettabili[62]. È la giurisprudenza costituzionale[63], a guardar bene, ad aver reso palese la disarmonia ordinamentale che si cerca di superare. Dinanzi a casi simili ma non uguali, è il rispetto dell'art. 3, c. 1, della Costituzione (non discriminazione per «condizioni personali») a non consentire una limitazione al ricorso all'aiuto medicalizzato al suicidio solo a chi fisicamente (per una condizione personale) può attuare il proposito suicidario e quindi ottenere una morte ritenuta dignitosa. Non sarebbe fondata su nessuna solida argomentazione l'esclusione di quei soggetti che non riescano ad attuare in modo autonomo la loro ultima (libera e consapevole) decisione, per *incapacità* fisica o per paura dettata dal non potersi *affidare* alle esclusive competenze dell'operatore sanitario.

E allora, pur nella consapevolezza che in un sistema fisiologico è la legge a disciplinare il diritto, dinanzi al silenzio del Legislativo o al parziale cenno che da poco è pervenuto[64] il quesito proposto

[61] Cfr. *retro* a nota 36.

[62] G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., 499 ss.; R.G. FREY, *Il timore della "china scivolosa"*, in G. DWORKIN-R.G. FREY-S. BOK, *Eutanasia e suicidio assistito*, Torino, 2001, pp. 52 ss.; G. MANIACI, *Eutanasia e suicidio assistito*, in *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, a cura di F. Poggi, Roma, 2013, pp. 166 ss.; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, pp. 180 ss. E inoltre, la mera possibilità che si producano conseguenze negative dalla legalizzazione dell'eutanasia non dovrebbe costituire ragione sufficiente per proibire una pratica che si considera servente alla tutela di persone che chiedono legittimamente – come espressione di autonomia individuale – la fine delle proprie sofferenze, attraverso pratiche che producono ricadute solo sulla propria persona e senza procurare pericolo alcuno per altri o più in generale per la società.

[63] Corte cost., ord. n. 207/2018; sent. n. 242/2019.

[64] Si v., per la Camera dei deputati, l'A.C. T.U. 2-A e abb. *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita* in discussione in Assemblea dallo scorso dicembre, e che riguarda il solo aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) e non già l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.). Il testo altro non rappresenta che la positivizzazione dell'esistente, ovverosia della giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 242/2019) che ha *disposto* che non è più reato aiutare qualcuno al suicidio in presenza di quattro condizioni (irreversibilità della malattia, sofferenze

mira a depenalizzare l'omicidio del consenziente di soggetti non vulnerabili attraverso l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. L'esito abrogativo del *referendum* farebbe venir meno il 'divieto assoluto' dell'omicidio del consenziente e consentirebbe una sua praticabilità limitatamente alle forme previste dalla legge sul consenso informato (la n. 219 del 2017).

Finora abbiamo dato per scontato che la normativa penale dell'omicidio del consenziente sia applicabile *in re ipsa* in un contesto eutanasico (su tutto: lo stato di malattia grave, cronica, invalidante e irreversibile). E infatti, con la sentenza n. 242 si è dato l'abbrivio alla costruzione di quello che può essere definito uno *statuto del principio di autodeterminazione nelle scelte di fine vita*[65], che andrebbero ridefinite come di aiuto a morire medicalizzato. La scriminante definita dalla Corte – sulla quale può (ma non obbligatoriamente) decidere il Parlamento[66] – è servente alla libera definizione del principio di autodeterminazione quando l'oggetto della decisione è il bene vita ed essa si basa *e* sul consenso *e* sulla verifica che la decisione presa sia libera e consapevole[67]. Detto altrimenti, non si riesce a immaginare come si possa chiedere il proprio fine vita senza presentare il quadro clinico e psicologico che risulta dalla 'giurisprudenza Cappato-Antoniani'[68]; si afferma ciò

psichiche o fisiche intollerabili, dipendenza da un trattamento di sostegno vitale e consenso della persona) e nel rispetto della verifica delle condizioni da parte del SSN e del parere del Comitato per la valutazione clinica presso le AST.

[65] La Corte con la sentenza 242/2019 ha consentito che in ambito di fine vita il *principio di autodeterminazione* possa essere affermato ma *limitatamente* alle strette condizioni da essa stessa determinate. Quindi non un consenso senza limiti, anzi, tutto il contrario. Affermata questa cornice costituzionale, se gli stessi limiti non dovessero risultare cogenti anche per l'espressione dell'autodeterminazione per la richiesta di omicidio del consenziente, allora la normativa di risulta non potrebbe che essere incostituzionale. Detto in altro modo, il solo consenso, comunque nell'impossibilità della sua verifica, non potrebbe scriminare quando l'oggetto di tutela è il bene vita. La Corte (ord. 20/27108; sent. n. 242/2019) dispone che i limiti all'evoluzione moderna delle pratiche eutanasiche (ecco perché si parla di statuto costituzionale del principio di autodeterminazione nelle scelte del fine vita) devono essere inquadrati – e, quindi, legittimati – in un ordinamento in cui, seppure non esiste il dovere di vivere, l'interesse primario da tutelare è non solo (per come si sta dicendo) il rispetto del principio di autodeterminazione, ma anche lo stesso diritto alla vita nonché la funzione generalpreventiva c.d. positiva del diritto penale (laico e secolarizzato) che è posto a protezione proprio del bene primario della vita. Quindi, il bene-vita viene oggettivato sulla base di criteri tassativi concernenti le condizioni in cui il soggetto cosciente deve trovarsi affinché la sua domanda possa essere presa in considerazione, non bastando, appunto, la sua mera richiesta, seppur priva di qualsiasi costrizione esterna o interna. L'eventuale richiesta di omicidio del consenziente che non rispetti le coordinate della Corte non avrebbe seguito, in quanto non corrispondente alle procedure oggi disponibili, che sono quelle scritte dalla Corte nella sentenza n. 242/2019 (al di là del fatto che le si ritenga troppo o troppo poco stringenti).

[66] Così come giudici e di nuovo la Corte costituzionale, ma anche la Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

[67] Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 2.3 *cons. in dir.*

[68] Sulla quale chi scrive ha comunque avanzato diverse critiche per aver valutato la cintura protettiva come troppo stretta: *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2020, pp. 35 ss.

perché il consenso[69] va *accertato* e l'ordinamento lo permette anche a discapito del bene vita, se e nella misura in cui si realizza una scriminante procedurale che è insista nello *statuto costituzionale del fine vita.*

Non rilevano, allora, quei dubbi generati da una presunta irragionevolezza della normativa risultante dall'abrogazione per il fatto che essa porterebbe a legalizzare l'omicidio del consenziente a prescindere da qualsiasi limite[70] se non quello, non meglio specificato, del *consenso*. Il *consenso* è evidentemente quello inserito nelle decisioni di fine vita perché l'art. 579 è, da questo punto di vista, un tutt'uno con il 580 c.p.[71]. Non basta, *id est*, chiedere di morire a prescindere dal proprio stato di salute per essere consenzienti al proprio omicidio, proprio perché il *consenso* richiesto va *accertato*[72] nell'unica procedura già esistente nell'ordinamento ovverosia quella predisposta in un contesto di richiesta di aiuto medicalizzato a morire. Inoltre, ricondotta la vita tra i diritti disponibili, è da stabilire che la portata scriminante del consenso deve essere determinata assumendo come parametro di riferimento la sentenza n. 242 che tratta del bene vita come diritto disponibile, pur stabilita la conformità a Costituzione dell'aiuto al suicidio. Il consenso ha tutti quei limiti che sono quelli che si ricavano direttamente dal rispetto di altri beni costituzionalmente rilevanti, a partire dallo stesso bene vita.

Se questa ricostruzione è corretta, il giudizio di ragionevolezza della *normativa di risulta* non reca alcun pregiudizio, se invece non lo fosse sarà compito dei soggetti istituzionali predisposti dall'ordinamento medesimo risolvere eventuali irragionevolezze.

4. Conclusioni (più che) aperte

Se la Corte dovesse ritenere di poter dichiarare ammissibile o meno la richiesta referendaria per l'accoglimento o meno della questione, potrebbe anche giungere a dichiararla ammissibile previo

[69] Perché esplichi efficacia scriminante il consenso deve essere libero e provato e la capacità del consenziente deve risolversi in una capacità di intendere e di volere da accertare caso per caso, così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª, Bologna, 2010, p. 267.

[70] Il riferimento va ai limiti definiti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 242/2019 e che rendono l'art. 580 c.p. conforme a Costituzione (i requisiti sono: patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, attivazione di trattamenti di sostegno vitale, capacità di prendere decisioni libere e consapevoli).

[71] M. DONINI, Referendum *sull'eutanasia, ecco perché la Consulta non lo può bocciare*, in *Il Riformista*, 13 Novembre 2021. Sulla distanza tra le due fattispecie si v. *retro* nota 13.

[72] Cass. pen., sez. I, 25/01/2006, n. 7338.

giudizio di interpretazione conforme che sarebbe in grado di chiarire almeno due circostanze, ovverosia che la normativa *seguente* e *conseguente* all'esito favorevole del *referendum* è direttamente applicabile e che non risultano elementi di contraddittorietà ordinamentali.

Come la Corte è riuscita a dichiarare parzialmente incostituzionale l'art. 580 c.p., e la giustizia comune è riuscita a verificarne la corretta applicazione, così potrà avvenire per l'art. 579 c.p., vista la similitudine della materia.

L'interpretazione conforme a Costituzione farà sì che si ponga lo stesso esito interpretativo stabilito dalla Corte sulla normativa dell'aiuto al suicidio e, quindi, si farà valere la scriminante procedurale 'creata' dalla Corte stessa, sulla base (anche) della l. n. 219/2017[73]. L'omicidio del consenziente sarà lecito alla sola presenza dei requisiti introdotti dalla Corte costituzionale sull'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) con la sentenza n. 242 del 2019[74]. Questo proprio perché rimarrebbe, nell'art. 579 c.p. parzialmente abrogato, la previsione che rinvia al *consenso* e, quindi, alle norme già previste nell'ordinamento (l. n. 219/2017; sent. n. 242/2019), che permettono l'aiuto al suicidio medicalizzato di persone che versano in condizioni di eccezionale e verificata sofferenza che non lascia altra soluzione (ritenuta dignitosa) che la perdita di una vita non più recuperabile. Ciò sarebbe possibile non solo durante un controllo successivo, ma, stante la giurisprudenza ondivaga della Corte, già (in parte) nella fase dell'ammissibilità. Detto in altro modo, se vale la sindacabilità della normativa di risulta per giungere all'ammissibilità o meno della richiesta, vale anche l'impiego da parte della Corte del suo strumentario interpretativo e quindi anche dell'interpretativa di rigetto, che si può declinare come *interpretativa di ammissibilità*[75]. Si è consci della forzatura appena avanzata che comunque parte dalla premessa per cui dovrebbe essere precluso alla Corte un sindacato di legittimità preventivo, ma se questo dovesse essere riconosciuto

[73] Come si può notare, la legge n. 219, seppure costituisca una disciplina sul consenso informato, sul rifiuto dei trattamenti sanitari (il *non facere*) e sulle DAT, è stata 'piegata' per l'esercizio di un altro diritto che richiede una prestazione (il *facere*); ma questa torsione è già avvenuta, a opera della Corte.

[74] Più di un dubbio è espresso da autorevolissima dottrina, per la quale tali limiti non sono *deducibili* dalla normativa di risulta: R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, *cit.*, p. 7.

[75] Cfr. Corte cost., sent. n. 26/2017, p.to 6 *cons. dir.*, nella quale, ad esempio, la Corte si spinge ad avanzare un monito ai promotori rivolgendosi a essi: «[a]ltro [rispetto alla inammissibilità] sarebbe stato se il quesito referendario avesse chiesto la integrale abrogazione del limite occupazionale». Anche guardando l'impiego che di tale tecnica ha fatto la Corte in giudizi altri rispetto all'incidentale, come in quello principale, si è comunque consapevoli che i problemi dell'uso dell'interpretativa (che avrebbe anche il fine di disporre di un autorevolissimo precedente) sarebbero tanti e plurimi, su tutti: la mancanza totale di diritto vivente e la indisponibilità di qualsiasi strumento tale da permettere la lettura offerta dalla Corte come vincolante.

allora non avrebbe senso limitarlo al binomio fondatezza(inammissibilità)/infondatezza(ammissibilità).

Da qui, dovrebbe poi apparire lapalissiano che il principio di autodeterminazione, la tutela dei soggetti vulnerabili e il riconoscimento del compito dello Stato di tutelare il bene vita – il tutto in un contesto eutanasico – costituiscono il fondamento dell'omicidio del consenziente con limiti, questi ultimi necessari per la creazione di una «cintura protettiva»[76].

Rimanendo comunque al mero testo, resterebbe punibile, infatti ed evidentemente, l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) qualora questo venga commesso contro una persona minorenne; contro una persona inferma di mente, o una persona che si trovi in condizioni di deficienza psichica, per altra infermità o per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti; contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.

È vero che l'art. 580 c.p. (prima della sentenza n. 242/2019) non permetteva alcuna interpretazione adeguatrice che aprisse all'aiuto (medicalizzato) al suicidio con limiti, ma dopo la sentenza della Corte questo spazio interpretativo è possibile; non può che esistere l'omicidio medicalizzato per chi appresta un consenso che, per sua natura, deve essere rilevato in una procedura che già opera e che serve anche a valutare la presenza del contesto eutanasico. Si può affermare ciò (anche, seppur non solo) davanti a due circostanze, la prima processuale, la seconda semantica, che palesano come finora la richiesta sia sempre derivata da chi versava in una situazione di malattia grave e incurabile.

I processi che hanno avuto modo di prendere in considerazione la fattispecie astratta dell'omicidio del consenziente sono davvero esigui; in essi il richiedente è sempre un soggetto gravemente malato[77], ma all'imputato non è (quasi)[78] mai stato configurato il reato meno grave di

[76] Esplicitamente in Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 4 *cons. in dir.* e implicitamente in Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 2.3 *cons. in dir.*: la cintura protettiva assolve allo scopo di «tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere».

[77] Affinché si configuri un'ipotesi di omicidio del consenziente, e non di omicidio volontario, è necessario che il consenso della vittima (*rectius* della persona) sia serio, esplicito, non ambiguo e perdurante sino al momento della commissione del fatto, tale da esprimere un'evidente volontà di morire, provata in modo *univoco*, *chiaro* e *convincente*, in considerazione dell'assoluta prevalenza da riconoscersi al diritto personalissimo alla vita, non disponibile a opera di terzi. Cass. pen., sez. I, 19/04/2018, n. 747.

[78] I casi sono rarissimi e legati a un 'contesto eutanasico': Cass. Pen., sentenza del 18 novembre 1954; Cass. Pen., sentenza del 10/12/1983; Corte d'Assise di Trieste, sentenza del 2/05/1988; Cass. Pen., Sez. I, 22/02/1990, n. 2501.

cui all'art. 579 c.p., trovando sempre applicazione, nel caso concreto, la disposizione relativa all'omicidio volontario *ex* art. 575 c.p.[79].

Anche da una prospettiva semantica si può proporre la riflessione per cui è dimostrabile – se ce ne fosse ancora il bisogno – come siano indiscutibilmente intrecciati[80] l'omicidio del consenziente e l'eutanasia. È ben noto che nel codice e nella legislazione italiana non si fa mai cenno al termine eutanasia; ma è talmente forte la consonanza tra omicidio del consenziente e richiesta di porre termine alle proprie sofferenze ed è talmente evidente che la morte sia l'unica possibilità per una fine dignitosa quando ci si trova in un contesto eutanasico, che si è fatto riferimento al termine di eutanasia, perché la fattispecie dell'omicidio del consenziente solo questo può significare, e nient'altro; soprattutto dopo la sentenza n. 242. Ma questa è solo una valutazione che non deve (non dovrebbe) entrare in quelle che spettano alla Corte costituzionale.

Il testo referendato è aperto a diverse soluzioni, perché si è dinanzi a una disposizione e non a una norma che comunque potrebbe rilevarsi costituzionalmente conforme; ma questa è una

[79] Tanto che l'art. 579 c.p. è di fatto non applicato non rientrando nessuna fattispecie concreta nell'ipotesi delittuosa ivi definita, con problematiche relative alla qualificazione giuridica del fatto e al trattamento sanzionatorio applicabile, risolte sempre con l'impossibilità della sussumibilità del caso di specie nell'ambito di applicazione della fattispecie 'privilegiata' dell'omicidio del consenziente, non essendo stata (mai) adeguatamente provata la sussistenza di un valido consenso. La giurisprudenza rileva sempre l'assenza di una prova «*univoca, chiara e convincente*» della sussistenza di una volontà di essere uccisi *per porre fine alle proprie sofferenze*, così come la mancanza, in ogni caso, dei requisiti *stringenti* necessari ai fini della validità del consenso stesso. «Sotto un ulteriore profilo, la Corte di merito ha correttamente valorizzato la patologia (anche) psichica da cui era affetta la vittima R.A., sofferente di un ritardo cognitivo aggravato da disturbi psicotici e del comportamento, al fine di escludere – comunque – la stessa configurabilità di un valido consenso della persona offesa alla propria eliminazione fisica. L'art. 579 c.p., comma 3, n. 2 prevede, infatti, che debba trovare applicazione la disposizione relativa all'omicidio volontario, *ex* art. 575 c.p., allorché il fatto sia commesso in danno di una persona che versi in condizioni (patologiche) di deficienza psichica; perché sia configurabile il meno grave reato di cui all'art. 579 c.p., occorre che il consenso della vittima alla propria soppressione costituisca il frutto di una deliberazione pienamente consapevole, non inquinata nella sua formazione da un *deficit* mentale di natura patologica, dovendo altrimenti riconoscersi – in tutti i casi in cui manchi una prova univoca, chiara e convincente di una libera ed effettiva volontà di morire manifestata dalla vittima – assoluta prevalenza al diritto alla vita, quale diritto personalissimo, riconosciuto come inviolabile dall'art. 2 Cost., che non può attribuire a terzi (anche se si tratti di stretti congiunti) il potere di disporre, in base alla propria percezione della qualità della vita altrui, dell'incolumità e dell'integrità fisica di un'altra persona». Cass. pen., sez. I, 26/05/2017, n. 3392 p.to 2.2 *Diritto*. Cfr., altresì, Cass. pen., sez. I, 13 novembre 1970, n. 1155; Cass. pen., sez. I, 7 aprile 1989, n. 2501; Cass. pen., sez. I, 27 giugno 1991, n. 8128; Cass. pen., sez. I, 6 febbraio 1998, n. 3147; Cass. pen., sez. I, 12/11/2015, n. 12928; Cass. pen., sez. I, 19/03/2014, n. 22612; Cass. pen., sez. I, 13/11/2013, n. 37246; Cass. pen., sez. I, 08/11/2012, n. 31466; Cass. pen., sez. I, 17/11/2010, n. 43954; Cass. pen., sez. I, 21/12/2011, n. 542.

[80] Ciò non significa che questo dato sia immutabile, ma solo che l'interpretazione per cui l'omicidio del consenziente debba essere medicalizzato e limitato al contesto eutanasico è quanto meno fondata. Significa anche che la verifica del consenso è legata a una necessità probatoria che, per quello che finora abbiamo cercato di dimostrare, non si può che rinvenire nel procedimento scriminante creato già dalla Corte costituzionale che permette il bilanciamento tra autodeterminazione e bene vita sul consenso libero e consapevole espresso in un contesto eutanasico. Che questa sia l'unica interpretazione possibile, del resto, è nel testo sostenuto.

questione che prescinde dal giudizio di ammissibilità referendaria. Stante l'autoapplicatività dell'esito del *referendum*, alla luce del nuovo art. 579 c.p., chi soffre di malattia grave e incurabile chiederà alle strutture sanitarie che ciò che avviene per chi chiede l'aiuto al suicidio sia possibile anche per chi chiede l'omicidio del consenziente (chi non dovesse trovarsi in un contesto eutanasico non avrà alcuna istituzione a cui rivolgersi). Con una certa dose di predittività: in caso di rifiuto da parte dell'ASL competente di dar seguito alla richiesta[81], l'interessato attiverà il percorso giurisdizionale che favorirà la creazione di un vero e proprio diritto vivente; i giudici, quindi, saranno (molto più che probabilmente) chiamati a svolgere la loro funzione giurisdizionale vista la mancanza di quella nomopoietica del Parlamento.

Anche se questo contributo ha argomentato per una posizione (quella dell'ammissibilità) e non già per un'altra (quella della inammissibilità), non si può che tacere circa la previsione sull'esito dei lavori della Corte, stante la consapevolezza di ciò che ha sostenuto autorevolissima dottrina: «[l]e variabili condizionanti le scelte giurisprudenziali in tema di *referendum* sono così numerose e così complesse che qualunque ipotesi predittiva corre sempre il rischio d'essere smentita»[82] data «l'oscurità dei requisiti richiesti per la sua ammissibilità»[83].

[81] È chiaro il riferimento al 'seguìto' di Corte cost., sent. n. 242/2019, nel 'caso Trentini' e nel 'caso Mario'.
[82] M. LUCIANI, *Art. 75 Cost.*, cit., p. 362.
[83] G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 496.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 1/2022
Data: 1° febbraio 2022

Prime note sulla sentenza n. 137/2021 della Corte costituzionale[*]

di **Giorgio Sichera** – *Dottorando in Diritti e Istituzioni presso l'Università degli Studi di Torino*

ABSTRACT: This contribution analyzes sentence no. 137 of 2 July 2021 of the Constitutional Court, relating to paragraph 61 of art. 2 of the l. 92/2012, which provided for the revocation of assistance services to the perpetrators of certain serious crimes in the context of the mafia and terrorism. The Court declared the law unconstitutional for violation of articles 2, 3 and 38 of the Constitution, as it unreasonably affected only those who served their sentence in home detention, also violating their fundamental rights pursuant to art. 2. The ruling is also based on the idea that, despite certain subjects having violated the social solidarity pact, precisely because of this same solidarity pact they are not deprived of the goods necessary for survival. The contribution studies the various issues submitted to the Court, the underlying problematic profiles (including the contrast between the principles cited and the accumulation of illicit capital because of the aforementioned crimes, as well as the scarcity of resources available to the State).

SOMMARIO: 1. Premessa: le norme oggetto del giudizio. – 2. Una decisione su diversi livelli. – 2.1 La natura della norma sotto il profilo penalistico: cenni alla questione ex art. 25 Cost. – 2.2 Le misure assistenziali ex art. 38 Cost. e i proventi illeciti da attività mafiosa. – 2.3 (segue) L'art. 2 Cost. e la natura delle diverse prestazioni assistenziali. – 2.4 Il canone di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e la detenzione domiciliare. – 2.5 La dichiarazione di incostituzionalità. – 3. Quale idea di Stato sta alla base della decisione? – 4. Una scelta condivisibile.

[*] Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Premessa: le norme oggetto del giudizio

> «È irragionevole che lo Stato valuti un soggetto [condannato in via definitiva per reati di mafia o terrorismo] meritevole di scontare la pena in modalità alternativa alla detenzione e lo privi dei mezzi per vivere, quando questi sono ottenibili solo dalle prestazioni assistenziali. Sebbene queste persone abbiano gravemente violato il patto di solidarietà sociale che è alla base della convivenza civile, attiene a questa stessa convivenza civile che ad essi siano comunque assicurati i mezzi necessari per vivere»[1].

In data 16 luglio 2019 il Tribunale ordinario di Fermo (reg. ord. n. 234/2019) ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 25 e 38 Cost., dell'art. 2 co. 61 della l. n. 92 del 28 giugno 2012. A distanza di pochi mesi la medesima norma è stata oggetto di questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma, sezione prima lavoro, con riferimento agli artt. 2, 3 e 38 Cost. (reg. ord. n. 68/2020, in data 6 febbraio 2020).

La norma oggetto del giudizio è il citato art. 2 comma 61 della l. n. 92 del 28 giugno 2012, che si inserisce nella più estesa disciplina prevista dai commi da 58 a 61 del medesimo articolo, che prevede la revoca dei trattamenti assistenziali ai condannati per reati in materia di mafia e terrorismo. Nello specifico, il comma 58 prevede che, nel pronunciare condanna per una serie di reati di particolare allarme sociale («reati di cui agli artt. 270-bis, 280, 289-bis, 416-bis, 416-ter e 422 del codice penale, nonché per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo») il giudice irroghi la sanzione accessoria della revoca di determinate prestazioni assistenziali – «comunque denominate in base alla legislazione vigente» –, ovvero «l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili»[2].

Il comma 59 prevede la possibilità per il condannato, una volta espiata la pena, di richiedere il ripristino dell'erogazione delle suddette prestazioni assistenziali.

[1] Ufficio Stampa della Corte costituzionale, comunicato del 2 luglio 2021.
[2] Art. 2 co. 58 l. n. 92 del 28 giugno 2012.

Il comma seguente dispone un obbligo di tempestiva comunicazione dei provvedimenti adottati ai sensi del comma 58 (entro quindici giorni dalla data di adozione degli stessi) all'ente previdenziale competente.

Infine il comma 61 – oggetto delle suddette questioni di legittimità costituzionale - prevede che «entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro della Giustizia, d'intesa con il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, trasmette agli enti titolari dei relativi rapporti l'elenco dei soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato per i reati di cui al comma 58, ai fini della revoca, con effetto non retroattivo, delle prestazioni di cui al medesimo comma 58, primo periodo»[3].

Pertanto, come fatto correttamente notare dalla Corte, il giudizio di illegittimità costituzionale del co. 61 dell'art. 2 l. 92/2012 non può non investire in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della l. n. 87 dell'11 marzo 1953, anche il co. 58 del medesimo articolo, nella parte in cui prevede la revoca delle prestazioni assistenziali nei suddetti casi, in quanto «il pregiudizio resta il medesimo anche quando la revoca venga disposta dalla sentenza di condanna per i reati commessi successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, ossia nella fattispecie di cui al comma 58»[4].

Entrambe le ordinanze sorgono da tipici casi di applicazione della suddetta disciplina. In particolare, l'ordinanza del Tribunale ordinario di Fermo trae origine dal giudizio concernente la legittimità del provvedimento di sospensione della pensione di invalidità civile a un ex collaboratore di giustizia, in regime di detenzione domiciliare, portatore di *handicap* e invalido totale e permanente – pertanto inabile al lavoro –, in condizioni di assoluta indigenza economica. La controversia oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Roma riguarda invece la revoca della prestazione assistenziale ad un soggetto titolare di assegno sociale, anch'egli collaboratore di giustizia e ammesso al regime di detenzione domiciliare.

Le due ordinanze di rimessione presentano diversi tratti comuni, nonché qualche significativa differenza.

Il Tribunale ordinario di Fermo ha sollevato questioni di legittimità costituzionale per lesione dell'art. 38 Cost. – in quanto la disposizione censurata inficerebbe il diritto al mantenimento e

[3] Art. 2 co. 61 l. n. 92 del 28 giugno 2012.
[4] Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, massima n. 43973.

all'assistenza sociale riconosciuti dall'ordinamento in favore di ogni cittadino sprovvisto dei mezzi di sostentamento di base e inabile al lavoro –, dell'art. 25 Cost. – per violazione del principio di irretroattività della legge penale, in quanto si sostiene che alla disposizione censurata debba riconoscersi valore di norma penale sostanziale, e colpendo la stessa anche soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato –, e dell'art. 3 Cost. – in quanto la norma, applicata indifferentemente anche ai collaboratori di giustizia, tratterebbe in maniera uguale situazioni differenti, colpendo in concreto soltanto i soggetti ammessi al regime della detenzione domiciliare e non coloro che scontano la pena in istituto, violando pertanto il canone di ragionevolezza che informa l'intero ordinamento,

La successiva ordinanza emessa dal Tribunale di Roma, sezione prima lavoro, sostiene invece che la questione di legittimità costituzionale sarebbe rilevante e non manifestamente infondata in riferimento all'art. 38 co. 1 Cost., nonché agli artt. 2 e 3 Cost.. Pertanto, tale ordinanza si differenzia in due punti da quella precedentemente analizzata.

In primo luogo, il Tribunale di Roma ha ritenuto manifestamente infondata la questione con riferimento all'art. 25 Cost. (avendo la parte ricorrente nel giudizio *a quo* dedotto la natura penale sostanzialistica della disposizione in quanto sanzione accessoria), sostenendo che la revoca disposta dall'art. 2 co. 61 l. 92/2012 si configurerebbe come un «mero effetto extra-penale della condanna»[5].

In secondo luogo, secondo il Tribunale di Roma la questione sarebbe rilevante e non manifestamente infondata anche in riferimento all'art. 2 Cost.; nonostante la *ratio* della disposizione censurata si rinvenga nella concreta possibilità che alla base della commissione dei reati elencati all'art. 2 co. 58 l. n. 92/2012 vi sia l'accumulazione di capitali illeciti che impedirebbero la concessione delle prestazioni assistenziali ivi elencate, tuttavia «chi versi in regime di detenzione domiciliare correrebbe il concreto rischio di non poter disporre – a causa della condizione di età e della connessa incapacità, presunta *ex lege*, di svolgere qualsiasi proficuo lavoro – di alcun mezzo di sussistenza, il che determinerebbe un pregiudizio per i diritti inviolabili della persona, quali quello all'alimentazione e, in definitiva alla vita; diritti che sono insuscettibili di patire deroghe o compressioni»[6].

[5] Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 11581/2019.
[6] Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, 10-11.

2. Una decisione su diversi livelli

Le questioni sottoposte alla Corte costituzionale si situano pertanto su molteplici livelli, interessando non solo il diritto costituzionale *tout court*, ma anche il diritto penale e il diritto previdenziale. Trattandosi inoltre di misure legate ai reati che maggiormente minano «il patto di solidarietà sociale che è alla base della convivenza civile»[7], il bilanciamento tra i principi costituzionali in gioco è quanto mai delicato.

2.1 La natura della norma sotto il profilo penalistico: cenni alla questione ex art. 25 Cost. e l'inammissibilità dell'ordinanza del Tribunale di Fermo

Il principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole (art. 25, co. 2 Cost.) è stato invocato quale parametro di legittimità costituzionale dalle parti private in entrambi i giudizi sottoposti all'attenzione dei giudici *a quo*. Le doglianze, in particolare, vertevano sulla ritenuta natura sostanzialmente penale dell'art. 2, co. 61, l. n. 92 del 2012 in ragione della finalità essenzialmente punitiva della disciplina e della sua significativa afflittività[8]. Da ciò sarebbe dovuta derivare l'illegittimità costituzionale della disciplina in quanto prescriveva la revoca delle prestazioni assistenziali anche nei riguardi di chi, al momento dell'entrata in vigore della legge, fosse già stato condannato con sentenza passata in giudicato.

I prospettati profili di illegittimità costituzionale, tuttavia, non sono stati affrontati nel merito dalla Corte: da un lato, come anticipato in premessa, il Tribunale di Roma, ritenendo manifestamente infondata la questione, ha escluso dalla propria ordinanza il riferimento al parametro di cui all'art. 25 Cost.[9]; dall'altro, invece, i giudici costituzionali hanno dichiarato l'inammissibilità del quesito sollevato dal Tribunale di Fermo per l'incompleta ricostruzione del fatto operata dal giudice *a quo* e, conseguentemente, per difetto di rilevanza della questione[10].

[7] *Ibidem*, 16
[8] *Ibidem*, 3-4 (memoria parte privata).
[9] *Ibidem*, 11.
[10] *Ibidem*, 14.

Cionondimeno, qualche breve cenno[11] sull'argomento può essere opportuno, anche perché è la stessa Corte costituzionale che – seppur lo affermi in via meramente incidentale – sembra condividere l'assunto argomentativo del Tribunale di Roma, per cui la previsione di cui al comma 61 si configurerebbe non come sanzione accessoria di natura penale, bensì come mero effetto extra-penale della condanna[12], andando così a comporre, unitamente alla prescrizione di cui al comma 58, uno speciale «statuto d'indegnità»[13] nei riguardi di chi abbia commesso reati di particolare gravità. Pertanto, la revoca della prestazione assistenziale – nella lettura fornita più approfonditamente dalla Corte di cassazione, ma avallata altresì dai giudici costituzionali nella decisione qui in analisi – «non costituisce un aspetto del trattamento sanzionatorio del reato (…) bensì consegue al sopravvenuto difetto di un requisito soggettivo per il mantenimento dell'attribuzione patrimoniale di durata»[14]. Un siffatto argomentare rievoca la distinzione tra 'effetti penali della condanna' o 'effetti della condanna penale' (nella dizione della Corte di cassazione già richiamata: effetti extra-penali della condanna)[15]. Stando a una definizione prettamente formalistica, dovrebbe tracciarsi la distinzione in ragione dell'ambito in cui la condanna esplica i propri effetti: sarebbero 'effetti penali' qualora derivino direttamente dalla sentenza di condanna e producano efficacia all'interno dell'ordinamento penale; viceversa, sarebbero effetti extra-penali quando le conseguenze della condanna esulino dall'ordinamento penalistico (come nel caso di specie)[16].

Ebbene, il criterio formalistico, come noto, non è ritenuto sufficiente per rispondere all'interrogativo se una data misura abbia natura penale o meno. Se così fosse, l'applicazione dei fondamenti garantistici del diritto penale (qui l'art. 25 Cost.) dipenderebbe esclusivamente dalle

[11] Sul tema anche R. OGGIONI, *La revoca delle prestazioni sociali ai condannati per reati di particolare allarme sociale: una nuova pena accessoria? La legge Fornero al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 24 maggio 2021, che, commentando le ordinanze di rimessione sollevate dai giudici *a quo*, sostiene la natura sostanzialmente penale della disciplina in questione.

[12] Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, 11

[13] *Ibidem*, 16. In senso analogo Corte di cassazione, sent. n. 11581/2019, nonché Trib. Oristano, sez. lavoro, 28 giugno 2019.

[14] Nuovamente Corte di cassazione, sent. n. 11581/2019.

[15] Su questa distinzione, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. GALLUCCIO, *Requisiti di 'onorabilità' per l'accesso a bandi pubblici e altri 'effetti della condanna penale', anche non definitiva: la Consulta fa chiarezza*. (*Nota a C. cost. 4 dicembre 2019, n. 248, pres. Lattanzi, est. Viganò)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 209 ss.

[16] *Ibidem*, 215-216; nonché G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2021, 763.

scelte di qualificazione effettuate dal legislatore. Per ovviare a tale inconveniente dottrina[17] e giurisprudenza, specialmente quella convenzionale[18], hanno già da tempo elaborato una serie di criteri alternativi in funzione dei quali poter riconoscere la natura sostanzialmente penale di una disciplina non formalmente qualificata come tale. La criteriologia si risolve essenzialmente nel valutare quale sia effettivamente la finalità prevalente della disciplina – punitiva, preventiva, ripristinatoria o riparatoria – nonché la portata afflittiva della stessa[19]. Da ciò discende – ed è questa la conseguenza pratica principale – la costruzione dello statuto di garanzie costituzionali e convenzionali.

Il riferimento al criterio di matrice finalistica – sebbene come detto l'argomento non sia stato trattato nel merito per via della declaratoria di inammissibilità della questione – non sembra essere estraneo neppure alla decisione in commento. La Corte costituzionale, in ragione del richiamo all'art. 2, comma 63, l. n. 92 del 2012, che prevede la devoluzione delle somme derivanti dai provvedimenti di revoca in favore del Fondo di solidarietà per le vittime dei reati di stampo mafioso, di estorsione e di usura, pare infatti riconoscere nella disciplina la prevalenza di una finalità riparatoria, così escludendo connotati di natura punitiva.

Accogliendo questa prospettiva, in definitiva, è come se il danno subito dalla persona offesa venisse 'riparato' attraverso la revoca delle prestazioni assistenziali a chi sia stato condannato per taluno dei reati indicati dalla disposizione più volte menzionata.

[17] Sull'argomento si vedano, fra i numerosi lavori, le monografie di L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018 e F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017.

[18] *Ex plurimis* Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

[19] Cfr. da ultimo Corte costituzionale, sent. n. 68/2021, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, co. 4, l. 11 marzo 1953, n. 87 nella parte in cui la disposizione non poteva applicarsi in relazione alla sanzione amministrativa della revoca della patente disposta con sentenza irrevocabile, sanzione quest'ultima considerata dai giudici sostanzialmente penale in ragione della finalità prevalentemente punitiva e della rilevante portata afflittiva della misura. Sulla sentenza V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2/2021. Si veda inoltre V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 988 ss.

2.2 Le misure assistenziali ex art. 38 Cost. e i proventi illeciti da attività mafiosa

Sia la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Fermo che quella sollevata dal Tribunale di Roma individuano quale parametro di legittimità costituzionale violato l'art. 38 Cost., che introduce nel nostro ordinamento il principio della «sicurezza sociale»[20]. L'art. 38 attualizza il nucleo forte dello Stato sociale come ideato dai costituenti, ed è unanimemente riconosciuto in dottrina non come mera norma programmatica, bensì quale precetto immediatamente giustiziabile[21]. Lo stesso art. 38 è costituito da una doppia anima, una di natura solidaristica, che introduce il «diritto al mantenimento e all'assistenza sociale» del cittadino «inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» (comma 1), l'altra di carattere mutualistico, garantendo il diritto alla previdenza sociale per i lavoratori (comma 2)[22]. È nell'alveo della prima "anima" dell'art. 38 Cost. che si innesta la disciplina dettata dall'art. 2, commi 58-61 della l. n. 92/2012. Pertanto, il diritto che si intende violato da tale disposizione sarebbe quello all'assistenza, il quale gode di una «speciale protezione» nell'ordinamento, essendo imprescrittibile[23], impignorabile, insequestrabile[24], e non assoggettabile a misure cautelari o espropriative o di compensazione[25], ed in quanto il suo riconoscimento «prescinde da qualunque altra valutazione se non il bisogno, convenzionalmente individuato nel mancato possesso di redditi superiori ai limiti previsti dalla legge»[26].

Ferma restando l'immediata giustiziabilità del diritto all'assistenza, è unanimemente riconosciuta in dottrina e in giurisprudenza la necessità di modularlo in diversi livelli: «stante la limitatezza delle risorse disponibili, il legislatore può legittimamente prevedere specifiche condizioni per il

[20] Riguardo ai concetti di «sicurezza sociale» e «previdenza sociale», cfr., tra gli altri, M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di Diritto della previdenza sociale*, Torino, Giappichelli, 2019; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2018; R. MAGGIAN, *I servizi socioassistenziali: sistema integrato di interventi e servizi sociali*, Carocci Faber, Roma, 2013; P. OLIVELLI, *La Costituzione e la sicurezza sociale: principi fondamentali*, Giuffré, Milano, 1988; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Vol. 31 (3), Giuffré, Milano, 1981, 755 ss.; E. ROSSI, *Sicurezza sociale*, Edizioni di comunità, Milano, 1956.

[21] C. TRIPODINA, Art. 38, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di) *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 370-371; L. VIOLINI, *Art. 38*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Utet, Torino, 776.

[22] C. TRIPODINA, *Art. 38*, in *op. cit.*, 371; L. VIOLINI, *Art. 38*, in *op. cit*., 777-778.

[23] Corte costituzionale, sent. n. 206/1988.

[24] Corte costituzionale, sent. n. 18/1960.

[25] Corte costituzionale, sent. n. 831/1988.

[26] C. TRIPODINA, *Art. 38*, in *op. cit.*, 372; cfr. sul punto Corte costituzionale, sent. n. 22/1969.

godimento di prestazioni assistenziali eccedenti i bisogni primari della persona»[27]. Pertanto, si evince che, a seconda del livello di essenzialità del bisogno tutelato dalla prestazione assistenziale, il godimento della stessa può trovare in diversa misura – o non trovare affatto – una limitazione nell'ambito del bilanciamento con altri diritti costituzionalmente protetti – nonostante sia comunque riferibile all'art. 38 Cost., nonché comunque del principio di gradualità delle prestazioni, in conseguenza della scarsità delle risorse pubbliche.

La graduazione del diritto in questione assume una declinazione particolarmente complessa laddove vengano in rilievo – come nel caso oggetto del giudizio di legittimità costituzionale – fattispecie incriminatrici che sono espressione di fenomeni delittuosi dal significativo allarme sociale (così, ad esempio, l'associazione a delinquere di tipo mafioso di cui all'art. 416-*bis* c.p.). Da un lato, infatti, si staglia il diritto al mantenimento e all'assistenza che deve essere garantito ai consociati in presenza dei requisiti economici previsti dalla legge; dall'altro, invece, si colloca la gravità del disvalore sociale di taluni comportamenti e, con essa, la finalità di salvaguardare la sicurezza della collettività, finalità quest'ultima che ha sempre indotto lo Stato ad affrontare tali forme di criminalità con assoluto vigore[28]. Comportamenti illeciti di questa natura, infatti, rischiano di compromettere l'assetto democratico dei pubblici poteri e rappresentano una delle più gravi manifestazioni di rottura del «patto di solidarietà sociale»[29], il che rappresenta una delle principali ragioni giustificatrici dell'approccio perlopiù securitario/retributivo[30] che lo Stato ha deciso di adottare per fronteggiare tali fenomeni delittuosi.

A questa considerazione deve aggiungersi un ulteriore elemento che permea, da un punto di vista più specificamente patrimoniale, molte delle disposizioni riguardanti alcuni dei reati oggetto della norma dichiarata incostituzionale: vale a dire la presunta accumulazione di ricchezza illecita, che nel caso di specie vanificherebbe pertanto la *ratio* del trattamento assistenziale[31]. Ciò riguarda, in particolare, la criminalità organizzata, le cui attività, differentemente da quelle riferibili ai reati aventi finalità terroristiche o eversive (anch'essi indicati dai commi 58-61 della l. n. 92 del 2012),

[27] Corte costituzionale, sent. n. 50/2019.

[28] Per una panoramica generale dei profili penalistici della criminalità organizzata si veda, tra gli altri, G. INSOLERA, T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Giappichelli, Torino, 2019.

[29] Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, 17.

[30] In tal senso, con specifico riferimento all'ordinamento penitenziario, F. SIRACUSANO, *Il «doppio binario» penitenziario*, in E. MEZZETTI, L. LUPÁRIA DONATI (a cura di), *La legislazione antimafia*, Zanichelli, Bologna, 2019, 1049.

[31] Argomento richiamato anche in Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, 6 ss. (memorie INPS e Presidenza del Consiglio dei Ministri).

sono finalizzate essenzialmente all'arricchimento illecito[32]. La natura (e la gravità) dell'attività delittuosa – nonché le difficoltà di accertamento e reperimento dei proventi da essa generati – inducono il legislatore a fare spesso ricorso a meccanismi di natura presuntiva. È su questa logica, ad esempio, che si fonda l'intero comparto delle misure di prevenzione patrimoniale regolamentato dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che prevede all'art. 24 la confisca dei beni sequestrati di cui la persona interessata abbia la disponibilità in valore sproporzionato al proprio reddito e di cui non sia in grado di giustificare la legittima provenienza[33]. Presunzione di illecito arricchimento che può riscontrarsi altresì nell'art. 76, co. 4-*bis*, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, relativamente alle condizioni di ammissione al patrocinio a spese dello Stato. La disposizione menzionata, sul presupposto che vi sia stata un'accumulazione di ricchezza, prevede infatti che il reddito delle persone condannate per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. sia superiore ai limiti previsti dal relativo primo comma. A tal proposito, è importante sottolineare l'intervento correttivo della Corte costituzionale, che, riscontrando una violazione degli artt. 3 e 24, co. 2 e 3 Cost., ha dichiarato l'illegittimità della norma nella parte in cui, prevedendo una presunzione assoluta di superamento dei limiti reddituali, non ammette la prova contraria[34]. In ragione della gravità del fenomeno delittuoso, sarebbe ragionevole – sostengono i giudici – che il legislatore decida di comprimere il godimento dei diritti (anche fondamentali), purché ciò non comporti «una pratica vanificazione degli stessi»[35].

Di fronte a questo genere di fattispecie incriminatrici, dunque, la limitazione della fruizione del diritto *ex* art. 38 Cost. deve essere letta in funzione di una duplice prospettiva: (*i*) la non meritevolezza – intesa in una concezione *lato sensu* sanzionatoria – di fruire delle prestazioni

[32] R. BARTOLI, *I delitto contro la sicurezza dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in R.. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2021, 792.

[33] Sull'argomento la bibliografia è molto vasta; si veda,,tra gli altri, S. FINOCCHIARO, *La confisca 'civile' dei proventi da reato. Misura di prevenzione e* civil forfeiture*: verso un nuovo modello di* non-conviction based confiscation, *Criminal Justice Network,* 2018; F. FIORENTIN, *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giappichelli, Torino, 2018; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001; E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Giappichelli, Torino, 2020; F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di "prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, 885 ss.

[34] Corte costituzionale, sent. n. 139/2010, con nota di P. SECHI, *Condannati presunti abbienti e patrocinio a spese dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2010, 1655 ss.

[35] Corte costituzionale, sent. n. 139/2010, 8.

assistenziali in ragione del significativo disvalore sociale della condotta; (*ii*) la presunzione di accumulo di ricchezza illecita, incompatibile con la percezione di erogazioni pubbliche di natura assistenziale.

In definitiva, il diritto all'assistenza – con tutte le suddette relative garanzie previste dall'art. 38 Cost. – va dunque bilanciato con la limitatezza delle risorse disponibili in capo allo Stato, con il disvalore sociale dell'azione commessa dagli autori dei reati in questione, nonché con la presunzione del venir meno dei requisiti economici necessari per rientrare tra i beneficiari della prestazione assistenziale, a causa dei proventi illeciti che derivano dalla commissione dei reati in questione.

Una prima ipotesi risolutiva è quella della prevalenza dell'art. 38 Cost., e dunque del diritto all'assistenza, in quanto diritto inviolabile, nonché poiché «per poter essere ammessi al programma di protezione è necessario versare il danaro frutto di attività illecite, specificando dettagliatamente tutti i beni posseduti o controllati e le altre attività, i quali sono soggetti all'immediato sequestro da parte dell'autorità giudiziaria»[36].

La soluzione alternativa sostiene invece che ci si trovi in presenza di una norma in cui il diritto all'assistenza cede a valori di pari o superiore rango costituzionale, quali «disvalore sociale dell'azione commessa, la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, un esborso eccessivo a carico della collettività»[37]. Il legislatore avrebbe peraltro operato un consapevole bilanciamento tra diversi diritti costituzionalmente protetti, rientrando tale possibilità nel suo ambito di discrezionalità. Tale esito del bilanciamento tra i principi in gioco coinciderebbe dunque con la *ratio* stessa della norma, e non sarebbe inficiato da alcun carattere di illegittimità o irragionevolezza. Su tale scelta influirebbe inoltre la circostanza che i fondi così sottratti risultano sottoposti mediante vincolo di destinazione all'apposito fondo delle vittime per mafia, in «attuazione degli inderogabili doveri di solidarietà della comunità statale (art. 2 Cost.) nei confronti di chi, a causa delle azioni di associazioni terroristiche o mafiose, abbia sofferto pregiudizio o abbia sacrificato la vita»[38].

[36] Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, 10
[37] Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, 7
[38] *Ibidem*, 10

2.3 (segue) L'art. 2 Cost. e la natura delle diverse prestazioni assistenziali

Il Tribunale di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma in esame anche per violazione dell'art. 2 Cost.. Si sostiene in tal senso che, se è vero che la revoca dei benefici assistenziali per coloro che scontano la pena presso l'istituto carcerario non comporta il rischio di rimanere sprovvisti dei mezzi essenziali per il sostentamento, tuttavia è altrettanto vero che tale rischio viene in concreto corso da chi sconta la pena in regime di detenzione domiciliare e risulta aver integrato i requisiti necessari per accedere alla misura assistenziale dell'assegno sociale. Tale situazione – argomenta ancora il Tribunale di Roma - «determinerebbe un pregiudizio per i diritti inviolabili della persona, quali quello all'alimentazione e, in definitiva alla vita; diritti che sono insuscettibili di patire deroghe o compressioni, non potendo lo statuto di indegnità [connesso alla commissione di determinate fattispecie di reato] giungere fino a porre in pericolo la sopravvivenza del condannato, né la collettività tollerare che al proprio interno vi siano persone che debbano restare prive del minimo vitale»[39].

La decisione della Corte sposa questa prospettiva. Al bilanciamento cui si è fatto precedentemente cenno, dunque, si aggiunge una rilevante precisazione: bisogna valutare caso per caso – in base alla natura della prestazione assistenziale – se questa sia destinata a soddisfare bisogni primari della persona, riconosciuti dall'art. 2 Cost.. In questo caso i valori costituzionalmente protetti legati all'illegale accumulo di proventi illeciti derivanti dalla commissione di determinati reati soccomberebbero di fronte ai diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 Cost.. In altre parole, è come se, proprio in virtù dell'inviolabilità dei diritti dell'uomo, venisse superata la presunzione – certamente non infondata, come dimostra la sussistenza di norme analoghe nel nostro ordinamento[40] – dell'accumulo di proventi illeciti in capo agli autori di determinati reati. Non potrebbe dunque correrci in alcun modo il rischio che alcune persone rimangano prive dell'essenziale per vivere.

Secondo il parere della Corte, il comma 61 dell'art. 2 l. n. 92 del 2012 prevede uno «statuto di indegnità» per determinati soggetti (come avviene con altre disposizioni legislative, su tutte quelle

[39] *Ibidem*, 11-12
[40] V. *supra*, par. 2.2.

concernenti il reddito di cittadinanza), ma ciò non può arrivare a compromettere – e neanche a mettere a rischio – il soddisfacimento dei bisogni essenziali della persona umana[41].

Lo stesso dettato normativo dell'art. 2 Cost. sembra schierarsi in favore di questa ricostruzione. Come noto, in tale norma trova spazio il principio personalista[42] che permea l'intero ordinamento. Il verbo usato dai costituenti – «riconosce» – afferma infatti una precedenza ed un'anteriorità dei diritti umani rispetto allo stesso ordinamento giuridico, che «non inventa o crea dal nulla» tali diritti, i quali sono invece il frutto di «un'opera di scoperta ed estrazione»[43], e pertanto sono appunto riconosciuti (non in qualche modo «attribuiti») e garantiti dall'ordinamento. Anche il termine «inviolabili»[44] – preferito ad altri vocaboli quali «sacri», «fondamentali», «personali», ecc. – sta ad indicare l'impossibilità giuridica e legale di comprimere e *a fortiori* eliminare tali diritti[45].

In accordo con quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 50/2019, la questione diventa dunque stabilire se la prestazione assistenziale garantita dalla specifica norma interessi o meno i bisogni primari della persona[46].

Il medesimo ragionamento è stato recentemente seguito dalla Corte anche con riferimento ad un caso analogo relativo alla revoca della misura assistenziale del Reddito di cittadinanza, introdotto dal d.l. n. 4 del 28 gennaio 2019. In quel caso la Corte ha rilevato che «la disciplina del reddito di cittadinanza definisce un percorso di reinserimento nel mondo del lavoro che va al di là della pura assistenza economica. Ciò differenzia la misura in questione da altre previdenze sociali, la cui erogazione si fonda essenzialmente sul solo stato di bisogno, senza prevedere un sistema di rigorosi obblighi e condizionalità»; «il reddito di cittadinanza – conclude la Corte – non ha natura

[41] Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 230/2015, n. 22/2015, n. 40/2013 e n. 187/2010.

[42] Sul principio personalista, cfr. tra gli altri, P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2017; N. GIORDANO (a cura di), *Giorgio La Pira e la Costituzione. Relazioni e interventi nell'Assemblea Costituente*, Libreria Editrice Fiorentina, Firenze, 2016; G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, Polistampa, Firenze, 2009 (postumo); N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffré, Milano, 1995; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984; A. BARBERA, *Art. 2.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.;

[43] E. ROSSI, *ART. 2*, IN R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Utet, Torino, 43.

[44] Che riprende il termine tedesco «*unverletzlich*» utilizzato nella Costituzione di Weimar.

[45] E. Rossi, *Art. 2*, in *op. cit.*, 44.

[46] V. *supra*, par. 2.2.

meramente assistenziale» e la sua sospensione «risulta espressione della discrezionalità attribuita al legislatore»[47].

Nella medesima sentenza, la Corte fa riferimento all'assegno sociale quale esempio di misura volta unicamente al soddisfacimento di bisogni primari della persona[48].

L'assegno sociale, – prestazione oggetto del caso di specie – introdotto nel nostro ordinamento dalla l. n. 335/1995, sostituendo la precedente pensione sociale, è volto a soccorrere soggetti over-67 sprovvisti dei mezzi necessari per vivere, in quanto al di sotto delle soglie reddituali previste annualmente dall'INPS.

Con riferimento all'art. 2 Cost., la questione dirimente è dunque stabilire se l'assegno sociale rientri o meno tra le prestazioni assistenziali eccedenti i bisogni primari della persona, e sia dunque comprimibile in maniera né manifestamente irragionevole né discriminatoria[49].

Sul punto, la Corte ha definito l'assegno sociale come una «prestazione volta a far fronte a un particolare stato di bisogno derivante dall'indigenza»[50].

Tale qualificazione sembra allinearsi a diversi precedenti della stessa Corte che hanno definito nei medeismi termini l'assegno sociale[51], sottolineandone la differenza sostanziale rispetto ad altre prestazioni di natura assistenziale, quale appunto il reddito di cittadinanza.

Ciò che si intende tra le righe, e che si evince anche da precedenti pronunce, è che qualora la prestazione assistenziale, seppur rientrante nell'alveo dell'art. 38 Cost., non risulti di natura meramente assistenziale, potrebbe essere compresso il novero dei beneficiari della stessa a seguito del bilanciamento con altri diritti costituzionali; è una possibilità che rientra infatti a pieno titolo nell'alveo della discrezionalità affidata al legislatore, per via della limitatezza delle risorse disponibili. Ma ciò non può in alcun modo compromettere la garanzia di quanto necessario per assicurare a qualsiasi persona una vita dignitosa.

La Corte sposa dunque a pieno il suesposto ragionamento proposto dal Tribunale di Roma[52], ma facendo leva in maniera più marcata sui confini di applicazione dello statuto di indegnità dei

[47] Corte costituzionale, sent. n. 126/21; cfr. anche sent. n. 152/2020, 113/2019, 222/2018 e 194/2017.

[48] Corte costituzionale, sent. n. 126/21; cfr. anche sent. n. 152/2020, in cui l'assegno sociale viene definito «prestazione di natura assistenziale, che mira a soccorrere i cittadini anziani sprovvisti dei mezzi per vivere» (richiamando la sent. n. 31/1986), che faceva riferimento alla pensione sociale, poi sostituita proprio dall'assegno sociale; sul punto, cfr. anche Corte costituzionale, sent. n. 12/2019.

[49] Come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, Corte Costitiuzionale,. sent. 137/2021, 13.

[50] Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, 17.

[51] Cfr., tra le altre, Corte costituzionale, sent.n. 126/21, n. 152/2020, n. 12/2019, n. 400/1999, n. 31/1986.

condannati autori gravi reati, e sull'assoluta coincidenza fra la convivenza civile democratica e la garanzia dei mezzi necessari per vivere a tutti i consociati[53].

2.4 Il canone di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e la detenzione domiciliare

> «Un diritto che non distinguesse situazione da situazione, e considerasse eguali tutte le situazioni, non sarebbe un diritto difficilmente pensabile, ma sarebbe un diritto impensabile, perché non disporrebbe niente»[54] (C. Esposito)

Nella fattispecie in esame, l'art. 3 Cost. viene invocato quale parametro di illegittimità costituzionale sia perché il co. 61 dell'art. 2 l. n. 92/2012 viene applicato, senza alcuna distinzione, anche ai collaboratori di giustizia, sia perché il detenuto domiciliare viene trattato in maniera eguale al detenuto che sconta la pena presso un istituto carcerario; la misura della revoca danneggerebbe così irragionevolmente solo il primo, che ne soffrirebbe direttamente le conseguenze, a differenza del secondo, al cui sostentamento provvede l'istituto stesso. La norma, dunque, tratterebbe irragionevolmente in modo uguale situazioni differenti.

Al primo caso di presunta irragionevolezza non viene dato particolare rilievo nell'ambito del ragionamento seguito dalla Corte. La qualità di collaboratore di giustizia rileva infatti ai fini processuali, ma non ha alcuna valenza in un ambito extraprocedimentale quale quello di accesso alle prestazioni assistenziali, non facendone peraltro la normativa impugnata alcun riferimento.

Già la dottrina più risalente, come noto, ha evidenziato come, ai sensi dell'art. 3 Cost., la legge deve essere «ugualmente differenziata»[55]; deve cioè trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse. È solo così che «l'uguaglianza si realizza in modo effettivo, rispettando una regola di giustizia sostanziale», sostanziandosi pertanto in un «divieto di leggi

[52] V. *supra*, par. 2.2.
[53] Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, 18.
[54] C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 26.
[55] F. MODUGNO, *Breve discorso intorno all'uguaglianza. Studio di una casistica: i minori e i nuovi media*, in *Osservatorio AIC*, marzo 2014.

irrazionali»[56]. Tale principio di ragionevolezza va oltre ai parametri di discriminazione espressamente vietati dalla lettera dell'art. 3 co. 1 Cost., traducendosi in un canone di coerenza che permea l'intero ordinamento[57]. Non può chiaramente configurarsi una pretesa assoluta, in forza della quale sarebbero vietate tutte le leggi che inseriscano specifiche differenziazioni. Esse devono superare il vaglio, rigidamente operato dalla Corte, di ragionevolezza della differenziazione introdotta. Va da sé che tale principio si applica allo stesso modo anche nella sua dimensione negativa: situazioni diverse possono essere trattate in maniera uguale soltanto qualora tale differenziazione "a rovescio" risulti ragionevole, sempre secondo gli stringenti canoni di ragionevolezza utilizzati dalla Corte.

Nel caso di specie, un primo profilo di irragionevolezza può, come accennato, ravvisarsi nel fatto che soggetti che si trovano in situazioni differenti, in quanto scontano la pena alternativamente presso un istituto carcerario o presso la propria abitazione (o in ragione di altre forme di espiazione della pena diverse dalla detenzione), vengono trattati in maniera uguale, in quanto a entrambe le categorie di soggetti si applica indistintamente la revoca della prestazione assistenziale. Questa però va a colpire *de facto* soltanto chi sconta la pena in regime di detenzione domiciliare, che rischia così di essere privato dei mezzi necessari per il sostentamento; rischio che non corre chi è ospite di un istituto carcerario. È solo il caso di rammentare, infatti, che ai sensi dell'art. 47-*ter*, co. 5, l. 26 luglio 1975, n. 354, l'amministrazione penitenziaria non è onerata del mantenimento, della cura e dell'assistenza medica di chi sconti la pena in regime di detenzione domiciliare. Ciò vuol dire che la persona condannata che acceda a questo tipo di misura alternativa – differentemente da quanto avviene per l'esecuzione della pena in carcere – deve provvedere personalmente al pagamento di quanto sia necessario per il soddisfacimento delle sue esigenze di vita. Risulta dunque evidente che situazioni differenti vengano trattate in maniera irragionevolmente uguale.

[56] P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, cit.*, 75; Secondo L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffré, Milano, 1965, 545 ss., l'art. 3 co. 1 Cost., lungi dall'avere mera natura programmatica, esplica i suoi effetti normativi quantomeno in tre direzioni: quale canone interpretativo di leggi costituzionali e ordinarie; ha un effetto limitativo, opponendosi a qualsiasi norma c he impedisca il raggiungimento dell'eguaglianza di fatto; e «un effetto di rottura delle altre garanzie costituzionali, poiché, pur essendo stato raramente usato nei giudizi sulle leggi come parametro costituzionale per censurare l'operato del legislatore, ad esso si è invece fatto ampio ricorso per giustificare scelte legislative che altrimenti si sarebbero poste in contrasto con altre disposizioni e principi costituzionali, primo fra tutti proprio quello di uguaglianza formale di cui al 1° comma dell'art. 3 Cost.» (F. MODUGNO, *Breve discorso intorno all'uguaglianza, cit.,* 2.

[57] Corte Cost., sent n. 204/1982; cfr. anche sent. n. 96/1980.

Ma, stando a quanto si evince dal ragionamento seguito dalla Corte, può ravvisarsi anche un secondo ed ulteriore profilo di irragionevolezza, per così dire intrinseco alla natura e alla funzione delle misure alternative alla detenzione. Per accedere a questo regime ritenuto di *favor* rispetto alla detenzione carceraria, è infatti necessario che siano integrati determinati requisiti stabiliti dalla legge[58]: sarebbe pertanto un controsenso valutare una persona meritevole di espiare la pena fuori dall'istituto carcerario e, al contempo, riservarle un trattamento – nel caso di specie di natura economico-assistenziale – non soltanto deteriore rispetto a chi tali requisiti non li ha (*id est* chi continua a scontare la pena in regime di detenzione carceraria)[59], ma altresì incompatibile con la finalità rieducativa che connota – *rectius* dovrebbe connotare[60] – le misure alternative alla detenzione[61].

Avendo particolare riguardo alla detenzione domiciliare – misura che viene in rilievo anche nei casi oggetto delle ordinanze di rimessione dei Tribunali di Fermo e Roma – sono note le critiche da tempo avanzate dalla dottrina[62] per il contrasto della disciplina con i principi costituzionali e, in particolare, con la funzione rieducativa di cui all'art. 27, co. 3 Cost., da intendersi quale percorso di reinserimento attivo nella società della persona condannata[63]. In assenza di contenuti positivi di risocializzazione, è evidente la frustrazione di qualsivoglia finalità rieducativa della detenzione domiciliare, con il rischio che la misura divenga una mera modalità alternativa di esecuzione della pena: a mutare sarebbe unicamente lo scenario di esecuzione della detenzione, vale a dire il

[58] Sul punto F. FIORENTIN, C. FIORIO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2020; NONCHÈ C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2019, 697 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *op. cit.*, 788 ss.

[59] Così Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, 18, che afferma: «risulta violato lo stesso principio di ragionevolezza, perché l'ordinamento valuta meritevole di accedere forme alternative di detenzione, ma lo priva poi dei mezzi per vivere, ottenibili, in virtù dello stato di bisogno, solo dalle prestazioni assistenziali».

[60] Sulla carenza di contenuti delle misure alternative che mirino effettivamente alla risocializzazione del condannato si veda E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria*", *nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1655 ss., nonché in tempi meno recenti Ead., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 857 ss.

[61] Cfr. da ultimo Corte costituzionale, sent. n. 32/2020.

[62] In questo senso G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 786; M. VENTUROLI, *Verso il riconoscimento di nuove pene principali non carcerarie: la pena domiciliare tra deflazione penitenziaria e umanizzazione del sistema penale*, in *Cass. pen.*, 1673 ss.; M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 735 ss., il quale evidenzia altresì le tensioni della disciplina con i principi di cui agli artt. 3 e 27, co. 1 Cost.

[63] Corte costituzionale, sent. n. 168/1994; più di recente si veda altresì Corte costituzionale, sent. n. 149/2018.

domicilio in luogo del carcere[64]. Analizzando l'articolato normativo della disciplina in questione emerge che le finalità perseguite dal legislatore sono essenzialmente due. La prima, nonché quella preponderante, è la funzione deflattiva, nel senso che la detenzione domiciliare è utilizzata come strumento per mitigare il persistente problema del sovraffollamento carcerario[65]. La seconda, invece, è quella umanitaria: la misura, infatti, è perlopiù concessa per ragioni afferenti allo stato di salute, all'età o alla prole del condannato (v. in particolare art. 47-*ter*, co. 01 e 1 o.p.).

Alternativamente alla prospettiva della rieducazione quale risocializzazione attiva del reo, potrebbe tuttavia sostenersi una lettura «minima»[66] del finalismo rieducativo, che verrebbe pertanto ricondotto a un effetto essenzialmente non-desocializzante della pena. Accogliendo questa diversa interpretazione, anche alla detenzione domiciliare – che sicuramente produce conseguenze meno desocializzanti rispetto al carcere[67] – potrebbe assegnarsi una finalità *lato sensu* rieducativa[68]. In questa prospettiva, dunque, sembra cogliersi la reale portata dell'odierna decisione della Corte costituzionale: la revoca delle prestazioni assistenziali nei riguardi di chi, versando in stato di bisogno, stia scontando la pena presso il proprio domicilio renderebbe irragionevolmente gravosa l'esecuzione della sanzione, con effetti inevitabilmente pregiudizievoli sul percorso di risocializzazione – o comunque di non-desocializzazione – del condannato.

La Corte, pertanto, ha rilevato una sorta di "doppio" profilo di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost.: «risulta così violato lo stesso principio di ragionevolezza, perché l'ordinamento valuta un soggetto meritevole di accedere a forme alternative di detenzione, ma lo priva poi dei mezzi per vivere, ottenibili, in virtù dello stato di bisogno, solo dalle prestazioni assistenziali»[69].

[64] In questi termini nuovamente G. Mannozzi, *op. cit.*, 786.; nonché L. CESARIS, sub *art. 47*-ter *o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di) *Ordinamento penitenziario commentato*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2019, 691.

[65] In argomento la nota decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*. Più di recente inoltre Corte di cassazione, sez. un., sent. n. 6551/2021; a riguardo cfr. C. CATANEO, *Le Sezioni unite si pronunciano sui criteri di calcolo dello 'spazio minimo disponibile' per ciascun detenuto e sul ruolo dei fattori compensativi nell'escludere la violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2021.

[66] M. VENTUROLI, *Verso il riconoscimento. cit.*, 1673.

[67] *Ibidem*, 1674; l'Autore tuttavia sottolinea come anche la pena domiciliare, laddove non siano previsti dei trattamenti di risocializzazione attiva, può produrre effetti di importante desocializzazione.

[68] Così Corte costituzionale, sent. n. 350/2003; si veda inoltre M. VENTUROLI, *Verso il riconoscimento, cit.*, 1674.

[69] *Ibidem.*

2.5 La dichiarazione di incostituzionalità

Per i suesposti motivi, la Corte ha accolto la questione di legittimità sollevata dalla sezione Lavoro del Tribunale di Roma, mentre, come accennato, ha dichiarato inammissibile per genericità quella sollevata dal Tribunale di Fermo[70]).

Per questi motivi la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 co. 61 l. n. 92/2012, «nella parte in cui prevede la revoca delle prestazioni, comunque denominate in base alla legislazione vigente, quali l'indennità di disoccupazione, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili, nei confronti di coloro che scontino la pena in regime alternativo alla detenzione in carcere», ed ha altresì analogamente dichiarato, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale del co. 58 del medesimo articolo[71].

3. Quale idea di Stato sta alla base della decisione?

La pronuncia della Corte si fonda sulle norme che costituiscono il nucleo duro del *welfare State* nel nostro ordinamento: «è pur vero che i condannati per i reati di cui all'art. 2, comma 58 della legge n. 92 del 2012 hanno gravemente violato il patto di solidarietà sociale che è alla base della convivenza civile. Tuttavia, attiene a questa stessa convivenza civile che ad essi siano comunque assicurati i mezzi necessari per vivere».

La nostra, a differenza di altre carte costituzionali[72], non fa alcun espresso riferimento ad una forma di «Stato sociale», anche se si desume da diverse disposizioni di principio una presa di distanze dallo Stato liberale pre-fascista[73], tanto che l'aggettivo «sociale» connota, secondo alcuni, anche a livello giuridico la nostra forma di Stato[74].

Tralasciando, per ovvi motivi di spazio, le differenze tra Stato minimo e Stato sociale – con tutte le forme «intermedie» tra i due poli –, che hanno interessato il dibattito costituzionale negli ultimi

[70] V. *supra*, par. 2.1
[71] *Ibidem*, 19.
[72] Si pensi soprattutto al *Grundgesetz* tedesco e alla precedente Costituzione di Weimar del 1919: «La Repubblica Federale Tedesca è uno stato federale democratico e sociale».
[73] A. ALBANESE, *Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi*, in *Questione Giustizia*, 3/2015.
[74] F. RIMOLI, *Stato sociale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XX, Treccani, Roma, 2004.

decenni, in questa sede ci si può limitare a constatare che da alcuni articoli presenti nella Carta costituzionale si evince chiaramente che i costituenti non hanno optato per un approccio di tipo neutrale-minimalista, ma hanno dato valenza precettiva ai diritti sociali, annoverabili tra i diritti fondamentali[75]. Tuttavia, diversi Autori hanno riconosciuto che il «contenuto sociale»[76] positivo delineato dalla Costituzione, che ha comportato una vera e propria rottura concettuale rispetto al passato, guardando «al futuro, diritti sociali e alla cittadinanza sociale»[77], non è ancora stato del tutto colto né tantomeno attuato. Infatti, uno dei tratti per cui lo Stato sociale si differenzia maggiormente dal precedente Stato liberale – e *a fortiori* dallo Stato minimo – è quello del passaggio dalla previdenza alla protezione sociale, in cui non vi sono meccanismi assicurativi bensì diritti veri e propri, da garantire a tutti i cittadini in quanto tali[78].

Come detto, gli elementi di novità di tale rottura concettuale non sono stati ancora del tutto colti. In questo senso, la Costituzione non è volta soltanto a regolare in senso formale rapporti istituzionali ed economici, ma contiene anche riferimenti e valori culturali, sociali, religiosi che designano un modo di intendere politicamente il bene comune[79]. Orizzonte di quest'ultimo è senz'altro la dignità umana, «fine ultimo di tutte le libertà costituzionalmente protette», di cui i diritti sociali sono insostituibile «strumento di realizzazione»[80]. È vero che sta poi alle forze politiche confrontarsi per attuare o meno – in senso «materiale» – il fine politico cui tende la Costituzione[81], ma sempre nell'alveo dei limiti delineati dal controllo di costituzionalità operato dalla Corte.

Nel caso in esame, l'art. 27 co. 3 Cost. sembra rilevante per individuare la *ratio* che sottostà alla decisione, ed in particolare al succitato passaggio che chiama in causa il patto di «convivenza civile». Il costituente infatti è esplicito nel non porre lo Stato su un piano retributivo o moralistico nei confronti del condannato. Come già accennato, ciò a cui si mira è la «rieducazione» e il

[75] D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, 140 ss.

[76] M. GREGORIO, *Dallo Stato sociale alla democrazia sociale. Le riflessioni della dottrina costituzionalistica italiana nella prima età repubblicana*, in *Quaderni Fiorentini*, 46/2017, Giuffré, Milano, 537 ss.

[77] G. CAZZETTA, *Pagina introduttiva. Giuristi e Stato sociale; teorie e progetti, discorse e pratiche*, in *Quaderni Fiorentini*, 46/2017, Giuffrè, Milano, 3

[78] M.S. GIANNINI, *Lo Stato sociale: una nozione inutile*, in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. 7, Milano, Giuffré, 2005, 111 ss.

[79] P BARILE, *Diritti dell'uomo*, *cit*., 396

[80] D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali, cit*., 140

[81] Cfr. sul punto C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffré, Milano, 1940

reinserimento sociale dello stesso[82]. Pertanto, non pare concepibile, quale che sia il reato commesso, l'esclusione del condannato dalla garanzia dei mezzi necessari a tutelare il diritto alla vita. Un'esclusione che, peraltro, non sarebbe volta alla rieducazione dello stesso[83] e contrasterebbe con la giurisprudenza costituzionale in tema di diritti dei detenuti[84].

Sempre il co. 3 dell'art. 27, unitamente all'art. 4 CDFUE, sembra infatti non consentire una decisione di segno opposto a quella in concreto adottata dalla Corte: privare un soggetto dei mezzi necessari per vivere – garantiti anche ai detenuti – si attesterebbe, come detto, tra i trattamenti contrari al senso di umanità, nonché alla rieducazione del condannato[85].

La pronuncia in tal senso parla chiaro: presuppone l'idea non di uno Stato che si pone allo stesso livello del cittadino, in ottica retributiva, bensì che mette al centro la dignità dell'uomo e i diritti inviolabili di cui all'art. 2, tentando la via del reinserimento e della rieducazione (o quantomeno lasciandone aperta una possibilità). È chiaro che ciò trova il limite intelligente della garanzia dei soli bisogni primari della persona, che però, per i suddetti motivi, lo Stato non può negare a nessuno. Pena la negazione di uno dei tratti caratteristici della Costituzione.

Su questi punti, di matrice politica e valoriale, si può ovviamente discutere ed essere o meno d'accordo. Ma la pronuncia sembra essere in linea col complesso di diritti e doveri designato dalla Costituzione.

[82] Cfr. sul punto A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Artt. 27-28*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1991

[83] La questione della rieducazione del condannato e della finalità della pena è certamente spinosa e tutt'ora aperta. Si veda sul punto, tra gli altri, Pavarini, *Siléte poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, in M. PAVARINI (a cura di), *Siléte poenologi in munere alieno*, Il Mulino, Bologna, 2006, 20; P. NUVOLONE, *voce Pena (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, 1982, 817; E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 50 ss., V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del Diritto*, n. 1-4 2009, 178 ss..

[84] Cfr. Corte costituzionale, sent., n. 526/2000, n. 376/1997, n. 351/1996, n. 223/1996, n. 165/1996, n. 349/1993, n. 104/1982, n. 54/1979, n. 264/1974, 115/1964

[85] Secondo alcuni autori, come visto, la stessa detenzione domiciliare presenterebbe dei profili problematici dal punto di vista del trattamento inumano e del reinserimento sociale del condannato, nonché in relazione all'art. 3 co. 1 Cost.; sul punto, v. *supra*, par. 2.4

4. Una scelta condivisibile

Nel complesso, dunque, la decisione della Corte pare coerente e condivisibile. Vengono superate con logicità e ragionevolezza le obiezioni sollevate dall'Avvocatura di Stato e dalla difesa dell'INPS (alcune anche evidentemente discutibili, come quella secondo cui il soggetto consapevole di essere privo dei mezzi per vivere, essendo a conoscenza della normativa prevista dall'art. 2 co. 61 l. n. 92/2012, potrebbe tranquillamente rinunciare al regime – che gli spetta di diritto – della detenzione domiciliare[86]; questione che pare in evidente contrasto con l'art. 3 co. 1 Cost.).

È chiaro che si è di fronte a un tema complesso, che investe due grandi problemi del nostro tempo: la limitatezza delle risorse economico-finanziarie in relazione all'erogazione delle prestazioni assistenziali ed il trattamento da riservare agli autori di delitti che violano e tradiscono in maniera quasi irreversibile il patto di coesione sociale e convivenza civile, verso cui lo Stato deve sempre e comunque mantenere un atteggiamento di severa condanna.

Proprio in questa cornice il riferimento all'art. 2 – unitamente al discorso sulla ragionevolezza cui si è fatto cenno – pare decisivo. È dentro la cornice di una presa di distanze da determinate condotte che lo Stato, come delineato dalla Costituzione, riconosce comunque il primato dei diritti umani inviolabili, la cui esistenza è antecedente rispetto a quella dell'ordinamento. Ciò che fa dunque da discriminante è la classificazione dell'assegno sociale. Sul punto il lavoro della Corte non è stato particolarmente complesso, in quanto si è giustamente limitata a recepire i precedenti orientamenti, scaturenti da un dettato normativo (l. n. 335 del 1995) inequivocabile[87].

Proprio su questo punto, tra le diverse pronunce della Corte, sembra rinvenirsi una sola "voce fuori dal coro", costituita dalla citata sentenza n. 50 del 2019. Nell'ambito di tale pronuncia – sulla necessità del requisito del permesso di soggiorno UE di lungo periodo per gli stranieri al fine di rientrare nel novero dei titolari dell'assegno sociale – la Corte da un lato afferma che il requisito del radicamento territoriale sia necessario soltanto per quelle prestazioni proprie della mera assistenza sociale, e non per quelle che mirano a garantire un diritto inviolabile della persona riconosciuto

[86] Corte costituzionale, sent. n. 137/2021, 13

[87] «L'essenzialità di tale prestazione, che provvede ad uno stato di bisogno «necessariamente da emendare in adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale della collettività» (Corte cost., ordinanza n. 143/2001), è confermata sul piano del diritto ordinario dal peculiare regime di incedibilità, insequestrabilità e impignorabilità della prestazione, prescritto dall'art. 3, co. 7, della l. n. 335/1995 con rinvio alle disposizioni in materia di pensione sociale, di cui alla l. n. 153/1969», F. CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2019, 258

dall'art. 2 Cost. (secondo un ragionamento per certo verso analogo a quello seguito nella sentenza n. 137/2021), ma dall'altro giunge alla conclusione che l'assegno sociale non rientrerebbe fra queste ultime misure, e sarebbe invece «un sostegno a chi abbia compiuto 65 anni di età da parte della collettività nella quale hanno operato, che è a anche un corrispettivo solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.)»[88]. Sposando tale tesi, il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale nell'ambito della sentenza n. 137/2021 rischierebbe di crollare. Come detto, la Corte però si rifà ad altri – e ben più numerosi – precedenti, in cui afferma espressamente che l'assegno sociale sia volto al soddisfacimento di diritti inviolabili della persona (tra cui le sentenze n. 126/21, n. 152/2020, n. 113/2019, n. 12/2019, n. 222/2018 n. 194/2017, n. 40/1999, n. 31/1986)[89], con la conseguenza, però, che a sollevare qualche perplessità sia proprio la sentenza n. 50/2019.

La decisione della Corte pare dunque, nel complesso, ragionevole e condivisibile, nonché in linea con la concezione di Stato e di persona delineate dalla Carta costituzionale.

[88] Corte costituzionale, sent. n. 50/2019, 8
[89] Sul punto, cfr. F. CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale*, *cit.*, 246 e 258

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 1/2022

Data: 4 gennaio 2022

Quel 2 giugno 1946. Recensione al volume di Federico Fornaro, 2 giugno 1946. Storia di un referendum, Bollati Boringhieri, Torino 2021

di **Paolo Veronesi** – *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Ferrara*

È statisticamente assai raro che il titolo di un libro si risolva in una data: perché l'operazione abbia un senso occorre infatti che quest'ultima dica già tutto a tutti (o a quasi tutti).

È il caso del tragicamente splendido e ormai classico "16 ottobre 1943" di Giacomo Debenedetti, nel quale si affronta uno dei momenti più biechi della storia italiana: il rastrellamento e la deportazione degli ebrei del ghetto di Roma ad opera dei nazisti.

È ora il caso di "2 giugno 1946. Storia di un referendum" di Federico Fornaro (Bollati e Boringhieri, 2021): un'altra data importante per la storia d'Italia, la quale segna un momento essenziale nel nostro faticoso approdo non solo alla Repubblica ma alla stessa democrazia.

Sono almeno due (tra le tante) le principali cartine al tornasole che confermano un tale passaggio storico e che Fornaro pone in risalto.

In primo luogo, si giunge, proprio quel 2 giugno, a conseguire un ingrediente essenziale per l'esistenza di ogni democrazia e per dare corpo a un effettivo principio di uguaglianza: il suffragio diviene finalmente universale e votano anche le donne. L'evento (di autentica svolta) è in verità preceduto – il 10 marzo dello stesso anno – da una corposa tornata di elezioni amministrative, anch'esse aperte al voto femminile. Tuttavia, è proprio quel 2 giugno il giorno in cui tutto il corpo elettorale italiano, dalle Alpi alle soglie delle Piramidi, fu chiamato alle urne in un'unica soluzione e per contribuire a scelte ricadenti su tutti e tutte.

Fornaro riporta nel dettaglio le incertezze, le discussioni e le tesi "forti" pro-voto che accompagnarono tale (per certi versi) preoccupata estensione dei diritti politici. Un argomento su tutti: come si poteva escludere le donne dalla vita politica dopo il loro coinvolgimento e le prove di estremo coraggio che avevano espresso nella lotta di liberazione?

L'autore mette però in luce anche gli inciampi che si frapposero al conseguimento del risultato, oltre agli ostacoli e ai pregiudizi che fu necessario superare. Ad esempio, inizialmente si disciplinò (forse inconsciamente o forse no) il solo elettorato attivo delle donne, senza cioè precisare espressamente che fossero anche candidabili ed eleggibili. Si dovette perciò correre ai ripari in una fase successiva, nel momento in cui si dispose di convocare l'Assemblea Costituente. Dilagava inoltre il timore – avvertito soprattutto dalle forze di sinistra – che le donne, nel segreto dell'urna, avrebbero in maggioranza espresso voti filomonarchici ed esclusivamente democristiani, influenzate dai mariti, dai parroci allineati al Vaticano, dalla semplice tradizione. Le polemiche furono al vetriolo: infine fu Togliatti a rompere gli indugi, zittendo non poche resistenze interne al suo stesso partito e giocando di sponda con De Gasperi, mentre altre forze politiche continuarono a essere sospettose o contrarie fino all'ultimo.

Significativo quanto accadde a suggello dell'obiettivo raggiunto. Il quotidiano *l'Unità* uscì con l'inequivoco titolo "Vittoria della democrazia"; il Resto del Carlino, di ben altro orientamento politico, si presentò ai lettori con un irritato "Mentre si muore di fame, ci si preoccupa del voto alle donne". Un esempio di quel benaltrismo e di quella scarsa attenzione ai diritti ancor oggi spesso presente nell'asfittico dibattito politico italiano: e non è l'unico esempio dei ricorrenti tic italiani che affiorano qua e là tra le pagine del libro.

Anche il timore, spesso brandito dai contrari, che le donne avrebbero rinforzato le fila del temuto astensionismo – così delegittimando l'esito della consultazione – si rivelò infine totalmente fuori centro: le donne non rimasero affatto a casa, né si rifugiarono tra le pareti delle chiese.

L'altro evidente sintomo del consolidarsi di un gioco finalmente democratico si rinviene nel fatto che, a corredo del percorso che conduce a quel 2 giugno – dopo gli anni tragici della dittatura, del partito unico e del dissenso soffocato nelle prigioni, al confino e nel sangue – emerge e s'infiamma un dibattito finalmente libero e aperto tra una pluralità di partiti politici aventi idee divergenti di Paese, di alleanze, di contenuti da realizzare nell'immediato. E Fornaro squaderna con attenzione questi terreni di scontro e d'incontro.

Tale approdo segna insomma l'inizio del pluralismo, sconosciuto nel Ventennio e mal tollerato anche prima del suo devastante avvento. E ciò si afferma con riguardo a una questione del tutto dirimente, come la scelta tra la monarchia e la Repubblica: è il nuovo titolare della sovranità (il popolo), fin lì trattato alla stregua di un gregge da trainare a da frustare all'occorrenza, ad avere la responsabilità di pronunciarsi sul suo stesso destino.

Ma a quel 2 giugno 1946 non si arrivò né per caso, né mediante "pranzi di gala".

Fornaro si occupa quindi attentamente del "prima", del "durante" e del "dopo" quella giornata, rendendo in modo storicamente documentato e narrativamente molro efficace il clima, le spinte e le controspinte che ne accompagnarono il faticoso parto.

Il "prima", innanzi tutto.

Nella parte iniziale del libro si ricostruiscono gli intricati antefatti di quel voto. Eventi che si collocano a cavallo tra vicende belliche ancora in pieno corso, occupazione di fatto del territorio nazionale da parte delle forze alleate, la realtà di una monarchia debolissima ma intenzionata a vender cara la pelle, rapporti internazionali da riallacciare e sperimentare, istituzioni da reinsediare e da reinventare.

Vengono così illustrate le difficoltà con le quali si procedette alla liberazione del suolo italiano e di come ciò si intrecciasse costantemente con il dibattito (tra le forze alleate) sulle modalità con le quali si sarebbe dovuto gestire il futuro istituzionale (e internazionale) del nostro Paese.

La questione divenne insomma, sin da subito, anche e prepotentemente geopolitica.

Fornaro mette quindi in risalto come, nel pre-2 giugno, l'aspirazione degli inglesi fosse evidentemente quella di sfruttare il disfacimento italiano per rafforzare il loro dominio sul Mediterraneo, assunto quale crocevia di un'aggressiva politica di approvvigionamento energetico. Essi erano dunque assai poco propensi ad aiutare davvero il nostro Paese, recuperandolo finalmente a una democrazia compiuta, efficiente e a briglia sciolta. Badavano invece, proprio per le loro mire, a mantenerlo in una situazione di debolezza e di sudditanza. Il motto era che occorreva "tenere l'Italia sotto il tallone", facendole pagare fino all'ultima sterlina il conto per le indubbie colpe che gravavano sul fascismo.

Anche per questo (e non solo per amore della tradizione) Fornaro spiega come gli inglesi lavorarono assiduamente per conservare la monarchia al vertice dello Stato post-fascista: un re debole, più che delegittimato dalla storia recente e, quindi, opportunamente manipolabile, non

avrebbe potuto contraddire le loro pretese egemoniche in un'area d'influenza in cui l'Italia era ed è collocata, per forza di cose, in posizione strategica.

L'autore mette peraltro assai bene in luce come l'atteggiamento inglese muti in forma sensibile dopo l'inaspettata (e per certi versi sorprendente) sconfitta di Churchill alle elezioni del 1945, con la conseguente formazione di un governo laburista. Il sogno imperiale – ricorrente nella storia inglese – conosce in tal modo un sensibile "cambio di tono" ed è soprattutto lo scenario italiano a venirne influenzato.

Al contempo, il sostanziale ritrarsi degli inglesi lasciò inevitabilmente spazio a un maggior attivismo degli americani, come divenne evidente soprattutto dopo la morte di Roosevelt (nello stesso 1945) e l'avvento di Truman. Questi era infatti assai meno incline del suo predecessore ad avallare l'idea (inizialmente condivisa anche da Stalin) di dar vita a un pulviscolo di piccoli Stati europei quale antidoto all'inverarsi di una futura ed ennesima ecatombe mondiale. Gli statunitensi evidenziarono quindi di non avere nessuna particolare propensione per la monarchia, né erano interessati che l'Italia fosse debole o che gli inglesi spadroneggiassero nell'area. La posizione del nostro Paese, a cerniera e al confine tra est e ovest, ossia tra blocchi d'influenza che, com'era già chiaro, si sarebbero consolidati e avrebbero contrassegnato il futuro mondiale, mal si coniugava con l'idea che tale linea rossa dovesse essere presidiata da un paese rarefatto.

Come Fornaro evidenzia, quest'approdo trovava infine una sponda (forse inaspettata ma certo solida) nello stesso Stalin, il quale non gradiva concedere ulteriore spazio all'egemonia inglese; anche per questo il leader sovietico sostenne la svolta del Patto di Salerno, poi praticata operativamente da Togliatti al suo ritorno (concordato) in Italia.

Il libro mette anche in evidenza come gli inglesi e gli americani (così come la Chiesa) fossero però pienamente d'accordo nell'opzione anticomunista e antisocialista, come gradissero una placida continuità piuttosto che le innovazioni radicali, come in quei frangenti – proprio per questo – abbiano protetto persino soggetti e corpi burocratici fortemente implicati con il vecchio regime, appoggiandosi a essi per creare il tessuto di fondo dello Stato a venire. A tal proposito è esemplificativa la vicenda del gen. Mario Roatta, capo di Stato Maggiore, tra i responsabili dell'assassinio dei fratelli Rosselli e dei crimini di guerra, delle esecuzioni sommarie, delle estese deportazioni nei campi di concentramento allestiti dagli italiani (non proprio "brava gente") in Jugoslavia. Anche i nomi di Junio Valerio Borghese (e della sua X Mas), di Umberto Federico D'Amato (poi decisivo nel gestire il torbido ed eversivo Ufficio Affari Riservati del Ministero

dell'Interno) e di Edgardo Sogno affiorano tra le pagine del libro: personalità che – in modi decisamente diversi (e da mantenere pertanto distinte) – saranno protagoniste di vicende poco limpide (e, in taluni casi, assai gravi) collocate negli anni Settanta.

Gli alleati posero così le basi in quel periodo – pur mantenendo una collaborazione anche generosa con le formazioni partigiane, le comuniste comprese – di quella "doppia fedeltà" e di quei gruppi sommersi, in intenso e opaco rapporto con i servizi segreti italiani e angloamericani, poi fondamentali nel reggere i fili di alcune tappe della "strategia della tensione".

Un capitolo a sé merita la monarchia e il suo atteggiamento dopo il 25 luglio 1943. Fornaro illustra pertanto il proclama ambiguo di Badoglio e il formarsi del suo primo governo dopo la caduta e l'arresto di Mussolini, poi troppo facilmente liberato dalla prigione dorata di Campo Imperatore. Quello di Badoglio – altro criminale di guerra –è un governo ancora fortemente autoritario e pienamente intenzionato a operare nel segno della continuità. Gli stessi americani lo consideravano sin troppo filofascista e non lo avevano in simpatia, a differenza degli inglesi, che confermavano, anche a tal proposito, il loro conservatorismo. L'autore cita, tra l'altro, una lettera a dir poco sarcastica di Vittorio Foa, il quale, sotto Badoglio, e assieme a molti altri oppositori del regime mussoliniano, continua a essere incarcerato in virtù della sua nota attività antifascista. Senza dire dell'ordine rivolto alle forze di polizia ad assumere reazioni anche violente a fronte delle manifestazioni di piazza, con la triste conta di feriti e di decessi prodotta in quei frangenti (di sponda a una famosa circolare emanata, ancora una volta, da Roatta).

E poi la nota attesa fino all'8 settembre prima di prendere una posizione precisa e neppure del tutto, lasciando prezioso tempo ai tedeschi che capirono al volo l'antifona e approfittarono delle incertezze italiane per insediarsi ancor più efficacemente sul territorio.

La fuga repentina della monarchia e dei generali da Roma verso Pescara e poi a Brindisi, senza lasciare ordini o indicazioni precise, con l'esercito allo sbando e le città occupate dai tedeschi, oltre che bombardate dai nuovi alleati, fece il resto.

Fornaro sottolinea poi l'atteggiamento nient'affatto arrendevole che la monarchia assunse in vista e immediatamente dopo il referendum: decisa a impegnarsi sino in fondo (e talvolta anche spregiudicatamente) nella partita della sua permanenza al potere. Ad esempio, con l'abdicazione non concordata (e anzi lesiva del patto di Salerno) e che diede vita al regno di maggio, nel tentativo di ricrearsi una verginità e d'influenzare in tal modo il voto del due giugno, grazie a un'immagine giovanile e non troppo compromessa con il fascismo (specie per il ruolo assunto da Maria Josè).

Fornaro spiega perciò assai bene come al primo governo Badoglio si sostituì il secondo. Come a Badoglio subentrò infine il governo Bonomi, una personalità ancora conservatrice – oltre che non certo nuova – ma non coinvolta nel precedente regime (anche se non si oppose in concreto al suo avvento). Come si strutturarono (quasi artigianalmente) e iniziarono a operare le prime istituzioni (tra le quali ebbero un ruolo essenziale il CLNAI e la Consulta nazionale).

Vengono poi messi in luce i dissidi e le incertezze tra gli stessi partiti politici sul contenuto che avrebbe dovuto presentare la domanda referendaria. E come iniziò, si sviluppò, si modificò nel corso del tempo il dibattito su "chi" e "come" avrebbe dovuto effettivamente decidere sul futuro istituzionale italiano: un'Assemblea rappresentativa ed eletta, come avrebbero inizialmente preferito le forze di sinistra – sicure che in tal modo la Repubblica avrebbe vinto a man bassa – o direttamente il corpo elettorale (come pareva doveroso, sia per imprimere forza alla stessa scelta repubblicana – se vincente – sia per recuperare il popolo a un ruolo attivo sulla scena politica)? Fu la monarchia, apprendiamo dal libro, a sostenere per prima l'ipotesi di un referendum, violando ancora una volta i patti di "non ingerenza" e contando di avere così maggiori *chances* di successo.

L'Assemblea Costituente, poi, che poteri avrebbe dovuto assumere? Occorreva un referendum per stabilirlo o sarebbe stato sufficiente siglare un accordo tra le forze politiche? A chi assegnare inoltre il potere legislativo nella fase transitoria (all'Assemblea stessa o al governo)? Fissare o no un obbligo di esercitare il voto per prevenire il temuto astensionismo (e la conseguente nascita di istituzioni fragili)?

Un'intricata matassa di questioni non facile da dipanare e che Fornaro spiega per filo e per segno, ragionando anche sulle ragioni che indussero talvolta gli attori in gioco a mutare opinione.

Da qui l'attento esame della sostanza delle due Costituzioni provvisorie: quella contenuta nel decreto legge lgt. n. 151/1944 – che, tra l'altro, legittimò l'Assemblea Costituente, mentre restava ancora ambigua sul "chi" avrebbe dovuto scegliere tra monarchia e repubblica – e quella raccolta dal successivo d. lgs. lgt. n. 98/1946, in cui finalmente si stabilì che sarebbe stato un referendum a scegliere tra monarchia/repubblica e che il potere legislativo ordinario sarebbe stato delegato al Governo. Due testi normativi il cui parto costò non poche discussioni e rischi di lacerazioni, ma che furono fondamentali nel percorso di avvicinamento a quel 2 giugno, oltre che per le fasi immediatamente successive al voto.

Anche il "durante" quel 2 giugno è analizzato da Fornaro. Non manca la descrizione, persino commovente, di ciò che avvenne ai seggi, la partecipazione oceanica, il clima tranquillo e di

dialogo, quasi di festa, in cui si svolse l'evento, il rinnovato rapporto tra uomini e donne che si tradusse in episodi di vita comune su un terreno mai sperimentato prima (come narrato anche in un intenso pezzo giornalistico di cui Fornaro riporta significativi passaggi).

Nel libro si riassume poi, in utilissime tabelle, quale fu l'esito "numerico" di quella giornata. Più di preciso, distingue – anche circoscrizione per circoscrizione (ed è estremamente utile) – quale fu l'andamento del voto. Ne emerge una spaccatura del Paese non solo sull'asse nord-sud, ma anche tra grandi centri e centri rurali. Faglie illuminanti anche per comprendere da dove provengano taluni comportamenti elettorali oggi tornati prepotentemente sotto i riflettori.

Quanto al "dopo" – ossia ai giorni immediatamente successivi alla consultazione – esso non fu certo lineare.

Si descrive pertanto lo scoramento del Ministro dell'Interno Giuseppe Romita – personalità al quale l'autore ha dedicato un'intensa monografia – allorché giunsero i primi dati (dal sud) favorevoli al monarca. La sua sensazione che tutto fosse perduto e la notte tremenda che dovette affrontare.

Nel libro si analizzano poi nel dettaglio le polemiche sui brogli inesistenti e mai provati: anzi, si presentano le prove del contrario, come sottolinea Fornaro citando fonti e documenti, oltre che proponendo la loro attenta interpretazione. Una tesi assurda solo a sapere che, nell'operare il computo, stavano posizionati in prima fila magistrati tutt'altro che filo repubblicani.

Si descrive quindi il tentativo del re di maggio di resistere sino all'ultimo, forzando decisamente il clima. In tale snodo si colloca il coraggioso colpo di mano del governo e del Presidente del Consiglio De Gasperi, che si assunse la responsabilità, in base a quanto già previsto, di avocare a sé le funzioni di Capo provvisorio dello Stato. Affiorava infatti l'assai fondato timore che il protrarsi dell'incertezza sugli esiti del referendum, in attesa che la Cassazione uscisse dal guscio – pur quando essi erano ormai di fatto ma non ancora di diritto ormai certi – fornisse il pretesto alle forze monarchiche per azioni impreviste e violente: ce n'era già stato un assaggio in alcune città, e particolarmente a Napoli, dove la monarchia aveva stravinto e in cui venne attaccata la sede della federazione del Partito Comunista, lasciando sul terreno nove morti.

Da qui le numerose impugnazioni degli esiti del referendum prodotte dai filomonarchici. In particolare, la più insidiosa fu quella in cui si metteva in dubbio –traendo spunto da un passaggio poco chiaro delle norme che regolavano l'indizione – il criterio con il quale computare le schede bianche o nulle (andavano aggiunte o no ai voti contrari?). Il comportamento dei magistrati della

Cassazione (tra questi lo stesso Presidente) furono decisamente ambigui sul punto (e filomonarchici essi rimasero anche nelle posizioni assunte pubblicamente e istituzionalmente), inquinando di fatto le acque con comunicati dal tono a dir poco sibillino.

Anche da ciò derivò la lunga attesa prima di giungere a un pronunciamento definitivo su chi avesse vinto il referendum.

Insomma, il libro rende assai bene come nulla fu semplice, né prima, né durante, né dopo quel 2 giugno. E anche quando l'esito divenne finalmente indiscusso e ufficiale, c'era, all'esterno della Sala della Lupa di Montecitorio, un intero paese da rifondare, letteralmente alla fame, un popolo da educare alla Repubblica e a una democrazia che non avevano mai conosciuto e che, anche per questo, facevano (molto umanamente) paura. Un compito da far tremare i polsi.

Il libro ha il merito di descrivere e analizzare tutto ciò (e anche molto altro, non riproducibile nello spazio di una recensione), nonché le modalità con le quali gli attori sul palcoscenico di quella storia italiana si siano mossi in quei delicati frangenti, dopo tanti anni di dittatura. E quante siano state le difficoltà del caso, le pagine bianche e quelle più grigie, le incertezze e le battaglie perse (accanto a quelle vinte), gli accordi raggiunti a suon di compromessi, i bivi che comportarono scelte essenziali.

In questo quadro assai complesso si colloca e merita di essere rimarcato quel che Fornaro definisce, a ragione, il "capolavoro di De Gasperi".

Il cambio di passo avviene dopo la caduta del governo Parri: pochi mesi di (troppo) intense promesse di rinnovamento, concluse nel modo (per certi versi drammatico) descritto efficacemente da Carlo Levi nel suo romanzo *L'Orologio*, opportunamente citato da Fornaro (e da troppi dimenticato). Il crollo del governo Parri è opera dei Liberali, che non apprezzavano affatto la *verve* innovativa dell'ex capo partigiano Maurizio, temendone la visione e gli intenti eccessivamente innovativi. De Gasperi concorda con l'offensiva Liberale ma ha l'acutezza di rimanere ai margini della sfida, così da raccogliere poi, senza troppi scossoni, l'incarico di formare il nuovo esecutivo, il quale non sarà né troppo conservatore – come avrebbero desiderato i liberali – né assolutamente giacobino (come avrebbero sognato alcuni a sinistra).

Ma De Gasperi ottiene, in quello stesso snodo storico, anche altri importantissimi successi.

Attraverso la seconda Costituzione provvisoria del 1946 raggiunge, innanzi tutto, l'obiettivo per cui a esprimersi sulla monarchia o sulla repubblica sarebbe stato direttamente il corpo elettorale. Evita così il rischio di lacerare il suo partito, che era a tal proposito spaccato – specie lungo le

traiettorie nord- sud e città-campagna – e che, se si fosse dovuto votare in seno all'Assemblea, sarebbe quasi certamente deflagrato. Probabilmente fu per questo che De Gasperi non indicò mai quale sarebbe stato il suo voto, né lo fece dopo il 2 giugno (sappiamo dalla figlia e da Andreotti che votò repubblica, ma ovviamente manca la controprova). È però vero che lo stesso Sturzo prese posizione a favore della Repubblica, ritenendo – da politico arguto qual era – che costituiva un grossolano errore credere che la monarchia (debole e ormai delegittimata) avrebbe fornito un baluardo contro il pericolo rosso (come invece pensava la Santa Sede). E i partiti di sinistra, che pure avrebbero potuto tentare di forzare la mano per mettere nell'angolo la DC – e persino per polverizzarla – preferirono adottare una soluzione matura e prudente, usando come bussola l'interesse collettivo (e non certo il loro tornaconto elettorale).

De Gasperi – altro successo non scontato – riuscì quindi a bloccare la scelta di assegnare il potere legislativo all'Assemblea Costituente, conservandolo invece all'esecutivo e garantendo in tal modo una transizione il più possibile "dolce" e scevra da pericolosi "balzi in avanti". Anche su questo le sinistre infine cedettero – archiviando le proprie preferenze – consce dell'intricata matassa di questioni (interne ed esterne) che un diverso approccio avrebbe inevitabilmente generato, danneggiando, *in primis*, il Paese.

Questo quadro fece dunque si che gli alleati vedessero sempre più nella DC il partito della stabilità, e nel suo leader lo statista di cui fidarsi; baluardi – entrambi – avverso derive rivoluzionarie o comunque troppo audaci, ma anche contro il semplice ritorno a un passato che aveva fallito e si voleva esorcizzare.

Si prefigurarono così le future alleanze internazionali e s'ipotecò un preciso modello politico e di Paese (e anche d'intervento sul campo, se le cose si fossero "messe male").

Prese insomma avvio quel potere democristiano che – tra alti e bassi, meriti e demeriti – si sarebbe protratto sino agli anni Novanta. Allora, peraltro, nessuno ci avrebbe scommesso, come nota Fornaro riportando, tra l'altro, le osservazioni di Andreotti.

Ma questo è un tema che procede oltre l'oggetto del volume, il quale ci offre un affresco completo, molto nitido e persino avvincente di tutti i movimenti, le spinte e le controspinte, i successi e gli insuccessi ai quali si è sopra solo accennato e che non erano probabilmente chiari neppure ai protagonisti di quelle fasi. In ciò risiede il maggior merito di questo volume documentassimo ma mai pedante, in cui taglio giuridico, politico e storico si mescolano con grande efficacia. Con discrezione e intelligenza, molto di quanto vi si trova scritto e argomentato si rivolge

anche all'oggi e può fungere da utile parametro per non poche valutazioni (problematiche e critiche) insite nella contemporanea (e preoccupante) complessità del nostro Paese.