AIC
Associazione Italiana
dei Costituzionalisti

Osservatorio AIC

Bimestrale di attualità costituzionale

Anno 2021/ Fascicolo V

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.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Indice del Fascicolo 5 del 2021

Attualità

L. Longhi, *Audizione del 24 giugno 2021 sul ddl n. 270 (tutela dei minori e della dignità della donna nella comunicazione) – Commissione 1ª Affari Costituzionali*.....5

F. Nania, *La Brexit in Italia: le attività interne di governo e parlamento*.....11

B. Pezzini, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960 (*)*.....31

S. Sciarra, *'Effetto farfalla'. La sentenza n. 33 del 1960 (*)*.....49

A. Deffenu, *Parità di genere e pubblici uffici nel dialogo tra giudice costituzionale e legislatore (*)*.....67

L. Lorello, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive (*)*.....86

C. Tripodina, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne: dal Caso Oliva al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (*)*.....121

Commenti normativi

F. Rigano, M. Terzi, *«Certificazioni verdi COVID-19» e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale*.....146

Giurisprudenza

A. Catani, *Sull'ergastolo ostativo. Prime riflessioni a partire dall'ordinanza n. 97/2021 della corte costituzionale*.....163

C. Magnani, *La Corte costituzionale rivede la detenzione per la diffamazione tramite i media. Prime note sulla sentenza n. 150 del 2021*.....171

M. Scoletta, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo (nota a C. Cost. n. 98 del 2021)*.....196

Recensioni

A. Cauduro, *Perché una Costituzione della Terra? Recensione a "La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale" di Luigi Ferrajoli*.....213

(*) Il contributo si colloca nell'ambito del Seminario di studi "La parità dei sessi nell'ordinamento costituzionale. Sessant'anni dopo la storica sentenza n. 33 del 1960", Associazione italiana dei costituzionalisti, organizzato nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la Parità, il 5 febbraio 2021.

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2021
Data: 7 settembre 2021

Audizione del 24 giugno 2021 sul ddl n. 270 (tutela dei minori e della dignità della donna nella comunicazione) – Commissione 1ª Affari Costituzionali

di **Luca Longhi** – *Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Telematica Universitas Mercatorum*

Onorevole Presidente,

Onorevoli Senatori,

mi sia consentito, preliminarmente, di rivolgere alla Commissione i miei più vivi ringraziamenti per l'invito a prendere parte ai lavori odierni in questa autorevole Sede.

1. Il disegno di legge sottoposto oggi al nostro esame ha ad oggetto misure per la protezione dei minori e per la tutela della dignità della donna nella pubblicità e nei mezzi di comunicazione.

Si tratta di un intento di per sé lodevole e assolutamente condivisibile, sebbene mi sembra che sia stato perseguito in una maniera non ottimale, per tutti i motivi che mi impegnerò ad illustrare in questa sede.

In primo luogo, desta perplessità sul piano sistematico la scelta di abbracciare in un unico intervento legislativo un ambito così composito, comprendente donne e minori (e anche gli stessi uomini, come si evince dall'art. 2, lett. c), che corrispondono a pianeti del tutto diversi, con esigenze di tutela, a loro volta, profondamente distinte.

Un secondo profilo di perplessità risiede, a mio avviso, nella scelta di affrontare la pubblicità *tout court*, senza distinzioni in base al mezzo di comunicazione prescelto (nella relazione si parla addirittura di *dépliant*…), senza considerare che a ciascuno di questi corrisponde un diverso modo di essere del fenomeno pubblicitario.

Infine, dal punto di vista dei contenuti, mi sembra di rilevare che il testo in esame non risponda a quei requisiti di certezza, precisione, puntualità e tassatività, dai quali ritengo non possa prescindere un corretto esercizio della funzione legislativa.

Di ciascuno di tali aspetti proverò a parlare in maniera il più possibile compiuta nei punti che seguono, avvalendomi di esempi concreti di dominio pubblico unicamente a scopi didascalici.

2. Innanzitutto, mi sembra poco felice – in quanto indice di un approccio approssimativo – la soluzione di andare ad incidere contemporaneamente (direi *cumulativamente*, cfr. artt. 1-4) sull'ambito delle donne e dei minori, senza tenere da conto che si tratta di due settori che presentano ciascuno le proprie peculiarità e reclamano, di conseguenza, delle misure di tutela specifiche.

Le premesse descritte nella relazione, benché guardino ad una *ratio* di per sé unanimemente commendevole (la protezione dei minori e la valorizzazione della dignità della donna all'interno della società), mi sembra si richiamino, tuttavia, a valutazioni indimostrate e assunte come assolute (nella parte in cui si parla di «*rappresentazione stereotipata e sessista delle donne*» oppure dell'«*immagine, altrettanto stereotipata, della famiglia che la pubblicità insistentemente veicola*»).

Si tratta, difatti, di condizioni che possono essersi verificate in talune campagne pubblicitarie, soprattutto nel passato, ma che certamente non costituiscono più la regola.

Peraltro, se è vero che alcuni prodotti devono parte della propria notorietà presso il grande pubblico a *réclame* legate ad immagini femminili sensuali (penso ad un famoso marchio di siliconi), non si può negare che qualcosa di simile sia accaduto, non di rado e in epoche più recenti, anche attraverso l'impiego di corpi maschili (pensiamo allo spot del profumo con il modello ritratto in slip bianchi sullo sfondo del mare di Capri).

Mi sembra che entrambi gli esempi rispondano a scelte editoriali forse opinabili da un punto di vista stilistico e del gusto, ma incapaci di per sé di produrre alcun danno tangibile nella società.

In entrambi i casi, si è ritenuto di prescindere, almeno in parte, dal prodotto in senso stretto per coinvolgere la fantasia e finanche la sfera erotica (nel senso greco più ampio di *eros*) dello spettatore o della spettatrice, *emozionandoli*, come, in qualche modo, deve fare la pubblicità.

Non mi sembra, tuttavia, che in nessuno dei due casi – abbastanza emblematici dell'utilizzo dei corpi rispettivamente femminili e maschili – si sia registrata una rappresentazione veramente

degradante della dignità umana e, se ciò fosse avvenuto, dovrebbe valere, a quel punto, per ambedue gli esempi più o meno alla stessa maniera.

A ben vedere, anche solo il fatto che questi spot si facciano ricordare a distanza di anni significa che hanno colto nel segno, contribuendo certamente a determinare il successo e, dunque, i profitti delle aziende committenti.

Questo ddl, partendo da intenzioni senz'altro ammirevoli, sembra giungere poi a voler orientare, addirittura, la creatività dei pubblicitari, piegandola verso obiettivi etico-morali che personalmente non credo debbano appartenere al legislatore.

Un conto è fissare dei paletti certi all'esercizio della pubblicità nelle sue molteplici forme (che sono, tuttavia, già abbondantemente contenuti nella normativa vigente: nella relazione illustrativa, ad esempio, mi sembra siano stati eccessivamente sottovalutati il ruolo e le funzioni dello IAP), altro è conformare la libertà di espressione – che, in questo caso, persegue finalità commerciali in forme che sono spesso e volentieri artistiche – a modelli etici dettati per via legislativa.

Si rischia, pertanto, di ingessare un'attività creativa per definizione, che, peraltro, in un'epoca di grave crisi economica, nella quale è necessario far ripartire i consumi (e, di conseguenza, l'occupazione), non reclama certo ulteriori forme di limitazione, oltre una giusta soglia di ragionevolezza.

D'altronde, facendo ricorso ad un antico ma sempre valido adagio, «*la pubblicità è l'anima del commercio*» e non bisogna trascurare, pur nell'attenzione che va doverosamente dedicata ai soggetti meritevoli di tutela, le implicazioni economiche che derivano dal fenomeno, vero e proprio volano dei consumi e del pluralismo informativo.

È grazie alla pubblicità, infatti, se l'offerta radiotelevisiva nel nostro Paese è così ampia, poiché è fin troppo banale evidenziare che è da questa che gli editori – ivi compresa la stessa TV di Stato, in larga misura – traggono la principale fonte di finanziamento per articolare la propria offerta di informazione e intrattenimento a beneficio della collettività.

Alla talora tanto bistrattata televisione commerciale si deve pur sempre un contributo decisivo all'informazione e all'educazione – in termini culturali, sentimentali, emozionali (se anche solo volessimo limitarci a pensare alla ricchissima programmazione sportiva o a quella che un tempo veniva definita TV dei ragazzi, con la quale sono cresciuti i bambini della mia generazione e non solo) – del Paese.

Un testo di legge che ingabbi la pubblicità, in schemi oltretutto dai contorni piuttosto sfumati (cfr. artt. 1-2 ddl n. 270) e con procedure spesso farraginose (cfr. art. 6), non rende certo un buon servizio alle finalità democratiche e di prezioso impulso all'economia sottese per sua stessa natura al fenomeno pubblicitario.

3. Quanto all'immagine della famiglia attualmente veicolata dalla pubblicità nel nostro Paese, senza entrare in polemiche che non ci riguardano in questa sede, mi sembra di riscontrare che l'evoluzione dei costumi e del senso comune abbia già, fortunatamente, determinato una decisa inversione di rotta rispetto a certi stereotipi novecenteschi.

Non mi sembra che la donna sia più confinata unicamente ad un ruolo ancillare o, peggio ancora, di mero oggetto del desiderio maschile.

Basti pensare che già da alcuni anni la nota azienda di creme solari ha smesso di proporre il famoso spot con protagonista un'avvenente bagnante in topless, come era solita fare negli anni novanta, dimostrando di sapersi sintonizzare, evidentemente, sulla mutata sensibilità del pubblico.

La società, fortunatamente, evolve e, di conseguenza, evolvono i modelli estetici e culturali che da questa promanano e che la stessa si attende dai *mass-media*.

Da telespettatore che, come tutti gli Italiani ha trascorso in casa molte più ore del consueto nell'ultimo anno, posso testimoniare che il tenore complessivo della pubblicità, contrariamente a quanto affermato nella relazione illustrativa, non corrisponde sempre a modelli patriarcali, rivolgendosi spesso e volentieri a nuove formazioni sociali alternative alla famiglia un tempo evocata dal famoso *mulino*.

Negli ultimi mesi, anzi, è stato diffuso uno spot di un'*app* di vini a domicilio in cui i protagonisti, in attesa della consegna, erano impegnati in uno spensierato e disinibito *ménage à trois* (due donne più un uomo).

Si può dire sicuramente che la campagna in questione sia riuscita a farsi ricordare per la voluta provocatorietà del messaggio, che fuoriesce dagli schemi della sessualità tradizionalmente veicolati dalla pubblicità.

Non sono personalmente a conoscenza di sviluppi censori o giudiziari correlati a questa vicenda specifica, essendomi limitato a notarla da telespettatore curioso.

Saranno, in ultima analisi, il mercato e, quindi, i gusti del pubblico a stabilire se la campagna sarà stata un successo.

Ritengo che – entro i limiti, naturalmente, delle norme imperative e, soprattutto, del rispetto della sensibilità dei minori – le aziende debbano essere libere di orientarsi ciascuna verso un proprio *target* socio-culturale, che può guardare a qualsiasi platea di riferimento, dalla più conservatrice alla più progressista, secondo legittime scelte di marketing.

4. Venendo ai contenuti del ddl, mi sembra che le fattispecie ivi previste difettino dei requisiti di chiarezza indispensabili a trasformare le buone intenzioni in un testo normativo di qualità.

In particolare, all'art. 1 sulle finalità, non mi convince molto il disposto della lettera b) («*vietare l'uso strumentale, offensivo e oltraggioso dell'immagine femminile utilizzata come mero richiamo sessuale, oggetto passivo di desiderio o complemento del lusso*»), non essendomi chiara la portata semantica e applicativa della disposizione.

Analogamente, alla lettera c), si legge: «*impedire il riproporsi di stereotipi sessuali che banalizzano l'identità delle donne e degli uomini, utilizzando la nudità in modo pleonastico e immotivatamente seduttivo, in totale assenza di relazione con il messaggio pubblicitario nel quale la nudità stessa è inserita*».

Non si comprende, ad esempio, se il modello in slip dell'esempio dapprima richiamato possa, a questo punto, farsi rientrare tra le fattispecie vietate dalla normativa in esame.

Si tratta, ad ogni buon conto, di elementi assolutamente extragiuridici (stereotipi sessuali, nudità pleonastica e immotivamente seduttiva, …), che non possono non dare luogo a difficoltà in sede di applicazione, estendendo a dismisura l'apprezzamento discrezionale dell'interprete.

Altre criticità si rinvengono all'art. 2 (rubricato «definizioni»), nella parte in cui vengono definite sessiste o lesive dei diritti delle donne le pubblicità che «*utilizzano la figura femminile come elemento puramente accessorio e decorativo di altre immagini nella promozione di prodotti destinati ad altri soggetti, e in particolare ai consumatori di sesso maschile*» (lett. e) oppure che «*inseriscono la figura femminile in contesti nei quali essa è un soggetto passivo, diretto da voci fuoricampo, in prevalenza maschili*» (lett. g).

Mi sembra che in entrambi i casi possa risultare molto difficile in concreto stabilire se ci si trovi o meno nelle fattispecie descritte, vista l'eccessiva indeterminatezza e vaghezza delle espressioni impiegate.

Siamo sicuri che sia questo che si richiede al legislatore?

Le limitazioni che il ddl in esame mira ad introdurre arrivano a censurare e mortificare oltremisura l'esercizio dell'attività pubblicitaria, comprimendo quella quota di malizia (*dolus bonus*), ovvero di quella lecita esaltazione idonea ad accendere l'immaginazione dei consumatori inducendoli al desiderio del consumo e del tutto priva di una verisimile portata ingannevole, che deve essere connaturata per definizione al commercio.

Con tutte le fattispecie dettate all'art. 2, delle quali abbiamo richiamato qui alcuni esempi, sembra che l'intervento legislativo in questione non guardi in alcun modo agli interessi dell'economia, appiattendosi esclusivamente sulle finalità di tutela dichiarate eppure non correttamente (da un punto di vista tecnico-giuridico, beninteso) perseguite.

5. Infine, nel contesto descritto, ulteriori perplessità scaturiscono dal disposto dell'art. 5 ddl, ove, nell'ambito delle nuove competenze affidate all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si prevede l'aumento della relativa pianta organica del personale di ruolo di ben dodici unità, ulteriormente incrementato di sette unità a contratto, con conseguenti non trascurabili oneri finanziari per la collettività.

Avviandomi alle conclusioni, mi sento di dire che, ferma restando l'assoluta bontà della finalità perseguita, che dovrebbe incontrare una piena condivisione all'interno della società, perché non si abbia più a parlare di sessismo o di ogni forma di discriminazione di genere, il ddl in oggetto manifesta, tuttavia, non poche criticità di ordine sistematico, come si è cercato di sostenere qui.

In sintesi, si può dire che, alla luce delle motivazioni osservate, il testo in esame, pur nelle lodevoli intenzioni dichiarate, almeno per come si presenta oggi alla nostra lettura, denoti una scarsa attenzione verso il fenomeno pubblicitario e, di conseguenza, verso la televisione, elettrodomestico che, sebbene non si possa dire in termini assoluti che abbia costruito l'Italia, ha certamente contribuito a *fare gli Italiani*.

Restando a disposizione per ogni eventuale chiarimento, si porgono i migliori saluti.

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2021
Data: 5 ottobre 2021

La Brexit in Italia: le attività interne di governo e parlamento[*]

di **Federico Nania** – *Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università LUISS Guido Carli*

ABSTRACT: The article aims at providing an account of the measures taken by our national constitutional bodies in relation to Brexit, especially with regard to an hypothetical no deal british withdrawal from the EU. Therefore, the decrees-law adopted by the government, mainly decree-law n. 22/2019, and the issue of "postponed effectiveness" are considered. Moreover, the parliamentary scrutiny over the european negotiations with UK and the checks on national executive are taken into account. It is then observed that art. 50 TEU does not foresee the direct involvement of national Parliaments and both the Whitdrawal Agreement and the following TCA were ratified as Eu-only agreements. Nevertheless, the role of European Parliament during the path to Brexit (also beyond what formally provided by art. 50) would seem to outweigh the marginalisation of national Parliaments in the perspective of integration between european and national forms of government.

SOMMARIO*:* 1. Introduzione: la finalità di un resoconto. – 2. Dal decreto-legge n. 22/2019 all'art. 22 del decreto-legge "Milleproroghe": lo spettro del no deal e la questione delle norme ad efficacia differita. – 3. Il ruolo delle Camere nella fase di negoziazione dell'accordo tra UE e Regno Unito. – 4. L'Accordo di recesso ed il Trade and Cooperation Agreement come accordi Eu-only. – 5. Alcune considerazioni conclusive su Brexit e "sistema parlamentare euro-nazionale".

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

1. Introduzione: la finalità di un resoconto

La vicenda della cosiddetta Brexit – avviatasi nel 2016 con il voto referendario da parte dei cittadini britannici e con la successiva attivazione della specifica procedura prevista dall'art. 50 TUE – è stata oggetto di cospicua attenzione in sede scientifica sotto molteplici profili, a cominciare da quello riguardante la natura del diritto di recesso di uno Stato (già) membro dalla compagine dell'Unione Europea.

Nel rinviare al riguardo alla letteratura in merito[1], il presente lavoro si prefigge di offrire un resoconto delle misure messe in atto dagli organi costituzionali nazionali in relazione alle diverse fasi del procedimento svoltosi a livello euro-unitario in conseguenza della notifica di recesso da parte del Regno Unito, anche in relazione alla eventualità, poi fortunatamente scongiurata, di una *exit* britannica dalla UE senza accordo (cd. *no deal*): si tratta dell'adozione da parte del Governo di appositi decreti-legge cui si è affiancata l'attività di indirizzo e di controllo posto in essere dal Parlamento nei confronti dell'esecutivo nazionale almeno nella sequenza "ascendente" del procedimento euro-unitario di cui si parla.

A quest'ultimo proposito, si osserverà invero che sia l'Accordo di recesso quanto il successivo Trade and Cooperation Agreement sono stati stipulati dall'Unione Europea alla stregua di accordi *EU-only*, escludendo pertanto la ratifica da parte degli Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali e dunque senza che si rendesse necessaria una deliberazione da parte delle Camere alla stregua di quanto stabilito dall'art. 80 della nostra Costituzione. Il che porterà tuttavia a chiedersi in via conclusiva se, nella prospettiva dell'integrazione tra la forma di governo nazionale e quella operante a livello europeo, questa assenza dei Parlamenti nazionali non debba ritenersi compensata dall'incidenza del Parlamento europeo in quanto titolare del potere finale di approvazione del *deal* ai sensi dell'art. 50 TUE, tanto più in considerazione del fatto che l'organo rappresentativo europeo ha inteso rivendicare una presenza attiva anche nella fase delle negoziazioni del medesimo *deal*.

[1]Sulle diverse fasi delle trattative intercorse tra Unione e Regno Unito anche in relazione ai mutamenti dello scenario politico inglese cfr. F. Fabbrini, *Brexit. Tra diritto e politica*, Bologna, 2021. Per un'analisi delle più importanti tematiche costituzionali sottese alla Brexit cfr. almeno F. Fabbrini (ed.), *The Law & Politics of Brexit*, Oxford, 2017; C. Martinelli (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Collana del Devolution Club, Santarcangelo di Romagna, 2017; V. Bogdanor, *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, London, 2019. Sulla natura del diritto di recedere dall'Unione e sul procedimento dell'art. 50 TUE nelle sue diverse articolazioni cfr. F. Savastano, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Torino, 2019. Su secessione e recesso nel contesto dell'UE cfr. C. Closa (ed.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union*, Cambridge, 2017.

2. Dal decreto-legge n. 22/2019 all'art. 22 del decreto-legge "Milleproroghe": lo spettro del no deal e la questione delle norme ad efficacia differita.

Ora, è largamente noto che a seguito della notifica del Governo britannico della volontà di recedere dall'Unione Europea si è attivata una complessa fase di negoziazione tra le due parti, con reiterate proroghe in relazione alla cessazione del periodo transitorio ed al conseguente perfezionamento dell'uscita britannica dal contesto euro-unionale.

Ma le difficoltà incontrate dal Governo presieduto da Theresa May nel ricevere la necessaria approvazione parlamentare sull'Accordo con l'UE ed il perdurare della situazione di incertezza anche dopo la nomina del nuovo Primo Ministro Boris Johnson avevano fatto profilare persino l'eventualità che potesse addivenirsi al recesso britannico anche senza il previo raggiungimento di un accordo (cd. *hard Brexit* o *no deal Brexit*).

Parimenti risaputo è che all'Accordo si addiverrà soltanto il 17 ottobre 2019 e verrà approvato dal Parlamento inglese il 24 gennaio 2020, sicché, il successivo 29 gennaio il Parlamento europeo tramite risoluzione ha proceduto all'approvazione dell'Accordo stesso a larga maggioranza dando modo al Consiglio di porre termine all'iter procedimentale previsto dall'art. 50 TUE. Mette conto aggiungere per completezza che l'Accordo, entrato in vigore il 1 febbraio 2020, prevedeva altresì un periodo transitorio di 11 mesi (sino al 31 dicembre 2020) durante il quale perdurava l'applicazione del diritto europeo, fatta eccezione per alcune specifiche materie[2], nei confronti del Regno Unito.

Come si trae dal rapido *excursus* sopra riportato, anche in ragione delle incertezze che fino all'inizio dello scorso anno gravavano sulle modalità di uscita del Regno Unito, il Governo italiano ha provveduto, durante la fase delle negoziazioni e precisamente dal settembre 2019, ad istituire una *Task Force* interministeriale con il compito di valutare i provvedimenti da assumere in materia, diretti

[2] Come si evince dall'art. 127 dell'Accordo di recesso laddove veniva specificato che non si sarebbero comunque applicate nei confronti del Regno Unito e dei suoi cittadini durante il periodo transitorio: a) le norme dei Trattati non vincolanti per il Regno Unito prima della conclusione dell'Accordo stesso (in particolare le norme del Protocollo n. 19 sull'*acquis* di Schengen e del Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda del Nord rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonché le disposizioni dei trattati in materia di cooperazione rafforzata); b) l'art. 11 par. 4 del TUE relativamente al potere di iniziativa dei cittadini europei nei confronti della Commissione; c) l'art. 20 par. lett. b e l'art. 22 del TFUE in punto di diritto di voto ed eleggibilità dei cittadini dell'Unione alle elezioni del Parlamento europeo nonché alle elezioni comunali dello Stato membro in cui si risiede; d) gli artt. 39 e 40 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea anche questi ultimi in relazione al diritto di voto attivo e passivo dei cittadini dell'Unione.

appunto a disciplinare le conseguenze interne del recesso britannico con particolare riguardo all'eventualità di *hard Brexit*.

Peraltro, tale preoccupazione veniva ufficializzata anche dal Dipartimento per le politiche europee il quale dava notizia del fatto che il Governo italiano "tenuto conto dell'incertezza" relativamente alla ratifica dell'Accordo di recesso da parte del Parlamento inglese ed "in stretto raccordo con la Commissione europea e gli altri Stati membri dell'UE" aveva avviato "preparativi per il caso di recesso senza accordo", indicando i settori, a cominciare dalla "tutela dei diritti dei cittadini italiani che vivono nel Regno Unito e dei cittadini britannici", che avrebbero richiesto appositi interventi preordinati a fronteggiare una simile evenienza.[3]

Tornando all'attività della menzionata *Task Force,* risulta dai resoconti consultabili sul sito della Presidenza del Consiglio che le riunioni hanno riguardato prevalentemente gli interventi normativi nazionali opportuni nel caso di *hard Brexit*; in particolare, nella riunione del 25 gennaio 2019 sono state prese in considerazione e discusse, alla presenza anche di una delegazione di esperti della Commissione europea presieduta dalla Vice-Segretaria della Commissione stessa, le "misure di preparazione e di emergenza in caso di recesso senza accordo del Regno Unito dall'Ue" secondo la seguente enumerazione: "messa in sicurezza dei diritti dei cittadini, interventi nel settore dei servizi finanziari...indicazioni geografiche e settore agroalimentare, la preparazione di imprese e infrastrutture (porti, aeroporti, dogane) e misure nel settore dei trasporti, del mercato interno, dell'ambiente, dell'istruzione e della ricerca e della cooperazione giudiziaria civile e penale". [4]

Da tale attività istruttoria del Governo è pertanto derivata l'adozione del decreto-legge n. 22 del 25 marzo 2019, convertito con modificazioni nella legge n. 41 del 20 maggio 2019, recante titolo "Misure urgenti per assicurare sicurezza, stabilità finanziaria e integrità dei mercati, nonchè tutela della salute e della libertà di soggiorno dei cittadini italiani e di quelli del Regno Unito, in caso di recesso di quest'ultimo dall'Unione europea".

[3] Cfr. Dipartimento per le Politiche Europee, *Brexit, i preparativi del Governo italiano. L'Accordo di Recesso e la Dichiarazione Politica sul quadro delle future relazioni,* presso il sito web http://www.politicheeuropee.gov.it/it/comunicazione/approfondimenti/brexit/brexit-i-preparativi-del-Governo-italiano/).

[4] Cfr. *La Task Force Brexit a Palazzo Chigi* (https://www.Governo.it/it/approfondimento/i-preparativi-del-Governo-italiano/12736). L'attività della Task Force è proseguita, stando a quanto riportato sul sito istituzionale, sino al 5 novembre 2020 quando si è svolta una riunione per discutere sullo stato dei negoziati e sugli scenari successivi allo scadere del periodo transitorio.

Nelle premesse del citato decreto-legge, una volta ribadita la situazione di "attuale incertezza in merito alla ratifica da parte del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dell'accordo per il recesso dall'Unione europea approvato dal Consiglio europeo il 25 novembre 2018", venivano ravvisati i requisiti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 Cost. nell'impellenza di "tutelare la stabilità complessiva del sistema economico, bancario, finanziario e assicurativo italiano nonchè assicurare l'integrità dei mercati e la tutela degli investitori, della clientela e degli assicurati nel caso di mancata ratifica, da parte del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dell'accordo per il recesso dal Trattato sull'Unione europea approvato dal Consiglio europeo il 25 novembre 2018"; si evidenziava dunque l'esigenza di "assicurare continuità nella prestazione dei servizi bancari, finanziari e assicurativi da parte sia dei soggetti del Regno Unito operanti in Italia sia dei soggetti italiani operanti nel Regno Unito, nonchè di disciplinare la fuoriuscita ordinata dal mercato italiano dei soggetti aventi sede nel Regno Unito che cesseranno l'attività nel territorio della Repubblica"; si deduceva ancora l'urgenza di dettare ulteriori misure sempre in caso di recesso del Regno Unito in assenza di accordo riguardanti "le modalità di permanenza sul territorio nazionale dei cittadini del Regno Unito e dei loro familiari, la concessione della cittadinanza in favore dei medesimi cittadini, nonché il potenziamento dei servizi consolari ai cittadini e alle imprese presenti nel Regno Unito". Quanto all'aspetto del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, le disposizioni del decreto-legge venivano ricondotte nell'alveo della competenza esclusiva statale relativamente alle materie politica estera e rapporti internazionali dello Stato, moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari, tutela della concorrenza e sistema tributario e contabile dello Stato, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere a) ed e), Cost.[5]

Il testo normativo in esame - a parte il primo Capo relativo alla materia dei "poteri speciali inerenti ai servizi di Comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5g" ed il Capo terzo concernente la garanzia di cartolarizzazione delle sofferenze finanziarie- prevede al capo secondo "Misure per garantire la stabilità finanziaria": tale capo risulta a sua volta suddiviso nella Sezione I rubricata "Misure in caso di recesso del Regno Unito in assenza di accordo", nella Sezione II concernente "Disposizioni per la tutela dei cittadini italiani" e nella Sezione III relativa alla "Partecipazione italiana a istituzioni finanziarie e gruppi intergovernativi internazionali".

[5] Cfr. Servizio Studi Dipartimento Istituzioni, *D.L. 22/2019: Sicurezza e stabilità in caso di "Brexit" senza accordo, A.C. 1789. Dossier n. 41 - Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale*, 6 maggio 2019.

È subito da notare che l'art. 2, comma 1, esplicitamente qualifica l'intera disciplina di cui alla Sezione I, Cap. I, quale "disciplina transitoria applicabile in caso di recesso del Regno Unito dall'Unione europea in assenza di accordo".

Tale clausola condizionale investe pertanto sia l'art. 3 - che disciplinava la prestazione di alcuni servizi ed attività bancarie e finanziarie in Italia da parte di banche ed imprese di investimento con sede del Regno Unito e fino al termine del periodo transitorio (nel quale i soggetti interessati potevano continuare ad operare sul territorio italiano ma solo in seguito alla notifica inoltrata alla Banca d'Italia) - sia l'art. 4 che disponeva la cessazione entro la data di recesso delle attività svolte da alcuni soggetti britannici operanti in Italia (banche e imprese di investimento, gestori di fondi, etc.).

Venendo ora alla Sezione II del medesimo Capo – concernente i diritti dei cittadini britannici residenti in Italia anche privi della cittadinanza di uno Stato membro e dei cittadini italiani residenti nel Regno Unito - occorre invece distinguere tra le disposizioni la cui efficacia viene ancorata al caso di recesso britannico senza accordo e le altre disposizioni esentate da tale clausola di condizionalità.

Tra le prime ricade l'art. 14 del d.l. recante la disciplina in base alla quale i cittadini del Regno Unito ed i loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea potessero conseguire (al ricorrere di determinate condizioni) o un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o un permesso di soggiorno "per residenza" (tali questioni rappresentano ora oggetto di alcune disposizioni dell'Accordo di recesso e segnatamente degli art. 13 e ss. del Titolo II, Cap I rubricato "Diritti connessi al soggiorno, documenti di soggiorno").

Altrettanto è da dire per l'art. 17 del d.l. il quale prevedeva che "al fine di salvaguardare i diritti in materia di prestazioni di sicurezza sociale e sanitarie dei cittadini del Regno Unito, degli apolidi e dei rifugiati che sono soggetti alla legislazione del Regno Unito, nonchè dei loro familiari e superstiti" si continuassero ad applicare, a condizione di reciprocità con i cittadini italiani e fino al 31 dicembre 2020, il regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale nonchè le norme europee in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (ancora con la precisazione che detto criterio trova oggi riconoscimento nell'art. 23 dell'Accordo di recesso sulla "parità di trattamento").

Al contrario, restano svincolati dalla menzionata clausola di condizionalità l'art. 15 (contenente disposizioni in materia di concessione della cittadinanza italiana per i cittadini britannici), l'art. 16 rubricato "Misure urgenti per la tutela dei cittadini italiani" attraverso il quale vengono stanziati appositi fondi per potenziare i servizi consolari a favore di cittadini italiani residenti nel Regno Unito,

ed infine l'art. 17 bis, inserito nel decreto-legge a seguito di un emendamento governativo accolto in sede di conversione[6], che tutela, a condizione di reciprocità, i diritti e i doveri degli studenti e dei ricercatori britannici già presenti in Italia alla data del recesso nonchè le qualifiche professionali riconosciute o per le quali è in corso un processo di riconoscimento, secondo le procedure dell'Unione europea, alla data di recesso.

Si è visto che larga parte delle disposizioni dettate in sede di decreto-legge sono ad efficacia differita, atteso che la loro effettiva operatività viene rinviata al momento in cui si fosse verificata l'evenienza della *no deal Brexit*. Ci si potrebbe chiedere quindi se risulti pienamente conforme ai requisiti di straordinaria necessità ed urgenza prescritti dall'art. 77 Cost. l'utilizzazione dello strumento della decretazione d'urgenza allo scopo di fronteggiare una situazione di necessità non già realmente in atto, bensì allo stato semplicemente ipotetica ed eventuale.

Senza alcuna pretesa di approfondire la questione in questa sede, ci si limita a segnalare che, almeno stando alla più recente giurisprudenza costituzionale, "la straordinaria necessità ed urgenza non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto ma ben può fondarsi sulla necessità di provvedere con urgenza, anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito".[7]

Muovendo da tale *ratio decidendi*, si dovrebbe spostare il fuoco dell'attenzione non tanto sull'aspetto del differimento di efficacia delle disposizioni di cui si tratta, quanto sull'effettiva sussistenza della necessità di predisporre per tempo le misure normative ritenute indispensabili nella previsione di un possibile accadimento (nel caso di specie, il *no deal*) che avrebbe avuto gravi ed immediate conseguenze di ampia portata (sulla continuità dei sevizi finanziari ed assicurativi, sulla posizione di cittadini inglesi ed italiani, ecc.). Sotto questo aspetto, non si potrebbe negare che l'eventualità di un'uscita senza accordo fosse tutt'altro che remota, così come non si possono trascurare le apprensioni suscitate al riguardo nei diversi settori potenzialmente interessati, per cui non sembra nella specie così difforme dal modello costituzionale l'adozione di un criterio precauzionale quale quello che è alla base della predisposizione di misure ad efficacia differita.

[6] Proposta di modifica n. 17.0.100.

[7] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 16/2017, *Considerato in diritto* n. 7.1.2. Sul differimento di efficacia dei decreti-legge cfr: F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019, pp. 135 e ss.; A. Celotto, *L'«abuso» del decreto-legge*, Cedam, Padova, 1997, pp. 436 e ss.; L. De Bernardini, *Il problematico vizio di illegittimità dei decreti legge ad efficacia differita*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2002, pp. 264-271.

D'altro canto, se si scorre il dibattito parlamentare in sede di approvazione della legge di conversione del d.l. in oggetto, si ha conferma, almeno sotto l'aspetto della responsabilità politica, della concordanza sull'esigenza di predisporre in via anticipata le misure descritte, né si potrebbe dire che questa convergenza possa essere smentita dalle affermazioni in ordine all'auspicabilità del raggiungimento di un accordo tra il Regno Unito e l'Unione: il che ricorre in particolare nelle considerazioni della relatrice per il disegno di legge di conversione nella seduta del 7 maggio della Commissione esteri della Camera, e nelle successive fasi in sede di discussione in Assemblea[8], dove si ribadiva che "l'entrata in vigore dell'accordo di recesso…resta infatti la modalità migliore per gestire in termini chiari e ordinati l'uscita del Regno Unito e porre le basi per negoziare tra le parti un forte partenariato futuro".[9] Si tratta invero di un auspicio che in alcun modo smentisce l'eventualità del *no deal* e che anzi sta a confermare come le modalità dell'uscita fossero ancora imponderabili al momento della conversione del decreto-legge.

Inoltre, al di là della discussione politica sul tema, si possono anche ricordare gli Ordini del giorno con il quale il Senato impegnava il Governo a valutare l'opportunità di provvedere in alcune specifici campi che si riteneva non coperti dal decreto-legge o coperti solo parzialmente (soprattutto in riferimento ai diritti dei cittadini italiani e britannici).[10]

Nell'ambito delle misure adottate dal Governo, si registra, questa volta successivamente alla conclusione dell'Accordo di recesso tra UE e Regno Unito, l'adozione del decreto-legge (cosiddetto "Milleproroghe") n. 183 del 31 dicembre 2020 recante "Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea".

In particolare, il suddetto decreto reca norme a tutela della clientela di banche ed imprese di investimento britannici operanti in Italia, con specifico riguardo alla salvaguardia della continuità dei

[8] Cfr. la Seduta n. 109 del 17 aprile 2019 del Senato della Repubblica e la Seduta n. 174 del 13 maggio 2019 della Camera dei Deputati.

[9] Cfr. Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari Affari esteri e comunitari (III), p. 17.

[10] Cfr. ad esempio l'Ordine del giorno (G14.102) con il quale si impegnava il Governo **"**a valutare l'opportunità di prevedere…l'estensione della disciplina di maggior favore anche oltre il periodo previsto all'articolo 14 comma 5, al fine di consentire la maturazione dei requisiti necessari a proporre domanda per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo" ed ancora l'Ordine del giorno (G16.100) che impegnava l'esecutivo nazionale "ad adottare ogni iniziativa utile, anche di carattere normativo e pattizio, al fine di garantire la prosecuzione di tutti i programmi e le iniziative inerenti istruzione, ricerca e cultura attualmente in essere tra i due Paesi" (il che ha trovato seguito nel successivo inserimento nel già menzionato art. 17 bis del decreto-legge).

servizi prestati dagli operatori che all'entrata in vigore del decreto avevano già presentato l'istanza di autorizzazione alla Banca d'Italia ai fini della gestione dei rapporti in essere in caso di cessazione dell'operatività in sede nazionale. Come si vede, si tratta di materia che aveva già costituito oggetto del decreto-legge n. 22/2019 ed in particolare della Sezione I del Capo II, la cui operatività, come detto sopra, risultava allora subordinata all'ipotesi di recesso senza accordo; stavolta tali misure sono viceversa finalizzate a disciplinare la tematica una volta cessato il periodo di transizione stabilito nell'Accordo di recesso (ossia dal 1 gennaio 2021).

In tal senso, l'art. 22, comma 2, stabilisce che "dal giorno successivo alla scadenza del periodo di transizione e fino alla conclusione del procedimento di autorizzazione da parte delle Autorità competenti, e in ogni caso non oltre i sei mesi successivi alla predetta scadenza, i soggetti…che abbiano presentato alle medesime Autorità entro la data di entrata in vigore del presente decreto istanza per l'autorizzazione allo svolgimento delle attività come intermediari di paesi terzi ovvero per la costituzione di un intermediario italiano a cui cedere l'attività, possono continuare a operare sul territorio della Repubblica italiana, limitatamente alla gestione dei rapporti esistenti".

Il che significa che anche in questo caso si è in presenza di norme ad efficacia differita, ma con la differenza che il differimento riguarda un dato certo quale il venir meno dell'operatività della normativa europea nei confronti del Regno Unito, per cui a maggior ragione si possono richiamare le considerazioni in precedenza svolte con riferimento al rispetto dei requisiti dell'art. 77 Cost.[11]

3. Il ruolo delle Camere nella fase di negoziazione dell'accordo tra UE e Regno Unito

Venendo adesso all'attività svolta dal nostro Parlamento nella vicenda in esame, si può dire che tale attività è in linea con quanto previsto dalla legge n. 234 del 2012 con riferimento alla fase ascendente del processo decisionale europeo: ci si riferisce specialmente agli obblighi comunicativi alle Camere gravanti sul Governo italiano allo scopo di assicurarne la partecipazione alla formazione

[11] Pur rimanendo i dubbi già espressi in dottrina sulla prassi dei decreti milleproroghe su cui cfr. N. Lupo, *Decreto-legge e manutenzione legislativa: i decreti legge "milleproroghe",* in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia,* Macerata, 2006.

degli atti legislativi e delle politiche assunte a livello europeo anche tramite l'adozione di appositi atti di indirizzo[12].

Per quanto qui interessa, è da rammentare che l'art. 7, comma 1, della legge appena citata stabilisce che "Il Governo assicura che la posizione rappresentata dall'Italia in sede di Consiglio dell'Unione europea ovvero di altre istituzioni od organi dell'Unione sia coerente con gli indirizzi definiti dalle Camere in relazione all'oggetto di tale posizione". Si può ritenere acquisito che l'obbligo del Governo di conformarsi alle "*guidelines*" fissate dalle Camere non risulti circoscritto soltanto ai progetti di atti normativi dell'Unione, ma possiede portata più ampia, investendo anche altre sfere di azione, tra cui quella delle negoziazioni condotte a livello sovranazionale finalizzate alla stipula dei trattati internazionali dei quali l'Unione è parte contraente secondo lo schema di una una "*pragmatic combination of tools and procedures*". [13]

Tornando alla vicenda in esame, si possono dunque ricordare le comunicazioni rivolte alle Camere da parte dei Presidenti del Consiglio che si sono succeduti nel tempo aventi il compito di illustrare la posizione dell'Italia all'interno del Consiglio europeo e di renderle edotte sullo stato delle trattative con il Governo britannico: si possono ricordare le comunicazioni effettuate dal Presidente del Consiglio alle Camere (secondo quanto richiesto dall'art 4, comma 1, della legge n. 234/2012[14]) in vista del Consiglio europeo straordinario del 29 aprile 2017 nelle quali si evidenziava anche come fosse "fondamentale per il Governo il confronto, la dialettica e, se possibile, quando è possibile, il supporto del Parlamento".

È altresì da menzionare la seduta del 24 maggio 2017 presso le Commissioni riunite terza Camera (Affari esteri e comunitari), terza Senato (Affari esteri, emigrazione), quattordicesima Camera

[12] Sui poteri parlamentari derivanti dalla legge n. 234/2012 sia in relazione all'ordinamento nazionale sia nei confronti delle istituzioni europee cfr. il volume a cura di N. Lupo e G. Piccirilli *The Italian Parliament in the European Union*, Oxford, 2017 nonché G. Piccirilli, *Il ricorso alla legge per l'esercizio dei poteri "Europei" da parte del Parlamento italiano. Spunti per una lettura costituzionalmente orientata*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2013. In particolare, sulla influenza delle Camere nella determinazione delle politiche europee cfr. G. Rizzoni, *The Function of Scrutiny and Political Direction of the Government, Between Foreign Affairs and European Affairs*, in *The Italian Parliament in the European Union*, cit., pp. 87 e ss.; sulle diverse fasi, ascendente e discendente, di formazione del diritto e delle politiche europee cfr. R. Ibrido, *Formulating and Implementign Eu Law and Policies: "Ascending" and "Discending" Phases and Beyond*, in *The Italian Parliament in the European Union*, cit., p. 55 e ss.

[13] Cfr. A. Esposito, *European Affairs within the Chamber of Deputies*, in *The Italian Parliament in the European Union*, cit., p. 101

[14] "Prima dello svolgimento delle riunioni del Consiglio europeo, il Governo illustra alle Camere la posizione che intende assumere, la quale tiene conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati. Su loro richiesta, esso riferisce altresì ai competenti organi parlamentari prima delle riunioni del Consiglio dell'Unione europea. Il Governo informa i competenti organi parlamentari sulle risultanze delle riunioni del Consiglio europeo e del Consiglio dell'Unione europea, entro quindici giorni dallo svolgimento delle stesse".

(Politiche dell'Unione europea) e quattordicesima Senato (Politiche dell'Unione europea) concernente le "Comunicazioni del Governo sugli esiti del Consiglio europeo del 29 aprile 2017 e del Consiglio affari generali del 22 maggio 2017, con particolare riferimento alla Brexit": in tale sede veniva audito il sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri il quale dava conto dei principali argomenti affrontati a livello europeo relativamente alle trattative con il Regno Unito (diritti dei cittadini europei, obblighi finanziari del Regno Unito, assegnazione delle Agenzie dell'UE collocate nel Regno Unito, nonché la ripartizione dei 73 seggi britannici all'interno del Parlamento europeo[15]).

Ambedue i rami parlamentari approvavano apposite risoluzioni sulle comunicazioni del Presidente del Consiglio rese in vista delle riunioni del Consiglio europeo del 17 e 18 ottobre 2019: le risoluzioni impegnavano il Governo a "garantire, nell'accordo sull'uscita del Regno Unito dall'Unione europea, una adeguata protezione degli interessi e la piena reciprocità dei diritti dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea a tutela anche dell'ampia comunità italiana residente nel Regno Unito, nonché a trovare soluzioni condivise per evitare un "confine rigido" tra Irlanda e Irlanda del Nord e per definire un quadro delle relazioni future Unione europea- Regno Unito ampio e ambizioso, senza compromettere il funzionamento del Mercato interno".

Oltre a quanto sin qui riportato, è da rimarcare che, quanto alla Camera dei Deputati, presso le Commissioni terza e quattordicesima a far data dal 20 febbraio 2019 era stata avviata un'indagine conoscitiva sull'impatto della Brexit.[16] Nel corso di tale indagine si segnala in particolare l'audizione resa il 14 marzo 2019 dal Ministro degli Affari esteri e della cooperazione internazionale in presenza delle Commissioni riunite. Nell'occasione, pur non essendo mancate doglianze da parte dei parlamentari in ordine alla scarsità delle comunicazioni offerte dal Governo, il rappresentante

[15] Sulla questione della ripartizione dei seggi britannici nel Parlamento europeo si può brevemente ricordare che la rappresentanza italiana sarebbe passata da 73 a 76 parlamentari dal momento in cui, come si legge nell'art. 3 comma 1 della Decisione n. 937 del 2018 del Consiglio europeo, il recesso britannico fosse divenuto "giuridicamente efficace" (ossia dal 1 febbraio 2020). In ambito interno, veniva di conseguenza adottato il d.P.R. del 22 marzo 2019 ed in seguito l'Ufficio Elettorale Nazionale della Corte di Cassazione, attraverso un comunicato stampa dal titolo "Elezioni europee: numero dei componenti del Parlamento europeo spettanti all'Italia. Conseguenze della Brexit", procedeva a specificare le modalità di individuazione dei tre parlamentari che si sarebbero successivamente insediati nel Parlamento europeo, sollevando tuttavia dubbi in merito al rispetto della riserva (assoluta di legge e di Assemblea) stabilita dall'art. 72 comma 4 Cost., e ciò sia in relazione al decreto sia, a maggior ragione, nei confronti del comunicato stampa "integrativo" dell'Ufficio della Corte di Cassazione; sul punto cfr. criticamente N. Lupo, *Per eleggere quanti parlamentari europei si vota domenica 26 maggio? A proposito di un (necessario) comunicato stampa della Corte di Cassazione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2019.

[16] Cfr. *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari Commissioni Riunite* (III e XIV), mercoledì 20 febbraio 2019.

governativo ebbe a svolgere una relazione dettagliata sullo stato della procedura e sulle questioni riguardanti il nostro paese.

Si segnala ancora l'audizione resa dal Capo negoziatore della Brexit per conto dell'Unione, soprattutto laddove l'audito ha tenuto a precisare che, quanto all'Accordo di recesso, "la ratifica europea spetterà al solo Parlamento europeo" mentre "nella nuova fase negoziale sul futuro rapporto con il Regno Unito, tutto il negoziato o parte di esso, tutti i temi o parte di essi, si tradurranno in accordi misti in termini giuridici…accordi che esigeranno non solo la ratifica del Parlamento europeo, ma anche quella dei ventisette Parlamenti nazionali". Ma è da notare sin d'ora che, come si vedrà meglio in seguito (*infra* par. 4), l'Unione, nonostante le anzidette rassicurazioni, adottava anche per il successivo Accordo commerciale con il Regno Unito la forma di accordo *Eu-only* prevedendo di conseguenza la sola ratifica del Parlamento europeo.

Quanto al Senato – a parte la proposta avanzata, ma senza successo, di istituire una Commissione parlamentare d'inchiesta sul recesso del Regno Unito dall'Unione anche al fine di verificare l'operato del Governo - la Commissione quattordicesima ha effettuato molteplici audizioni informali sul tema della Brexit (tra cui quelle del capo negoziatore e dell'Ambasciatrice del Regno Unito); mentre, presso la Commissione sesta, le audizioni, tra le quali in particolare quelle del Segretario Generale dell'IVASS e del Vice Capo del Servizio Economia e relazioni internazionali della Banca d'Italia, si sono incentrate sulle implicazioni economico finanziarie della Brexit.

Più di recente, si deve menzionare la "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce la riserva di adeguamento alla Brexit" del 25 dicembre 2020 e trasmesso il 14 gennaio 2021 (segnalata dal Governo tra gli atti dell'Unione di particolare interesse nazionale) avente ad oggetto l' "Istituzione di uno strumento destinato a sostenere gli Stati membri fornendo contributi finanziari per coprire la spesa pubblica supplementare dovuta alle conseguenze negative del recesso del Regno Unito dall'Unione europea, attenuandone così l'impatto sulla coesione economica, sociale e territoriale".

Al proposito, il nostro Governo si esprimeva in senso favorevole alla Proposta, come si evince dalla relazione del Ministero per gli affari esteri e la cooperazione internazionale trasmessa alle Camere ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge 234/2012[17]; dal canto suo, la Commissione Politiche

[17] Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale, *Relazione ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge n. 234/2012*, 2020/0380.

dell'Unione Europea del Senato[18] adottava un parere positivo con riguardo al rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità che presiedono all'esercizio delle competenze dell'Unione alla stregua di quanto richiesto dall'art. 8 della legge 234/2012 sulla "Partecipazione delle Camere alla verifica del rispetto del principio di sussidiarietà".

4. L'Accordo di recesso ed il Trade and Cooperation Agreement come accordi Eu-only

Come si anticipava all'inizio, l'art. 50 TUE prevede che, dopo che lo Stato membro abbia notificato al Consiglio europeo la propria intenzione di recedere, venga attivata una procedura *ad hoc* stando alla quale "l'Unione negozia e conclude con tale Stato un accordo volto a definire le modalità del recesso, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione", mettendo in atto meccanismo di cui all'articolo 218, paragrafo 3, del TFUE[19] e facoltizzando il Consiglio europeo a sottoscrivere l'Accordo di recesso solo a seguito della sua approvazione da parte del Parlamento europeo.

Alla luce di tale regola che rimette testualmente in via esclusiva all'Unione la gestione integrale della procedura di recesso, appare difficilmente applicabile all'accordo sulla Brexit il criterio che distingue i trattati internazionali che investono materie di competenza esclusiva dell'Unione (che possono essere stipulati dall'UE in quanto soggetto autonomo di diritto internazionale attraverso il suo *treaty-making power*) dai cd. *mixed agreements* che si configurano laddove l'accordo contempli invece materie rientranti nella competenza degli Stati membri (esclusiva o concorrente che sia) e che richiedano pertanto non solo la partecipazione degli Stati alla fase di negoziazione dell'accordo, bensì anche la ratifica interna dell'*Agreement* conformemente alle procedure previste da ciascun ordinamento nazionale[20]: sicché, nel nostro caso, non ha potuto trovare applicazione – anche come si vedrà per quanto concerne il correlato Trade and Cooperation Agreement (TCA)[21] – il

[18] Cfr. Seduta n. 225 del 31 marzo 2021.

[19] Laddove si prevede che "La Commissione, o l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza quando l'accordo previsto riguarda esclusivamente o principalmente la politica estera e di sicurezza comune, presenta raccomandazioni al Consiglio, il quale adotta una decisione che autorizza l'avvio dei negoziati e designa, in funzione della materia dell'accordo previsto, il negoziatore o il capo della squadra di negoziato dell'Unione".

[20] Sul tema cfr. R. Baratta, *Sugli accordi misti: spunti di prassi recente*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, vol. II, Napoli, 2014, p. 1369 e ss.

[21] In questo senso, si veda il documento per le Commissioni parlamentari redatto dal Servizio Studi del Senato e dall'Ufficio rapporti con l'Unione Europea della Camera riguardante l'Accordo sugli scambi commerciali e la

procedimento previsto dagli articoli 80 ed 87, comma 8, della Costituzione risultando in particolare escluso il meccanismo che, come noto, prescrive l'autorizzazione con legge da parte della Camere alla ratifica dei trattati internazionali[22], con la previsione della garanzia della riserva di Assembla ai sensi dell'art. 72, comma 4, Cost.[23]

D'altro canto, la conclusione che l'Accordo sulla Brexit[24], indipendentemente dalle materie che ne costituiscano oggetto, ricada nel raggio d'azione dell'art. 50 TUE e sia espressiva di una competenza esclusiva euro-unionale, risulta avvalorata dallo stesso art. 4, comma 1, dell'Accordo stesso; viene infatti stabilito che "le disposizioni del presente accordo e le disposizioni del diritto dell'Unione rese applicabili dal presente accordo producono nei confronti del Regno Unito e nel Regno Unito gli stessi effetti giuridici che producono nell'Unione e nei suoi Stati membri" e che "le persone giuridiche o fisiche possono in particolare far valere direttamente le disposizioni contenute nel presente accordo o cui il presente accordo rinvia, che soddisfano le condizioni di efficacia diretta a norma del diritto dell'Unione". Dal che si trae che le norme poste in essere dall'Accordo di recesso sono considerate direttamente produttive di effetti giuridici in tutti gli Stati membri, per di più con effetto orizzontale in presenza dei necessari presupposti, senza che si renda necessaria l'interposizione di un atto di recepimento interno.

Più problematico appare raggiungere la medesima conclusione con riguardo allo EU-UK Trade and Cooperation Agreement (TCA). In effetti, il Consiglio con la Decisione n. 2020/2252 "in

cooperazione tra l'UE e il Regno Unito nel quali si legge, in riferimento sia all'Accordo di recesso sia al correlato Accordo commerciale, che "l'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra UE e Regno Unito – come anche l'accordo di recesso - è stato considerato come un accordo riferito a materie di competenza esclusiva dell'UE e quindi non essendo un accordo misto non richiede la ratifica di ciascun Stato membro dell'UE, secondo le rispettive norme costituzionali, che avrebbe implicato la necessità di una ratifica da parte dei Parlamenti nazionali" (Cfr. *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'UE e il Regno Unito*, 25 gennaio 2021).

[22] Sulla nozione di "ratifica" nel diritto internazionale e sulle diverse modalità previste negli ordinamenti costituzionali per la ratifica dei trattati internazionali cfr. A. Maresca, *Ratifica (diritto internazionale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, Torino, 1967, vol. XIV, p. 889. Sul procedimento di ratifica dei trattati internazionali in Italia cfr. A. Cassese, *Articolo 87, comma VIII*, in *Commentario Della Costituzione*, 223, 226-31, 1978; A. Cassese, *Articolo 80*, in *Commentario Della Costituzione*, 150, 154, 1979; V. Lippolis, *La Costituzione Italiana e la Formazione dei Trattati Internazionali*, 1989; G. Bognetti, *The role of Italian Parliament in the Treaty-Making Process*, in 67 *Chi.-Kent L. Rev*. 391 (1991); sulla ratifica dei Trattati europei in relazione alla valenza dell'art. 11 della Costituzione cfr. N. Lupo, *L'art. 11 come "Chiave Di Volta" della Costituzione Vigente*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 3/2020, pp. 382 e ss.

[23] Sul punto, giova ricordare che con la sentenza n. 295 del 1984 la Corte costituzionale, argomentando nel senso che "la garanzia connessa con la competenza dell'assemblea plenaria discende dal sistema delle norme costituzionali, che definiscono le attribuzioni delle Camere riguardo ai trattati internazionali" (*Considerato in diritto*, n. 6), ha proceduto peraltro ad espandere lo spettro di applicazione della riserva di Assemblea di cui all'art. 72 comma 4, testualmente prevista per le sole leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati, anche agli ordini di esecuzione degli stessi.

[24] Su cui cfr. per i diversi aspetti F. Fabbrini (ed.), *The Law & Politics of Brexit*, Vol. II, *The Withdrawal Agreement*, Oxford, 2021.

considerazione del carattere eccezionale e unico dell'accordo sugli scambi e la cooperazione, che è un accordo globale con un paese che ha receduto dall'Unione" assumeva la decisione di "avvalersi della possibilità che l'Unione" esercitasse "la sua competenza esterna in relazione al Regno Unito"[25]. Pertanto, nonostante le resistenze da parte di alcuni Stati membri preoccupati che potesse affermarsi la prassi della preferenza per gli accordi *EU-only* anche in materie di competenza degli Stati,[26] ed avvalendosi del parere reso sul punto dal Servizio Giuridico del Consiglio[27], l'Accordo è stato concluso quale *EU-only Agreement* adducendo, in aggiunta al criterio della "eccezionalità", una prospettazione espansiva della competenza esclusiva dell'Unione nel campo della Politica commerciale comune:[28] un esito questo, che non ha mancato di suscitare forti critiche[29], che ha visto dunque il processo di stipula del TCA svolgersi esclusivamente a livello unionale, escludendo ancora una volta la ratifica interna da parte degli Stati membri.

In passato, una questione similare si era posta in riferimento a due precedenti nei quali si è assistito ad una espansione delle competenze euro-unionali nell'ambito del potere di concludere accordi internazionali.

In primo luogo si può menzionare la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Broadcast Convention* (peraltro richiamata nel parere reso dal Servizio Giuridico) nel quale la Commissione ricorreva nei confronti del Consiglio per l'annullamento della Decisione con la quale il Consiglio

[25] Cfr. *Considerando n. 6* della Decisione n. 2020/2252 del Consiglio europeo.

[26] Su questi passaggi cfr. C. Curti Gialdino, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea,* in *Federalismi*, n. 4/2021, p. 9.

[27] Cfr. *The Brexit deal – Council Legal Service opinion*, 27 January 2021.

[28] Il TCA abbraccia difatti numerose materie, tra le quali alcune, almeno virtualmente, di competenza concorrente tra Unione e Stati membri (quali l'ambiente, la pesca, l'energia, i trasporti, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia). Nel già menzionato parere del Servizio Giuridico del Consiglio, in particolare, si fa riferimento, al fine di sostenere la competenza euro-unionale a sottoscrivere in via esclusiva l'Accordo, all'art. 3 (2) del TFUE laddove si stabilisce che all'Unione è attribuita la competenza esclusiva "*for the conclusion of an international agreement… in so far as its conclusion may affect common rules or alter their scope*". In un altro passaggio significativo, si evidenzia che "*article 217 TFEU allows the EU to conclude, by unanimity, a wide-ranging agreement on matters of EU competence without the need to identify in detail the areas where the EU has already exercised or not its competence. It can include areas of EU competence where the sectoral legal basis requires unanimity or qualified majority voting, as well as areas of potential EU competence not yet exercised internally".* Lo stesso Servizio Giuridico sottolinea altresì che gli Stati membri conservano il potere di stipulare accordi nelle materie di "*potential competence*" dell'Unione ma restando comunque preclusa tale possibilità in relazione ai rapporti con il Regno Unito: "*exercise by the EU of its potential competences in the concerned area vis-à-vis the UK does not trigger a situation of exclusivity as regards its relations with other third countries nor a situation of exclusivity for the area of traffic rights concerning other third countries as if that competence had been exercised internally*" (cfr. *The Brexit deal – Council Legal Service opinion*, cit.).

[29] Cfr. C. Eckes - P. Leino-Sanberg, "*In view of the exceptional and unique character" of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement – an Exception to Separation of Powers within the EU?*, in *European Law Blog*, 15 April 2021; secondo gli Autori "*the fact that the UK is a former EU Member State does not justify making an exceptional choice as concerns competences of the Union and its Member States for the conclusion of the EU-UK TCA"* sino addirittura ad ipotizzare che la procedura seguita possa configurare una violazione del principio della *rule of law*.

stesso ammetteva la partecipazione degli Stati membri alle negoziazioni di una *Convention of the Council of Europe on the protection of the rights of broadcasting organisations* così violando, a detta della istituzione ricorrente, la competenza esclusiva euro-unionale a concludere accordi internazionali dal momento che "*the European Union has exclusive external competence where, as in the present case, the international commitments fall, at least to a large extent, within the scope of the common rules which it*", ossia l'art. 3 (2) TFUE, *"established*".[30]

In tale frangente la Corte, adottando un criterio di funzionalità, ebbe modo di affermare, a favore delle ragioni della Commissione, come la negoziazione dell'Accordo in questione ricadesse nell'ambito della competenza esclusiva dell'Unione e non solo in quanto concernente una "*area covered to a large extent by common EU rules*" ma poiché "*those negotiations may affect common EU rules or alter their scope*".[31]

In secondo luogo, si può richiamare la vicenda dell'EU-Singapore Free Trade Agreement laddove la Corte di Giustizia si è pronunziata, tramite una *Opinion* resa il 16 maggio 2017 sempre su istanza della Commissione[32], sulla possibilità o meno per l'Unione di concludere l'Accordo commerciale con lo Stato asiatico quale *EU-only agreement.* Nel caso di specie, senza possibilità di analizzare qui nel dettaglio la controversa questione concernente la riconducibilità dell'intero ambito della Proprietà intellettuale nell'alveo della Politica commerciale comune, la Corte riconobbe che solo due materie disciplinate dall'Accordo (segnatamente i *portfolio investments* ed il meccanismo, cd. ISDS, di risoluzione delle controversie tra Stato e investitore) non ricadessero nelle competenze esclusive euro-unionali mentre le altre ne risultavano ricomprese o in quanto espressamente definite tali dai Trattati o in quanto parte delle *implied competences* euro-uionali. [33]

Se è vero che, come evidenziato in dottrina, la Corte "*made it clear that the EU exclusive trade competence can be very extensive, implying that the EU can conclude very broad trade agreements,*

[30] Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 4 settembre 2014, Causa C‑114/12, par. 44.

[31] Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 4 settembre 2014, Causa C‑114/12, par. 74. In merito alla decisione in esame, si è sottolineato in dottrina che "*the Court's approach seems nevertheless to be based on the consideration that an international agreement normally forms a whole, where everything may have an impact on everything, and that splitting this whole up into small parts would be foreign to the reality of international treaty negotiations*" (cfr. A. Rosas, *EU External Relations: Exclusive Competence Revisited*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 38, Issue 4, 2015, p. 1089).

[32] *Opinion* n. 2/15, 16 May 2017.

[33] Tra le quali si può ricordare soprattutto la materia dei Transport Services disciplinata dal Capitolo 8 dell'Accordo (cfr. par. 168 e ss. dell'*Opinion*).

without requiring joint ratification by the EU and its Member States"[34], le considerazioni avanzate in merito al TCA con il Regno Unito sembrerebbero confermare tale *trend* di espansione delle competenze euro-unionali nel campo del *treaty-making power* della UE, soprattutto nell'ambito della Politica commerciale comune tramite l'attrazione in essa di materie non sempre di competenza esclusiva europea.

5. Alcune considerazioni conclusive su Brexit e "sistema parlamentare euro-nazionale"

Per le considerazioni conclusive è il caso di tornare sull'art. 50 TUE il quale, come si è visto, non contempla l'intervento diretto dei Parlamenti nazionali tanto nella fase delle negoziazioni quanto nella fase di perfezionamento del relativo Accordo di recesso, dal momento che la prescrizione in ordine all'osservanza delle procedure costituzionali interne ha come destinatario esclusivamente lo Stato membro recedente.[35]

Difatti, nel caso del Regno Unito, anche per via della natura *uncodified* della *english constitution*[36], la sopra ricordata previsione ha portato a riaffermare la centralità dell'Assemblea di Westminster sia in relazione all'esercizio delle *royal prerogatives* da parte del Governo[37] sia in riferimento ai principi

[34] Cfr. P. Conconi - C. Herghelegiu - L. Puccio, *EU Trade Agreements: To Mix or not to Mix, That is the Question*, www.respect.eui.eu, May 2020, pp. 6 e ss.

[35] Non potendosi qui affrontare l'ulteriore tema del ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della possibile estensione della sua giurisdizione alle varie fasi della procedura di recesso anche rispetto alle regole costituzionali dello Stato recedente; sul tema cfr., anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, C. Tovo, *Recesso dall'Unione e soluzione delle controversie: il ruolo della Corte di giustizia dell'UE*, in *Federalismi*, n. 17/2020. Sul rapporto tra Brexit e "Costituzione" europea cfr. B. Caravita, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in *Federalismi*, n. 13/2016.

[36] Su cui cfr. P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, Oxford, 2016, pp. 2 e ss.

[37] Ci si riferisce in particolare alle sentenze *Miller I* e *Cherry/ Miller* (II) della Corte Suprema del Regno Unito: in estrema sintesi, con la prima decisione si affermava in particolare la necessità dell'intervento parlamentare al fine di attivare la procedura dell'art. 50 TUE visti i limiti evidenziati dalla Corte all'esercizio della *royal prerogative* in materia di *foreign affairs* da parte del Governo mentre con la seconda i Justices di Middlesex Guildhall affermavano l'illegittimità della *prorogation* della House of Commons disposta formalmente dalla Corona ma su *advice* del Primo Ministro. Tra la bibliografia in commento cfr. i molteplici contributi in M. Elliott - J. Williams - A.L. Young (eds.), *The Miller Tale: The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, Oxford, 2018; K. Ewing, *Brexit and Parliamentary Sovereignty*, in *The Modern Law Review*, Vol. 80, Issue 4, July 2017. Tra i commentatori italiani cfr. C. Martinelli, *I poteri costituzionali di fronte alla Brexit: la UKSC fissa i confini*, in *DPCE Online*, v. 29, n.1, apr. 2017; G.F. Ferrari, *La Corte Suprema, brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, in *DPCE Online*, v. 29, n.1, apr. 2017; G. Caravale, *Il Miller 2/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei constitutional principles*, in *Federalismi*, n. 18/2019; A. Torre, "*Serial Miller". Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE online*, v.41, n.4, jan. 2019; F.F. Pagano, *Le cronache della Brexit: il Parlamento, il Governo, il Monarca (e le Corti) nella fase di "transizione" dell'ordinamento costituzionale del Regno Unito*, in *Federalismi*, n. 20/2019.

della *sovereignty of Parliament* e della *rule of law* come declinati da parte della UK Supreme Court anche nei rapporti con le istituzioni devolute.[38]

Ma quel che preme ribadire è che, per quanto "debole" possa apparire il ruolo dei Parlamenti nazionali nel campo della procedura di recesso, resta fermo che l'ultima parola in ordine all'Accordo di recesso spetta comunque, come è spettata nella specie, al Parlamento europeo.

Né si può trascurare che il Parlamento europeo è riuscito nella vicenda della Brexit ad acquisire una posizione di "*quasi-negotiator*"[39], in tal modo superando le iniziali resistenze frapposte dal Consiglio e che avevano spinto il Presidente del Parlamento europeo a lamentare esplicitamente che l'organo rappresentativo dei cittadini europei fosse stato ridotto a giocare un "*secondary role*" nelle negoziazioni sulla Brexit.[40] Depone in questo senso il *Framework Agreement on relations between the European Parliament and the European Commission* nonché le determinazioni della riunione del Consiglio europeo del 15 dicembre 2016 con la quale ci si impegnava nei confronti del Parlamento europeo a tenerlo costantemente aggiornato sulle trattative[41], cui ha fatto seguito la partecipazione del capo-negoziatore dell'Unione alle riunioni della Conferenza dei presidenti e le sue audizioni rese dinanzi all'Aula.

Queste notazioni valgono a smentire che il potere di approvazione del Parlamento europeo fosse riducibile a mera ratifica di un Accordo sul quale si sia formato un consenso sul piano

[38] In merito alle ricadute della Brexit sul sistema della *devolution* britannica cfr. C. Murray, *Brexit and the "Constitutional Integrity" of the United Kingdom*, in *U.K. Const. L. Blog*, 25th Sept. 2018; G. Caravale, *Scozia e Irlanda del Nord:la devolution dopo la Brexit*, in *Federalismi*, n. 16/2017, nonchè i contributi di P. Leyland, *Brexit and the UK, Charting the Constitutional and Legal Obstacles* e J.O. Frosini, *Was It an Act of Self-Dissolution? Brexit and the Future of the United Kingdom* in *Istituzioni del Federalismo*, Numero Speciale, 2016, *Brexit: la fine dell'Europa o la fine del Regno Unito?*; in particolare sulla decisione della UK Supreme Court in merito al tentativo da parte scozzese di regolare autonomamente le conseguenze della Brexit sia permesso rinviare a F. Nania, *Rule of law* e *Parliamentary Sovereignty*: *A margine della decisione della UK Supreme Court sul UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1/2019, pp. 183 e ss.

[39] Cfr. E. Bressanelli - N. Chelotti - W. Lehmann, *Managing Disintegration: How the European Parliament Responded and Adapted to Brexit*, in *Politics and Governance*, 2021, Vol. 9, Issue 1, p. 17, laddove si osserva altersì che "*the EP used the scant provisions of Article 50 to increase its institutional powers. Through its power of consent, the EP managed to be kept closely informed at each negotiation round and to participate in key decisions throughout the Brexit process*".

[40] Ci si riferisce alla lettera indirizzata dal Presidente del Parlamento europeo al Presidente del Consiglio europeo il 14 dicembre 2016.

[41] Cfr. la Riunione informale dei capi di Stato o di governo dei 27 Stati membri e dei presidenti del Consiglio europeo e della Commissione europea del 15 dicembre 2016 nella quale si affermava che "il negoziatore dell'Unione sarà invitato a informare periodicamente e con precisione il Parlamento europeo per tutta la durata dei negoziati. La presidenza del Consiglio sarà pronta a informare il Parlamento europeo e a procedere con esso a uno scambio di opinioni, prima e dopo ogni sessione del Consiglio Affari generali. Il presidente del Parlamento europeo sarà invitato per essere ascoltato all'inizio delle riunioni del Consiglio europeo".

intergovernativo, posto che il Parlamento europeo ha avuto occasione di dimostrare la sua capacità di porsi come "*veto player*".[42]

Analoghe considerazioni possono avanzarsi, pur a fronte di una qualche relativizzazione del riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri, anche in riferimento al successivo Trade and Cooperation Agreement rispetto al quale il Parlamento europeo si è posto comunque quale "*most important instance of democratic oversight*"[43].

Ne risulta dunque avvalorata la configurazione autorevolmente proposta di un "sistema parlamentare euro-nazionale"[44], quale prodotto anche delle procedure "che connettono, all'interno di ogni Stato membro, ciascun parlamento nazionale con il suo Governo"[45]: per cui il tasso di incidenza

[42] In tal senso si è sottolineato che il Parlamento europeo ha utilizzato "*its consent power to make claims, condition Brexit negotiations and gain greater presence, visibility and influence in the EU politics (…) the EP utilizes this power strategically to impose ex-ante constraints and affect the preferences in the Brexit policy-making, thereby expanding its informal influence as such*"; cfr. M. Brusenbauch Meislova, *The European Parliament in the Brexit Process: Leading Role, Supporting Role or Just a Small Cameo?*, in T. Christiansen - D. Fromage, *Brexit and Democracy. The Role of Parliaments in the UK and the European Union*, London, 2019, p. 254.

[43] Cfr. J. Larik, *"The mother of all parliaments"? How the ratification of the Trade and Cooperation Agreement boosts the European Parliament's Profile*, in *www.dcuebrexitinstitute.eu*, 29 April 2021.

[44] Su cui cfr. A. Manzella - N. Lupo, *Il sistema parlamentare euro-nazionale: lezioni*, Torino, 2014; N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014; A. Manzella, *Parlamento Europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista AIC*, n.1/2015; C. Fasone - N. Lupo, *Parliaments in the Composite European Constitution*, in N. Lupo - C. Fasone (a cura di), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford, 2016, pp. 1 e ss; L.F.M. Besselink, *The Place of National Parliaments within the European Constitutional Order*, in *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, cit., pp. 23 ss.; D. Grimm, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, 2016, pp. 19 e ss. In via più generale, sulla legittimazione democratica del Parlamento europeo in rapporto agli assetti costituzionali interni cfr. P. Ridola, *Brevi note sui rapporti fra principio democratico e principio parlamentare nell'Unione europea: il difficile cammino della "democrazia federalistica"*, in R. Orrù - L.G. Sciannella - A. Ciammariconi (a cura di), *Dai parlamenti in Europa ai Parlamenti d'Europa*, Napoli, 2008; A. Buratti, *Diritti fondamentali e vita democratica nella sfera pubblica europea*, in R. Nania (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, pp. 145 e ss. Per un'analisi delle misure adottate in relazione alla Brexit anche da parte dei Parlamenti di alcuni Stati membri (in particolare Germania, Lussemburgo, Repubblica Ceca, Polonia, Irlanda e Spagna) cfr. i contributi nel volume a cura di T. Christiansen e D. Fromage, *Brexit and Democracy. The Role of Parliaments in the UK and the European Union*, London, 2019. In particolare, si può ricordare che in Germania si procedeva da parte dei partiti CDU e CSU ad istituire una "*taskforce Brexit*", la quale ha svolto un ruolo attivo nell'organizzare audizioni con membri del Governo nazionale ma anche delle istituzioni europee e del Governo britannico (cfr. K.L. Meissner, *Brexit under Scrutiny in EU Member States: What Role for National Parliaments in Austria and Germany?*, in *Politics and Governance*, 2019, Volume 7, Issue 3, pp. 279–290; V. Buth, A.L. Högenauer, P. Kaniok, *The Scrutiny of Brexit in National Parliaments: Germany, Luxembourg and the Czech Republic Compared*, in *Brexit and Democracy. The Role of Parliaments in the UK and the European Union*, cit., pp. 107 e ss.). Anche in Spagna il Governo ha seguito la prassi di comunicare dinanzi alle Cortes prima delle riunioni del Consiglio europeo mentre da parte della Comisión Mixta para la Unión Europea veniva istituita una Ponencia para el estudio de las consecuencias derivadas de la salida del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea finalizzata per l'appunto a svolgere attività conoscitiva sulle ricadute a livello nazionale del recesso britannico (cfr. A.B. Cendón, *The Spanish Parliament and Brexit*, in *Brexit and Democracy. The Role of Parliaments in the UK and the European Union*, cit., p. 219 e ss.).

[45] Cfr. A Manzella - N. Lupo, *Il Parlamento europeo. Un'introduzione*, Luiss University Press, 2019, p. 132. Il che è ulteriormente ribadito dalla notazione che "il controllo parlamentare e democratico ha bisogno, nell'Unione europea, di

delle istanze della rappresentanza democratica nel percorso della Brexit dovrebbe essere valutato nel suo insieme, vale a dire nella integrazione che si è realizzata tra le istituzioni parlamentari nazionali ed il Parlamento europeo soprattutto sotto l'aspetto della loro capacità di indirizzare e controllare l'attività dell'esecutivo europeo e delle sue singole articolazioni governative.[46]

un Parlamento europeo forte e, al tempo stesso, di Parlamenti nazionali in grado di controllare efficacemente l'azione dei rispettivi Governi: ad una Costituzione composita non può non corrispondere un sistema parlamentare altrettanto articolato, in grado di inseguire e di far valere pro quota quella responsabilità politica che altrimenti tende inevitabilmente a dissolversi in un sistema politico-istituzionale articolato su più livelli" (cfr. C. Fasone - N. Lupo, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, VII, 2012, p. 357).

[46] In tal modo, seppure "il carattere frammentato…lo rende sfuggente alle tradizionali forme di controllo parlamentare e di responsabilità politica", anche l'esecutivo europeo "anziché essere posto al di fuori del «*multilevel parliamentary field*», è considerato a pieno titolo componente necessaria del «sistema parlamentare euro-nazionale»" (cfr. N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, cit., pp. 17-18).

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2021
Data: 7 settembre 2021

Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960

di **Barbara Pezzini –** *Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Bergamo*

ABSTRACT: The article analyses the "historical" judgment n. 33/1960 given by the Italian Constitutional Court in the constitutional perspective of gender sensitive equality, which means considering not only parity between men and women and anti-discrimination, but also anti-subordination and equal social dignity. This approach aims at integrating the sexual difference in the horizon of social relations and in the construction of legal categories. The comparison of judgement 33 with previous and subsequent constitutional jurisprudence (in particular the rulings n. 56/1958 and 172/2001) shows the undoubted merits of this judgement as a turning point, a real milestone, but also reveals its weaknesses, that still mark and affect the full understanding and implementation of the fundamental constitutional principle against gender subordination.

SOMMARIO: 1. Il contesto: costruire l'uguaglianza costituzionale. – 2. Il precedente (sent. 56/1958). – 3. Luci e ombre della sentenza 33/1960 – 4. La prospettiva costituzionale dell'uguaglianza complessa. – 5. Dalla visione simmetrica e assimilazionistica alla prospettiva duale.

1. Il contesto: costruire l'uguaglianza costituzionale

Dalla sentenza 33/1960 muoviamo oggi nella prospettiva di un bilancio di sessant'anni per interrogarci su cosa abbia rappresentato e ancora rappresenti dal punto di vista della costruzione dell'uguaglianza costituzionale di uomini e donne.

E non possiamo che partire riconoscendo che la sentenza 33 è stata una vera e propria *pietra miliare* nel percorso della parità e ha, indubbiamente, prodotto un rivolgimento del quadro ordinamentale del tempo, che disegnava la condizione femminile sulla base di una ispirazione gerarchizzata e discriminatoria – certamente già resa incompatibile dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ma ancora sostenuta da salde radici, giuridiche forse prima e più ancora che sociali e del costume.

La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 7 della legge 1176 del 1919, in quanto norma che esclude le donne da tutti gli uffici pubblici che implicano l'esercizio di diritti e di potestà politiche, costituisce, infatti, la premessa per quella legge 66/1963 che finalmente consente alle donne l'accesso alla magistratura e a tutti gli impieghi pubblici, aprendo una nuova stagione. Legge davvero di una portata epocale[1], nei due soli articoli che la compongono: «*Art. 1. La donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge. L'arruolamento della donna nelle forze armate e nei corpi speciali è regolato da leggi particolari. Art. 2. La legge 17 luglio 1919, n. 1176, il successivo regolamento approvato con regio decreto 4 gennaio 1920, n. 39 ed ogni altra disposizione incompatibile con la presente legge sono abrogati*».

L'iniziativa parlamentare della legge 66 era stata esercitata alla Camera (proposta n. 2441, prima firmataria Maria Cocco) il 5 agosto 1960, pochi mesi dopo la sentenza 33 che reca la data del 18 maggio, curiosamente attribuendo, nella relazione illustrativa, al Consiglio di Stato – in realtà solo giudice *a quo* – la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 7. Deferita il 27 settembre alla Commissione affari costituzionali prima in sede referente e due anni dopo, su impulso della medesima Commissione, in sede legislativa, la legge viene approvata il 28 novembre 1962, dopo una discussione di una sola seduta, breve ma non priva di interesse dal punto di vista del permanere

[1] E comunemente riconosciuta come tale, forse trascurando che cinque anni prima, con l'approvazione – dopo un percorso decennale e lunghe battaglie dentro e fuori le aule parlamentari – della legge 75/1958, comunemente nota come legge Merlin, la questione della disciplina normativa della prostituzione femminile era stata una delle prime questioni sociali e di genere a incrociare la novità radicale della costituzione: v. B. PEZZINI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, in *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, a cura di A. Apostoli, Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione. Prima della legge 66/1963, sono state significative anche la l. 860/1950 sulla protezione della lavoratrice madre, la l. 741/1956 sulla parità retributiva e la legge n. 264/1958 sulla tutela del lavoro a domicilio. Del 1963 è anche la legge n. 7, che abolisce le clausole di nubilato e stabilisce il divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio.

di stereotipizzazioni e resistenze di parte maschile: che emergono, in particolare, in riferimento all'accesso alla magistratura, nonché con la menzione di riserve non solo in ordine alla partecipazione delle donne alle forze armate, ma anche … nei servizi ferroviari, come guardie forestali, fuochisti sui piroscafi o piloti di aerei supersonici[2].

Anche al Senato l'approvazione è rapida, e anche qui, in una discussione sbrigativa, non manca la testimonianza di resistenze: da parte del governo, che invita a non dimenticare «*il problema della idoneità della donna, in rapporto al sesso, a determinati servizi, che indubbiamente, per la delicatezza della loro natura, per la situazione e l'ambiente in cui si svolgono, esigono una certa prudenza nelle soluzioni da adottare*»; ma anche nel parere della Commissione Giustizia che, favorevole in generale, propone di rinviare a successiva norma nel quadro della riforma dell'ordinamento giudiziario l'ammissione delle donne alla Magistratura (comunque dichiarando – testualmente – di fare «*proprio il motto: chi onora la donna onora se stesso*»[3]).

Ma noi guardiamo oggi la sentenza 33, a sessant'anni di distanza, anche per riflettere sugli strumenti per la costruzione dell'uguaglianza, ieri e oggi, chiedendoci come abbia operato la sentenza 33 in questa prospettiva, quali ostacoli abbia superato e che strumenti abbia messo a disposizione, ma anche come leggere gli ostacoli all'uguaglianza sostanziale e con quali strumenti affrontarli.

In altre parole, ci interroghiamo su *quale sia la lezione della sentenza 33 letta con lo sguardo di genere.*

In questa prospettiva, la riflessione sulla sentenza 33 offre l'occasione per affrontare e dipanare le contraddizioni del percorso della parità dei sessi, perché se ne stiamo ancora parlando è anche per la *peculiare persistenza della questione di genere*, intesa come questione di diseguaglianza e di spazi sottratti o preclusi alla libertà femminile e, conseguentemente, al nuovo che la libertà femminile può portare nella struttura dello stato, comunità e apparato. Non pare, infatti, possibile limitarsi a rilevare una sorta di eterno "ritardo" nell'attuazione delle norme costituzionali a garanzia della parità: il riproporsi, in forme sempre mutevoli, della questione di genere[4] si dimostra, in

[2] Atti Camera, III Legisl., I Commissione, seduta 28 novembre 1962, p. 925 ss. Come si è visto, solo la riserva nei confronti di forze armate e corpi speciali verrà formalizzata nell'art. 1.

[3] Al Senato il testo licenziato dalla Camera viene comunque approvato senza modifiche dalla Prima Commissione il 30 gennaio 1963: Atti Senato, III Legisl., I Commissione, seduta 30 gennaio 1963, p. 1762.

[4] B. PEZZINI, *Esterno e interno nella pandemia: persistenza e risignificazione degli spazi pubblici e domestici dal punto di vista di genere in tempi di lockdown*, in *BioLaw Journal*, 2020, 3, pp. 9-29; *Una topografia di genere nella*

effetti, tale da richiedere una riflessione capace di interrogare, accanto alla dimensione sociale e culturale delle diseguaglianze dei sessi, anche le categorie del diritto costituzionale, rivelando gli impliciti di genere e gli stereotipi che ad esse si intrecciano e mettendone in discussione la struttura profondamente segnata dalla differenza sessuale.

Abbiamo bisogno di strumenti per una riflessione che permei la questione di genere non solamente di anti-discriminazione e parità simmetrica tra uomini e donne, in chiave di assimilazione, ma della *novità* dell'inedita libertà femminile promessa e promossa dall'avvento della Costituzione repubblicana, interrogandola in tutti i campi alla luce della qualità strutturale nuova imposta dall'accesso delle donne alla cittadinanza politica: cosa che significa mettere in discussione le categorie astratte del diritto costituzionale e la loro funzione e attitudine neutralizzante, attivando uno sguardo critico per rilevare gli impliciti di genere e servirsene per interrogare incessantemente l'attualità del costituzionalismo.

Per procedere in questa direzione è indispensabile contestualizzare la sentenza 33/1960, che interviene nella stagione di avvio della giurisprudenza costituzionale confrontandosi con le domande sugli strumenti del giudizio di uguaglianza, che in quegli anni si stavano delineando. L'uguaglianza costituzionale può fondare la pretesa soggettiva a un determinato trattamento o è solo principio ordinatore del sistema delle fonti? e, come tale, impone una riserva di legge formale o sostanziale? come si declina la *ragionevolezza* del legislatore e come può essere controllata?

La sentenza 33 incrocia queste domande fondamentali sul piano dell'*uguaglianza dei sessi*, la più nuova e la più complessa.

L'uguaglianza più nuova perché deriva dal *suffragio* – finalmente – *universale* conquistato nel 1946: l'accesso autonomo delle donne alla sfera pubblica costituisce la novità – e la discontinuità di genere – della Costituzione repubblicana, a partire dalla quale si rende evidente il bisogno di una ridefinizione dell'ordinamento in relazione ai ruoli maschili e femminili in tutte le sfere del sociale (da quella familiare, a quelle del lavoro e della politica) e di una nuova geografia degli spazi un tempo tradizionalmente ripartiti per linee di genere (con il monopolio maschile della sfera pubblica, a cui corrisponde la consegna del femminile alla sfera del privato).

stagione dell'emergenza, in *Effetto COVID. Donne: la doppia discriminazione*, a cura di E. Catelani, M. D'Amico, Mulino, Bologna, 2021, p. 185.

Ma anche l'uguaglianza più complessa, dal momento che, come insegna Catherine MacKinnon, l'uguaglianza dei sessi è un ossimoro, nella misura in cui il riferimento a sesso/genere è pensabile solo nella differenza e attraverso la differenza[5].

Non ci stupisce, quindi, vedere emergere difficoltà e contraddizioni della stessa giurisprudenza costituzionale in questa materia.

La questione posta dal Consiglio di Stato circa la legittimità costituzionale dell'art. 7 della legge 1176/1919 mette a tema due profili: in primo luogo, il contrasto con gli art. 3, primo comma e l'art. 51, primo comma, Cost., dato che la potestà che l'art. 51conferisce al legislatore di determinare i requisiti per l'ammissione agli uffici pubblici non comprenderebbe il requisito del sesso; ma l'art. 51 si dovrebbe considerare violato anche nel caso in cui si potesse interpretare nel senso di consentire di considerare il sesso come ragione di differente capacità, perché tale limitazione non potrebbe essere contenuta in una norma priva dell'efficacia formale di legge, come quella di un regolamento (era, infatti, l'art. 4 del R.D. 39/1920 a elencare le posizioni precluse).

Benché le argomentazioni dell'ordinanza di rimessione, della parte costituita[6] e dell'Avvocatura dello Stato per il governo si concentrino essenzialmente sull'interpretazione della riserva di legge posta dall'art. 51 – che risulterebbe violata per il fatto che la legge del 1919 attribuisce al regolamento la potestà di specificare gli impieghi pubblici che implicano l'esercizio di diritti e di potestà politiche, in quanto tali preclusi alle donne dalla legge, salve le eccezioni dalla stessa previste – la Corte costituzionale accantona rapidamente questo aspetto, per concentrarsi direttamente sul primo profilo, individuato come preliminare: la norma impugnata – dice infatti la Corte – dispone direttamente l'esclusione delle donne da tutti i pubblici uffici che comportano l'esercizio di diritti e potestà politiche e va pertanto esaminata nella sua interezza, dal momento che la costruzione del rapporto con la norma regolamentare «*inerisce strettamente al precetto principale posto dalla norma e ha senso appunto in ragione di questo legame*»[7].

[5] C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 32.

[6] Rosa Oliva, ricorrente davanti al Consiglio di Stato contro l'esclusione dal concorso per consigliere di prefettura, si costituisce in giudizio rappresentata e difesa da Costantino Mortati.

[7] CID 1: «*La norma impugnata dispone in primo luogo l'esclusione delle donne da tutti i pubblici uffici che comportano l'esercizio di diritti e potestà politiche, riservando alla legge di determinare i casi eccezionali di ammissione delle donne a taluno di essi, e, viceversa, al regolamento di specificare quali siano quelli ricompresi nella categoria generale: una riserva che inerisce strettamente al precetto principale posto dalla norma e che ha senso appunto in ragione di questo legame*».

Profilo che richiede di interpretare l'art. 51 in relazione all'art. 3, delineando il rapporto tra il generale divieto di discriminazioni in base al sesso (art. 3) e la specifica garanzia di condizioni di eguaglianza nell'accesso agli uffici pubblici ai cittadini dell'uno o dell'altro sesso "secondo i requisiti stabiliti dalla legge" (art. 51), in particolare chiarendo *se il sesso possa essere assunto come requisito*. E, a sessant'anni da quella decisione, non può sfuggire il sottinteso: il sesso di cui si parla in termini di potenziale requisito negativo è solo il *sesso femminile*, perché si parla sempre di uffici, cariche, funzioni rispetto alle quali l'accesso e la presenza maschili non sono in discussione, non fanno problema; sono e restano premessa sulla quale non c'è bisogno di fermarsi a riflettere. Accesso e presenza maschile sono il termine di paragone, lo *standard*, hanno modellato l'esistente e il quadro normativo di riferimento: si parla, infatti, di aprire alle donne impieghi, carriere, professioni che sono definite da norme generali costruite sul presupposto di un soggetto di sesso maschile unico protagonista abilitato alla sfera pubblica e presente in essa; dunque, si parla di un'idoneità per sesso maschile assunta a presupposto, che non ha bisogno di essere indagata, né giustificata e risulta in quanto tale incorporata nella norma a fronte della quale, al contrario, l'idoneità femminile appare eccezione.

2. Il precedente (sent. 56/1958)

Interpretando, dunque, gli articoli 3 e 51 Cost. la sentenza 33 afferma che il principio fondamentale di uguaglianza è specificato e confermato da 51: « *la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa, non può comportare, cioè, un trattamento diverso degli appartenenti all'uno o all'altro sesso davanti alla legge. Una norma che questo facesse violerebbe un principio fondamentale della Costituzione, quello posto dall'art. 3, del quale la norma dell'art. 51 è non soltanto una specificazione, ma anche una conferma*». E ciò fonda direttamente l'illegittimità dell'art. 7 l. 1176/1919.

Ma non si può realmente comprendere la portata della sentenza 33 senza porla in relazione con il precedente della sentenza 56/1958, in cui – affrontando una questione di costituzionalità relativa

alla legge 1441/1956[8] che aveva, con sostanziale reticenza e perduranti pregiudizi, timidamente "socchiuso" alle donne la porta di accesso alla magistratura – la Corte aveva, invece, usato proprio il richiamo dell'art. 51 per circoscrivere e limitare il precetto di uguaglianza *senza distinzione di sesso* di cui all'art. 3, lasciando il legislatore libero di definire il sesso femminile come requisito negativo.

Nonostante le norme della Costituzione repubblicana avessero conquistato alle donne lo spazio di libertà e partecipazione garantito primariamente dal principio fondamentale di uguaglianza formale e sostanziale (art. 3 cost.), e ulteriormente sviluppato dalle garanzie specifiche nell'ambito dei rapporti familiari, lavorativi e politici (artt. 29, 30 e 31; 37; 48 e 51), sul piano della normazione di attuazione primaria (e secondaria) la costruzione dei rapporti di genere doveva fare i conti con il lascito deludente della normazione emancipatoria successiva alla prima guerra mondiale (l.1176/1919, *Disposizioni sulla capacità giuridica della donna*[9]) e, nella specie, con la sopravvivenza del regolamento di attuazione che aveva costruito una attuazione limitante e riduttiva[10] della parità pur riconosciuta in linea di principio dalla legge.

E sino alla svolta rappresentata dalla sentenza 33 legislazione e giurisprudenza costituzionale sembrano muoversi ispirate dalla medesima logica di una torsione riduttiva delle aperture normative rispetto alle fondamentali aperture del testo costituzionale.

La questione della partecipazione delle donne all'amministrazione della giustizia era stata, d'altronde, molto controversa durante tutta la fase della stessa elaborazione costituente, con ampie resistenze di parte maschile[11], e solo un'intelligente e accorta convergenza delle costituenti delle diverse parti politiche aveva consentito di evitare che nella scrittura della Costituzione fosse presente un esplicito richiamo facoltizzante la legge sull'ordinamento giudiziario a distinguere, selezionare e limitare[12]. Nel dopoguerra la prima apertura all'accesso delle donne avviene "dalla

[8] Legge 27 dicembre 1956, n. 1441, *Partecipazione delle donne all'amministrazione della giustizia nelle Corti di assise e nei Tribunali per i minorenni.*

[9] Art. 7. Le donne, a pari titolo degli uomini, sono ammesse ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici, esclusi soltanto, se non vi siano ammesse espressamente dalle leggi, quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato secondo la specificazione che sarà fatta con apposito regolamento.

[10] R.d. 39/1920; A. GALOPPINI, *Il lungo viaggio verso al parità, I diritti civili e politici delle donne dall'Unità ad oggi*, Zanichelli, Bologna, 1980, p. 65.

[11] M. IACOMETTI, *Il contributo delle donne dell'Assemblea costituente all'elaborazione della Costituzione italiana*, in *La donna dalla* fragilitas *alla pienezza dei diritti?* a cura di M. D'Amico, S. Leone, Giuffrè, Milano, 2017, p. 176 ss.

[12] Vedi oltre par. 4.

porta di servizio" e nel segno delle "quote azzurre": ammettendole, da un lato, come componente non togata delle Corti d'assise, ma solo a condizione che dei sei giudici popolari *non meno* di tre fossero uomini; dall'altro, integrando, sempre nella componente non togata, la composizione dei Tribunali per i minorenni con la partecipazione di «*due cittadini, un uomo ed una donna, benemeriti dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età*»[13].

Tuttavia, la costituzione aveva lasciato intravvedere un orizzonte più ampio e la reazione nei confronti della legge 1441 non si fa attendere: due Corti d'assise – di Milano e di Cremona – sollevano il dubbio di legittimità costituzionale del trattamento preferenziale riservato agli uomini.

Ma anche la prima reazione della giurisprudenza costituzionale si rivela reticente, anzi, reazionaria, resistendo *attivamente* alla novità.

La Corte sembra ignorare che, in Assemblea costituente, il richiamo dell'art. 51 era servito per riconoscere apertamente la possibilità di accesso delle donne alla magistratura[14] e ritiene di dover individuare una specificità della differenza di sesso rispetto alle altre condizioni elencate nel primo comma dell'art. 3 Cost., argomentando in base l'esistenza delle altre norme costituzionali che prendono in considerazione la differenza di sesso.

In tali disposizioni non coglie la necessità di garantire in modo più effettivo e circostanziato l'uguaglianza dei sessi *nella specificità delle condizioni materiali della subordinazione sociale delle donne*; al contrario, ricava da esse un'indicazione di ridimensionamento del precetto di uguaglianza: «*anche gli articoli 29 e 37 della Costituzione partono da un presupposto non ispirato ad un'assoluta e indiscriminata parità livellatrice fra uomini e donne: l'art. 29, deferendo alla legge di fissare i limiti a garanzia dell'unità familiare; l'art. 37, assicurando, a favore della donna, condizioni di lavoro consone alla sua essenziale funzione di sposa e di madre. E per quanto si tratti di un'altra materia e si tratti di una norma formulata in modo differente, può richiamarsi anche l'art. 52, secondo comma, il quale, nei riguardi del servizio militare obbligatorio, rinvia ai limiti e modi stabiliti dalla legge*». Ed è particolarmente significativo sottolineare il richiamo dell'art. 52,

[13] La relazione illustrativa al disegno di legge governativo indica chiaramente l'ispirazione riduttiva: «*Invero la donna, nell'ambito della famiglia e della più vasta società civile, nei più diversi campi della operosità e dell'umana solidarietà, dimostra di essere in grado di apportare liberamente e con vigile senso di responsabilità il contributo della sua coscienza e sensibilità ai giudizi nei quali si richiede la partecipazione diretta del popolo (articolo 102, comma secondo, della Costituzione*».

[14] Vedi oltre par. 4, in particolare o.d.g. Federici, Delli Castelli, Rossi, Mattei e altre/i.

che non contiene alcun riferimento né al sesso, né a condizioni di genere e che rivela, in questo contesto, un purissimo *implicito di genere:* evidentemente l'argomento dell'inidoneità femminile al servizio in armi appare un argomento talmente auto-evidente da non richiedere ulteriore e diverso esplicito fondamento[15].

La Corte usa, quindi, l'ulteriore formulazione del principio di uguaglianza tra uomini e donne nell'ambito specifico dell'art. 51 per compiere una lettura restrittiva e riduttiva dell'uguaglianza di sesso già enunciata in termini di principio fondamentale dall'art. 3: all'art. 51 si ascrive una uguaglianza "attenuata", nella quale è presente la possibilità di diversificare il trattamento sulla base del sesso assunto come requisito attitudinario; quando, al contrario, letto in chiave anti-subordinazione, l'art. 51 rafforza il principio generale dell'art. 3 nella sua portata anti-discriminatoria (uguaglianza formale), facendolo agire nella più delicata e difficile garanzia sostanziale della rimozione degli ostacoli.

L'art. 51 opera, nella ricostruzione della Corte costituzionale, come norma che riserva al legislatore la possibilità di apprezzare discrezionalmente le diverse attitudini (presupposte) negli uomini e nelle donne. Non solo, riconoscendo la necessità di una "*interpretazione storico-sistematica*" e muovendo dall'innovatività costituzionale in tema di uguaglianza dei sessi, al legislatore si impone di procedere gradualmente: "*la Costituzione trasformava radicalmente un sistema tradizionale che vigeva nelle leggi e soprattutto nel costume riguardo alla condizione giuridica della donna, sistema che solo da poco più di un quarto di secolo aveva risentito, nella legislazione, gli effetti di una evoluzione verso principi di eguaglianza. Era naturale che, pur avendo posto il precetto dell'eguaglianza giuridica delle persone dei due sessi, i costituenti abbiano ritenuto che restasse al legislatore ordinario una qualche sfera di apprezzamento*".

Ciò conduce a giustificare "*la limitazione numerica nella partecipazione delle donne in quei collegi*" perché risponderebbe "*non al concetto di una minore capacità delle donne ma alla esigenza di un più appropriato funzionamento dei collegi stessi*", per quanto non venga spiegato quali "*attitudini*" esclusivamente femminili sarebbero meno appropriate al funzionamento di corti d'assise (e tribunali dei minori).

[15] Altrettanto interessante l'osservazione – errata - che «*nei riguardi del sesso - e solo nei riguardi del sesso - la Costituzione*» avrebbe dettato altre norme oltre all'art. 3, rendendolo una caratteristica affatto particolare, trascurando, però, tanto l'art. 6, quanto gli art. 7 e 8 (in relazione alla lingua e alla religione).

Per contro, al legislatore non è richiesto di soddisfare alcun requisito di ragionevolezza (in termini di proporzionalità ed adeguatezza) per giustificare il trattamento differenziato, tanto la concezione della "naturale" inadeguatezza femminile alle funzioni della sfera pubblica appare di per sé evidente (non ha bisogno di dimostrazioni, in quanto di tratta di un assunto implicitamente condiviso, idealtipico). Sistematicamente, la relazione tra articoli 3 e 51 non è apprezzata nei termini di rapporto tra principio fondamentale e sue declinazioni e articolazioni; contrapposto all'art. 3, l'art. 51 ne attenua la portata di precetto generale e fondamentale, trasformando il principio di uguaglianza dei sessi in un mero punto di partenza del ragionamento, da cui non è solo possibile, ma agevole giustificare lo scostamento, nella misura in cui la esplicita menzione dei due sessi nel 51 avrebbe proprio la funzione di assumere come prospettiva quella dello scostamento. L'uguaglianza diventa solo una *regola base, che ammette una prova contraria* sin troppo agevolmente ricavabile dalla "natura delle cose", dalla tradizione, dal comportamento sociale[16].

Pur con qualche autorevole apprezzamento[17], non mancano alla sentenza 56/1958 robuste critiche[18], parimente autorevoli; critiche che avevano accompagnato anche una decisione di manifesta infondatezza della questione sull'ammissione delle donne al concorso per uditore giudiziario, ritenuta dal Consiglio di Stato 18 gennaio 1957[19].

[16] È evidente che una lettura di questo tipo è favorita dal *gender regime* della Corte stessa, ostinatamente maschile fino al 1996 – del resto ci vorrà del tempo perché i requisiti di idoneità alla nomina/elezione previsti dall'art. 135 siano concretamente alla portata di soggetti di sesso femminile.

[17] C. ESPOSITO, *Le donne e i pubblici uffici*, in *Giur. cost*., 1958, p. 873, che così esplicita i motivi che giustificherebbero la differenza di trattamento: "*assenteismo e minore resistenza alla fatica che possono impedire o rallentare il buon funzionamento della giuria*".

[18] V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giur. cost*., 1958, p. 861; P. BARILE, *Leggi e regolamenti discriminativi per motivi di sesso, ivi,* p. 1243, che vede un'unica nota positiva nel superamento delle limitazioni in via implicita e di tutte quelle disposte da fonti non legislative; A. PREDIERI, *Parità dei sessi e formazione dei collegi delle corti di assise*, in *Giust. civ*., 1959, III, p. 12.

[19] Cons. Stato 18 gennaio 1957, n. 21: V. CRISAFULLI, *Una manifesta infondatezza che non sussiste (a proposito dell'ammissione delle donne alla carriera giudiziaria)*, in *Foro It*., 1957, III, 41; A. GALOPPINI, *Il lungo viaggio verso la parità cit.*, p. 189, riferisce in proposito di una decisione «*perentoria, al limite dell'assenza di motivazione*».

3. Luci e ombre nella sentenza 33

La materia è indubbiamente assai viva e, smentendo le pessimistiche previsioni di tempi lunghi per un superamento dei suoi indirizzi[20], due soli anni saranno sufficienti a rendere la Corte costituzionale più sensibile e avvertita quando affronterà il caso Rosa Oliva.

Emerge, innanzitutto, la consapevolezza della posta materiale in gioco, rappresentata dall'effettivo mantenimento di una vasta area di impieghi pubblici non accessibili alle donne: «*Ora, non può essere dubbio che una norma che consiste nello escludere le donne in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici, debba essere dichiarata incostituzionale per l'irrimediabile contrasto in cui si pone con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza*».

Altrettanto chiaro – e sistematicamente anche più interessante – è l'inquadramento della questione alla luce delle norme costituzionali, che porta la Corte a ricostruire un ben diverso rapporto tra gli art. 3 e 51, riconoscendo che il secondo serve *a specificare e confermare il primo*: infatti, una norma che assumesse «*la diversità di sesso, in sé e per sé considerata*» come ragione di un trattamento diverso degli appartenenti all'uno o all'altro sesso davanti alla legge «*violerebbe un principio fondamentale della Costituzione, quello posto dall'art. 3, del quale la norma dell'art. 51 è non soltanto una specificazione, ma anche una conferma*». L'idea che il sesso costituisca un requisito attitudinale valutabile ai fini di un determinato impiego può sopravvivere (la sentenza 33 parla di «*un'idoneità che manca agli appartenenti all'altro sesso o è in possesso di costoro in misura minore, tale da far ritenere che, in conseguenza di codesta mancanza, l'efficace e regolare svolgimento dell'attività pubblica ne debba soffrire*»), non però nei termini di una presunzione di inidoneità generalizzata – che in realtà verrebbe a configurare una incapacità o minore capacità del sesso femminile – ma solo a condizione di una ragionevole connessione con caratteristiche legate al sesso che siano pregiudizievoli per lo svolgimento dell'attività pubblica.

Nell'argomentazione la Corte costituzionale fa salva la continuità con il precedente del 1958, pur fornendone, in realtà, una "rilettura" in senso riduttivo: quella pronuncia avrebbe solo affermato *«che il legislatore può assumere, in casi determinati e senza infrangere il principio fondamentale*

[20] P. BARILE, *Leggi e regolamenti cit.*, p. 1243, aveva ipotizzato un lento trascorrere degli anni prima di un superamento dell'indirizzo della 56/1958.

dell'eguaglianza, l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito attitudinario, come condizione, cioè, che faccia presumere, senza bisogno di ulteriori prove, l'idoneità degli appartenenti a un sesso a ricoprire questo o quell'ufficio pubblico: un'idoneità che manca agli appartenenti all'altro sesso o è in possesso di costoro in misura minore, tale da far ritenere che, in conseguenza di codesta mancanza, l'efficace e regolare svolgimento dell'attività pubblica ne debba soffrire. Ora che questo non sia il caso della norma impugnata è di tutta evidenza». La discontinuità rispetto al precedente viene costruita secondo il modello argomentativo in termini di "*distinguishing*", piuttosto che come "*revirement*": nelle norme oggetto della sentenza 56/1958 il sesso femminile sarebbe stato considerato dal legislatore come *inidoneità specifica* per una minore attitudine delle donne tale da pregiudicare lo svolgimento di un'attività pubblica e la Corte avrebbe, di conseguenza, giustificato le scelte del legislatore, mentre nella sentenza 63/1960 la Corte sarebbe stata chiamata a giudicare un'*inidoneità generalizzata* del sesso femminile che non appare razionalmente giustificabile.

Dunque, il riconoscimento del sesso come *requisito attitudinario* resta a marcare la continuità tra le due pronunce: è vero che, riformulando il principio che si ricava dall'art. 51, la Corte diventa ben più consapevole della forza della regola base dell'uguaglianza (che, in questa seconda sentenza riconosce essere *regola posta dall'art. 3 e insieme dal 51*) e ammette che il legislatore possa prescinderne, assumendo il sesso come requisito attitudinario, *solo* in casi ben determinati. Tuttavia, il legislatore, dice la sentenza, può pervenire a identificare questi casi per via di presunzione «*senza bisogno di ulteriori prove*»: ed è qui che residua l'ambiguità, nel consentire che siano richiamati per questa via gli stereotipi ed i pregiudizi di genere senza sottoporli a vaglio critico (esattamente come ha fatto la sentenza del 1958)[21].

Si resuscita il sesso *femminile* come requisito attitudinario, con un passo indietro rispetto alla Assemblea Costituente in cui si era riusciti a imporre la sostituzione della formula «*conformemente alle loro attitudini secondo norme stabilite dalla legge*» con «*secondo i requisiti stabiliti dalla legge*». E non inganni l'apparente neutralità o bidirezionalità dell'argomento: come già osservato, l'attitudine maschile è già stata presunta – per così dire, *originariamente* – all'atto stesso in cui

[21] C. ESPOSITO – che, come abbiamo visto nella nota 18, a tali stereotipi aveva ampiamente attinto commentando la sent. 56/1958 – ne *Il sesso e i pubblici uffici*, in *Giur. cost.* 1960, p. 568, accentua gli elementi di continuità con il precedente nella lettura della sentenza 33, riconducendo la disciplina alla necessità di una riserva di legge esclusivamente formale; la sua posizione appare orientata principalmente dalla preoccupazione di porre argini nei confronti di ogni sindacato di ragionevolezza, o, come dice, dell'eccesso di potere legislativo.

nell'ordinamento si sono costituite posizioni, carriere, cariche e uffici modellandoli sull'unico riferimento al soggetto di sesso maschile che avrebbe potuto ricoprirli. È il solo sesso femminile sulla cui idoneità ci si interroga. Nel caso specifico che la Corte si trova a giudicare la presunzione non può scattare proprio per la portata generale e ampia dell'esclusione (dice la Corte: «*Ora che questo non sia il caso della norma impugnata è di tutta evidenza*»); e, tuttavia, quel «*presumere, senza bisogno di ulteriori prove*» consente che siano evocabili per questa via stereotipi e pregiudizi di genere, senza sottoporli ad alcun vaglio critico e senza affrontare lo squilibrio in origine, quello che ha già assunto il sesso maschile come *standard* di idoneità.

4. La prospettiva costituzionale dell'uguaglianza complessa

Si torna quindi alla vicenda costituente, a quella resistenza degli stereotipi inferiorizzanti che la capacità di lucida e pragmatica alleanza tra le donne nelle fasi cruciali dell'elaborazione costituzionale aveva sconfitto nella formulazione dell'art. 51 Cost., invocando poi proprio quell'articolo di portata generale per impedire che venissero formulate regole limitative, in particolare in relazione all'accesso al potere giudiziario.

Quando l'accesso delle donne alla magistratura venne discusso in assemblea plenaria – sulla base di una formulazione potenzialmente limitativa che rimetteva la possibilità di nominare «*anche le donne nei casi previsti dall'ordinamento giudiziario*» – la democristiana Maria Federici aveva illustrato le ragioni di un emendamento soppressivo del riferimento all'ordinamento giudiziario, ribadendo che, a garanzia della piena parità, sarebbe stato sufficiente il principio generale di accesso ai pubblici uffici garantito dall'art. 51 precedentemente approvato. Le comuniste Maria Maddalena Rossi e Teresa Mattei avevano, a loro volta, promosso un emendamento sostitutivo, con la formula espressa «*le donne hanno diritto di accesso a tutti gli ordini e gradi della Magistratura*». Mentre l'emendamento Mattei-Rossi fu respinto (153 a 120), il relatore Leone, senza rinunciare a ribadire la prospettiva restrittiva e discriminatoria incorporata nella formulazione originaria, accolse l'emendamento Federici, che venne assorbito nel nuovo testo presentato dalla Commissione dei 75. Il gioco di sponda tra due emendamenti che esprimevano (implicitamente: Federici; esplicitamente: Rossi-Mattei) un identico principio aveva indubbiamente facilitato il raggiungimento di un

compromesso soddisfacente[22], la cui portata venne confermata dall'approvazione nella sessione pomeridiana dell'esplicito ordine del giorno presentato congiuntamente da Federici, Rossi, Mattei (e altre/i): «*L'Assemblea costituente, considerando che l'art.48* (ora 51) *garantisce a tutti i cittadini di ambo i sessi il diritto di accedere alle cariche elettive e agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza, Afferma che per quanto riguarda l'accesso della donna alla Magistratura, l'art.48* (ora 51) *comprende le garanzie necessarie per questo diritto*»[23].

La stessa cosa non era avvenuta, invece, per la formulazione dell'art. 37 Cost., nel quale alla fine sopravvisse l'attributo "essenziale" riferito alla funzione familiare della donna lavoratrice, con il suo carico anche potenzialmente stereotipizzante di un lavoro femminile extradomestico accessorio e marginalizzabile; ma su questo terreno ebbe un peso l'indubbia difficoltà delle costituenti democristiane a sviluppare in tutte le sue conseguenze la radicale novità dell'uguaglianza dei sessi, infrangendo la "barriera" delle relazioni familiari e portando coerentemente la libertà femminile a minare le fondamenta della famiglia patriarcale. Per quanto poi, sul lungo periodo, nella cornice sempre più consapevolmente percepita di un'uguaglianza nuova e complessa, anche l'interpretazione della qualificazione del lavoro femminile abbia saputo affrancarsi dallo stereotipo inferiorizzante[24].

Ma la portata delle norme costituzionali, anche al di là della percezione soggettiva e intenzione soggettiva delle costituenti e dei costituenti, non era quella di una "semplice" innovazione normativa che consentisse alle donne l'ingresso in posizioni, lavori, carriere sino a quel momento loro preclusi. La conquista dell'autonoma cittadinanza politica, rompendo all'Assemblea costituente l'ordine monogenere della rappresentanza politica e consentendo alle donne italiane di partecipare da protagoniste all'elaborazione del nuovo patto fondamentale, aveva imposto l'abbandono di un

[22] M. IACOMETTI, *Il contributo delle donne cit*.

[23] *Atti Assemblea Costituente*, sedute antimeridiana e pomeridiana del 26 novembre 1947. Federici era stata molto esplicita nell'illustrazione dell'o.d.g., affermando: «*le vicende della votazione di stamattina a proposito dell'articolo 98 e precisamente del comma aggiuntivo, respinto con votazione a scrutinio segreto, impongono una messa a punto circa gli orientamenti di tutti i settori sulla questione che riguarda l'accesso delle donne alla Magistratura. Poiché ho ragione di ritenere che l'Assemblea abbia respinto l'emendamento aggiuntivo perché formulato in senso generico, propongo all'Assemblea di votare un ordine del giorno che è quello appunto da lei, onorevole Presidente, testé letto*».

[24] E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella sua "essenziale funzione familiare" a settant'anni dalla approvazione dell'art. 37 Cost., in federalismi.it, 2019*; R. PESCATORE, *Donna lavoratrice: come il linguaggio costruisce il diritto e il diritto costruisce il linguaggio*, in *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflesssione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, Giappichelli, Torino, 2019, p. 265; B. PEZZINI, *L'art. 37 Cost.: il corpo presupposto tra produzione e riproduzione*, in *Il Corpo delle donne. Traiettorie giuridiche dal 1946 ad oggi*, a cura di P. Torretta, V. Valenti, Giappichelli, Torino, 2021, p. 297.

paradigma costitutivo della maternità, perché aveva privato di fondamento la dicotomia per linee di genere dello spazio (monopolio maschile del pubblico e confinamento femminile nel privato), segnando il superamento del contratto sessuale[25] posto a base del contratto sociale della tradizione.

In questa luce, l'uguaglianza costituzionale "di" donne e uomini – che, innanzitutto, non è solo parità "tra" donne e uomini – è la vera novità *fondativa e fondante*[26] che consente di ricomporre, nella dimensione politica come in quella giuridica, la relazione virtuosa tra democrazia e uguaglianza[27]. L'uguaglianza principio fondamentale è, insieme, pari dignità sociale, divieto di discriminazioni, uguaglianza formale e sostanziale, garanzia di libertà e partecipazione effettive. È un principio costituzionale fondamentale declinato in termini *gender sensitive*, consapevoli delle mutue e reciproche implicazioni del rapporto tra genere e diritto.

Non è solo parità; è di certo fortemente presente nelle norme costituzionali la prospettiva anti-discriminazione, che impone di rimuovere i limiti giuridici che negano alle donne l'accesso a diritti e possibilità, ma nelle declinazioni costituzionali – che dall'art. 3 si proiettano e strutturano nella trama degli articoli 29, 30 e 31, e poi 36 e 37; e ancora 48 e 51, per finire con l'art. 117, VII comma – c'è di più: è incorporata la differenza sessuale come valore anziché come limite.

Quanto ai rapporti di genere ed alla loro influenza nella struttura complessiva della società, la costituzione repubblicana è costruita sulla *premessa* (l'origine materiale nel suffragio universale) e sulla *promessa* (il principio costituzionale fondamentale antisubordinazione di genere che si ricava dalla trama delle sue norme) di una cittadinanza davvero "universale". Ciò impone una prospettiva che riconosce la necessità di ridefinire l'universale (nel senso proprio che *deve* essere ridefinito, non può essere davvero universale se non in quanto ridefinito) nella piena consapevolezza delle condizioni e delle strutture di genere della società (dall'insieme di donne e uomini nell'esercizio della libertà e partecipazione garantite a ciascuna/o) e, di conseguenza, richiede di mettere in discussione il diritto pre-esistente, superando ogni visione semplicisticamente assimilazionistica del femminile entro costruzioni normative, categorie, istituti nati e definiti entro i confini di un orizzonte di esperienza esclusivamente maschile.

---

[25] C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, Editori riuniti, Roma 1997.

[26] B. PEZZINI, *La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica femminile e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità*, in *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, a cura di F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, FrancoAngeli, Milano, 2018, p. 335.

[27] Si esprime così, cogliendo il punto in profondità, F. BILANCIA, *Il principio democratico e l'uguaglianza. 1948-2018*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, a cura di M. Della Morte, F. De Martino, L. Ronchetti, il Mulino, Bologna, p. 17.

L'uguaglianza costituzionale è più complessa della parità: se così vogliamo dire, muove dalla non discriminazione, ma va oltre; garantisce pari opportunità; è, soprattutto, consapevole della differenza sessuale, che c'è ed è *originaria* nella natura umana. E va intesa non più come gabbia, che assegna ruoli sociali marcati dalla subordinazione femminile, ma come un autonomo valore che obbliga a ripensare relazioni e rapporti sociali e, insieme, le forme giuridiche di tali relazioni e, quindi, i concetti e gli strumenti di cui il lavoro del giurista si serve quotidianamente.

Anche a partire da una rilettura critica della sentenza 33/1960, che senza rinunciare a celebrarne giustamente le luci, ne colga anche tutte le ombre.

5. Dalla visione simmetrica e assimilazionistica alla prospettiva duale

Quella sentenza è stata, infatti, il punto di avvio fondamentale di un percorso di apertura di spazi: professioni, carriere, esperienze nell'amministrazione della giustizia e della cosa pubblica che il protagonismo femminile ha avuto finalmente la possibilità popolare di una presenza *anche* femminile. Ma se l'esito della caduta delle norme discriminatorie fosse inteso in senso puramente assimilazionistico, la novità del femminile, e ogni sua potenziale diversità, finirebbe disinnescate dalla *neutralizzazione del genere*: che è quanto spesso fanno le norme giuridiche, che occultano e dissimulano nel riferimento a un soggetto neutro la materialità dei corpi e delle esperienze di vita diversamente segnate dall'appartenenza sessuale. Al contrario, la presenza femminile negli spazi prima monopolizzati dal maschile può dare, e in effetti dà, nell'esperienza concreta, la possibilità di una pratica autonoma di libertà declinata al femminile, un femminile agito come tale e non assimilabile che, in quanto tale, pretende strutture che rendano pensabile, anche in senso propriamente giuridico, la dualità dell'universale.

In questo consiste, a mio avviso, la lezione dell'uguaglianza complessa della Costituzione repubblicana: nella necessità di attivare costantemente in tutti i formanti giuridici la revisione degli strumenti ereditati da una tradizione monogenere che impediscono di riconsiderare la concettualizzazione dell'universale: a cominciare dalla *neutralità di genere* delle norme giuridiche, che è solo apparente nella misura in cui consiste, in realtà, nell'attiva *neutralizzazione del genere*, per cui il genere femminile, in origine *escluso tout-court*, viene successivamente "neutralizzato" attraverso un'assimilazione che lo priva di rilevanza giuridica. Si osservi che il sesso femminile ha

avuto piena e originaria rilevanza giuridica nel senso dell'*esclusione* (e, in parte, nel senso della *tutela* nei confronti di un soggetto non pienamente riconoscibile come autonomo); perde, invece, rilevanza – o non riesce ad acquistarla – nel momento in cui si tratterebbe di consentire un autonomo riconoscimento di valore e possibilità del femminile in quanto tale e non in quanto "simmetrico" all'altro sesso.

Non comprendere questa lezione, e non praticarla costantemente, porta alla riconferma di un ordine di genere neo-patriarcale, diversamente strutturato rispetto alla tradizione, ma permanentemente segnato dalla gerarchia e dalla subordinazione del sesso femminile[28] e, in quanto tale, irrimediabilmente in contrasto con la costituzione. E senza muovere dalla questione femminile come sostanza della rifondazione politica e sociale dell'ordinamento repubblicano non è possibile affrontare consapevolmente la discussione sull'attualità della forza normativa dei valori fondanti di democrazia e uguaglianza[29].

A rendere testimonianza di una rielaborazione delle categorie giuridiche può essere interessante, in conclusione, un cenno a come, dopo oltre quarant'anni, la giurisprudenza costituzionale sia tornata sulla legge oggetto di quella prima sentenza 56/1958, occupandosi della norma relativa alla composizione dei tribunali dei minorenni. La coincidenza nell'esito – nel senso del rigetto dei dubbi di costituzionalità della legge 1441/1956 – non deve impedire di scorgere la distanza dalla sentenza del 1958 che, in termini di costruzione di genere, è veramente significativa.

L'ordinanza 172/2001 ha escluso l'illegittimità della norma che impone che i due componenti non togati del tribunale dei minori siano di sesso diverso sviluppando un'argomentazione che riconosce come la presenza di entrambi i sessi sia in funzione della acquisizione dell'esperienza diversificata dei due generi, sulla base, cioè, di una concezione *duale* della composizione dell'organo: il legislatore – dice infatti la Corte – considera «*fondamentale la presenza nel tribunale per i minorenni di giudici onorari di sesso diverso, in modo che nelle sue decisioni il collegio possa sempre avvalersi del peculiare contributo di esperienza e di sensibilità proprie del sesso di appartenenza*».

[28] Che ci si accontenta di spiegare, come già osservato, nei termini di un ritardo di attuazione, in una visione insostenibile a oltre 70 anni dall'entrata in vigore della costituzione, che così platealmente contraddetta denuncerebbe solo l'inconsistenza delle sue forme giuridica.

[29] In questo senso F. BILANCIA, *Il principio democratico cit.*, p. 19.

È la differenza sessuale che viene re-interpretata, abbandonando il presupposto implicito di una incapacità femminile, che nella sentenza 56/1958 giustificava la discriminazione e che sopravviveva anche nella sent. 33/1960 per ammettere, per quanto solo entro la cornice generale della della parità di trattamento, inabilitazioni comunque riconducibili all'inidoneità *per sesso femminile* – le sole presenti nell'ordinamento e nell'esperienza, quelle per sesso maschile essendo ipotesi puramente teoriche o affatto marginali e comunque risultando agevolmente superabili non appena se ne manifestasse l'interesse concreto[30].

L'ordinanza 172/2001 riconosce la diversità di genere come condizione per la rappresentazione della effettiva complessità del reale.

L'universale è ridefinito dalla compresenza dei due generi e la differenza di genere è assunta in termini di valore positivo. E anche l'assunzione della prospettiva storico-sistematica serve non a frenare l'attuazione della costituzione[31], ma a garantirla, interrogando la legislazione nel contesto in cui è immersa e opera: «*quantunque la norma in esame sia stata emanata per consentire la partecipazione femminile nei collegi giudicanti in un determinato momento storico nel quale operavano ancora discriminazioni in ragione del sesso, deve tuttavia osservarsi che per effetto dell'ammissione delle donne alla magistratura - disposta con la citata legge n. 66 del 1963 - la* ratio legis *della norma impugnata non è divenuta anacronistica, come sostiene il giudice rimettente, bensì ha assunto un diverso significato, consistente, come si è già precisato, nell'assicurare che le decisioni del tribunale per i minorenni siano adottate con apporti di carattere scientifico e, al tempo stesso, con una completa proposizione di prospettive e di analisi».*

[30] Si veda in proposito il dispositivo della sentenza costituzionale 173/1983, su una questione sollevata dal Tribunale Amministrativo Regionale delle Marche, su ricorso di un candidato "privatista" all'abilitazione all'insegnamento nelle scuole del grado preparatorio, il quale deduceva di essere stato escluso dai relativi esami, riservati alle sole donne: con ampio ricorso all'illegittimità consequenziale ex art. 27 l. 87/1953, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che escludevano gli alunni e candidati privatisti di sesso maschile rispettivamente dalla frequenza della scuola magistrale e dai relativi esami di abilitazione e gli insegnanti di sesso maschile dall'attività didattica della scuola statale del grado preparatorio, disponendo altresì che le norme di reclutamento e immissione in ruolo, relative in origine alle sole insegnanti, fossero da applicarsi al corpo docente di ambo i sessi.

[31] Come abbiamo avuto modo di vedere in riferimento alle argomentazioni della sentenza 56/1958, supra par. 2.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 5/2021

Data: 7 settembre 2021

'Effetto farfalla'
La sentenza n. 33 del 1960[*]

di **Silvana Sciarra** – *Giudice della Corte costituzionale*

ABSTRACT: The article concerns the historical ruling no. 33 of 1960 issued by the Italian Constitutional Court, recalled as a leading case for having opened up public competitions to women. The case was lodged to the Italian Constitutional Court in the course of litigation started by Rosa Oliva, who graduated in Political Science and then applied for a competition to become a Prefect. The relevant law governing this competition stated as mandatory preconditions to hold a university degree and to be male. The Constitutional Court ruled that gender could not be a legal ground, since it conflicted with art. 3 of the Constitution. This decision became pivotal in the long, and still not completed, project for gender equality. Some leading cases of the Court of Justice of the European Union are mentioned as examples of the contribution that courts can offer in ascertaining gender equality. Future strategies are also taken into account, with a view to further female emancipation and the achievement of equal opportunities.

[*] Questo scritto riproduce, con i necessari adattamenti, il testo della relazione svolta il 5 febbraio 2021 in occasione dell'incontro promosso dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti dal titolo *La parità dei sessi nell'ordinamento costituzionale. Sessant'anni dopo la storica sentenza n. 33 del 1960*. Sono grata per il tempo che il Dottor Simone Barbareschi, stagista presso la mia segreteria alla Corte Costituzionale, ha dedicato alla lettura di una prima bozza e per l'aiuto competente che mi ha fornito nella revisione delle note. Come sempre, sono io l'unica responsabile per errori o omissioni.

SOMMARIO: 1. Festeggiare un anniversario. – 2. Un caso esemplare: il lavoro notturno delle donne. – 3. *Kalanke*: la strada impervia delle azioni positive. – 4. Rimuovere gli ostacoli. – 5. Conclusioni: quali leve azionare?

1. Festeggiare un anniversario

Con questo incontro promosso dall'Associazione italiana dei Costituzionalisti si celebra la sentenza della Corte costituzionale numero 33 del 1960, nota per aver aperto alle donne l'accesso ai pubblici concorsi[1]. Una riflessione collettiva serve a marcare un passaggio storico nell'evoluzione del sistema costituzionale e più in generale a conferire al rito di un anniversario la solennità che merita.

Anche se si tratta di una storia celebre, è utile far scorrere ancora una volta il filo delle emblematiche vicende che ne rappresentano i contenuti. Rosa Oliva, laureata in Scienze Politiche all'Università di Roma, presenta domanda per un concorso nella carriera prefettizia. Il bando, oltre al possesso del titolo di studio, indicava quale ulteriore requisito il sesso maschile. In una situazione che subito si presenta carica di contenuti simbolici e dunque utile a far emergere una vistosa aporia del sistema, Rosa Oliva decide di rivolgersi al "suo" professore Costantino Mortati, che accetta di difenderla in qualità di avvocato, dopo averla conosciuta e seguita negli studi universitari[2].

Sullo sfondo della vicenda giudiziaria ci sono l'art. 4 del r.d. 4 gennaio 1920 n. 39 e l'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, su cui la prima norma si fondava. Nel ricorso contro il Ministero dell'interno, è sollevata questione di legittimità costituzionale di entrambe le disposizioni, per contrasto con l'art. 3, primo comma, e l'art. 51, primo comma, della Costituzione.

Il Consiglio di Stato limita la questione di costituzionalità all'art. 7 e in particolare alla parte che esclude le donne dagli impieghi pubblici «che implicano…l'esercizio di diritti e potestà politiche…, secondo la specificazione cha sarà fatta con apposito regolamento».

[1] Sulla quale si vedano le preziose note di V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi e requisiti attitudinali nell'ammissione ai pubblici uffici, in Giurisprudenza costituzionale*, 1960, 561 ss.; C. ESPOSITO, *Il sesso e i pubblici uffici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, 568 ss.; A. VALENTINI, *Eguaglianza dei sessi e pubblici uffici*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1960, 172 ss.

[2] Rosa Oliva infatti si laurea nel 1958 presso la Sapienza Università di Roma con una tesi sulla dinamica degli ordinamenti politici e Mortati, sino alla nomina nel 1960 a giudice costituzionale da parte del Presidente della Repubblica Gronchi, insegna alla Facoltà di Scienze politiche dell'università romana, ove è ancora conservata la sua biblioteca.

In una sentenza concisa la Corte costituzionale fa innanzi tutto chiarezza sul rapporto fra legge e regolamento, poiché da quest'ultima fonte si faceva discendere la preclusione per le donne nell'accesso ai pubblici uffici. A tal proposito, non è possibile sapere, né indagare in questa sede, quanto la decisione che si celebra abbia inciso sulla formazione del pensiero dello stesso Mortati in tema di sindacabilità delle fonti secondarie[3]. In ogni caso, la virata nell'argomentazione è incisiva: la Corte ritiene di dover esaminare la norma «tutt'intera», non solo una sua parte, poiché in essa si prevede l'esclusione «in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici». Il contrasto è con l'art. 51, primo comma, Cost., che prevede l'accesso a tali uffici in condizioni di eguaglianza. La diversità di sesso – chiarisce la Corte – non può essere ragione di discriminazione legislativa, perché entra in contrasto con l'art. 3 Cost. «del quale la norma dell'art. 51 è non soltanto una specificazione, ma anche una conferma»[4]. Nella norma censurata «il sesso femminile è assunto come tale a fondamento di incapacità, o di minore capacità, non già a requisito di idoneità attitudinale, per una categoria amplissima di pubblici uffici […] in via di regola, non già in via di eccezione»[5]. La conclusione è che le parti si sono "affaticate" intorno a una questione non centrale, quella relativa alla legittimità di una disposizione che attribuisce al potere regolamentare la potestà di elencare gli uffici non accessibili per le donne, mentre l'illegittimità è da ricercare nella norma da cui quelle disposizioni regolamentari traggono origine.

Si replica, in questo passaggio, alla posizione espressa dall'Avvocatura dello Stato, che valorizza nel suo ragionamento la sentenza n. 56 del 1958[6], per trarne un'interpretazione dell'art. 51 Cost., nell'inciso «secondo i requisiti stabiliti dalla legge», tale da lasciare alla discrezionalità del legislatore la definizione delle esclusioni e ammissioni ai pubblici uffici. In quella sentenza la Corte

[3] Il riferimento è ovviamente a C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffré, Milano, 1964, 93 ss., per il quale non è possibile dubitare che in alcuni casi «il regolamento operi non diversamente da una fonte primaria, in quanto effettua restrizioni o, più genericamente, modifiche di sfere di autonomia, ponendosi quale fonte diretta ed esclusiva di nuovi diritti, doveri, interessi legittimi. [...] Vi è dunque materia sufficiente per giustificare l'assimilazione di larga parte dell'attività regolamentare a quella ritenuta primaria dalla costituzione, e come tale trattata». Come è noto, secondo l'illustre Autore, nel caso di rinvio alla legge da parte della Costituzione, questo può «considerarsi riferito alla legge in senso sostanziale, cioè a predisposizioni normative provenienti anche da fonti diverse da quelle della legge formale, perché idonee [...] a soddisfare le esigenze volute perseguire dalla certezza del diritto obiettivo, nonché della sua adeguazione agli impulsi provenienti dalla base popolare».

[4] Corte cost., sent. n. 33/1960, *Considerato in diritto* n. 1.

[5] Corte cost., sent. n. 33/1960, Cons*iderato in diritto* n. 2.

[6] Sulla quale si è soffermata autorevole dottrina: A. PREDIERI, *Parità dei sessi e formazione dei collegi delle Corti di Assise*, in *Giustizia civile*, n. 3/1959, 12 ss.; P. BARILE, *Leggi e regolamenti discriminativi per motivi di sesso*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 1243 ss.; V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 862 ss.

aveva ritenuto non fondata la questione avente ad oggetto una disposizione della legge n. 1441 del 1956, in cui si prevedeva che almeno tre giudici popolari su sei dovessero essere uomini. L'Avvocatura dello Stato, nelle sue difese, aveva trovato in questa decisione la conferma che la legge «può e deve tener conto della particolare adattabilità della donna ai singoli settori dell'amministrazione». La riserva numerica prevista dalla legge sarebbe stata conforme al principio sancito dall'art. 102 della Costituzione, che demanda alla legge «i casi e le forme» della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia.

Nella sentenza n. 56 del 1958 la Corte sceglie la strada dell'interpretazione storico-sistematica per riconoscere che è in atto un'evoluzione verso il principio di eguaglianza. Il legislatore può dunque regolare le modalità di accesso ai pubblici uffici e l'amministrazione diretta della giustizia, purché «non resti infranto il canone fondamentale dell'eguaglianza giuridica». La legge del 1956 aveva introdotto una differenziazione frutto di un criterio 'meccanico', non per questo in contrasto con il principio di eguaglianza. Ammettere le donne a quella funzione pubblica e poi escluderle oltre un certo numero è – precisa la Corte – un esercizio non contraddittorio, poiché le limitazioni numeriche si ispirano al principio di buon funzionamento dei collegi giudicanti.

Nella sentenza n. 33 la Corte supera questa impostazione. «La violazione del principio di eguaglianza è palese» – si scrive in un autorevole commento – tale da non richiedere penetranti indagini sulla *ratio* delle norme, necessarie, invece, quando si deve accertare l'eccezione alla regola dell'eguaglianza[7]. In un altro commento si evidenzia che l'obbligo che discende dall'art. 51 per il legislatore è puntuale: non si può ricomprendere il sesso tra i requisiti di accesso ai pubblici uffici, a meno che l'eccezione ubbidisca a casi di «cosiddetta incompatibilità naturale in cui l'impossibilità della parità di trattamento dei sessi discenderebbe dalla natura stessa delle cose, ponendosi l'inidoneità di un sesso ad un'attività come invalicabile presupposto di fatto»[8].

I commenti citati consentono di soffermarsi sul linguaggio, in sé rivelatore di un clima culturale ancora denso di ritrosie[9]. 'Idoneità', ad esempio, è nozione che evoca una distinta valutazione

[7] Cfr. V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi e requisiti attitudinari nell'ammissione ai pubblici uffici*, cit., 566.
[8] Cfr. A. VALENTINI, *Eguaglianza dei sessi e pubblici uffici*, cit., 175.
[9] Sorprende a tal proposito, nonostante la posizione per cui l'art. 51 non consentirebbe alcuna discriminazione sulla base del sesso, il passaggio a chiusura del commento di V. CRISAFULLI, *op. cit*., 567, ove si legge, insieme a condivisibili argomentazioni giuridiche, che la decisione richiede una «attendibile correlazione ostativa tra il sesso e le mansioni proprie di un dato ufficio, non bastando, ovviamente, a salvare la validità di una legge discriminatrice l'essere in questa ricompreso, ad es., il sesso maschile tra i requisiti, accanto, poniamo, a quelli del titolo di studio o della sana costituzione fisica né una generica presunzione derivante da prevenzioni psicologiche, sia pur diffuse, ma ormai

rispetto all'altro sesso, così come 'attitudine' e 'lavoro troppo gravoso' servono a mettere in risalto la compatibilità di tali nozioni con l'art. 37 Cost., inteso come modello che conforma l'eguaglianza fra i sessi[10].

La mia personale propensione, quando si affronta il tema della parità di genere, è di non cedere a toni troppo declamatori. Efficace, a questo proposito, è la reazione del giudice Ruth Bader Ginsburg, che si legge in molte sue dichiarazioni. Alla domanda a lei rivolta su quale sia l'equilibrio di genere da perseguire nella Corte suprema americana, la risposta è secca: nove donne su nove giudici[11]. Provocazioni intellettuali come questa, avanzate da una donna dotata di grande ironia, oltre che di esperienza, consentono di riflettere sul fatto che un eccesso di enfasi verso il dato numerico possa essere controindicato, se messo a confronto con altri dati, quali, ad esempio, i criteri di selezione o di nomina, la competenza e la specializzazione. L'affermazione di una 'prima volta' in un incarico o funzione è dunque il segnale di un progetto incompiuto, anche se finalmente avviato.

Per procedere nella condivisione di alcune mie riflessioni, originate dalla celebrazione di questo importante anniversario, prenderò a prestito una suggestione proposta da Katharine Mac Kinnon, la cui opera in così tanti e svariati campi del diritto è servita a dissodare terreni prima mai arati. Per apprezzare le piccole modifiche che, passo dopo passo, hanno portato a costruire la parità di genere quale pilastro degli ordinamenti moderni, frutto di teorie organiche e durature, nonché tecnicamente solide, si usa l'immagine dell'effetto farfalla: un battito d'ala di una farfalla può provocare un uragano da un'altra parte del mondo[12]. Questa teoria si presta a essere proficuamente applicata – e MacKinnon lo fa – per valutare i progressi che gli ordinamenti realizzano, procedendo per

superate, *a ragione o a torto*, dalla norma costituzionale di inidoneità o minore idoneità intellettuale delle donne» (corsivo aggiunto).

[10] Coglie questo punto anche S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Ed. Scientifica, Napoli, 2020, 62 ss., alla quale si rinvia soprattutto per la ricostruzione dei rapporti tra coniugi in ambito familiare e che, per i primi anni di attività della Corte, così scrive: «la circostanza che il procedimento logico per accertare la ragionevolezza delle differenziazioni basate sul sesso coinvolgesse inevitabilmente l'utilizzo di canoni quali il senso comune, l'esperienza o la coscienza sociale, fece sì che le convinzioni sul genere delle persone si insinuassero nelle argomentazioni della Corte costituzionale, tanto da condizionarne fianco il dispositivo».

[11] A seguito della morte della giudice Ginsburg in molti hanno evidenziato quel "When there are nine" pronunciato nel 2012 in un'intervista al 10° "Circuit Bench & Bar Conference" presso l'Università del Colorado. Sull'importanza del ruolo di Ruth Bader Ginsburg nella tutela i diritti civili in America si rinvia a A. CARESTIA, I dissent, *la voce dissenziente di Ruth Bader Ginsburg*, in *Giustizia insieme*,13 marzo 2021.

[12] Cfr. C.A. MACKINNON, *Butterfly politics. Changing the World for Women*, Harvard University Press, Boston, 2019. Si veda, inoltre, fra le opere più incisive nel dibattito internazionale, ID., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Boston, 1987.

successive approssimazioni: quello che nel linguaggio europeo si definirebbe un metodo riformista. Gli studi di genere devono essere ancorati all'evolvere, talvolta lento, dell'ordinamento nel suo complesso, senza racchiudere le disposizioni che attengono alle discriminazioni in ragione del sesso in un recinto troppo stretto. Si tratta, come afferma la studiosa statunitense, di un progetto collettivo, che deve coinvolgere l'intera comunità dei giuristi, così da non limitarsi a proporre formule autoreferenziali. La parità di genere si persegue dunque attraverso un'adesione unanime di quanti si adoperano verso un obiettivo condiviso.

MacKinnon non è certo sola nell'affermare un'esigenza di ampliamento dell'orizzonte. Fra le tante, mi piace ricordare una giurista di origini sudafricane, attiva nel sistema universitario britannico oltre che sulla scena internazionale, che ha invitato quanti si interessano a studi di genere ad accogliere una visione non individualistica della giustizia, guardando al contesto sociale, per arricchire un'accezione liberale dell'eguaglianza e cogliere i segni non neutrali che il diritto può lasciare sul cammino del cambiamento.[13]

Le domande da porsi, ancora ricorrenti e attuali, sono: uguali o differenti e se uguali, uguali a chi. "Una parità ambigua" è il titolo evocativo di un recente libro che, nel trattare in modo organico tutti i temi connessi alla riflessione proposta in questo incontro, avanza proposte e analisi critiche, che non tenterò in alcun modo di emulare.[14]

Il mio intento è più ristretto: guardare al caso di Rosa Oliva come al battito d'ala di una farfalla che ci porta fino alla contemporaneità. È utile ricordare che fu la legge n. 63 del 1963 a dare piena attuazione alla sentenza n. 33, riconoscendo il diritto della donna ad 'accedere a tutte le cariche, professioni e impieghi pubblici, compresa la magistratura', senza limiti nell'attribuzione di mansioni e di svolgimento della carriera.

Nel 1965 otto donne entrarono in magistratura. Oggi una donna, Margherita Cassano, è primo presidente aggiunto nella Corte di Cassazione. La stessa Corte di Cassazione ha eletto per la prima volta una donna, Maria Rosaria San Giorgio, giudice costituzionale. Non si può ignorare, in questo lungo percorso, l'impatto della legge n. 125 del 1991 sulle azioni positive per la parità uomo

[13] Cfr. S. FREDMAN, *Women and the law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, spec. p. 11 ss.

[14] M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina Editore, 2020, *passim* e spec. 72 s., ove si sofferma sulla sentenza n. 33/1960, sottolineando che i tentativi – intrisi di *pre*-giudizi, come emerge più volte nelle sentite pagine del libro – di svalutazione del testo costituzionale furono contrastati con questa decisione dalla Corte costituzionale. La riflessione dell'A., a tutto tondo sull'indefettibile ruolo e la posizione delle donne nell'ordinamento, sottolinea come «le norme della Costituzione, pur con le loro imperfezioni sono in grado di presidiare l'eguaglianza».

donna[15], che portò, tra l'altro, all'istituzione del Comitato per le pari opportunità presso il CSM nell'ottobre del 1992. Si deve anche a questa iniziativa un forte impulso nel perseguire l'abolizione degli stereotipi di genere e nell'abbattere i pregiudizi. Fu una giuslavorista, Cecilia Assanti, a essere eletta dal Parlamento nel 1981, quale membro laico del CSM, nella fortunata abbinata con Ombretta Fumagalli. Con quest'ultima – così si apprende dalle cronache – Rosa Oliva, lasciato il suo ufficio, collaborò presso il CSM, a conferma di una sua spiccata propensione a interpretare in senso evolutivo la parità di genere, partendo da una solida competenza e muovendosi su incarichi diversificati.

Sempre al CSM si deve guardare per la promozione di iniziative formative rivolte ai magistrati[16], che collocano la prospettiva di genere nel giusto contesto, prima evocato, di un'azione collettiva di apprendimento e di crescita per l'intera magistratura.

Sulla scorta di queste valutazioni e sulla positiva costatazione dei passi avanti compiuti, si può ora guardare a due casi decisi dalla Corte di giustizia europea in epoca risalente, ciascuno a suo modo dirompente. Entrambi riguardano la materia del lavoro, quella su cui concentro le mie considerazioni in questo scritto, senza alcuna pretesa di esaustività ed anzi con un metodo volutamente selettivo.

2. Un caso esemplare: il lavoro notturno delle donne

Battiti d'ala di farfalla sono stati provocati dal diritto europeo, che ha segnato il superamento di stereotipi e l'avanzamento della legislazione antidiscriminatoria[17]. È di ispirazione europea la legge

[15] Sulla quale rinvio, con particolare riferimento all'epifania parlamentare dell'insufficienza del ricorso a meri criteri uniformi per la piena realizzazione dell'eguaglianza sostanziale, a M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, cit., 122 ss. Alla legge 10 aprile 1991, n. 125 è dedicato un numero monografico T. TREU – M.V. BALLESTRERO (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1/1994, 1 ss., nonché il volume L. GAETA – L. ZOPPOLI, *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 1992. Sul punto sia consentito rinviare anche a S. SCIARRA, *Azioni positive nel pubblico impiego: azioni e strumenti*, in *Notiziario giuridico*, n. 4/1991 e, in senso anche critico, C. KILPATRICK, *Gender equality: a fundamental dialogue*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 31 ss.

[16] Tra queste non si può non ricordare il numero speciale "Le pari opportunità in magistratura. Dieci anni di attività del Comitato per le pari opportunità in magistratura", dei *Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura*, 2002, n. 126.

n. 903 del 1977[18] che, nel disciplinare le discriminazioni nell'accesso al lavoro, chiarisce le nozioni di discriminazione diretta e indiretta, centrali nella lotta contro la segmentazione delle professioni e del mercato del lavoro. L'operazione più complessa nell'ordinamento italiano si è rivelata quella volta a eliminare progressivamente le disposizioni anacronistiche, perché adottate nel periodo corporativo, o comunque perché ispirate da una legislazione protettiva della donna, intesa come soggetto debole, non più compatibili con l'idea della promozione di pari opportunità.

Uno snodo cruciale per la soluzione di queste antinomie è la tutela effettiva riservata alla donna nello stato di gravidanza e puerperio, affiancata da una disciplina di responsabilità genitoriali paritariamente condivise. Le tappe successive sono segnate dalla legge 8 marzo 2000, n. 53 sui congedi parentali, in attuazione della Direttiva europea 96/34 che ha recepito l'Accordo quadro firmato dalle parti sociali europee, dal d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, e dal Codice delle pari opportunità tra uomo e donna[19].

Il primo esempio che ho scelto di proporre, per inseguire un battito d'ala nell'ordinamento europeo, riguarda la disciplina del lavoro notturno delle donne.

Nel 1991 la Corte di giustizia europea decide il caso *Stoeckel*[20], incentrato sul divieto di lavoro notturno, penalmente sanzionato nel diritto francese. L'art. 5 della Direttiva 76/207/CEE sulla parità tra uomo e donna nel lavoro è ritenuto sufficientemente chiaro e preciso, tanto da svolgere un'efficacia diretta e da indurre alla non applicazione delle disposizioni contrastanti da parte dei giudici nazionali[21]. I governi italiano e francese, intervenuti nel giudizio, chiedono maggiore

[17] *Amplius*, sul cammino intraspreso dalla giurisprudenza europea sin dalla sentenza *Defrenne* I del 1971, si rinvia A O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Giuffré, Milano, 2005; M. BARBERA, *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in V. PICCONE – O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Ed. Scientifica, Napoli, 2018; ID., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Giuffré, Milano, 2007; M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2002; S. SCIARRA, *Association de Médiation sociale. The disputed role of eu fundamental principles and the point of view of labour law*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Editoriale scientifica, 2014, 2431-2447.

[18] Cfr. V. BAZZOCCHI - I. LUCATI, *Parità di genere nell'Ue e riflessi nell'ordinamento italiano*, in *www.europeanrights.eu*, 2017.

[19] D.lgs. 10 aprile 2006, n. 198.

[20] Corte di giustizia CE, C-345/89, *Alfred Stoeckel c. Francia*, 25 luglio 1991, §§ 5 e 19.

[21] La Corte di giustizia già in *Marshall* (Corte di giustizia CE, C-152/1984, *M. H. Marshall et. al*., 26 febbraio 1986) si era espressa in tal senso, quanto alla parità di trattamento tra uomini e donne. Sul punto si veda anche la recente ricostruzione di F. GUARRIELLO, *A cinquant'anni dallo Statuto: come è cambiato il lavoro e la sua tutela nell'ordinamento multilivello*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 259 e M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, *federalismi.it*, n. 10/2019, 10.

protezione per le donne, adducendo l'elemento di una loro intrinseca maggiore fragilità, posta al centro della legislazione nazionale quale *ratio* ispiratrice del divieto. La Corte di giustizia respinge questa impostazione con argomenti molto pragmatici: ammesso che i pericoli per la salute della donna e i rischi di possibili aggressioni siano più forte di notte che di giorno, a tali eventualità si possono trovare soluzioni. L'unica reale diversità, che giustifica un trattamento differenziato, si riscontra, a ben vedere, nella particolare tutela riservata alla gravidanza e alla maternità.

Il Tribunale costituzionale tedesco interviene quasi contemporaneamente sullo stesso tema e si pronuncia contro la preclusione al lavoro di notte per le donne[22]. La Corte costituzionale italiana, con una sentenza tanto asciutta quanto incisiva, redatta da Andrioli, nell'occuparsi del divieto di lavoro notturno posto dalla legge n. 653 del 1934, afferma che quel divieto 'reca offesa' all'art. 37 della Costituzione[23].

Porre fine a una legislazione anacronisticamente protettiva della donna serve a dire che non esiste un'inferiorità attitudinale della stessa e che deve farsi posto a una diversa lettura dell'art. 37 della Costituzione, senza per questo intaccare la tutela della lavoratrice madre. Non è dunque fuor di luogo precisare che il divieto di lavoro notturno ammette deroghe solo se si tratta di misure relative all'adempimento della funzione familiare, in particolare quando è preminente la cura da prestare ai figli.

Gli argomenti della Corte costituzionale si svolgono con ampio riferimento alla sentenza n. 137 del 1986, su cui tornerò fra breve. Si deve intanto sottolineare che la Corte dichiara incostituzionale anche l'art. 3 della Convenzione OIL n. 171 del 1990, sul lavoro notturno[24].

Quelli che qui si rievocano sono anni di acceso confronto interistituzionale. L'OIL e l'allora Comunità economica europea operavano in una gara testa a testa nella revisione degli standard di tutela in una materia governata da fonti internazionali, ratificate dalla gran parte degli Stati membri, oltre che da fonti europee. L'intreccio delle misure necessarie per superare eccessi di tutela, e così garantire piena parità di trattamento fra donne e uomini, rende emblematica questa sentenza, che

[22] Cfr. S. SIMITIS, *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di giustizia europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1995, 521 ss., in particolare 527-528.

[23] Corte cost. sent. n. 210/1986. Sulla quale si rinvia, *ex multis*, a G. PERA, *Il lavoro notturno delle donne*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1987, 685 e M. MARIANI, *Un nuovo passo verso la soppressione del divieto di lavoro notturno per le donne*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1991, 707.

[24] La Convenzione è stata resa esecutiva con la legge 2 agosto 1952, n. 1305.

imprime una svolta nella trasformazione del sistema inteso globalmente e, proprio per questo, sottoposto a revisione in modo sinergico, con interventi su diritti di diversa origine e tradizione.[25]

Ho accennato alla sentenza della Corte costituzionale n. 137 del 1986, redatta da Greco, che assume, letta a distanza di tempo, le caratteristiche di un vero e proprio manifesto, nel percorrere un programma legislativo di emancipazione delle donne su fronti disparati[26].

La disposizione censurata è l'art. 11 della legge 15 luglio 1966, n. 604, sulla disciplina dei licenziamenti individuali, che prevedeva per le donne il conseguimento della pensione di vecchiaia all'età di cinquantacinque anni, anziché a sessanta, come previsto per gli uomini. La Corte dichiara incostituzionale tale disposizione, poiché limitativa, in senso peggiorativo per le donne, della tutela prevista nei licenziamenti illegittimi, tutela destinata a cessare una volta raggiunto il limite di età indicato. Nel soffermarsi sul termine ''attitudine'', la sentenza precisa che nel campo del lavoro esso non può avere ''carattere di staticità'', né può cristallizzare nel tempo le valutazioni che riguardano la donna[27]. Il quadro evolutivo dell'ordinamento mostra significativi passi avanti, paralleli alle trasformazioni dell'organizzazione del lavoro e al progresso tecnologico, segnati in particolare nello Statuto dei lavoratori. Essenziali sono le misure a tutela della maternità, introdotte con la legge 30 dicembre 1971, n. 1204, il potenziamento dei servizi sociali e in particolare le leggi di riforma della scuola che hanno affermato la funzione sociale della scuola materna, adottando in tal modo un metodo più rispondente «ai nuovi bisogni della diversa vita familiare ed alle esigenze di un nuovo rapporto tra tempo di lavoro e tempo libero». Si cita anche la riforma del diritto di famiglia e del sistema previdenziale, a conferma di un quadro in movimento che consente di rendere «più agevole la distrazione dalle cure familiari e più lungo […] il tempo da dedicare al

[25] Cfr. S. SCIARRA, *Dynamic integration of national and community sources. The Case of Night-work for Women*, in T. HERVEY E D. O'KEEFFE (a cura di), *Sex equality Law in the European Union*, J. Wiley & Sons, Chichester, 1996, 97 ss.

[26] Sulla quale si vedano i numerosi commenti alla decisione di A. CERRI, *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere "privilegiato" delle valutazioni del legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/1986, 956 ss.; L. ISEMBURG, *Licenziamento e pensione di vecchiaia: questione di disparità di trattamento uomo-donna*, in *Giustizia civile*, n. 1/1987, 775 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Prosecuzione del rapporto di lavoro oltre l'età pensionistica e stabilità del rapporto di lavoro*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1990, 586 ss.; A. VALLEBONA, *Età pensionabile e incostituzionalità sopravvenuta*, in *Diritto del lavoro*, n. 2/1987, 446 ss.

[27] Cfr. S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, cit., 95 ss., che passa in rassegna anche ulteriori decisioni della Corte costituzionale dal carattere "antidiscriminatorio", come la sentenza n. 1/1987 sul riconoscimento del diritto al godimento dei riposi giornalieri a favore del padre lavoratore in caso di impossibilità di provvedere della madre, nonché altre pronunce dirette ad affermare la parificazione della posizione del marito con quella della moglie all'interno del nucleo familiare (come l'ord. 283/1987 e sentt. nn. 332/1988, 341/1991, 179/1993, 104/2003 e 386/2005).

lavoro»[28], tanto da giungere a sancire la parità di trattamento fra uomini e donne nel rapporto di lavoro con la legge 9 dicembre 1977, n. 903.

Mutano dunque le attitudini delle donne, perché sempre meno si evidenzia una presunta maggiore debolezza delle stesse, così da rendere più diversificate le occasioni di lavoro e più forte il sostegno alle cure familiari. Questo mutamento si collega, come la Corte afferma, a un complesso e coerente disegno del legislatore del tempo. Non c'è molto da aggiungere nel riflettere criticamente sulle contraddizioni che ancora oggi permangono e sull'urgenza di proseguire sinergicamente nelle direzioni allora evidenziate dalla Corte costituzionale.

3. *Kalanke*: la strada impervia delle azioni positive

Nel 1995 la Corte di giustizia decide il caso *Kalanke* [29]. In evidenza si pongono la Direttiva 76/207/CEE, in materia di parità di trattamento fra uomo e donna nell'accesso al lavoro, e una legge del Land di Brema che, in riferimento a rapporti di lavoro pubblico, pone un vincolo di priorità nell'assunzione per candidati di sesso femminile, in caso di pari qualificazione con quelli di sesso maschile. La Direttiva prevedeva all'art. 2, n. 4, il ricorso ad azioni positive per porre rimedio a disparità di fatto, potenzialmente pregiudizievoli per le donne.

Il signor Kalanke è un ingegnere specializzato in tecniche di giardinaggio e paesaggistica; in competizione, per un posto di capo del dipartimento giardini del comune di Brema, c'è una donna, in possesso di un titolo analogo nella stessa materia. Il quesito posto alla Corte è se, con l'assegnare il posto messo a concorso a una donna, in considerazione del fatto che il genere femminile in quel settore è 'insufficientemente rappresentato', ovvero inferiore al 50 per cento del personale occupato, si operi una automatica applicazione della regola sull'azione positiva e si entri in contrasto con il diritto europeo.

La Corte di giustizia segue le conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro e afferma che accordare in modo automatico 'una preferenza assoluta ed incondizionata' alle donne, quando vi è

[28] Corte cost., sent. n. 137/1986, *Considerato in diritto,* n. 5

[29] CGUE, sentenza del 17 ottobre 1995, C-450/93, *Eckhard Kalanke* c. *Freie Hansestadt Bremen.* Per una ricostruzione delle azioni positive nella giurisprudenza della Corte di giustizia si rinvia a D. IZZI, *La Corte di giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marschall*, in *Lavoro e diritto*, nn. 3-4, 1998, 675 ss.

parità di qualificazioni, significa sostituire 'all'obiettivo della promozione della parità delle opportunità di cui all'art. 2, n. 4, un risultato al quale si potrebbe pervenire solo mediante l'attuazione di tale obiettivo'[30]. Con una decisione stringata, la Corte apre la strada a considerazioni assai centrali – e al contempo assai controverse – nel lungo cammino che dovrebbe condurre alla realizzazione della parità sostanziale. Le azioni positive, in quanto temporanee e mirate a correggere situazioni precise di squilibrio occupazionale, non dovrebbero collocarsi in una struttura 'duale' – di per sé conflittuale, proprio perché essa pone in contrapposizione due individui – ma 'circolare', il che equivale a dire riferita a gruppi dominanti nella realtà sociale[31].

Non vi è dubbio che il caso da me selezionato presenti caratteristiche sue proprie e debba essere storicamente contestualizzato. Esso è da considerarsi emblematico proprio perché lascia emergere le difficoltà argomentative che le azioni positive pongono ai giudici, se costretti nell'angolo ristretto di valutazioni solo automatiche, non collegate a motivazioni più ampie sulla ragionevolezza e la proporzionalità delle misure di promozione di un genere rispetto all'altro. Il diritto europeo ha fatto grandi passi dopo *Kalanke*, con la valorizzazione delle nozioni di discriminazione diretta e indiretta, quest'ultima volta a cogliere l'andamento di dati occupazionali a più ampio spettro, in specifici mercati del lavoro o in determinate attività e professioni.

Una simmetria totale nel trattamento di uomini e donne nei rapporti di lavoro sottovaluterebbe, del resto, la diversità biologica della donna, meritevole di tutela nelle condizioni di gravidanza e maternità. La soluzione è stata dunque progressivamente individuata nella scelta di orientamenti differenziati, che hanno consentito al diritto europeo di crescere ed evolvere su molti fronti, dalle politiche occupazionali volte a favorire la parità nei punti di partenza[32], alla contrattazione collettiva come sede di rinvio per l'individuazione di aree potenzialmente sottratte a una piena eguaglianza e dunque tali da essere destinatarie di interventi promozionali nei confronti del genere meno rappresentato[33].

[30] CGUE, sentenza del 17 ottobre 1995, cit., parr. 22 e 23.

[31] Questa, fra i tanti commenti alla sentenza, la posizione critica condivisibile di L. CHARPENTIER, *La sentenza Kalanke e il discorso dualista della parità*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1996, 171.

[32] M. BELL, *Anti-discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002, in particolare 196 ss.

[33] T. HARVEY, *The future of sex equality law*, cit., 399 ss.

Questa parentesi, solo apparentemente datata, che fa riferimento a un fecondo confronto di punti di vista nella dottrina europea, mi consente di guardare al contributo di una studiosa la cui voce autorevole ha percorso il dibattito italiano, per espandersi ben oltre i confini nazionali.

Nell'affrontare il tema delle azioni positive, Letizia Gianformaggio ha posto domande che ancora suonano attuali e che sollecitano riflessioni[34]. Nel porre *Kalanke* a confronto con la sentenza della Corte costituzionale n. 422 del 1995 – relativa alle modalità di elezione del sindaco e del consiglio comunale, che stabilivano misure percentuali massime per la presenza dei due generi nelle liste – si osserva che l'equilibrio da garantire sul piano della rappresentanza politica è molto più delicato di quello, pur rilevante, da affermare nei rapporti di lavoro. Il confronto si giustifica perché, nel dichiarare incostituzionali – anche in via consequenziale – le disposizioni rinvenute in leggi elettorali, la Corte costituzionale non si esime dall'affermare che un'azione positiva che attribuisca direttamente un risultato, piuttosto che rimuovere gli ostacoli che impediscono di raggiungere il risultato medesimo, non è coerente con il secondo comma dell'art. 3 e dunque collide con il principio di eguaglianza sostanziale. Su questi passaggi argomentativi, simili nelle sentenze delle due corti, nonostante la diversa materia trattata, si costruisce una valutazione critica circa il necessario riequilibrio delle azioni necessarie a garantire una piena parità.

Se la differenza, che l'azione positiva intende contrastare, è causata dall'oppressione di un gruppo su un altro e da una errata distribuzione delle opportunità, la posizione dei singoli all'interno dei gruppi sociali dovrà di volta in volta essere opportunamente valutata, per cogliere il senso reale delle individualità che si intende far emergere e per attribuire ai singoli un vero potere di scelta.

4. Rimuovere gli ostacoli

Quale impulso e quale precisa strategia attraversarono la mente della giovane Rosa Oliva nell'avviare la sua battaglia? La sua scelta individuale dimostra la capacità di non farsi condizionare da un ambiente circostante limitativo di talune opportunità. La sua è una sfida lanciata contro un

[34] L. GIANFORMAGGIO, *In difesa delle azioni positive*, in A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH (a cura di), *Letizia Gianformaggio. Eguaglianza donne e diritto*, Il Mulino, Bologna 2005, 223 ss. Della stessa A. si veda ID., *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, spec. 81 ss. per un raffronto critico fra politica della differenza e principio di uguaglianza.

diritto anacronistico, scelta resa possibile dalla sua competenza, oltre che dalla sua forza d'animo. La fiducia che il 'suo' professore Costantino Mortati ripose in lei fu dunque, al tempo stesso, condivisione di un confronto dirompente con un ambiente ostile al cambiamento e fiducia nella consapevolezza piena posta a fondamento della iniziativa giudiziaria.

Nella sentenza n. 33 del 1960 la Corte costituzionale ha concretamente rimosso gli ostacoli che, con il precludere alle donne l'accesso ai pubblici concorsi, impedivano il pieno raggiungimento di una parità sostanziale.

Il battito d'ala prodotto da questa celebre sentenza si è avvertito anche in seguito. Per esempio, nella sentenza n. 109 del 1993 la Corte ha scrutinato disposizioni di incentivazione finanziaria contenute nella legge 25 febbraio 1992, n. 215, in materia di azioni positive per l'imprenditoria femminile[35].

Le azioni positive – precisa la Corte – servono a scongiurare il rischio che «diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale». Si tratta di un settore di attività in cui è evidente lo squilibrio a danno delle donne che hanno in passato subito «discriminazioni di ordine sociale e culturale» non ancora del tutto superate. Il linguaggio adoperato è incisivo, proprio perché serve a far emergere una disparità effettiva, che giustifica l'adozione di un'azione positiva, ovvero di una disciplina differenziata, non in contrasto con l'art. 3, primo comma della Costituzione. Non è dunque l'attività produttiva in quanto tale la destinataria di misure di sostegno, ma la qualità soggettiva delle categorie di persone considerate.

Il fatto che la sentenza n. 33 del 1960 non abbia avuto molto seguito nella giurisprudenza costituzionale sta a dimostrare che il superamento di un'aporia insita nell'ordinamento è servito a riassestare il sistema intorno a un più solido principio di eguaglianza.

Ma non si può omettere di ricordare che nella sentenza n. 108 del 1994 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 26 della legge 1 febbraio 1989, n. 53 (Modifiche alle norme sullo stato giuridico e sull'avanzamento dei vicebrigadieri, dei graduati e militari di truppa dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, nonché disposizioni relative alla Polizia di Stato, al Corpo degli agenti di custodia e al Corpo forestale dello Stato), nella parte in cui, rinviando per l'accesso ai ruoli del personale della polizia di Stato al possesso delle qualità morali e

[35] Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 1993, con riferimento alla quale si rinvia al commento di C. BARBATI, *Le "azioni positive" tra Stato e regioni,* in *Le regioni*, n. 6/1993, 1706 s. e alle recenti riflessioni di L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazione di genere*, in *federalismi.it*, n. 7/2021, 64.

di condotta stabilite per l'ammissione ai concorsi della magistratura ordinaria, prevede che siano esclusi coloro che, per le informazioni raccolte, non risultano, secondo l'apprezzamento insindacabile del Ministro competente, appartenenti a famiglia di estimazione morale indiscussa. In via consequenziale la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 124, terzo comma, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), nella parte in cui, nel disciplinare i requisiti di ammissione ai concorsi della magistratura ordinaria, prevede l'esclusione di coloro che, per le informazioni raccolte, non risultano, secondo l'apprezzamento insindacabile del Consiglio Superiore della Magistratura, appartenenti a famiglia di estimazione morale indiscussa.

Il riferimento all'art. 51 Cost., nel perimetro tracciato dalla sentenza n. 33, diviene assai preciso, poiché la discrezionalità del legislatore è vincolata dai parametri posti dall'art. 3 e serve a garantire l'accesso ai ruoli a tutti i cittadini "in condizioni di eguaglianza".

Né si può trascurare – anche per le coloriture della vita reale che ne emergono – la sentenza n. 188 del 1994, in cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, primo comma, lettera c), del decreto legislativo 27 febbraio 1991, n. 79 (Riordinamento della banda musicale della Guardia di finanza), nella parte in cui richiede, per la partecipazione al concorso e per la nomina a maestro vice direttore della banda, il requisito del sesso maschile, previsto in generale per la nomina a ufficiale in servizio permanente. Gli articoli 3 e 51 giocano ancora un ruolo fondamentale nell'affermare che è vietata ogni irragionevole discriminazione basata sul sesso, poiché prevale la tutela della persona a fronte di ingiustificate limitazioni nell'accesso all'impiego pubblico.

Non solo si sostengono le propensioni individuali; si concorre anche a favorire l'accesso dei

cittadini più capaci, selezionati solo in base al merito e alle attitudini, senza pregiudiziali esclusioni non collegate ai requisiti di idoneità ragionevolmente richiesti.

L'aver richiamato alcune sentenze dalla Corte costituzionale, che si collocano sulla scia della sentenza n. 33, serve a far nuovamente avvertire al lettore le vibrazioni dell'effetto farfalla, divenute dirompenti con l'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 2003, che ha modificato l'art. 51, con l'inserire la promozione delle pari opportunità fra uomini e donne.

Molto è stato scritto sull'effettiva propulsione impressa da questo nuovo inciso in campi diversi, fra cui, in particolare, quello delle leggi elettorali. Mi limito, per la complessità del tema e per lo

spazio riservato a questo scritto, a rinviare ad altri interventi in questo stesso incontro celebrativo della sentenza n. 33[36].

Per restare nel campo che ho scelto di privilegiare – quello del lavoro – le pari opportunità rappresentano un progetto sempre in movimento, una instancabile attività di correzione delle distorsioni al principio di eguaglianza inteso come «giudizio di relazione» e non come paradigma cristallizzato[37]. Sono ancora tante, infatti, le occasioni in cui si percepiscono comportamenti arbitrari nei luoghi di lavoro e nella fase di accesso al lavoro.

La pandemia ha esasperato situazioni di marginalità sociale che possono essere corrette da misure incisive, che diano nuovo fiato all'art. 4 della Costituzione e ne esaltino la straordinaria attualità, proponendo politiche attive del lavoro mirate a salvare le donne da una nuova marginalità e da nuove disparità di trattamento legate al luogo geografico in cui si trovano e ai contesti familiari in cui vivono.

Né si può ignorare che permane e si aggrava, in condizioni precarie dell'economia, la disparità di trattamento retributivo, cui solo nuove misure legislative possono porre rimedio, introducendo obblighi di trasparenza per le imprese nel disegnare e nel gestire le politiche retributive. L'aver superato taluni stereotipi di genere, legati alla presunta maggiore debolezza delle donne e l'aver rivisitato una legislazione eccessivamente protettiva, non giustifica il prolungato silenzio del legislatore, cui spetterebbe prendere atto dei ritardi nelle politiche sociali e nel più vasto contesto dei servizi alla persona, evocati in modo mirabile nella sentenza della Corte costituzionale n. 137 del 1986, prima citata.

5. Conclusioni: quali leve azionare?

La stagione che attraversiamo, a seguito degli effetti provocati dalla pandemia, induce a riflessioni di ampio respiro, proiettate in un futuro lungo, che qui possono solo essere evocate per cenni.

[36] In particolare, sul punto rinvio alle relazioni, presentate in occasione del Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, di A. DEFFENU e L. LORELLO su "*La dialettica tra giudice costituzionale e legislatore sulla parità di genere: l'art. 51 Cost.*"….

[37] Queste le parole usate in Corte cost., sent. n. 89 del 1996.

L'esempio della sentenza n. 33 del 1960 richiama l'attenzione sulle strategie giudiziarie, intese quale leva del cambiamento, per smuovere mentalità cristallizzate, oltre che strumento per incidere sull'ordinamento e modificarlo. Ma non basta.

Un primo punto da rimarcare, che ci riconduce all'esempio emblematico di Rosa Oliva, riguarda la valorizzazione dell'apprendimento e della formazione, intesi quale bagaglio essenziale delle donne verso una piena emancipazione. Non si tratta solo di aprire opportunità di crescita professionale nei settori più disparati; si potrebbe anche scegliere di incentivare, con specifiche misure, la formazione universitaria delle donne in settori disciplinari ancora poco frequentati dalle stesse e favorire l'ingresso in professioni praticate da un numero statisticamente più alto di uomini.

Nel diffondersi di nuove tecniche di selezione del personale, in particolare nell'adozione di algoritmi per i test attitudinali, si nascondono nuove potenziali discriminazioni di genere, già evidenziate dalla dottrina[38]. Può rivelarsi insufficiente, a questo riguardo, il ricorso alle sole azioni positive e l'adozione di un metodo basato su dati numerici. Si è diffuso da tempo nel diritto europeo il ricorso alle così dette clausole orizzontali, che si rinvengono agli articoli 8 e 10 del TFUE, e che inducono all'adozione di politiche ispirate al *gender mainstreaming*. In particolare, si prevede che l'Unione debba mirare a eliminare le ineguaglianze e promuovere la parità fra uomini e donne in tutte le sue 'azioni', nelle iniziative legislative, così come nella composizione di organi collegiali, di commissioni e di altri centri decisionali. Si tratta di una tecnica promozionale che è vincolante per le istituzioni europee e di riflesso dovrebbe esserlo per gli Stati membri.

In una recente Comunicazione[39] la presidente della Commissione Ursula von der Leyen pone in evidenza alcuni dati significativi. Fra i primi venti paesi al mondo per l'attuazione concreta di misure sulla parità di genere, quattordici di questi sono Stati membri dell'UE, a conferma che la tecnica dell'integrazione sistematica e *mainstreaming* funziona e dà risultati concreti. Ma non basta. La Commissione, citando i dati dell'Istituto europeo per l'eguaglianza di genere, evidenzia la 'intersezionalità' delle politiche di genere, quando queste si combinano con altre identità personali. Il linguaggio adottato è accattivante e certamente riflette realtà diffuse, che devono spingere a visioni sempre più pragmatiche, per pretendere azioni concrete dai decisori politici. Alcune, come si

[38] M. D'AMICO, *Una parità ambigua*. *Costituzione e diritti delle donne*, cit., 313 ss.

[39] Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un'unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, Bruxelles, 5.3.2020 COM(2020), 152 final.

è già detto, sono di facile e immediata attuazione e comportano l'inserimento di più donne nell'attuazione di programmi europei, in particolare nella progettazione di misure sull'intelligenza artificiale e sulla definizione di algoritmi da adottare nella selezione del personale.

Nuove farfalle, dunque, e nuove potenti ali da far vibrare, per scuotere un mondo provato da vicende drammatiche, bisognoso di cure e di attenzioni mirate. Azioni ulteriori riguardano la lotta alla violenza di genere e l'adozione di misure a sostegno delle vittime, misure queste che dovrebbero servire all'eliminazione di stereotipi negativi e alla diffusione di una cultura del rispetto, anch'essa portatrice di parità fra uomo e donna.

Per concludere questo mio intervento voglio citare una donna che in tempi recenti ha colpito profondamente l'immaginario collettivo in tutto il mondo.

Nel salutare la sua elezione a vice presidente degli Stati Uniti d'America, Kamala Harris ha rivolto un ricordo a sua madre, giunta in quel paese dall'India all'età di 19 anni, e alle molte altre donne che hanno saputo superare ostacoli e pregiudizi legati al genere, al colore della pelle o all'origine etnica, per difendere la libertà e la democrazia. 'Rifletto sulla loro lotta, sulla loro determinazione e sulla forza della loro visione, per vedere cosa ci può essere, non condizionato da ciò che è stato. E mi elevo sulle loro spalle'.[40]

L'immagine di questi giganti con spalle forti, su cui salire per essere più visibili, è un richiamo enfatico che ben si addice alla celebrazione di un anniversario. Il simbolo che essa rappresenta può essere consapevolmente dedicato a Rosa Oliva sulle cui spalle ci eleviamo in tante e su cui vorremmo si ergessero tante giovani donne.

[40] Il riferimento è al discorso tenuto il 7 novembre 2020, subito dopo la conferma dei dati della vittoria del Partito democratico alle elezioni USA 2020. Si veda anche K. HARRIS, *Le nostre verità*, La nave di Teseo, Milano, 2021, per il racconto autobiografico di una carriera prestigiosa basata sull'impegno civile e professionale, nonché sull'esempio familiare.

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2021
Data: 5 ottobre 2021

Parità di genere e pubblici uffici nel dialogo tra giudice costituzionale e legislatore

di **Andrea Deffenu** – *Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Cagliari*

ABSTRACT: This essay reflects around the dialogue between the jurisprudence of the Constitutional Court, legislation of Parliament and doctrine on gender equality in access to public offices. Article 51 of the Constitution and the principle of substantial equality are today a fundamental parameter for verifying the impact of anti-discrimination regulations on economic and social relations. The goal of gender equality has not yet been achieved, but it remains a constitutionally necessary objective.

SOMMARIO: 1. Parità di genere e uffici pubblici: giurisprudenza e dottrina in dialogo. – 2. Il significato dell'art. 51 Cost.: l'abbattimento del muro discriminatorio. – 3. L'art. 51 Cost. e le azioni positive quali misure necessarie per realizzare una parità effettiva. – 4. Pubblico impiego e parità di genere nella realtà: il soffitto di cristallo. – 5. Potenzialità, limiti delle azioni positive e giurisprudenza costituzionale. – 6. Conclusioni.

1. Parità di genere e uffici pubblici: giurisprudenza e dottrina in dialogo

L'etimologia più antica della parola dialogo, dal greco *dià-logos,* rimanda a *logos* inteso come raccogliere, assemblare, contare (i frutti che spuntano) e a *dià* inteso come *tra* (esseri umani)[1]. Traslato questo significato al tema della relazione assegnatami, possiamo dire che riflettere sul *dialogo* tra giudice costituzionale e legislatore attorno alle questioni – costituzionalmente rilevanti – inerenti alla parità di genere significa domandarsi, anche in una prospettiva diacronica, quali "frutti" si possano raccogliere dalle oramai copiose decisioni giurisprudenziali, dai tanti provvedimenti legislativi e dalle articolate elaborazioni dottrinali sviluppatesi negli ultimi sessant'anni. L'argomento assegnato mi impone di circoscrivere l'ambito di indagine alle tematiche sollecitate e riconducibili all'accesso di tutti i cittadini, dell'uno e dell'altro sesso, agli *uffici pubblici* in condizioni di eguaglianza, come previsto dall'art. 51, comma 1, Cost., tralasciando dunque le questioni ricadenti nell'ambito delle *cariche elettive*[2]. Proporrò, dunque, alcune considerazioni attorno al rapporto tra parità di genere e accesso ai pubblici uffici.

Prima di entrare nel vivo delle presenti riflessioni credo sia importante esplicitare una mia convinzione, ovverosia che la questione delle diseguaglianze di genere nei vari ambiti nei quali può essere rilevata – istituzioni, politica, lavoro, società, ecc. – deve porsi, come è stato efficacemente detto, quale «... questione centrale condivisa, per le donne e anche per gli uomini»[3]. È una questione centrale per tutti, in quanto interrogarsi sull'assetto normativo vigente, ma anche sul grado di effettività della parità di genere nei vari campi dell'ordinamento significa sondare, più in generale, lo stato di salute della nostra democrazia costituzionale. Non a caso, anche per allontanare il pericolo che le questioni di genere fossero percepite solamente come tema coinvolgente le donne *per* e *tra* le donne, già a partire dalla fine degli anni '80 dello scorso secolo si è diffusa l'espressione *démocratie paritaire*[4]: senza parità effettiva tra uomini e donne nei pubblici uffici, in politica, nel lavoro privato, ecc., non si può parlare di una democrazia compiuta; una bassa partecipazione delle donne all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese significa, in sostanza, violare uno dei principi di fondo del nostro ordinamento costituzionale. Solamente una

[1] Cfr. il *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Klincksieck, Paris, 1999, 624 ss.
[2] Sui temi della parità di genere nell'ambito delle cariche elettive si è soffermata L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2021, 1 ss.
[3] T. CASADEI, *Giusfemminismo: profili teorici e provvedimenti legislativi*, in *Politeia*, 2016, 34.
[4] V. sul punto R. SÉNAC, *La parité*, Puf, Paris, 2008.

piena e collettiva presa di coscienza delle questioni di genere può consentire la demolizione degli stereotipi che stanno alla base, ancora oggi, delle molteplici sacche di ineffettività del principio di pari opportunità di genere, come pure in tanti hanno rilevato[5].

2. Il significato dell'art. 51 Cost.: l'abbattimento del muro discriminatorio

Dobbiamo partire, innanzitutto, da una prima considerazione, ovvia per un costituzionalista, ma comunque necessaria, ovverosia che lo sguardo retrospettivo al materiale giurisprudenziale e normativo su parità di genere e accesso ai pubblici uffici che si è sedimentato negli scorsi decenni deve essere guidato e orientato dal testo costituzionale, a partire dall'art. 51 Cost. e senza tralasciare le altre disposizioni direttamente o indirettamente coinvolte, *in primis* il principio di eguaglianza nella sua duplice versione formale e sostanziale, che con l'art. 51 Cost. è, come è noto, strettamente connesso[6]. Possiamo perciò affermare che rievocare, come tenterò, alcuni snodi fondamentali della giurisprudenza e della produzione normativa significa altresì riflettere attorno alle diverse interpretazioni – offerte nel corso del tempo – delle previsioni costituzionali coinvolte.

Si ricorderà come le discussioni nei primi anni di entrata in vigore della Costituzione del '48 vertevano, esattamente, sulle possibili letture dell'art. 51, comma 1, Cost., in relazione al margine di discrezionalità attribuito al legislatore nell'individuazione del sesso quale elemento di discrimine nell'accesso ad alcune tipologie di funzioni pubbliche. Si trattava di un dibattito che, in qualche modo, era un riflesso dei lavori dell'Assemblea costituente che, proprio con riguardo alla scrittura dell'art. 51 Cost., avevano fatto emergere posizioni culturali e giuridiche contrastanti. È sufficiente ricordare come secondo alcuni l'accesso dei cittadini dell'uno o dell'altro sesso agli uffici pubblici dovesse avvenire sì, in condizioni di eguaglianza, ma pur sempre «conformemente alle loro attitudini e facoltà» o comunque «secondo norme stabilite con legge»[7], così da consentire – era questo l'intento dei promotori in Assemblea costituente – la permanenza di limiti più o meno ampi

[5] V. tra i tanti contributi, M. D'AMICO, *La lunga strada della parità fra fatti, norme e principi giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, 1 ss.

[6] Sul principio di eguaglianza e le sue varie sfaccettature v. G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di M. Cartabia, T. Vettor, Milano, 2009, 3 ss.

[7] Cfr. sul punto gli Atti dell'Assemblea costituente, e in particolare, le sedute della prima Sottocommissione a partire dal 15 novembre 1946.

all'ingresso delle donne, in particolare, nei ruoli apicali delle principali cariche pubbliche. Fu proprio la consapevolezza da parte dei costituenti più sensibili e grazie anche al fondamentale contributo, come è stato messo in luce, di alcune costituenti[8], che questi tentativi volti a introdurre, nel testo costituzionale, norme finalizzate alla conservazione della legislazione pre-repubblicana – manifestamente discriminatoria – furono respinti.

Le letture "neutralizzanti" dell'art. 51 Cost., tuttavia, portatrici di una visione sessista e retrograda della società, riemersero con forza nei primi anni della Repubblica e portarono a decisioni infelici, anche da parte del giudice delle leggi. Mi riferisco alla notissima sent. n. 56 del 1958 con la quale la Corte, nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge n. 441 del 1956, che poneva un tetto massimo alla presenza delle donne, quali giudici popolari, nei collegi delle Corti d'Assise, affermò che, in virtù di una lettura ermeneutica di tipo storico-sistematico, l'inciso "secondo i requisiti stabiliti dalla legge" presente nell'art. 51, comma 1, Cost., doveva indurre a ritenere sussistente, in capo al legislatore, «… una qualche sfera di apprezzamento nel dettare le modalità di applicazione del principio, ai fini della migliore organizzazione e del più proficuo funzionamento dei diversi pubblici uffici, anche nell'intento di meglio utilizzare le attitudini delle persone». Per questa fondamentale ragione, ad avviso della Corte, si poteva concludere che «… una interpretazione sistematica delle norme costituzionali esaminate induce a far ritenere che le leggi ordinarie, che regolano l'accesso dei cittadini ai pubblici uffici (art. 51) e che regolano i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia (art. 102, terzo comma), possano tener conto, nell'interesse dei pubblici servizi, delle differenti attitudini proprie degli appartenenti a ciascun sesso, purché non resti infranto il canone fondamentale dell'eguaglianza giuridica». Non è difficile scorgere, in questo argomentare della Corte, gli stessi pregiudizi che furono alla base, in Assemblea costituente, degli emendamenti volti a neutralizzare la forza egualitaria dell'art. 51 Cost., che pure erano stati rigettati[9].

Questa decisione, ma anche talune sentenze dei giudici comuni, che nella sostanza ritennero compatibili con l'art. 51 Cost. leggi apertamente discriminatorie, stimolarono nella dottrina costituzionalistica un vivace dibattito che, riletto oggi, assume il valore ancora più forte e simbolico

[8] Ne discute M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente, in 70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto di genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Torino, 2019, 17 ss.

[9] V. *amplius* U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 3° comma, sezione II [art. 51]*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 369 ss.

di una lotta per la Costituzione, ovverosia di una battaglia per la sua piena prescrittività[10]. Così Paolo Barile, tra i tanti, già nel 1952 criticava una sentenza della Corte d'appello di Roma che rigettava l'eccezione di incostituzionalità del divieto per le donne di accedere all'ufficio di giudice popolare. Per Barile, che contestava la natura di norma meramente programmatica che il giudice aveva ricavato dalla lettura dell'art. 51 Cost., non si poteva ignorare l'esistenza, nel nostro ordinamento costituzionale, di un principio dalla cui piana interpretazione si doveva evincere un'unica conclusione: «che nessuna limitazione per motivi di sesso può essere imposta (o mantenuta) in questo campo, e che i requisiti, di cui parla la seconda parte del comma e per i quali v'è la riserva di legge, possono essere stabiliti *ad libitum* dal legislatore, ma sempre col rispetto dei principii costituzionali, fra cui figura quello, ivi enunciato, della parità dei sessi»[11].

Non diversamente Crisafulli osservava, nel commentare la sent. n. 56 del 1958, come dalla lettura dell'art. 51 Cost. doveva ricavarsi, più correttamente, che il sesso non poteva essere mai utilizzato quale «criterio di differenziazione della comune capacità di accesso ai pubblici uffici, riconosciuta indistintamente a tutti i cittadini»[12]. Mortati, inoltre, affermava come «…non si può negare che vi siano attività e funzioni particolarmente adatte alla natura della donna ed altre che lo siano meno, ma poiché … non sono rintracciabili criteri sicuri e forniti di validità assoluta per poter giungere alla determinazione di tali attività, non vi è altra via (ed è quella tracciata dalle norme della costituzione) che affidarla alla naturale selezione, quale potrà effettuarsi sulla base delle prove concrete di capacità fornite nei singoli casi»[13].

Questi brevi richiami alla più autorevole dottrina di allora ci mostrano come, in quegli anni, si giocasse una sfida decisiva: la prevalenza delle spinte volte a contenere la forza delle parti più innovative e ambiziose della Costituzione, *in primis* il principio di eguaglianza e la pari dignità sociale; oppure, il maturare del convincimento che i principi costituzionali introdotti dalla Carta repubblicana comportassero la necessità di scandagliare *ex novo* l'intero ordinamento pre-repubblicano per ripensarlo, riscriverlo e bonificarlo ove necessario.

Per quanto riguarda il tema in discussione, ciò avvenne nel corso dei decenni successivi con la graduale rimozione della legislazione discriminatoria in palese contrasto con gli artt. 3 e 51 Cost. e

[10] Sulla necessità di interpretare il principio di pari opportunità di genere *magis ut valeat* sia consentito il rinvio ad A. DEFFENU, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2012, 15 ss.
[11] P. BARILE, *Sul diritto delle donne ad accedere alla magistratura*, in *Giur. it.*, n. 2/1952, 227.
[12] V. CRISAFULLI, *Nota a Corte cost. n. 56/1958*, in *Giur. cost.*, n. 1/1958, 863.
[13] C. MORTATI, *L'accesso delle donne ai pubblici uffici*, in *Democrazia e diritto*, 1960, 142 ss.

il conseguente ritorno dell'apparato normativo, quantomeno, alla conformità "formale" con la Costituzione. A tal fine, uno dei contributi più importanti per l'avvio della fase demolitoria delle previsioni normative discriminatorie per le donne arrivò proprio dalla Corte costituzionale grazie alla sent. n. 33 del 1960. Se ne potrebbe discutere a lungo, ma in questa sede vorrei soltanto ricordare uno dei passaggi più significativi, laddove il giudice delle leggi afferma che «non può essere dubbio che una norma che consiste nello escludere le donne in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici, debba essere dichiarata incostituzionale per l'*irrimediabile contrasto*[14] in cui si pone con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza. Questo principio è stato già interpretato dalla Corte nel senso che la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa, non può comportare, cioè, un trattamento diverso degli appartenenti all'uno o all'altro sesso davanti alla legge. Una norma che questo facesse violerebbe un principio fondamentale della Costituzione, quello posto dall'art. 3, del quale la norma dell'art. 51 è non soltanto una specificazione, ma anche una conferma».

Qualche tempo dopo, con la legge n. 66 del 1963, che, come è noto, proclamò il diritto delle donne di accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, inclusa la magistratura, si diede un impulso ulteriore all'avvio dello smantellamento della disciplina discriminatoria. E così l'art. 51 Cost., interpretato correttamente come principio antidiscriminatorio, divenne il maggiore perno argomentativo volto a giustificare l'eliminazione della legislazione con esso incompatibile, così da rispettare l'esigenza di una piena applicazione del principio di eguaglianza formale tra donne e uomini anche nell'ambito dei pubblici uffici. Sulla stessa linea della legge del 1963 si collocano altre leggi dei decenni successivi come, tra le tante, la legge n. 479 del 1987, che espunse il riferimento al sesso nella composizione delle Corti d'Assise e la legge n. 1083 del 1959, che istituì un corpo separato di polizia femminile. La fase "demolitoria" non fu rapida, ma richiese una lunga e lenta maturazione politica che giunse, grazie a ulteriori interventi del legislatore negli anni '80 – si pensi alla legge n. 121 del 1981 che stabilì la parità di funzioni, trattamento economico e progressione di carriera tra poliziotti e poliziotte – fino agli '90 e ai primi anni del XXI secolo con

[14] Enfasi aggiunta.

previsioni come quelle stabilite, ad esempio, dal d.lgs. n. 24/2000, che sancì il diritto generalizzato delle donne ad accedere ai corpi armati dello Stato[15].

Sempre in un'ottica antidiscriminatoria, inoltre, devono essere lette le leggi approvate dal Parlamento, tra gli anni '70 e gli anni '90, per garantire la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro e combattere le discriminazioni indirette[16]. Un contesto normativo che, per tornare all'*incipit* delle presenti riflessioni, favorì anche indirettamente un *idem sentire* – almeno per alcuni profili – con i giudici e la Corte costituzionale, come testimoniato, *ex multis*, dalla sent. n. 188 del 1994 che dichiarò l'illegittimità, per contrasto con gli artt. 3 e 51 Cost., della norma che richiedeva, per la partecipazione al concorso della banda musicale della Guardia di finanza, il requisito del sesso maschile[17].

3. L'art. 51 Cost. e le azioni positive quali misure necessarie per realizzare una parità effettiva

A partire dagli anni '60 dello scorso secolo e per circa quarant'anni, dunque, si è assistito a un lento e costante lavorio volto a frantumare, sbriciolare, abbattere, il muro del diritto discriminatorio. Un processo che, con al centro la Costituzione, si è dipanato lungo percorsi che hanno portato, anche grazie all'evoluzione sociale e al contributo di associazioni e movimenti culturali, alla condivisione – oggi pressoché unanime – dell'idea che, potremmo dire così, deve reputarsi assolutamente incompatibile con il principio di eguaglianza e con l'art. 51 Cost., qualunque previsione di carattere normativo o amministrativo che, quantomeno con riferimento all'accesso agli uffici pubblici – ambito delle mie riflessioni –, comporti delle discriminazioni, siano esse dirette o indirette nei confronti delle donne[18].

[15] Sull'evoluzione legislativa in materia di pubblico impiego e parità di genere v. *amplius* S. SCARPONI, *L'articolo 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 406/2019, 1 ss.

[16] Mi riferisco, in particolare, alle leggi n. 903/1977 e n. 125/1991.

[17] Per l'impatto della giurisprudenza costituzionale sulla parità di genere nell'ordinamento italiano v. S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

[18] Sulle azioni positive v. *ex multis* M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2008; M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Bin, C. Pinelli, Torino, 1996, 65 ss.

Lo smantellamento del "muro normativo discriminatorio", se così possiamo definirlo, non poteva e non può però considerarsi un obiettivo appagante a cospetto dei principi di pari dignità sociale e di eguaglianza sostanziale che, letti assieme all'art. 51 Cost., pongono in capo alla Repubblica mete più elevate e ambiziose[19]. È evidente, difatti, che pur eliminati gli ostacoli formali, permanevano e persistono ancora oggi, come vedremo più avanti, quegli ostacoli di ordine economico, sociale e culturale che non consentono di ritenere realizzata, a partire dall'accesso agli uffici pubblici, una piena, completa, soddisfacente, eguaglianza sostanziale. A tal proposito, non è nata oggi, ma affonda le sue radici già nel dibattito costituente, come sappiamo, la questione su quale sia in questo ambito il compito del diritto: con quali strumenti debbono intervenire le istituzioni repubblicane, sempre che debbano farlo, di fronte alla constatazione che la parità tra uomini e donne nell'accesso agli uffici pubblici, pur normativamente non impedita è, nell'effettività, non pienamente realizzata? È nell'ambito di queste problematiche che si innesta, come è intuibile, la questione delle azioni positive. Per restare nell'ambito del pubblico impiego e mostrare come l'ordinamento si sia arricchito, nel corso degli anni, di misure volte a prevedere dei vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato, è sufficiente, in questa sede, richiamare alcune previsioni normative raccolte oggi nel Codice delle pari opportunità, le cui finalità sono evidenti fin dall'*incipit*: «eliminare ogni discriminazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo»[20]. Si pensi, in particolare, all'istituzione delle consigliere di parità[21] e del comitato per l'attuazione della parità nel mondo del lavoro[22], alla promozione e al finanziamento delle *affirmative actions* nell'ambito dei rapporti sociali ed economici[23], all'obbligo per le amministrazioni pubbliche di predisporre piani di azioni positive[24]. In sostanza, per realizzare un'eguaglianza sostanziale e dunque per rendere effettive le «condizioni di parità» richieste dall'art. 51 Cost. si sono stratificate nel tempo una serie di previsioni che guardano alla parità di genere

[19] Sul rapporto tra genere e Costituzione v. *amplius* B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in *La costruzione del genere. Norme e regole*, a cura di B. Pezzini, Bergamo, 2012, 15 ss.
[20] Così l'art. 1, comma 1, del *Codice delle pari opportunità*, approvato con il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198.
[21] D.Lgs. n. 198/2006, art. 12 ss.
[22] D.Lgs. n. 198/2006, art. 8 ss.
[23] D.Lgs. n. 198/2006, art. 42 ss.
[24] D.Lgs. n. 198/2006, art. 48.

come insieme di politiche e azioni che necessitano di un intervento attivo e dinamico delle istituzioni pubbliche[25].

Non mancano, poi, disposizioni normative che, al fine di rimuovere gli ostacoli economico-sociali per una parità di fatto, incidono, in misura più o meno marcata, sull'*iter* procedurale volto a raggiungere il risultato auspicato oppure, direttamente, sul risultato medesimo. Si pensi a quanto stabilito dall'art. 51, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 165/2001, secondo cui le amministrazioni pubbliche, per garantire le pari opportunità per l'accesso al lavoro «… riservano alle donne, salva motivata impossibilità, almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso». Ancora, con riferimento alle nomine negli organi politici di vertice degli enti locali, si consideri l'art. 1, comma 137, della legge n. 56/2014, che impone, nelle giunte dei Comuni con più di 3 mila abitanti, il divieto di rappresentare ciascuno dei due sessi in misura inferiore al 40%[26].

Ho richiamato tali previsioni normative perché, come sappiamo, è intorno a tali questioni che le discussioni sono più articolate, le posizioni si dividono, anche aspramente, sia in relazione alla stessa compatibilità o ammissibilità di azioni positive a favore del sesso sottorappresentato, sia in merito a quali tipi di *affirmative actions* siano ammissibili e quali invece debbano ritenersi comunque incompatibili con il nostro assetto costituzionale e dunque siano precluse al legislatore. È indubbio, tuttavia, che le azioni positive e tra queste, le quote di riserva, nelle loro più diverse forme giuridiche abbiano aperto, già da lungo tempo, una nuova frontiera per le pari opportunità tra uomini e donne e su questa sfida, dunque, dobbiamo concentrare ora le nostre riflessioni per capire se, e in che termini, risultino ancora oggi necessarie. Anticipo fin da subito che, a mio avviso, delle azioni positive non si può e non si deve fare a meno; al contrario, si tratta di soffermarsi su di esse per comprenderne le ragioni, gli effetti sull'ordinamento, i limiti e i necessari affinamenti affinché il contributo per realizzare una parità effettiva sia raggiunto e non risulti un mero *flatus vocis*.

[25] L'art. 2, comma 1, del Codice delle pari opportunità prevede che «Spetta al Presidente del Consiglio dei ministri promuovere e coordinare le azioni di Governo volte ad assicurare pari opportunità, a prevenire e rimuovere le discriminazioni …».

[26] V. su tali profili L. MACCARRONE, *Misura minima e composizione "equilibrata" delle giunte locali dopo la legge n. 215 del 2012*, in *Federalismi.it*, n. 18/2013, 1 ss.

4. Pubblico impiego e parità di genere nella realtà: il soffitto di cristallo

La dimostrazione che l'abbattimento del "muro normativo discriminatorio" è opera indispensabile, ma non sufficiente e che le azioni positive devono essere mirate e ben calibrate per produrre effetti apprezzabili è fornita dalla lettura di alcuni recenti *dossier* che offrono al lettore dati e statistiche particolarmente interessanti. Per il giurista è fondamentale considerare con attenzione questi dati, perché è da essi che è possibile cogliere non solamente l'impatto delle norme sul contesto economico-sociale nel quale esse sono destinate ad operare, ma altresì l'effettività dei principi costituzionali in esame.

Più in particolare, per quanto riguarda la presenza delle donne nel pubblico impiego e nei ruoli apicali dello stesso, è utile richiamare i passaggi più significativi del Bilancio di genere del Ministero dell'Economia e delle finanze del 2019[27]. Per quanto concerne le donne che lavorano nelle amministrazioni statali, «… l'insieme degli indicatori consente di evidenziare che le donne che lavorano nelle amministrazioni centrali dello Stato sono prevalentemente concentrate in pochi comparti e pur avendo titoli di studio mediamente più elevati degli uomini, sono orientate alle posizioni che richiedono minori qualifiche e responsabilità. Le donne sono più penalizzate nei percorsi di carriera e ricorrono più frequentemente degli uomini a istituti che consentono l'assenza

[27] Nel rinviare ad una lettura integrale del documento approvato dal MEF, è utile ricordare come il divario di genere nel mondo del lavoro, e più in particolare nel pubblico impiego, riguarda l'intera realtà europea, seppur con gradazioni differenti. Come messo in luce dal *Dossier* richiamato, «le dinamiche dell'occupazione femminile nel contesto europeo sono significativamente connesse a quelle del settore pubblico, essendo storicamente quest'ultimo un veicolo determinante dell'ingresso delle donne nel mercato del lavoro. L'importanza del pubblico impiego nelle prospettive occupazionali delle donne rimane ancora oggi evidente. Nel 2017, a parte poche eccezioni, le donne costituiscono la maggioranza dei lavoratori pubblici nei paesi europei, mentre tra gli occupati totali sono inferiori al 50 per cento, soprattutto nei paesi mediterranei. Le donne rappresentano il 45 per cento del totale degli occupati di età compresa tra 15 e 64 anni in Spagna, circa il 42 per cento in Grecia e in Italia, mentre nel settore pubblico di questi stessi paesi, la presenza femminile raggiunge tra il 48 e il 57 per cento. In generale, la presenza femminile tende a essere ancor più elevata nei paesi in cui il settore pubblico riveste un ruolo più significativo nell'economia ... In Germania, dove il pubblico impiego incide solo sul 10 per cento dell'occupazione complessiva, il tasso di femminilizzazione della pubblica amministrazione è pari al 55 per cento, mentre in Italia e Spagna, dove pesa tra il 13 e il 15 per cento, il tasso di femminilizzazione del settore pubblico è rispettivamente del 57 e del 56 per cento. Nei paesi del nord Europa - come Danimarca, Svezia e Finlandia - il settore pubblico assorbe una quota di occupazione complessiva che va dal 24 al 29 per cento e la percentuale di donne nel pubblico impiego raggiunge valori fino al 70 per cento» (*Il bilancio di genere per l'esercizio finanziario 2019*, 242 ss.). Sempre a livello europeo, il *Dossier* sottolinea come «… nonostante la presenza femminile nell'amministrazione pubblica sia spesso prevalente, è eterogenea a seconda dei comparti e, nell'ambito di uno stesso comparto, tra differenti livelli nella scala gerarchica delle organizzazioni di appartenenza. Tale circostanza, denota l'esistenza di fenomeni di segregazione orizzontale e verticale analizzati dalla letteratura, specie in riferimento al settore privato. La segregazione orizzontale si riferisce alla concentrazione delle donne in un ristretto numero di professioni; la segregazione verticale, invece, alla concentrazione femminile ai livelli più bassi della scala gerarchica dell'organizzazione» (*ivi*, 243 ss.).

dal posto di lavoro per dedicarsi anche alla cura della famiglia. Si tratta di divari che tendono a ridursi solo lentamente nel tempo e molte delle asimmetrie riscontrate nel 2008 continuano a persistere ancor oggi. I progressi più visibili, nell'arco dell'ultimo decennio, riguardano la composizione della magistratura, dove l'incidenza delle donne è aumentata di ben 12 punti percentuali ed ha superato quella degli uomini, pur essendo ancora minoritaria la quota delle donne in Cassazione … Nell'insieme, le amministrazioni centrali dello Stato vedono un sostanziale bilanciamento di genere, con rilevanti differenze tra comparti. La scuola è quasi interamente femminilizzata mentre nelle Forze Armate e nei Corpi di Polizia, nel 2018, le donne non superano nemmeno il 10 per cento. La differente dinamica del *turn over* maschile e femminile comporta una lenta evoluzione della composizione del personale. Sebbene le posizioni dirigenziali affidate a donne siano progressivamente aumentate, quelle apicali rimangano in molti comparti appannaggio degli uomini»[28].

Non meno significativa è l'analisi contenuta in uno studio ISTAT del 2020 ove si osserva come «… la crisi economica ha inciso anche sul pubblico impiego: negli ultimi 10 anni i dipendenti sono diminuiti di circa 200 mila unità (- 6%), calo che ha coinvolto soprattutto gli uomini (-12.3% vs -1%). Tuttavia, la Pubblica amministrazione continua a svolgere un ruolo importante nell'innalzamento dei livelli occupazionali delle donne: circa 1/5 delle donne è occupata nella PA». Detto questo, si aggiunge, «… il settore pubblico non sembra tuttavia favorire pari opportunità di carriera per il persistere di stereotipi culturali e rigidità dei contesti organizzativi. Le donne sono ancora sotto-rappresentate nelle posizioni apicali, specie in alcuni comparti. Tuttavia, emergono alcuni segnali positivi: ad es. le donne magistrato in 23 anni sono passate dal 25,8% a oltre il 50%. I

[28] Così il *Il bilancio di genere per l'esercizio finanziario 2019*, 270 ss. Lo studio del MEF prende in esame, inoltre, i dati a livello europeo che mostrano come l'indice sull'uguaglianza di genere del 2019 per l'Italia nel settore del lavoro (pubblico e privato) è di 63,1 punti su 100, ovverosia l'ultimo posto in Europa. Più in particolare, «… il tasso di occupazione (delle persone di età compresa tra 20 e 64 anni) è pari al 53% per le donne rispetto al 73% per gli uomini. Con un tasso di occupazione complessivo del 63%, l'Italia non ha raggiunto l'obiettivo nazionale del 67-69 % previsto dalla strategia UE 2020 per l'occupazione. Tra il 2005 e il 2017 il tasso di occupazione equivalente a tempo pieno (ETP) è rimasto pressoché invariato per le donne (circa il 31%), mentre è diminuito per gli uomini (dal 56% al 51%), con una conseguente riduzione del divario di genere ... Tra le donne e gli uomini in coppia con figli il divario è molto più ampio che nelle coppie senza figli (37 p.p e 8 p.p.). Il divario di genere si riduce in modo indirettamente proporzionale ai livelli di istruzione. È infatti di quasi tre volte inferiore tra le donne e gli uomini con un livello elevato di istruzione (8 p.p.) rispetto alle persone con un basso livello di istruzione (24 p.p.). Circa il 33% delle donne lavora a tempo parziale, rispetto al 9% degli uomini. In media le donne lavorano 33 ore a settimana e gli uomini 40. Le disparità nella concentrazione delle donne e degli uomini nei diversi settori del mercato del lavoro continuano a rappresentare un problema. Circa il 26% delle donne è impiegato nei settori dell'istruzione, della salute e dell'assistenza sociale, rispetto al 7% degli uomini. Le donne (6%) sono meno presenti rispetto agli uomini (31%) nelle professioni scientifiche, tecnologiche, ingegneristiche e matematiche» (*ivi*, 12 ss.).

progressi più marcati si registrano nei dirigenti apicali degli enti locali, ministeri e scuola, mentre è ancora troppo bassa la quota di donne ambasciatore e primario nella sanità»[29].

I dati raccolti dai documenti richiamati consentono di mettere a fuoco una realtà che, nonostante alcuni progressi, resta preoccupante. Difatti, benché la partecipazione delle donne nel mercato del lavoro sia in miglioramento in Italia e l'occupazione femminile abbia superato nel 2019 la soglia del 50%, «… rimane tuttavia ancora lontana dai livelli di altri paesi europei (la media dell'UE-28 è al 64,1 per cento) e il divario rispetto agli uomini è ancora rilevante, sia in termini di occupazione che di retribuzione. Sono le donne tra i 45 e i 54 anni ad aver maggiormente beneficiato dell'aumento dell'occupazione femminile negli ultimi anni, mentre rimangono indietro le più giovani e residenti al Sud e nelle Isole. Diminuiscono le donne scoraggiate nella ricerca di un'occupazione anche se rimane un fenomeno rilevante tra le giovani. Le donne che hanno figli incontrano ancora difficoltà nell'accesso al mercato del lavoro. Rispetto alle donne occupate senza figli, le lavoratrici con figli sotto i 5 anni sono solo tre su quattro. Anche nelle condizioni di lavoro persistono rilevanti differenze tra le donne e gli uomini. Le lavoratrici in part-time sono in aumento e nel 60 per cento dei casi non è una scelta. In circa un caso su nove le donne sono impiegate in lavori con bassa paga e in più di un caso su quattro risultano sovraistruite. Rimane bassa la presenza femminile nel mondo delle professioni e dell'imprenditoria nonostante gli interventi del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese. La maggior parte delle donne sono dipendenti e impiegate nel commercio, nella sanità e nell'istruzione»[30].

In linea generale gli studi richiamati rilevano che negli ultimi anni la qualità del lavoro femminile è peggiorata, come accade con il *part-time* involontario, funzionale più alle esigenze dell'impresa che non alla conciliazione dei tempi di vita della lavoratrice[31]. Non deve stupire dunque, che «… minore accesso alle figure apicali, maggiore diffusione di lavori part-time e

[29] Si tratta delle affermazioni contenute nella *Memoria*, 10 ss., del 26.2.2020 depositata presso la Camera dei deputati, a sostegno dell'audizione dell'Istituto nazionale di statistica in relazione alle *Misure a sostegno della partecipazione delle donne al mercato del lavoro e per la conciliazione delle esigenze di vita e di lavoro AA.C. 522, 615, 1320, 1345, 1675, 1732, 1925*.

[30] Così il documento del MEF, *Il bilancio di genere per l'esercizio finanziario 2019*, 42 ss. È evidenziato, inoltre, che «Dal confronto con gli altri paesi dell'UE emerge che l'occupazione femminile in Italia è inferiore di 14 punti percentuali rispetto alla media dell'Unione europea e il divario di genere è maggiore di 7,5 punti percentuali. Nel 2019 le donne che lavorano nell'insieme dell'UE-28 sono il 64,1 per cento registrando una differenza rispetto allo stesso dato per gli uomini di 10,4 punti percentuali».

[31] Così la *Memoria* ISTAT, 11 ss.

carriere discontinue sono i fattori che assieme ad una diversa struttura per età determinano i differenziali di genere nei redditi da lavoro»[32].

I dati sopra riassunti ci offrono uno spaccato del mondo del lavoro femminile, dal quale è possibile evincere come, effettivamente, esista oggi, anche nel settore dell'impiego pubblico, quello che viene chiamato *soffitto di cristallo*, ovverosia una situazione per cui l'avanzamento di carriera delle donne è ostacolato da un insieme di stereotipi, barriere e discriminazioni di carattere più che altro organizzativo, ma anche culturale e sociale. Se questo è vero, si pone il problema di capire se oltre alle misure già previste dalla legislazione di settore e dal Codice delle pari opportunità, si possano ipotizzare, ma è un compito che rientra più che altro nelle valutazioni discrezionali del legislatore, azioni positive a largo spettro che intervengano in maniera ancora più incisiva e non solo sulla fase di accesso all'impiego pubblico, ove oramai a parte alcuni settori tradizionalmente poco aperti alla presenza femminile – penso anzitutto alle forze armate – le donne accedono al pubblico impiego, senza che siano riscontrabili particolari ostacoli, superando numericamente gli uomini anche in settori prima per lo più "maschili", come accade nella magistratura. Sarebbero auspicabili ulteriori misure per stimolare, ad esempio, la maggior presenza delle donne nei vertici delle amministrazioni pubbliche e per far questo si potrebbe pensare a soluzioni volte a favorire una più facile conciliazione dei tempi di vita lavorativa coi tempi di vita familiare.

5. Potenzialità, limiti delle azioni positive e giurisprudenza costituzionale

Lo svelamento del «soffitto di cristallo» nel pubblico impiego offre una ragione in più per guardare alle azioni positive come ad uno strumento normativo di estrema importanza e delicatezza. Ci si deve intendere, tuttavia, su quali siano i confini delle *affirmative actions* in quanto, come è stato detto, si tratta di una categoria «a molteplici facce»[33]. Da un lato, vi sono le misure «soft», non di risultato, che si limitano ad intervenire sugli ostacoli di ordine economico e sociale che generano situazioni di sfavore per un determinato gruppo di individui svantaggiati. Dall'altro lato, vi sono le

[32] *Memoria* ISTAT, 12 ss. Anche la presenza dei figli è una forte criticità per l'accesso al lavoro, difatti l'11% circa delle donne che ha avuto almeno un figlio non ha mai lavorato per prendersi cura dei figli, considerato anche che l'offerta dei servizi socio educativi per la prima infanzia è scarsa e mal distribuita sul territorio.

[33] Così D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 353.

azioni positive «forti», che attribuiscono un risultato, più o meno completo, attraverso un «trattamento differenziato (preferenziale) di categorie e gruppi … svantaggiati, finalizzato ad uno scopo di correzione delle diseguaglianze e di riequilibrio delle *chances* e delle utilità in alcuni settori»[34]. Tre le azioni positive «forti», inoltre, si contraddistinguono le quote, con le quali viene istituita una vera e propria riserva di posti a favore del gruppo cosiddetto svantaggiato, anch'esse variabili a seconda del momento nel quale la quota viene inserita. Le quote, come più sopra si accennava[35], sono la categoria di *affirmative actions* più tipica e controversa, che ha determinato, da parte della giurisprudenza di molti ordinamenti, una certa ostilità, soprattutto a causa dell'obiezione che esse determinerebbero, per loro stessa natura, una forma di discriminazione alla rovescia. Ad esempio, una norma che stabilisse la preferenza, per l'accesso ad un determinato impiego, di una lavoratrice anziché di un lavoratore, al fine di rispettare una certa quota, discriminerebbe, indirettamente, il lavoratore escluso per il solo fatto di appartenere al sesso storicamente "favorito". In questo senso l'azione positiva, se inserita nell'ordinamento senza alcun contrappeso o bilanciamento, potrebbe apparire nulla più che «una discriminazione che reagisce ad una discriminazione»[36].

Le obiezioni mosse alle azioni positive perdono forza, viceversa, se esse vengono concepite all'interno di un quadro più ampio e articolato, come espressione di un equilibrato, ragionevole bilanciamento tra l'obiettivo della parità e l'esigenza di salvaguardare gli altri diritti in gioco, prospettando così soluzioni meno *tranchant*, ma che siano comunque tali da disarticolare, nel tempo, tutte quelle barriere – invisibili, come abbiamo visto, con le lenti del solo giurista – che agiscono sul piano culturale, economico e sociale, così da realizzare quella effettiva, reale, parità nei punti di partenza che tanti auspicano. Ora, a me pare, per tornare ai "frutti" che possiamo raccogliere dal dialogo tra Corte costituzionale e legislatore, che tale concezione "organica" delle azioni positive è rinvenibile anche in alcuni, significativi, passaggi delle decisioni più note del giudice delle leggi in materia di parità di genere e istituzioni politiche.

Così, in relazione alla legge n. 125 del 1991 in tema di azioni positive a favore dell'imprenditoria femminile, la Corte ha affermato che «… le "azioni positive" … sono dirette a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in

[34] *Idem*, 119.
[35] V. *supra*, par. 3.
[36] M. AINIS, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, n. 1/1992, 591.

discriminazioni di destino sociale. A tal fine è prevista, in relazione a un settore di attività caratterizzato da una composizione personale che rivela un manifesto squilibrio a danno dei soggetti di sesso femminile, l'adozione di un trattamento di favore nei confronti di una categoria di persone, le donne, che, sulla base di una non irragionevole valutazione operata dal legislatore, hanno subìto in passato discriminazioni di ordine sociale e culturale e, tuttora, sono soggette al pericolo di analoghe discriminazioni». In sostanza, prosegue la Corte, le azioni positive sono «… misure dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità, [e] … comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento». Si tratta, in sostanza, di differenziazioni ammissibili «… proprio perché presuppongono l'esistenza storica di discriminazioni attinenti al ruolo sociale di determinate categorie di persone e proprio perché sono dirette a superare discriminazioni afferenti a condizioni personali (sesso) in ragione della garanzia effettiva del valore costituzionale primario della "pari dignità sociale"»[37].

Non meno importante è la decisione della Corte costituzionale n. 422/1995, che pur criticabile per una serie di ragioni che riguardano più da vicino la questione delle cariche elettive, testimonia comunque una rinnovata sensibilità nei confronti delle *affirmative actions* quando, in generale, ci ricorda che devono considerarsi conformi a Costituzione quelle azioni positive intese a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale – si pensi tra tutte alle stessa legge 125 del 1991 poc'anzi richiamata[38] – che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, così che se «… tali misure legislative, volutamente diseguali, possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica, o, più in generale, per compensare e rimuovere le diseguaglianze materiali tra gli individui (quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali), non possono invece incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in egual misura a tutti i cittadini in quanto tali». La fermezza di quest'ultima affermazione appare già più sfumata e aperta nella sent. n. 49/2003, perché il giudice delle leggi pur ribadendo come, con riferimento alle quote di riserva nelle liste elettorali, tali misure non possano giungere fino ad incidere direttamente sul contenuto dei diritti fondamentali, nello stesso tempo le reputa

[37] Corte cost., sent. n. 109/1993.

[38] Sulla legge n. 125/1991 v. B. PEZZINI, *Principio costituzionale di uguaglianza e differenza tra i sessi (a proposito della legge 125/1991 sulle azioni positive)*, in *Politica del diritto*, n. 1/1993, 51 ss.

costituzionalmente ammissibili, in quanto «… le disposizioni impugnate della legge elettorale della Valle d'Aosta operano su questo terreno, introducendo un vincolo legale rispetto alle scelte di chi forma e presenta le liste. Quello che, insomma, già si auspicava potesse avvenire attraverso scelte statutarie o regolamentari dei partiti (i quali però, finora, in genere non hanno mostrato grande propensione a tradurle spontaneamente in atto con regole di autodisciplina previste ed effettivamente seguite) è qui perseguito come effetto di un vincolo di legge. Un vincolo che si giustifica pienamente alla luce della finalità promozionale oggi espressamente prevista dalla norma statutaria»[39].

La piena maturazione del ragionamento della Corte viene raggiunta nella sent. n. 4/2010, dove pure la misura della doppia preferenza di genere introdotta nella legislazione elettorale campana appare più forte di quella valdostana. Pur determinando delle limitazioni sia in capo ai partiti nella scelta delle candidature, sia in capo agli elettori nella scelta delle preferenze, secondo la Corte «… quello previsto dalla norma censurata non è un meccanismo costrittivo, ma solo promozionale, nello spirito delle disposizioni costituzionali e statutarie». In sostanza, «non vi sono, in base alla norma censurata, candidati più favoriti o più svantaggiati rispetto ad altri, ma solo una eguaglianza di opportunità particolarmente rafforzata da una norma che promuove il riequilibrio di genere nella rappresentanza consiliare».

Con la giurisprudenza richiamata, mi pare di poter dire, la Corte ha mostrato una non scontata sensibilità sulla questione delle azioni positive elettorali e non c'è ragione di ritenere che la stessa apertura non debba riguardare anche l'accesso agli uffici pubblici ove pure, nel bilanciamento dei principi e valori in gioco, emerge l'obiettivo di rimozione degli ostacoli socio-economici che

[39] La Corta rileva, nella sent. n. 49/2003, che quote di riserva come quelle previste nelle disposizioni contestate «… non pongono l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito ulteriore di eleggibilità, e nemmeno di "candidabilità" dei singoli cittadini. L'obbligo imposto dalla legge, e la conseguente sanzione di invalidità, concernono solo le liste e i soggetti che le presentano. In secondo luogo, la misura prevista dalla legge impugnata non può qualificarsi come una di quelle "misure legislative, volutamente diseguali", che "possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica, o, più in generale, per compensare e rimuovere le disuguaglianze materiali tra gli individui (quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali)", ma che questa Corte ha ritenuto non possano "incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in egual misura a tutti i cittadini in quanto tali", tra cui, in particolare, il diritto di elettorato passivo (sentenza n. 422 del 1995). Non è qui prevista, infatti, alcuna misura di "disuguaglianza" allo scopo di favorire individui appartenenti a gruppi svantaggiati, o di "compensare" tali svantaggi attraverso vantaggi legislativamente attribuiti. Non vi è, insomma, nessuna incidenza diretta sul contenuto dei diritti fondamentali dei cittadini, dell'uno o dell'altro sesso, tutti egualmente eleggibili sulla base dei soli ed eguali requisiti prescritti». Su questa decisione v. *amplius* G. BRUNELLI, *Un* overruling *in tema di norme elettorali antidiscriminatorie*, in *Le Regioni*, n. 5/2003, 902 ss.; A. DEFFENU, *Parità tra i sessi in politica e controllo della Corte: un* revirement *circondato da limiti e precauzioni*, *ivi*, 918 ss.

impediscono il raggiungimento di una parità di fatto. Ancora, mi pare di poter affermare che le colonne d'Ercole che la Corte ha tracciato ribadendo più volte che al legislatore non è consentito attribuire direttamente il risultato atteso dal gruppo svantaggiato, è da intendere nel senso che sarebbero difficilmente concepibili azioni positive che, in maniera del tutto irragionevole e sproporzionata, riservassero direttamente una "quota di risultato" al sesso sottorappresentato senza bilanciare una misura così forte e perentoria con previsioni come quelle della loro temporaneità, flessibilità, inserimento all'interno di un piano complessivo di azioni positive, ecc.[40].

Da quanto appena detto ne consegue, ad esempio, che una previsione normativa che stabilisse che i posti a disposizione nella pianta organica di un determinato settore dell'amministrazione debbano essere garantiti, in maniera permanente e in una misura percentuale, a favore di uno dei due sessi, sarebbe fortemente sospetta di incostituzionalità in quanto non bilanciata e irragionevole. Appare diverso invece, il caso dei posti riservati alle donne nei consigli di amministrazione delle società quotate in borsa, perché è vero che si tratta di una quota di riserva, ma a ben riflettere essa è stata costruita in modo tale da essere proporzionata e temporanea, finalizzata appunto a sparigliare i rapporti di forza tradizionali e a favorire, quando l'efficacia della stessa cesserà, un contesto culturale e sociale più aperto ed equilibrato[41].

Per quanto concerne, infine, le nomine nei vertici degli enti pubblici e degli organi costituzionali e di rilevanza costituzionale, credo che, anche nell'ottica della proporzionalità e della ragionevolezza più volte richiamate, sarebbe interessante puntare non tanto a delle quote volte a garantire direttamente il risultato della maggiore presenza femminile o addirittura della parità, quanto a soluzioni che incidano, a monte, sulla fase di selezione dei candidati alle varie cariche, ispirandosi nei limite del possibile, come è stato proposto, al meccanismo delle audizioni del Senato americano[42]. Sarebbe un modo per puntare sulla trasparenza e pubblicità della scelta – come pure nella stessa lettera delle costituzionaliste ai Presidenti delle Camere si evidenzia[43] – così da sparigliare le modalità tradizionali di selezione dei candidati, oggi celate nel buio delle stanze del potere.

[40] M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, n. 2/1999, 359 ss.

[41] Su parità di genere e società quotate in borsa v. C. SICCARDI, *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle società: problematiche costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, 1 ss.

[42] S. NICCOLAI, *Le cariche dei 21 uomini, ma il rimedio non sono le quote*, in *Il Manifesto*, 26 luglio 2018.

[43] La lettera, del 23 luglio 2018, è pubblicata sul sito dell'AIC. Su questa lettera v. criticamente A.A. ANZON DEMMIG, *Dignità delle donne e parità tra i sessi nell'accesso ad uffici pubblici e a cariche elettive (a proposito della protesta di costituzionaliste e costituzionalisti)*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018, 123 ss.

6. Conclusioni

Ci pare di poter affermare che, con limiti e cautele, proporzione e misura, le azioni positive e, tra queste, le quote di riserva, possano rivelarsi uno strumento di diritto diseguale utile per agire in quei contesti ove si registra la maggior lontananza dall'eguaglianza effettiva tra uomini e donne, incluso anche l'accesso agli uffici pubblici di cui all'art. 51 Cost. In questa prospettiva, ha ragione chi osserva come non è vero che il precedere gli altri individui in una competizione sia sempre e soltanto l'esito delle proprie capacità individuali e dunque il risultato di una competizione alla pari. In un recente libro dal titolo "*The tyranny of merit*" il noto filosofo di Harvard Michael Sandel osserva come il "merito" debba essere relativizzato perché espressione non soltanto delle capacità individuali, che pure devono essere riconosciute, ma anche di condizioni ed elementi casuali, fortuiti, che devono indurre quelli che sono risultati più capaci a riconoscere il divario iniziale: se A è risultato più bravo di B sarà certo per sue capacità personali, ma forse anche, nell'attuale condizione economica, sociale e culturale, perché il primo è un uomo e non una donna, perché è bianco e non nero, ricco e non povero, ecc.[44].

Le considerazioni fin qui svolte sono l'esito, dunque, della ricerca dei frutti derivanti dal dialogo tra Corte costituzionale e legislatore, il cui mutuo interagire ha portato, come abbiamo visto, a un continuo ripensamento e arricchimento dei significati ricavabili dall'art. 51 Cost. e dal principio di eguaglianza. Risultano così superate le letture riduttive dell'art. 51 Cost., che ancora nella prima metà degli anni '90 erano consolidate in giurisprudenza e condivise da parte importante della dottrina, ovvero che «l'art. 51 riguarda solo il momento, per così dire, iniziale del rapporto, ossia quello della sua instaurazione, e cioè l'accesso in senso proprio. Mentre non trova applicazione in tutti i casi di promozione, avanzamento, nuovo inquadramento, sviluppo della carriera, ecc.»[45]. Grazie alla giurisprudenza costituzionale sulle azioni positive, come sappiamo, non è più così, ma al contrario l'art. 51 Cost. deve considerarsi punto di riferimento per la valutazione, nella forma e nella sostanza, del raggiungimento dell'eguaglianza di genere nel corso dell'intero rapporto lavorativo pubblico.

[44] M.J. SANDEL, *The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?*, New York, 2020.
[45] Così U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 3° comma, sezione II [art. 51]*, cit., 369.

Si potrà dire, in conclusione, che un nuovo passo in avanti è stato compiuto in vista dell'eguaglianza sostanziale nell'accesso agli uffici pubblici non tanto quando il rapporto tra donne e uomini sarà, nei vari settori e ambiti, necessariamente paritario, ma al contrario quando la presenza di differenze quantitative sarà ascrivibile più che alla presenza di ostacoli fattuali, soffitti di cristallo, pregiudizi, a libere scelte individuali che in quanto tali dovranno essere rispettate, senza bisogno di quote di riserva o azioni positive particolarmente costrittive. Parafrasando quanto Alain Supiot ha affermato con riferimento al diritto in generale, mi pare di poter dire che la forza e il valore dell'art. 51 Cost. e del principio di eguaglianza sta anche nella loro funzione di guida, di progetto di trasformazione sociale e dunque, nell'«avvicinare, senza [forse] mai riuscire a raggiungerla, una rappresentazione giusta del mondo»[46].

[46] A. SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Milano, 2006, 20.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2021
Data: 7 settembre 2021

Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive[*]

di **Laura Lorello** – *Professoressa di Diritto costituzionale nell'Università di Palermo*

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyse the evolution of gender balance in the Italian Constitutional system with respect to electoral representation. Even if Art. 51th of the Italian Constitution provides that "Any citizen of either sex is eligible for public offices and elected positions on equal terms, according to the conditions established by law. To this end, the Republic shall adopt specific measures to promote equal opportunities between women and men", effective achieving of electoral representation has been heavily difficult for women in Italy. The Italian Constitutional Court in 1995 (judg. no. 422) declared the use of electoral quotas in lists of candidates unconstitutional, even if considered this measure useful to help women in accessing to local Assemblies, because of the legal nature of quotas: the Court qualified them as affirmative actions and stated that they were in direct contrast with Art. 3rd, 1th part of the Italian Constitution. But, the Constitutional Judge gradually shifted from this rigid perspective. In a more recent case law, indeed, the Court recognized the necessity of gender balance measures, even if different from electoral quotas (Const. Court judgs. nos. 49/2003 and 4/2010). However, the instruments provided by laws had not any real success and women are not effectively represented in political Assemblies. Taking gender balance effectiveness seriously?

[*] Il testo è la rielaborazione della relazione presentata la Seminario di studi Aic "La parità dei sessi nell'ordinamento costituzionale. Sessant'anni dopo la storica sentenza N. 33 del 1960", 5/2/2021.

SOMMARIO: 1. La parità di accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive. – 2. La legge 81 del 1993 e la sentenza 422 del 1995. – 2.1. Il richiamo ai partiti politici. – 3. Le modifiche costituzionali del 2001 e del 2003. – 4. La sentenza n. 49 del 2003. – 5. Gli effetti della sentenza 49 del 2003 sulla legislazione elettorale. – 5.1 (segue). – 6. Le sentenze n. 4 del 2010 e n. 81 del 2012. – 7. La morfologia del principio delle pari opportunità. – 8. La forza espansiva del principio costituzionale delle pari opportunità. La vicenda della Regione Puglia. – 9. La dimensione dell'effettività del principio costituzionale delle pari opportunità. – 10. Alcune considerazioni conclusive.

1. La parità di accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive

L'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, per come disegnato dall'art. 51 Cost., ha conosciuto un processo di attuazione lungo e difficile sotto il profilo della parità. Riguardo, in particolare, ai diritti elettorali, come è ben noto, se il profilo dell'elettorato attivo, contenuto nell'art. 48 Cost. si presentava già compiutamente realizzato, quello dell'elettorato passivo avrebbe richiesto un deciso e diffuso intervento del legislatore ordinario.

Già nel dibattito in Assemblea Costituente relativo alla definizione del contenuto dell'art. 51 emergevano alcuni degli aspetti che avrebbero caratterizzato il lungo e accidentato cammino verso la parità. Proprio l'approvazione del disposto dell'art. 51 vide il coinvolgimento compatto di tutte le Costituenti nell'opporsi alla formulazione originaria: «tutti i cittadini d'ambo i sessi possono accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza, *conformemente alle loro attitudini*, secondo norme stabilite dalla legge»[1]. Nel testo proposto la deputata Maria Federici ravvisava «un'intenzione particolare», cioè quella di introdurre dei limiti all'accesso delle donne agli uffici pubblici.

Questa *intenzione* era provata dalla presenza di due "barriere": la prima era quella che collegava l'attitudine al sesso, collegamento inaccettabile, dato che questo doveva ritenersi del tutto indifferente rispetto alla attività lavorativa da svolgere. In proposito, la deputata Maria Federici osservava che le *attitudini* non potevano, e non possono, *provarsi* se non con l'effettivo svolgimento del lavoro, per cui «escludere le donne da determinati lavori significherebbe non

[1] Assemblea Costituente, seduta del 22/5/1947

provare mai la loro attitudine a compierli»[2]. La seconda barriera era nascosta nelle parole «secondo norme stabilite dalla legge», parole che apparivano *sospette*. Infatti, il riferimento alle «norme stabilite dalla legge» da un lato era «ozioso, poiché tutte le disposizioni della Costituzione dovranno tradursi in norme di legge, espresse dalla legislazione positiva»; dall'altro lato esso avrebbe potuto aprire la strada all'introduzione di limitazioni a danno delle donne, «all'unico fine di tagliare la via d'accesso a tutti gli uffici pubblici e alle cariche elettive»[3]. La deputata Maria Federici propose di utilizzare un'altra dizione[4], quella di «requisiti stabiliti dalla legge»[5]: questi, infatti, diversamente dalle attitudini, avrebbero potuto giustificare una limitazione o la previsione di un ulteriore elemento, in relazione allo svolgimento di particolari attività. In sostanza, sarebbe dovuta restare nella disponibilità del legislatore solo la disciplina di situazioni particolari riguardanti entrambi i sessi, lasciando intatto il principio della parità delle condizioni di accesso, anzi presupponendone l'esistenza.

Queste preoccupazioni espresse dalle Costituenti[6] avrebbero, qualche tempo dopo, trovato eco nella storica sentenza n. 33 del 1960[7], con la quale la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'art. 7 della legge 17/7/1919, n. 1176, sul quale si fondava la previsione del R. D. 4/1/1920, n. 39. Dal complesso normativo derivava l'esclusione generale delle donne dallo svolgimento di tutti gli uffici pubblici, collegati all'esercizio di diritti e potestà politiche, con la riserva alla legge "«di determinare i casi eccezionali di ammissione delle donne a taluno di essi»[8].

La Corte, come è noto, mettendo da parte ogni altra questione[9], affermò con chiarezza che una simile previsione doveva «essere dichiarata incostituzionale per l'irrimediabile contrasto in cui si pone con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli

[2] Assemblea Costituente, seduta del 22/5/1947
[3] Assemblea Costituente, seduta del 22/5/1947
[4] Contenuta in un emendamento presentato da Costantino Mortati
[5] Introducendo così una riserva di legge assoluta
[6] Nella sentenza n. 33 del 1960, che si celebra con questo seminario, si legge infatti: «L'art. 51 o, più esattamente, l'inciso "secondo i requisiti stabiliti dalla legge" non sta punto a significare che il legislatore ordinario possa, senza limiti alla sua discrezionalità, dettare norme attinenti al requisito del sesso, ma vuol dire soltanto che il legislatore può assumere, in casi determinati e senza infrangere il principio fondamentale dell'eguaglianza, l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito attitudinario, come condizione, cioè, che faccia presumere, senza bisogno di ulteriori prove, l'idoneità degli appartenenti a un sesso a ricoprire questo o quell'ufficio pubblico: un0idoneità che manda agli appartenenti dell'altro sesso o è in possesso di costoro in misura minore, tale da far ritenere che, in conseguenza di codesta mancanza, l'efficace e regolare svolgimento dell'attività pubblica ne debba soffrire», Cons. dir, n. 2
[7] Corte costituzionale, sentenza 13/5/1960, n. 33
[8] *Ibidem*, Cons. dir. n. 1
[9] *Ibidem*, Cons. dir. n. 3

appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza»[10]. Qui il giudice costituzionale evidenziava già come la «diversità di sesso, in sé e per sé considerata», non potesse in alcun modo e in alcun caso dare legittimo fondamento ad una «discriminazione legislativa», permettendo «un trattamento diverso degli appartenenti all'uno o all'altro sesso davanti alla legge»[11]. Si leggeva, dunque, in questa decisione del 1960, una chiara affermazione del principio di eguaglianza nella declinazione dell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, insieme alla indubbia configurazione della previsione dell'art. 51 Cost. come *specificazione* dell'art. 3, e, di più, come *conferma* dello stesso[12].

La deputata Maria Federici, nel dibattito sull'art. 51, aveva in proposito affermato che proprio le parole di apertura della disposizione esprimevano l'impossibilità di fare del sesso un «fattore di discriminazione per il godimento dei diritti civili e sociali»[13].

Tuttavia, la nettezza di questa posizione della Corte[14] riguardo all'accesso agli uffici pubblici, avrebbe trovato un accidentato riscontro da parte del legislatore ordinario e, soprattutto in riferimento alle cariche elettive, l'affermazione della parità avrebbe richiesto un percorso lungo e difficile, non ancora pienamente concluso.

2. La legge 81 del 1993 e la sentenza 422 del 1995

Come è noto, l'ordinamento italiano è stato caratterizzato, a partire dall'ultimo decennio del Novecento, da un susseguirsi di leggi elettorali, che hanno riguardato i diversi livelli di governo, e che hanno accompagnato e spesso condizionato l'assetto politico e partitico, venendone a propria volta condizionati[15]. Nel 1993 furono approvate le leggi 276 e 277[16] per l'elezione delle Camere,

[10] *Ibidem*, Cons. dir. n. 1
[11] *Ibidem*, Cons. dir. n. 1
[12] *Ibidem*, Cons. dir. n. 1
[13] Nella seduta del 22/5/1947 la deputata M. Federici affermava anche: "È strano che la donna, che paga le tasse e sopporta tutti gli oneri della vita sociale, non debba poi avere la possibilità di procedere nella carriera in condizioni di eguaglianza con gli uomini"
[14] Va evidenziato che la Corte nella sentenza n. 33 chiariva che la disposizione censurata vedeva nel sesso femminile non un «requisito di idoneità attitudinale», ma, invece, una condizione di incapacità o di ridotta capacità a ricoprire una «categoria amplissima di uffici pubblici», ponendo una regola generale di esclusione, Cons. dir. n. 2
[15] Su questo percorso evolutivo si vedano le sempre attuali considerazioni di G. Pitruzzella, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 1996
[16] Leggi 4/8/1993 n. 276 e 277

che, oltre alla previsione della preferenza unica, introducevano un sistema misto a prevalente componente maggioritaria[17]. A livello locale, il legislatore era già intervenuto qualche mese prima con la legge del 1993[18], mosso essenzialmente dall'esigenza di dare stabilità alle amministrazioni locali, attraverso l'elezione diretta del sindaco e del presidente della provincia e attraverso la contestuale elezione dei rispettivi consigli e con l'obiettivo di imprimere, nel funzionamento della forma di governo, una logica di tipo "maggioritario[19].

Nel caso della legge 81 del 1993 il legislatore sembrava, tuttavia, aver voluto dare attenzione ad un'ulteriore esigenza, quella di garantire la parità tra i sessi nell'accesso alle cariche elettive, indicata dall'art. 51.1 Cost. Infatti, l'art. 5.2 della legge 81 all'ultimo periodo stabiliva che «nelle liste dei candidati nessuno dei sue sessi può essere di norma rappresentato in misura superiore ai due terzi»[20].

Da questa previsione ha origine il primo atto della dialettica tra legislatore e Corte Costituzionale, con la proposizione della questione di legittimità costituzionale da parte del Consiglio di Stato, in riferimento agli artt. 3.1, 49 e 51.1 (nel vecchio testo) della Costituzione, e la successiva sentenza n. 422 del 1995[21].

I profili di interesse della decisione attengono, innanzitutto, all'affermazione del legame tra il principio della parità di accesso alle cariche elettive dell'art. 51.1 Cost. (vecchio testo) e la formulazione del principio di eguaglianza del primo comma dell'art. 3, insieme al relativo divieto di operare discriminazioni, raccordando così il divieto di discriminazione in base al sesso al diritto di accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive; ciò comporta "l'irrilevanza giuridica del sesso" in ambito elettorale e l'impossibilità di operare distinzioni basate su di esso.

[17] In particolare, il 75% dei seggi venivano assegnati in collegi uninominali con sistema maggioritario e il restante 25% in collegi plurinominali con sistema proporzionale

[18] Legge 25/3/1993 n. 81 "Elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia, del Consiglio comunale e del Consiglio provinciale"

[19] A questa disciplina era seguita la legge 23/2/1995 n. 43 "Nuove norme per la elezione dei Consigli delle regioni a statuto ordinario", che introduceva anche in questo caso un sistema di elezione misto. Questo percorso di riforma è stato completato con la l. c. n. 1 del 1999, che introduce, quale modello di forma di governo regionale definito in Costituzione, per quanto sempre derogabile dagli Statuti, quella con elezione diretta del presidente, in luogo della precedente che era parlamentare assembleare "pura"

[20] Similmente, la legge 43 del 1995 qualche tempo dopo avrebbe disposto in modo analogo in riferimento alle liste regionali e provinciali, art. 1.5 e 6

[21] Corte Costituzionale, sentenza 12/9/1995 n. 422. Va rilevato che l'impugnazione dell'art. 5.2 della legge 81 del 1993 aveva ad oggetto la versione originaria della disposizione, che conteneva l'espressione "di norma", in riferimento alla presenza di un sesso nelle liste in misura non superiore ai due terzi. Questa formulazione, secondo il Consiglio di Stato remittente, era dotata di valore precettivo, valore che non era comunque venuto meno successivamente, con la soppressione dell'inciso, intervenuta con la legge 15/10/1193 n. 415

Il fatto che l'art. 51.1 specifichi «cittadini dell'uno e dell'altro sesso», specificazione che potrebbe apparire superflua, andava spiegato, secondo la Corte, con la volontà dei Costituenti di valorizzare la partecipazione delle donne al voto del referendum istituzionale del 2 giugno del 1946. Veniva cioè messo in luce il loro diritto di elettorato attivo, peraltro già affermato dall'art. 48 Cost. con la formula «Sono elettori tutti i cittadini uomini e donne». Al tempo stesso, si voleva ribadire la piena parità tra i sessi nell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, cioè il diritto di elettorato passivo delle donne[22].

Alla irrilevanza giuridica del sesso nell'accesso alle cariche elettive la Corte collegava poi una immediata conseguenza: se il sesso non può rappresentare un fattore in grado di incidere sulla elezione, non può esserlo nemmeno riguardo alla candidatura[23]. In poche parole, la Corte creava, un legame di pregiudizialità e di conseguenzialità logica tra candidabilità ed eleggibilità; tale che un qualunque intervento sulla prima si rifletteva inevitabilmente sulla seconda[24].

In questo passaggio la Corte procede a qualificare la previsione dell'art. 5.2 della legge 81 del 1993 come una "quota", poiché *impone* che le liste debbano avere una particolare composizione "in ragione del sesso dei candidati"[25]. Questa affermazione la porta a configurare la misura introdotta come un'azione positiva, configurazione che viene ricavata dai lavori preparatori della legge, a dispetto della formulazione apparentemente neutra dell'art. 5.2[26]. Nelle parole della Corte le azioni positive sono volte «a favorire il raggiungimento di una parità non soltanto formale, bensì anche sostanziale tra i due sessi nell'accesso alle cariche elettive[27].

---

[22] Corte Costituzionale, sentenza 12/9/1995 n. 422, cons. dir. 3. Su questo aspetto si richiama L. Gianformaggio, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it*. Vo. 119, n. 6, 1996, M. Cartabia, *Il principio di pari opportunità nella giurisprudenza costituzionale,* Intervento presentato all'incontro*: I primi 50 anni delle donne in magistratura: quali prospettive per il futuro,* Roma, 2013, 53. A D'Aloia, *Argomenti per uno statuto costituzionale delle azioni positive: uno sguardo all'esperienza italiana, in Donne, politica e processi decisionali*, a cura di L. Califano, Torino, 2004, 34, parla a riguardo di un percorso fatto di più tappe successive, una "linea progressiva" verso l'eguaglianza nell'elettorato passivo, il cui percorso è disegnato attorno all'elemento centrale della Costituzione repubblicana: la pari dignità della persona. Si veda anche A. Falcone, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle Assemblee elettive e negli organi di governo: legislazione e giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano,* in *Rivista AIC*, 1, 20

[23] Corte Costituzionale, sentenza 12/9/1995 n. 422, cons. dir. 4

[24] Si tratta di un'affermazione che la Corte stessa avrebbe poi smentito nel 2003, con la sentenza n. 49, ma che già allora avrebbe potuto essere messa in dubbio, considerando, ad esempio, l'ipotesi di liste bloccate nelle quali la presenza di donne come candidate non è seguita dalla loro elezione se, come spesso è accaduto, le donne sono collocate nella parte più bassa della lista, cioè nelle ultime posizioni, ben oltre il numero dei seggi che normalmente vengono assegnati alla lista a conclusione della competizione elettorale

[25] Corte Costituzionale, sentenza 12/9/1995 n. 422, cons. dir. 4

[26] *Ibidem*, cons. dir. 5

[27] *Ibidem*, cons. dir. 5

Su questo terreno la Corte sviluppa il secondo profilo del suo ragionamento, nel quale le azioni positive, in quanto misure volutamente diseguali[28], vedono limitato il loro campo di azione alla rimozione degli ostacoli "di ordine economico e sociale" dell'art. 3.2 Cost., cioè alla eliminazione delle "diseguaglianze materiali tra gli individui" che possono compromettere il pieno esercizio dei diritti fondamentali[29]. Ciò che ad un'azione positiva è sempre precluso, pur se rispettosa dei fini e dei confini ad essa assegnati, è di incidere sul contenuto dei diritti fondamentali, compromettendo l'eguale misura della loro garanzia a tutti i cittadini. E questo è proprio lo scenario prospettato dalla disposizione impugnata, che, in deroga alla assoluta parità espressa dall'art. 51.1 Cost., accresce il contenuto del diritto di elettorato passivo a favore dei componenti di "un gruppo che si ritiene svantaggiato", cioè le donne, e a danno degli altri cittadini[30], attribuendo alle prime, attraverso la quota nella lista dei candidati, il risultato della elezione, che dovrebbe invece scaturire dalla libera competizione elettorale. In sostanza, la misura prevista dall'art. 5.2 non solo costituisce un'azione positiva operante in un ambito diverso da quello economico-sociale, quello dei diritti fondamentali e in specie di elettorato passivo, ma, di più, mira ad attribuire un risultato, l'elezione, che è ben più della realizzazione delle eguali condizioni di partenza dell'art. 3.2 Cost.[31], configurandosi quale «discriminazione attuale come rimedio a discriminazioni passate»[32].

Infine, ultimo ambito su cui la Corte sviluppa la sua decisione è quello della rappresentanza politica, che costituisce «connotato essenziale e principio supremo della nostra Repubblica»[33], e che risulterebbe "irrimediabilmente" compromesso da una previsione come quella oggetto di scrutinio.

La nozione di rappresentanza politica che la Corte sembra avere in mente in questo passaggio ne riflette il carattere unitario ed eguale, confermato dalla formulazione dell'art. 67 Cost. di

[28] Sul tema delle azioni positive si vedano tra gli altri B. Pezzini, *Principio costituzionale di uguaglianza e differenza tra i sessi (a proposito della legge 125/91 sulle azioni positive*, in *Pol. Dir.*, 1, 1993, 51 ss., L. Ferrajoli, *La differenza sessuale*, cit., 49 ss., M. Cartabia, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Bin, C. Pinelli, Torino, 1996, 65 ss., M. Ainis, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, 2, 1995, 359 ss., *La parità tra i sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2003, M. Caielli, *Azioni positive*, in *Dig. Disc. Pubbl., Aggiornamento*, Torino, 2008, 115 ss. e più recentemente A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, 2012, 173 ss.

[29] Corte Costituzionale, sentenza 12/9/1995 n. 422, cons. dir. 6

[30] *Ibidem*, cons. dir. 6

[31] *Ibidem*, cons. dir. 7. All'inizio del considerato in diritto 7, la Corte sente quasi il bisogno di giustificare la sua posizione, ribadendo il suo costante impegno per rimuovere ogni forma di discriminazione, "giudicando favorevolmente ogni misura intesa a favorire la parità effettiva"

[32] Corte Costituzionale, sentenza 12/9/1995 n. 422, cons. dir. 6

[33] Corte Costituzionale, sentenza 12/9/1995 n. 422, cons. dir. 7

rappresentanza della Nazione, carattere che sarebbe inciso da una previsione che favorisce l'elezione delle donne, attraverso la necessaria presenza di candidati di entrambi i sessi nelle liste. Ciò contaminerebbe, infatti, la citata unitarietà e neutralità, perché legherebbe l'eletto ad un'appartenenza specifica, quella sessuale. In realtà, una simile visione della rappresentanza politica sembra ancora tributaria verso l'assetto sociopolitico dello Stato liberale[34], nel quale unitarietà e neutralità erano garantite dalla limitazione del suffragio, che restituiva un'assemblea pienamente capace di esprimere le istanze di quegli elettori, appartenenti alla classe borghese, che erano effettivamente rappresentati. A restare fuori erano le altre classi sociali e, trasversalmente, le donne.

Ma lo stato social-democratico della Costituzione repubblicana presenta una società plurale e composita, formata da gruppi diversi, fatta da donne come da uomini, ed è da questa pluralità che occorre guardare alla nozione di rappresentanza politica e alle forme della sua unità. In tal senso, diversamente dalla Corte, non sembra sostenibile l'argomento che l'unitarietà e la neutralità della rappresentanza sarebbero alterate da interventi volti a sostenere le candidature femminili: perché non è affatto provato che le donne elettrici voterebbero solo donne o dovrebbero sentirsi rappresentate solo da donne[35].

2.1. Il richiamo ai partiti politici

La Corte, in chiusura, quasi ad ammorbidire gli effetti della sua decisione, apre una strada alla compatibilità delle quote di candidature femminili nelle liste, che, «costituzionalmente illegittime in

[34] Ancora A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 412 ss., richiama l'idea che un meccanismo di quote possa rappresentare una rottura del modello unitario della rappresentanza unitaria, poiché porrebbe "logiche di rappresentazione di identità collettive differenziate all'interno della generale comunità sociale", 413. Al tempo stesso, però, invita a non "assolutizzare" una simile posizione, talora rivestita di una prospettazione "mitologica" (414) e a osservare come nella Costituzione italiana siano presenti casi di "alterazione parziale" dello schema tradizionale della rappresentanza generale, come la rappresentanza delle minoranze linguistiche, considerata compatibile con il quadro costituzionale. Sul punto si veda più di recente L. Califano, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *federalismi*, 7, 2021, spec. 65 ss.

[35] Questa idea richiama il concetto di «rappresentanza speculare» o *mirror representation* in W. Kymlicka *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1995, 241 ss., che la definisce come la situazione in cui «il legislativo è rappresentativo della popolazione in generale se esso rispecchia le caratteristiche etniche, di genere o di classe della popolazione», la cui realizzazione per l'A. non può però ritenersi uno strumento valido per migliorare la rappresentanza dei gruppi.

quanto imposte per legge», potrebbero «essere valutate positivamente», se introdotte volontariamente da gruppi o formazioni politiche, all'interno di statuti o regolamenti. Con ciò la Corte coinvolge in modo diretto i partiti politici in «un'intensa azione di crescita culturale», necessaria per realizzare «l'effettiva presenza paritaria delle donne nella vita pubblica», della cui assenza, nonostante la decisione assunta, essa è pienamente consapevole[36].

Questo richiamo espresso all'impegno dei partiti politici nella concreta attuazione del principio della parità tra i sessi nell'accesso alle cariche elettive porta il discorso della Corte sul terreno della partecipazione politica, dei suoi soggetti e delle sue forme. Con la disposizione dell'art. 49 Cost., che riconosce a tutti i cittadini il diritto di associarsi liberamente in partiti, i Costituenti, come è noto, vollero affidare ai partiti politici un ruolo centrale e formidabile, cioè quello di farsi canali essenziali di comunicazione tra la collettività e le istituzioni e di formare la nuova comunità repubblicana sui principi della democrazia. In questa prospettiva, il partito diveniva la prima forma della partecipazione politica dei cittadini, attraverso la quale, prima ancora del momento elettorale, essi avrebbero potuto "determinare la politica nazionale", con "metodo democratico"[37]. Alla sola iniziativa dei partiti è, risultata, dunque, affidata la determinazione delle modalità con cui realizzare la partecipazione dei cittadini alla definizione della politica nazionale, modalità tra le quali, come Costantino Mortati ebbe modo di ricordare in Assemblea Costituente, vi è il "reclutamento politico", ovvero la selezione delle candidature[38].

Che questa sia funzione propria dei partiti era stato riconosciuto dalla Corte nella sentenza n. 203 del 1975[39], nella quale il giudice costituzionale confermava, quale «logico e naturale sviluppo» del

[36] Corte Costituzionale, sentenza 12/9/1995 n. 422, cons. dir. 7. A questa opera sono chiamate anche le stesse donne e il legislatore, benché attraverso altri tipi di interventi e di misure per conseguire "l'effettivo riequilibrio tra i sessi" nelle cariche elettive. Con la sentenza 422 la Corte ha dichiarato l'illegittimità conseguenziale di altre disposizioni del medesimo tenore di quella impugnata, l'art. 4.2 del Dpr 30/3/1957 n. 361 (TU per le elezioni della Camera dei deputati), come modificato dall'art. 1 della l. 277 del 1993, l'art. 1.6 della legge 23/2/1995 n. 43 e altre disposizioni relative alle elezioni comunali del TAA, FVG e VdA

[37] Si veda G. Pasquino, *Art. 49*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti politici – Art. 48-52*, a cura di G. pasquino, A. Coccia, E. Bettinelli. E. Rossi, Bologna-Roma, 1992, 2 ss., 4. Sui partiti politici nel sistema costituzionale italiano si vedano tra gli altri V. Crisafulli, *Partiti, Parlamento, Governo*, in *Stato, Popolo e Governo*, Milano, 1985; P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. dir*., vol. XXXII, Milano, 1982, 66 ss.; C. Rossano, *Partiti politici*, in *Enc giur*., vol. XXII, Roma, 1990; S. Bartole, *Partiti politici*, in *Nov. Dig. Disc. pubbl*., vol. X, Torino, 1995, 705 ss.; G. Rizzoni, *Art. 49*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario della Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 981 ss.

[38] G. Pasquino, *Art. 49*, cit. 11, che ricorda come l'on. Mortati affermava che «è nei partiti che si selezionano gli uomini che rappresentano la nazione in Parlamento».

[39]Corte Costituzionale, sentenza 27/9/1975 n. 203. La Corte aveva dichiarato infondata la questione di legittimità sollevata dal Pretore di Segni riguardo all'art. 327 del Dpr 16/5/1964 n. 570 (Testo Unico della legge per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali) in riferimento agli artt. 48 e 51 della

ruolo dei partiti, il loro potere di «designare propri candidati al fine di meglio garantire la realizzazione di quelle linee programmatiche», da sottoporre «alla scelta del corpo elettorale»[40]. Questa libertà risulta parzialmente ridimensionata dalla sentenza n. 422 del 1995, dato che la Corte riversa proprio sui partiti l'impegno di fare del principio delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive un criterio da seguire nella definizione delle liste dei candidati da presentare, permettendo loro ciò che è, invece, vietato al legislatore, cioè l'uso delle quote. E questo impegno, da tradurre in apposite disposizioni degli statuti, va inquadrato in quella «intensa azione di crescita culturale» verso l'effettiva parità, della quale partiti e formazioni politiche avrebbero dovuto farsi protagonisti.

3. Le modifiche costituzionali del 2001 e del 2003

Uno degli esiti più rilevanti della sentenza 422 è stato l'avvio di un profondo dibattito relativo alla concreta realizzazione della parità nell'accesso alle cariche elettive e agli uffici pubblici e alla ricerca degli strumenti più propri per raggiungerla. Si trattava di un effetto che si inscriveva in quella *azione di crescita culturale,* che la Corte aveva auspicato nella sua decisione. Di fronte, infatti, alla chiusura del giudice costituzionale riguardo alle azioni positive in materia elettorale, la scelta fu quella di intervenire sul testo della Costituzione, dando esplicito fondamento e rinnovato vigore al principio delle pari opportunità.

Costituzione. La disposizione, secondo il ricorrente, si poneva in contrasto con la Costituzione in quanto affidava ai gruppi elettorali la facoltà di stabilire liberamente l'ordine in cui indicare i candidati nelle liste, incidendo sulla libertà di scelta dell'elettore "da un punto di vista psicologico" e sul "diritto di ogni candidato a concorrere alle elezioni in condizioni di eguaglianza con gli altri", cons. dir. 2. Nella sentenza 9/2/2017 n. 35, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della legge elettorale 6/5/2015 n. 52, la Corte è tornata a riferirsi ai partiti politici, affermando, nel cons. dir. 11.2, che «la selezione e la presentazione delle candidature (sentenze n. 429 del 1995 e n. 203 del 1975) nonché, come nel caso di specie, l'indicazione di candidati capilista, è anche espressione della posizione assegnata ai partiti politici dall'art. 49 Cost., considerando, peraltro, che tale indicazione, tanto più delicata in quanto quei candidati sono bloccati, deve essere svolta alla luce del ruolo che la Costituzione assegna ai partiti, quali associazioni che consentono ai cittadini di concorrere con metodo democratico a determinare, anche attraverso la partecipazione alle elezioni, la politica nazionale.»

[40] Corte Costituzionale, sentenza 27/9/1975 n. 203, cons. dir. 3. Per la Corte, nella piena "facoltà di presentare proprie liste di candidati" risiedeva la libertà di indicare all'interno delle liste l'ordine di presentazione delle candidature

Il processo di riforma costituzionale ha inizio con le leggi 2 e 3 del 2001[41], relative all'attuazione della parità di accesso alle cariche elettive, rispettivamente per le Regioni a Statuto speciale e per quelle a Statuto ordinario. In entrambi i casi, viene attribuito al legislatore regionale il compito di promuovere «condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali», allo scopo «di conseguire l'equilibrio nella rappresentanza dei sessi»[42], compito arricchito nell'art. 117.7 Cost., per le regioni ordinarie, con la previsione esplicita della rimozione di «ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale culturale ed economica».

In questo rinnovato quadro si colloca anche la riforma dell'art. 51 Cost., avvenuta con la legge cost. 1 del 2003[43], che ha introdotto, come è noto, un nuovo periodo al primo comma del testo originario: «A tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini». Questa formulazione ha, innanzitutto, il grande merito di avere esplicitato il legame tra il principio delle pari opportunità e la prospettiva sostanziale dell'eguaglianza, prima solo implicitamente tratteggiato. La scelta di indicare, infatti, la Repubblica come soggetto primo dell'azione di riequilibrio richiama immediatamente il suo ben più esteso compito di rimozione degli ostacoli, di ordine economico e sociale, che impediscono il pieno sviluppo della persona umana dell'art. 3.2 Cost. Dunque, il profilo sostanziale dell'eguaglianza viene portato anche nell'ambito elettorale e, con esso, la possibilità di fare ricorso a "misure diseguali", volte a garantire eguali condizioni di partenza, pur se senza incidere sulla sostanza e sulla struttura del diritto di elettorato passivo. Ne deriva che l'eguaglianza sostanziale perseguita dall'art. 51.1, nell'ambito delle cariche elettive, non è che una specie del più ampio *genus* dell'eguaglianza sostanziale cui mira l'art. 3.2[44]. Una risposta chiara alle parole della Corte nella sentenza 422 del 1995, parole che la stessa Corte avrebbe ripreso nell'ordinanza n. 39 del 2005[45]. In questa decisione essa, proprio

[41] L. c. 31/1/2001 n. 2 "Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei Presidenti delle regioni a Statuto speciale e delle Provincie autonome di Trento e Bolzano"; l. c. 18/1/2001 n. 3 "Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione"

[42] 31 Si veda l'art. 3.1 Stat. Sicilia, l'art. 15.2 Stat. Sardegna, l'art. 15.1 Stat. Val d'Aosta, l'art. 12.1 Stat. Friuli Venezia Giulia, l'art. 47.4 Stat. Trentino Alto Adige

[43] L.c. 30/5/2003 n. 1 "Modifica dell'art. 51 della Costituzione". Sul nuovo dell'art. 51 di veda M. Midiri, *Art. 51*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 101 ss. Sull'evoluzione del sistema costituzionale riguardo alle pari opportunità non può non richiamarsi il lavoro di, *Il principio di pari opportunità*, cit., che analizza le diverse sfaccettature del principio

[44] Il legame tra l'art. 3 e l'art. 51 Cost, viene fatto risalire alla sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 1960 da M. Cartabia, *Il principio di pari opportunità nella giurisprudenza*, cit., 57

[45] Corte Costituzionale ordinanza 12/1/2005 n. 39. La questione sollevata dal Consiglio di Stato riguardava la legittimità costituzionale dell'art. 61.1, a) del d.lgs. n. 29 del 1993, nella parte con cui riserva alle donne, a garanzia

riguardo all'art. 51.1 nel testo riformato, avrà modo di affermare che esso «non si limita più a disporre che "la diversità del sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa"», rappresentando solo «una sorta di specificazione» del principio di eguaglianza formale dell'art. 3.1; diversamente la nuova formulazione «assegna ora alla Repubblica anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini»[46], rivelando, così, il suo legame con l'obiettivo dell'eguaglianza sostanziale.

4. La sentenza n. 49 del 2003

Il mutato quadro costituzionale che si è descritto fa da sfondo alla sentenza della Corte n. 49 del 2003[47], di poco precedente alla pubblicazione della legge di revisione costituzionale dell'art. 51 Cost. (n. 1 del 2003), ma di certo permeata dello stesso spirito riformatore.

L'impianto della decisione, infatti, sembra inserirsi nel percorso di valorizzazione e promozione delle pari opportunità, sancito dalle modifiche della Costituzione, proponendosi come risposta alle scelte del legislatore costituzionale, maturate dalla pronuncia del 1995. Ma la Corte sembra anche volersi fare attore di quella "intensa azione di crescita culturale", che nella decisione 422 essa aveva in realtà affidato ai partiti, alle forze politiche e al "diretto impegno dell'elettorato femminile"[48].

Trascinata, dunque, dalla stessa onda di cambiamento da essa sollevata, la Corte si trova a decidere della legittimità costituzionale degli artt. 2.2 e 7.1 della l. r. Val d'Aosta 13/11/2002, n. 21, in materia di elezione del consiglio regionale, rispetto agli artt. 3.1 e 51.1 (vecchio testo) della Costituzione. In particolare, le disposizioni censurate prescrivevano che le liste per l'elezione del consiglio regionale dovessero comprendere candidati di entrambi i sessi, a pena di invalidità

delle pari opportunità, almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso per l'accesso alla Pubblica amministrazione, in riferimento agli artt. 3 e 51 Cost nel vecchio testo. La Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione, proprio perché il giudice remittente non aveva tenuto conto dell'intervenuta revisione costituzionale dell'art. 51

[46] Corte Costituzionale ordinanza 12/1/2005 n. 39, cons., 5

[47] Corte Costituzionale, sentenza 10/2/2003, n. 49, sulla quale si vedano i contributi di G. Brunelli, *Divieto di discriminazioni e diritti di cittadinanza*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario di Perugia, 18 marzo 2005, a cura di C. Calvieri, Torino, 2005, L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, e S. Mabellini, *Equilibrio dei sessi e rappresentanza politica: un* revirement *della Corte*, in *Giur cost.*, 1, 2003, 364 ss. e 372 ss.

[48] Corte Costituzionale, sentenza 12/9/1995 n. 422, cons. dir. 7

dichiarata dall'ufficio elettorale regionale. Nella motivazione della sentenza la Corte ribalta il precedente del 1995 e fa cadere uno ad uno gli argomenti utilizzati. Così fa, innanzitutto, riguardo al contenuto della disposizione impugnata: questa, infatti, non lega in alcun modo l'appartenenza ad uno dei due sessi all'eleggibilità o alla candidabilità dei cittadini e non si può configurare come requisito ulteriore per l'una o per l'altra. Ne discende l'impossibilità che la stessa incida tanto sull'esercizio del voto, quanto sui diritti dei cittadini eleggibili, perché il vincolo che essa pone ha come unici destinatari i partiti o i gruppi politici e le loro "libere scelte". Ad essi sarà vietato di confezionare liste con candidati tutti dello stesso sesso. È su di essi che grava, dunque, il vincolo legislativo, così come su di essi opera l'eventuale sanzione di invalidità della lista[49]. Questa limitazione nella definizione delle liste dei candidati agisce, poi, in un momento che precede la competizione elettorale, lasciando intatta la libertà di scelta degli elettori per la lista, così come per i candidati[50]. In sostanza, la disposizione censurata presenta caratteri affatto diversi da quella oggetto della sentenza 422 del 1995, sia per il soggetto coinvolto, non il cittadino e il suo diritto di elettorato passivo, ma i partiti e i gruppi che presentano le liste; e sia per il momento in cui essa esplica i suoi effetti, e cioè non nella fase dell'elezione, ma in quella, anteriore, della formazione delle liste[51].

La Corte procede, successivamente, a chiarire la natura della disposizione impugnata, che non appartiene alle «misure legislative, volutamente diseguali», che il legislatore può utilizzare solo sul terreno delle diseguaglianze economiche e sociali, restandogli precluso di incidere sul contenuto dei diritti fondamentali, come il diritto di elettorato passivo. Non si tratta, in altri termini, di quelle azioni positive nelle quali si era imbattuta nel 1995, che prevedono un trattamento diseguale per favorire gruppi svantaggiati o compensare la condizione di svantaggio, attribuendo direttamente un risultato[52]. Nessun diritto fondamentale in questo caso viene inciso, perché tutti i cittadini restano «egualmente eleggibili sulla base dei soli ed eguali requisiti prescritti»[53]. In questo passaggio, la Corte dà alla disposizione regionale una configurazione che la mette al riparo dalle censure di

[49] Corte Costituzionale, sentenza 10/2/2003, n. 49, cons. dir. 3.1
[50] *Ibidem*, cons. dir. 3.1
[51] Si potrebbe forse dire che la Corte nella sentenza n. 49 dia sviluppo a quanto affermato nella sentenza 422 del 1995, sostanzialmente configurando quell'invito, indicato nell'*obiter dictum* del cons. dir. 7, come una prescrizione rivolta alle formazioni politiche dal legislatore regionale, «le diposizioni impugnate dalla legge elettorale della Valle d'Aosta operano su questo terreno, introducendo un vincolo legale rispetto alle scelte di chi forma e presenta le liste», sentenza n. 49 del 2003, cons. dir. 4
[52] *Ibidem*, cons. dir. 3.1. Va notato che la Corte non fa alcun riferimento alla formula "azioni positive"
[53] *Ibidem*, cons. dir. 3.1

incostituzionalità: la quota di candidati di sesso femminile prevista è solo un criterio di selezione delle candidature[54], che si pone come semplice misura antidiscriminatoria, per la quale non operano i limiti posti alle azioni positive[55]. E che sia così è confermato dal fatto che la legge non individua un sesso da favorire, ma fa riferimento in modo indifferente a candidati «di entrambi i sessi»; ed è confermato anche dal fatto che nessun diverso trattamento essa dispone tra candidati «in ragione del sesso»[56].

La Corte poi affronta il tema, centrale nella decisione del 1995, della lesione che una misura di quote nelle liste arrecherebbe al carattere unitario della rappresentanza politica. Qui la Corte si limita ad affermare che le quote non sono in grado di creare «alcuna relazione giuridicamente rilevante» tra gli elettori di un sesso e gli eletti dello stesso sesso[57]. Non c'è, in altri termini, come osservato, alcuna evidenza che l'elettore voti un candidato del proprio stesso sesso, ovvero che le elettrici votino solo candidate, dando così vita ad una forma di rappresentanza di genere[58].

Nell'ultima parte della sua decisione, la Corte cerca di saldarne i contenuti con il precedente del 1995. A questo scopo, essa riprende l'argomento del vincolo posto dalla legge valdostana sulle scelte dei partiti e procede ad inserirlo nel mutato quadro costituzionale, fatto delle modifiche degli statuti speciali[59], conseguenti alla l. c. 2 del 2001, e del nuovo art. 117.7 Cost, che riguarda le regioni a statuto ordinario. L'obiettivo del riequilibrio tra i sessi nell'accesso alle cariche elettive, secondo la Corte, ne risulta rafforzato, richiedendo una «doverosa azione promozionale», specie

[54] Così G. Brunelli, *Divieto di discriminazioni*, cit., 15

[55] Si veda M. D'Amico, *Il legislatore reintroduce le quote rosa?*, in *Studium iuris*, 2004, 434 ss., spec. 438. Tale carattere antidiscriminatorio è reso palese della formulazione neutra della disposizione «candidati di entrambi i sessi», così G. Brunelli, *Divieto di discriminazioni*, cit., 15-16. Le azioni positive portano con sé l'idea di favorire categorie che si trovino in situazioni di svantaggio, attribuendo alle stesse condizioni speciali e diverse (L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49*, cit., 367, nota 9), e destinate ad operare temporaneamente, cioè fino a quando persisterà una determinata situazione di fatto; diversamente le misure antidiscriminatorie «tematizzano l'elemento che può causare discriminazione, ma senza connettervi l'attribuzione di benefici differenziati», e possono richiedere una durata prolungata, in quanto funzionali a soddisfare «un'esigenza di eguaglianza che rimane, comunque, invariata»

[56] Corte Costituzionale, sentenza 10/2/2003, n. 49, cons. dir. 2

[57] *Ibidem*, cons. dir. 3.3

[58] G. Brunelli, *Divieto di discriminazioni*, cit., 16 e Corte Costituzionale, sentenza 10/2/2003, n. 49, cons. dir. 3.3

[59] La l. c. 2/2001 ha prodotto modifiche degli statuti delle regioni ad autonomia speciale: art. 3.1 St. Sicilia, art. 15.2 St. Val d'Aosta, art. 12.2 st. Friuli Venezia Giulia, art. 117.2 St. Trentino Alto Adige. Lo statuto sardo era stato modificato nell'art. 15.2, secondo paragrafo, inserendo il periodo: "Al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi, la medesima legge promuove condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali", poi soppresso dall'art. 1.1 a) della l. c. 7/2/2013 n. 3. Questa ha sostituito l'art. 16 dello Statuto, che nel nuovo comma 2 affida alla legge regionale per l'elezione del Consiglio regionale la promozione "di condizioni di parità nell'accesso alla carica di Consigliere regionale". Al "fine di conseguire l'equilibrio tra uomini e donne nella rappresentanza"

riguardo alla legislazione elettorale, dato che si registra «in modo incontrovertibile», «uno squilibrio di fatto tuttora esistente nella presenza dei due sessi nelle assemblee rappresentative»[60]. Per superare questo squilibrio la Corte aveva espressamente richiamato nella sentenza 422 l'iniziativa[61] dei partiti e dei gruppi politici, in quanto è ad essi che la Costituzione ha affidato il compito di «organizzare la partecipazione politica dei cittadini, anche e principalmente attraverso la selezione e la indicazione dei candidati»[62], intervento da concretizzare in disposizioni organizzative interne degli statuti o dei regolamenti. Tuttavia, quell'invito non ha ricevuto alcun seguito ed è costretta ad ammettere la necessità dell'intervento del legislatore regionale che, *in via sostitutiva*, stabilisce ciò che i partiti non hanno *spontaneamente* voluto disporre. Il carattere sostitutivo e la natura blanda della previsione che impone la quota nella formazione delle liste escludono che possa risultare in qualche modo lesa la libertà di scelta dei partiti. Per la Corte, la norma ad effetto antidiscriminatorio[63] realizza, infatti, una compressione *minima* della libertà dei partiti, così come *minima* è la sua portata. Infatti «Le "condizioni di parità" fra i sessi, che la norma costituzionale richiede di promuovere, sono qui imposte nella misura minima di una non discriminazione, ai fini della candidatura, a sfavore dei cittadini di uno dei due sessi»[64].

In sostanza, il sistema delle quote così introdotto non elimina l'autonomia decisionale dei partiti, ma la comprime nella misura in cui è necessario perché si realizzi la parità di accesso delle donne nelle assemblee rappresentative. Ed è una compressione minima, perché volta soltanto ad impedire che si produca una discriminazione palese tra i due sessi al momento della selezione delle candidature, che possa condurre in astratto anche alla "totale esclusione" dei soggetti appartenenti all'uno o all'altro sesso[65].

[60] Corte Costituzionale, sentenza 10/2/2003, n. 49, cons. dir. 4. Qui la Corte parla chiaramente delle cause di questo squilibrio, che sono tanto storiche, quanto, oggi, di natura economica, sociale e di costume

[61] Si veda G. Luchena, *Le azioni positive nelle recenti riforme costituzionali: il difficile equilibrio tra misure preferenziali e tutela delle posizioni soggettive dei terzi*, in *Rass. parlam.*, 2, 2003, 427 ss., 440

[62] Corte Costituzionale, sentenza 10/2/2003, n. 49, cons. dir. 4.4

[63] La Corte afferma che la disposizione legislativa regionale non prevede «alcuna misura di "diseguaglianza" allo scopo di favorire individui appartenenti a gruppi svantaggiati, o di "compensare" tali svantaggi attraverso vantaggi legislativamente attribuiti», Corte Costituzionale, sentenza 10/2/2003, n. 49, cons. dir. 3.1

[64] *Ibidem,* cons. dir. 4.1. Potrebbe forse leggersi qui l'idea che la parità sia un principio costituzionale che può limitare altri diritti costituzionalmente sanciti, come l'autonomia dei partiti riconosciuta dall'art. 49 Cost., in un'opera di bilanciamento che deve dare voce ad entrambi.

[65] Corte Costituzionale, sentenza 10/2/2003, n. 49, cons. dir. 4.1

5. Gli effetti della sentenza 49 del 2003 sulla legislazione elettorale

Sul piano della legislazione elettorale, il primo effetto della sentenza 49 del 2003 si produce sulla disciplina per l'elezione dei membri del Parlamento Europeo. La legge 90 del 2004 (l. 8/4/2004 n. 909) introduce, nel testo emendato dell'art. 56 del d.lgs. 198 del 2006[66], il principio delle pari opportunità nell'accesso alla carica di parlamentare europeo. In particolare, l'art. 56.1 stabilisce che nell'insieme delle liste circoscrizionali che recano lo stesso contrassegno, "nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati". L'elemento di novità della disciplina è dato dalla previsione di una misura sanzionatoria per i movimenti e i partiti politici che non si attengono alla prescrizione del primo comma, misura che consiste nella riduzione dell'importo del rimborso per le spese elettorali[67] "fino ad un massimo della metà, in misura direttamente proporzionale al numero dei candidati in più rispetto al massimo consentito" (art. 56.2). A ciò si aggiunge la dichiarazione di inammissibilità delle liste circoscrizionali, in cui sia indicato più di un candidato, "che non prevedono la presenza di canditati di entrambi i sessi" (art. 56.2). La disciplina normativa combina due tipi di misure: una prescrittiva, relativa alla composizione delle liste, il comma 1; ed una sanzionatoria, nel caso di violazione della prescrizione, nel comma 2. Di rilievo, rispetto all'obiettivo delle pari opportunità, è la *strategia promozionale* espressa dal comma 3 dell'art. 56, che contiene una misura premiale[68] per quei partiti o gruppi politici organizzati che "abbiano avuto proclamata eletta (…) una quota superiore ad un terzo di candidati di entrambi i sessi"[69]. In altri termini, il legislatore non si limita a prevedere quote di candidati nelle liste, con la contestuale statuizione di una sanzione pecuniaria in caso di mancato rispetto della quota; ma introduce un meccanismo che *premia* le formazioni politiche che rispettano e promuovono la parità nell'accesso alle cariche elettive. La successiva legge 65 del 2014[70] ha introdotto ulteriori misure per rafforzare la rappresentanza di genere nel PE. In particolare, l'art. 1.2 a) stabilisce che le liste dei candidati devono avere, a pena di inammissibilità, una composizione paritaria: nessun sesso può avere un numero di candidati superiore alla metà; a ciò si aggiunge le

[66] Dlgs 11/4/2006 n. 198 "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della legge 28/11/2005, n. 246"
[67] Fissato dalla l. 3/6/1999 n. 157
[68] Data dalla assegnazione della somma derivante dall'applicazione della sanzione indicata dal comma 2
[69] Art. 56.3, la somma viene ripartita in misura proporzionale ai voti ottenuti da ciascun partito o gruppo politico organizzato
[70] Legge 22/4/2014 n. 65

necessità che i primi due candidati siano di sesso diverso. Inoltre, lo stesso art. 1.2 c) prevede la possibilità di esprimere tre preferenze, che devono però riguardare candidati di sesso diverso (c. d. tripla preferenza di genere), a pena di annullamento della seconda e della terza preferenza[71]. Gli esiti di queste innovazioni normative hanno condotto ad un notevole incremento del numero delle parlamentari europee elette per l'Italia pari al 39,7% nelle elezioni del 2014[72] e al 41,1% nelle elezioni del 2019, percentuale al di sopra della media europea (40,6%).

5.1 (segue)

La promozione delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive non ha avuto eguale fortuna nella legge per l'elezione del parlamento nazionale, di due anni successiva alla sentenza 49 del 2003[73]. La legge 270 del 2005[74], infatti, ha modificato radicalmente il sistema elettorale disegnato dalle leggi 276 e 277 del 1993, ripristinando la formula proporzionale ma senza voto di preferenza, e accompagnandola, tuttavia, da forti correttivi, la clausola di sbarramento e il premio di maggioranza,

volti a mantenere, di fatto, l'assetto bipolare e la dinamica maggioritaria della competizione politica, nel frattempo maturata[75]. L'iter di approvazione del provvedimento, alquanto travagliato e burrascoso[76], aveva visto la presentazione di un emendamento volto a garantire nelle liste la presenza di candidate in misura non inferiore al 30%. È significativo ricordare che l'emendamento

[71] L'art.1 limitava alle elezioni per il 2014 l'annullamento della sola terza preferenza. L'ufficio elettorale procede, nel caso di violazione della regola della presenza paritaria di candidati nelle liste, alla cancellazione dei candidati del sesso sovrarappresentato, a partire dall'ultimo, fino al raggiungimento della parità. Se, in esito a questa operazione, il numero dei candidati presenti nella lista si riduce sotto il minimo, la lista viene ricusata (art. 1.2 b). Inoltre, lo stesso ufficio accerta che le liste indichino i candidati in modo alternato per sesso e, se così non è, procede a modificare l'ordine della lista, collocando, dopo il primo, un candidato di sesso diverso

[72] Si veda Camera dei deputati, XVIII Legislatura, *Legislazione e politiche di genere*, 5 marzo 2020, 73

[73] Si veda A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità*, cit. 57 ss.

[74] Legge 21/12/2005 n. 270 "Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica"

[75] Corte Costituzionale sentenza 13/1/2014 n. 1

[76] Si veda P. L. Petrillo, *La nuova legge elettorale per la Camera ed il Senato*, in *Rivistaic*, 1/2/2006

era stato presentato alla Camera dei deputati dai parlamentari della maggioranza ed era stato accettato dal governo[77]; ciononostante esso venne respinto a scrutinio segreto con 452 no e 140 si[78].

La successiva legge n. 165 del 2017[79] ha riproposto una formula mista, questa volta a prevalente componente proporzionale[80], accompagnata dalla previsione di liste bloccate, nelle quali compaiono, tuttavia, pochi candidati[81]. L'elettore, dunque, non può esprimere alcuna preferenza, né può fare ricorso al voto disgiunto, cioè non può scegliere, per l'assegnazione dei seggi con la formula proporzionale, una lista che non sia collegata al candidato dei collegi uninominali. Sul piano della garanzia della parità di accesso alle cariche elettive, sono state introdotte misure diverse. Innanzitutto, riguardo alla composizione delle liste, si stabilisce che per i collegi plurinominali nessuno dei due generi può essere presente nella posizione di capolista in misura superiore al 60%[82]; allo stesso modo, per le liste o coalizioni di liste presentate nei collegi uninominali, nessuno dei due generi può essere rappresentato in misura superiore al 60%. A ciò si aggiunge una prescrizione rivolta direttamente e specificatamente ai partiti o ai gruppi politici, che sono tenuti, nella formazione delle liste da presentare per la competizione elettorale per i collegi plurinominali,

[77] Un emendamento simile era stato poi proposto al Senato dal gruppo dell'Unione dove era stato respinto con 3 si, 143 no e 8 astenuti

[78] Gli effetti del nuovo sistema elettorale sul tasso di presenza di donne nei due rami del parlamento, nelle legislature interessate dalla legge 270, la XV legislatura (2006-2008), la XVI (2008-2013) e la XVII (2013-2017) non sono, comunque, stati negativi, anche se non decisivi sul piano della parità. Infatti, nelle XV leg. alla Camera sono state elette 108 donne e al Senato 44; nella XVI leg. alla Camera sono state elette 133 donne e al Senato 58; nella XVII leg. le deputate sono state 198 (il 31,4%) e le senatrici 92 (il 28,8%), si vedano i dati riportati in Camera dei deputati, XVIII Legislatura, *Legislazione e politiche di genere*, 5 marzo 2020, 69. Sugli effetti della legislazione elettorale sulla parità di genere nella rappresentanza, si veda V. Fogliame, *Parità di genere e rappresentanza politica. Il rendimento delle misure legislative promozionali*, Napoli, 2020, spec. 75 ss.

[79] La nuova legge è stata l'esito della sentenza 13/1/2014 n. 1 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge 270 del 2005, lasciando in piedi solo una formula proporzionale senza il correttivo del premio di maggioranza. In realtà prima di questa legge elettorale, era stata approvata la legge 6/5/2016 n. 52, che disciplinava il nuovo sistema elettorale per la sola Camera dei deputati, in quanto, sulla base del progetto di revisione costituzionale del 2014 (n. 1429 – Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione), questa sarebbe stata l'unica camera direttamente eletta dal popolo. Il progetto è stato poi respinto con il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016. La formula elettorale della legge 52 era di tipo proporzionale, ma con la previsione di un premio di maggioranza alla lista che avesse ottenuto almeno il 40% dei voti validamente espressi, portandola a 340 seggi. Nel caso in cui nessuna lista avesse ottenuto tale percentuale di voti, si procedeva ad un secondo turno di ballottaggio, in esito al quale il premio sarebbe stato assegnato alla lista che avesse ottenuto più voti. Al secondo turno avrebbero avuto accesso le sole liste che avessero avuto più voti al primo. Vi era inoltre una clausola di sbarramento nazionale del 3%. Riguardo alle liste, queste presentavano il blocco del solo capolista e la possibilità di esprimere due preferenze, che però dovevano andare a candidati di sesso diverso

[80] Circa il 37% dei seggi viene assegnato con sistema maggioritario e circa il 63% con sistema proporzionale

[81] Così come indicato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 1 del 2014, cons. dir. 5.1

[82] La legge 165 del 2017 ha modificato l'art. 18 *bis* del Dpr 361 del 1957 e l'art. 9 del dlgs 533 del 1993

ad elencare i candidati in modo alternato per genere, a pena di inammissibilità della lista[83]. L'applicazione della nuova disciplina ha trovato positivo riscontro nei risultati delle ultime elezioni del 2018, che hanno segnato una presenza delle donne superiore ad ogni cifra del passato, con 225 deputate (il 35,7%) e 109 senatrici (il 34,9%), anche se non ancora paritaria[84].

6. Le sentenze della Corte costituzionale n. 4 del 2010 e n. 81 del 2012

Nella decisione n. 4 del 2010[85] il giudice costituzionale è chiamato ad occuparsi del principio della parità di accesso alle cariche elettive in riferimento alla legge elettorale della regione Campania 4 del 2009[86]. L'art. 4.3 introduceva, per la prima volta nell'ordinamento italiano, la *preferenza di genere*, dando all'elettore del consiglio regionale la possibilità di esprimere, oltre alla prima, anche una seconda preferenza: in questo caso la scelta sarebbe dovuta cadere su un candidato di sesso diverso rispetto alla prima, a pena di annullamento della seconda preferenza. La disposizione veniva impugnata per contrasto con l'art. 3 e l'art. 51.1 Cost., in riferimento al diritto di elettorato passivo, e con l'art. 48, in riferimento al diritto di elettorato attivo.

La Corte procede, in primo luogo, a definire lo spazio normativo dentro il quale si pone la legge campana, i cui confini sono dati dal nuovo testo dell'art. 51.1 e dell'art. 117.7 Cost. Il primo, in termini generali, il secondo, riguardo alle leggi regionali, esprimono entrambi l'obiettivo di promuovere la parità di accesso alle cariche elettive, attuazione diretta del principio di eguaglianza

[83] Art. 1.10 d)

[84] Si veda Camera dei deputati, XVIII Legislatura, *Legislazione e politiche di genere*, cit., 67-70. Va ricordato che il progetto di revisione costituzionale c. d. Renzi-Boschi (approvato il 12/4/2016 e poi respinto con il referendum costituzionale del 4 dicembre dello stesso anno) prevedeva, nel testo modificato dell'art. 55, la promozione espressa dell'equilibrio tra donne e uomini nella rappresentanza, nelle leggi di disciplina dell'elezione della Camera dei deputati. Sugli effetti della legge 165 del 2017 sulla parità di genere, si veda L. Taglieri, *Parità di genere e prima applicazione della L. 165/2017. Le "quote rosa" e il percorso verso la parità di genere nel sistema elettorale*, in *dirittifondamentali*, 1, 2018, 6/6/2018

[85] Sulla sentenza n. 1/2014 si vedano, tra i numerosissimi contributi, *La crisi di legittimazione del governo rappresentativo. Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Osservatorio costituzionale*, marzo 2014, i saggi di G. U. Rescigno, A. Anzon Demmig, A. Morrone, A. D'Andrea, E. Lehner, pubblicati *in Giur. cost*., 2014, 27 ss., i contributi raccolti nella stessa Rivista, 629 ss., in *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, i commenti alla sentenza pubblicati sulla rivista *Consulta on line* e gli Atti del seminario "Le Corti e il voto". La sentenza della Corte costituzionale sul sistema elettorale (29 gennaio 2014), pubblicati in *Nomos*, 3, 2013.

[86] L. r. Campania 27/3/2009 n. 4

sostanziale dell'art. 3.2[87]. Elemento dello stesso spazio è poi lo Statuto regionale campano, che a chiusura dell'art. 5.3 affida alla legge elettorale regionale la promozione di «condizioni di parità per l'accesso di uomini e donne alle cariche di consigliere regionale mediante azioni positive», allo scopo di «conseguire il riequilibrio nella rappresentanza dei sessi»[88]. La Corte configura l'intervento dei due legislatori, costituzionale e statutario, nel quadro di «storica sotto-rappresentanza delle donne nelle assemblee elettive», causata non da «preclusioni formali incidenti sui requisiti di eleggibilità» ma da «fattori culturali, economici e sociali». In sostanza, la Costituzione e lo Statuto regionale hanno recepito l'esigenza di dare «effettività al principio di eguaglianza astrattamente sancito», di fronte all'inattività del legislatore, nazionale e regionale, e delle formazioni politiche[89]. Successivamente, essa riconosce che i mezzi per realizzare le pari opportunità possono essere diversi, ma non devono in alcun modo interferire con le "scelte elettorali dei cittadini": dunque, non sono ammesse misure che attribuiscano direttamente il risultato della parità, come affermato nella sentenza 422 del 1995; né possono ammettersi vincoli che incidano sulla parità di *chances* tra i candidati nella competizione elettorale, come dichiarato nella successiva sentenza 49 del 2003[90]. La Corte, così, si colloca in modo definitivo nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale, che non è soddisfatta da misure semplicemente dichiarative, ma che reclama una ben più incisiva opera di promozione e di rimozione degli ostacoli alla parità. Riguardo alla disposizione censurata, occorre accertare se essa sia in grado di "prefigurare il risultato elettorale", determinando una composizione *alterata* dell'assemblea elettiva, rispetto a quello che risulterebbe in assenza della doppia preferenza di genere; e occorre accertare se essa sia in grado di dare «ai candidati dell'uno o dell'altro sesso maggiori opportunità di successo elettorale rispetto agli altri»[91]. In sostanza, la Corte si chiede se la doppia preferenza di genere prevista dalla legge regionale rientri tra gli strumenti ammessi, cioè volti a garantire uguali condizioni di partenza nell'accesso alle cariche elettive; o tra gli strumenti vietati, che mirano, diversamente, a far conseguire in modo diretto il risultato dell'elezione.

Qui la Corte non esita a ravvisare nella doppia preferenza di genere un carattere *meramente* facoltativo per l'elettore, che può decidere di non esprimerla o di esprimerla, con il solo vincolo, in

[87] La Corte qui non guarda più al principio di eguaglianza formale dell'art. 3.1
[88] Corte Costituzionale sentenza 14/1/2010 n. 4, cons. dir. 3.1
[89] *Ibidem*, cons dir. 3.1
[90] *Ibidem*, cons dir. 3.2
[91] Corte Costituzionale sentenza 14/1/2010 n. 4, cons. dir. 3.3

questo caso, di scegliere un candidato di sesso diverso da quello indicato nella prima preferenza. Inoltre, la sanzione dell'annullamento, in caso di scelta di due candidati del medesimo sesso, colpisce solo la seconda preferenza, lasciando ferma la prima[92]. Ne discende, per il giudice costituzionale, che la misura legislativa non è in grado di prefigurare il risultato elettorale né di alterare "artificiosamente" la composizione del consiglio regionale. Dalla sua concreta applicazione, infatti, potranno derivare una pluralità di esiti e ciò prova che la misura introdotta permette il riequilibrio della rappresentanza, senza imporlo: è «una misura promozionale, ma non coattiva». Non viene neanche incisa la libertà di voto dell'art. 48 Cost., poiché il legislatore può ben fissare i criteri con cui orientare le scelte dell'elettore, senza mai *comprimerle* o *condizionarle*, individuando il numero delle preferenze esprimibili o prevedendo, nel caso di formulazione di una seconda preferenza, una "condizione di genere", che vincola sì l'elettore, ma solo limitatamente alla "facoltà aggiuntiva" che la legge regionale gli riconosce[93]. A conclusione di questo percorso la Corte si esprime sulla natura della doppia preferenza di genere, che qualifica come «misura riequilibratrice», con l'obiettivo di «ottenere indirettamente ed eventualmente il risultato di un'azione positiva»[94]. Riprendendo categorie utilizzate nei due precedenti, la doppia preferenza di genere viene, quindi, configurata come una *norma riequilibratrice*, sempre ammessa, che mira a raggiungere *il risultato di un'azione positiva*, sempre vietata, ma *in modo indiretto ed eventuale* e, per questo, compatibile con la Costituzione. E questa compatibilità è data dal fatto che il risultato non deriva dalla legge, ma dalle "libere scelte degli elettori", che possono decidere di avvalersi o meno della misura. Sugli stessi elettori la Corte, dunque, *trasla* di fatto il compito di attuare il riequilibrio tra i sessi nella rappresentanza, facendone gli artefici di un'azione positiva, preclusa al legislatore[95]. In sostanza, di fronte alla inattività dei partiti e alla disarticolazione del sistema politico, la Corte valorizza il ruolo degli elettori.

[92] *Ibidem*, cons dir. 3.3

[93] *Ibidem*, cons dir. 3.3. La Corte fa qui notare come la seconda preferenza di genere "allarga lo spettro delle possibili scelte elettorali" diversamente da quasi tutte le leggi elettorali regionali che limitano la scelta dell'elettore ad una sola preferenza".

[94] *Ibidem*, cons dir. 3.3

[95] *Ibidem*, cons dir. 3.3. A chiusura di questo passaggio la Corte specifica che nessuna alterazione viene prodotta dalla disposizione sull'elettorato attivo, dato che l'elettore può decidere di esprimere una sola preferenza per un candidato di uno qualunque dei due sessi; né sull'elettorato passivo, perché la «condizione di genere» non dà alcuna maggiore *chance* di essere eletti ai candidati dei due sessi, «posto il reciproco e paritario condizionamento tra i due generi nell'ipotesi di espressione di preferenza duplice»

La parte finale della decisione contiene un ulteriore monito, analogo a quello già presente nella sentenza 422 del 1995, rivolto ai partiti e alle forze politiche, a farsi attori di una "intensa azione di crescita culturale", per un'effettiva presenza paritaria di donne e uomini nella vita pubblica, un'azione nel solco della quale si colloca anche la doppia preferenza di genere[96].

Solo due anni dopo, la Corte ritorna sul tema delle pari opportunità con la sentenza 81 del 2012, che ha deciso, con l'inammissibilità, un conflitto di attribuzione sollevato dalla regione Campania contro il Presidente del Consiglio dei ministri[97].

Nella sentenza il giudice costituzionale configura le disposizioni costituzionali, art. 51.1 e 117.7 e statutaria, art. 46.3[98] in materia di pari opportunità tra donne e uomini, quali «principi di natura giuridica posti dall'ordinamento» e quali «canoni di legalità», il cui carattere vincolante limita «gli spazi della discrezionalità politica»[99]. «Il rispetto di tali vincoli», prosegue la Corte, «costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate»[100], e ciò, sembra dire la Corte, indipendentemente dalla connotazione dello stesso[101]. Ne discende che il Presidente

[96] Che la Corte ritiene utile ma non decisiva, dato il carattere solo promozionale, nel garantire che quella presenza paritaria sia effettivamente raggiunta, cons. dir. 4.4

[97] Corte Costituzionale, sentenza 5/4/2012, n. 81. Il Tar Campania aveva annullato, e il Consiglio di Stato aveva poi confermato la sua decisione, l'atto con cui il Presidente della Giunta regionale aveva nominato un assessore della Giunta (Decreto n. 136 del 16/7/2010, Affari generali della Presidenza collegamenti e con gli assessori). In esito a tale nomina, la Giunta era risultata composta da 11 uomini e una sola donna, in contrasto con quanto previsto dall'46.3 Statuto Campania, che richiede che le nomine degli assessori siano disposte nel «rispetto del principio di una equilibrata presenza di donne e uomini». Il ricorso era stato presentato da una donna avvocato, che, alle dimissioni dell'assessore sostituito con decreto presidenziale impugnato, si trovava nelle condizioni per essere nominata al suo posto. La mancata nomina riproponeva «il disequilibrio, già determinatosi in occasione della prima tornata di investiture, tra componenti di sesso femminile e componenti di sesso maschile, in violazione del dettato dell'art. 46 comma 3, dello Statuto della Regione Campania», Corte Costituzionale, sentenza 5/4/2012, fatto, 2. Sulla decisione di vedano veda M. R. Rodomonte, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *federalismi.it*, n. 13, 27 giugno 2012, 4 ss. Sulla decisione si vedano anche R. Dickmann, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 ottobre 2012, M. Belletti, «*Torniamo alla Statuto»… Regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012, F. Bilancia, *Ancora sull'«atto politico» e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale, una categoria tradizionale al tramonto*?, in *Rivistaic*, n. 4 del 2012, F. Blando, *«Atto politico» e Stato di diritto» nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 ottobre 2012, F. Covino, *La natura prescrittiva del principio del riequilibrio dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Rivistaic*, n. 3 del 2012

[98] Art. 46.3 Stat. Campania: «Il Presidente della Giunta regionale nei dieci giorni successivi nomina, nel pieno rispetto del principio di una equilibrata presenza di donne ed uomini, i componenti la Giunta, tra i quali un vice-presidente, e ne dà comunicazione al Consiglio regionale nella prima seduta successiva alla nomina per la espressione del gradimento di cui all'articolo 48».

[99] Corte Costituzionale sentenza 5/4/2012, cons. dir. 4.2

[100] *Ibidem*, cons. dir. 4.2

[101] M. R. Rodomonte, *Equilibrio di genere*, cit., 6.

della giunta regionale, pur titolare del «più ampio margine di scelta» nella formazione della giunta, in modo che essa possa corrispondere alle sue «valutazioni di natura politica e fiduciaria», deve comunque rispettare il "canone" della equilibrata presenza dei due generi nella sua composizione, canone che fa da *argine* alla sua discrezionalità[102]. Il principio della parità di genere contenuto nello Statuto campano viene, così, collegato dalla Corte al *sistema* degli artt. 51.1 e 117.7, con i quali il primo si trova «in armonia»[103]; e rispetto a tutte queste disposizioni la Corte non esita ad affermare che esse non hanno natura *promozionale* né *programmatica* né *di mero principio*[104], ma carattere pienamente vincolante per tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico.

7. La morfologia del principio delle pari opportunità

Dal rapido esame delle decisioni del giudice costituzionale, svolto nelle pagine precedenti, si possono ricostruire i tratti caratterizzanti il principio delle pari opportunità all'interno del sistema costituzionale.

In una prima fase, come si è visto, il principio viene associato alla prospettiva formale dell'eguaglianza e connesso semplicemente al divieto di discriminazione in base al sesso, cui viene riferita la previsione dell'art. 51.1 Cost. nel testo originario. Ciò esclude qualunque intervento promozionale, qualunque misura diseguale che possa avvantaggiare le donne (come un'azione positiva), poiché risulterebbe compromessa, appunto, l'indifferenza del sesso nell'accesso alle cariche elettive e poiché tali misure, ammesse nel campo economico e sociale, come indicato dall'art. 3.2, non possono trovare spazio nell'ambito dei diritti fondamentali, come il diritto di elettorato passivo. La riforma costituzionale del 2001, con le conseguenti revisioni degli statuti speciali, e quella del 2003, che modifica il testo dell'art. 51, introducono in Costituzione la necessità di azioni di promozione delle pari opportunità, che vengono affidate tanto alle regioni, quanto più estesamente alla Repubblica nel suo insieme. Questo mutato quadro giuridico e culturale vede la Corte protagonista di un vistoso cambio di rotta, che la porta ad ammettere misure promozionali, adesso classificate come *norme antidiscriminatorie*, che mirano a superare la

[102] Corte Costituzionale sentenza 5/4/2012, cons. dir. 4.3
[103] *Ibidem*, cons. dir. 4.3
[104] Così come sostenuto dalla regione ricorrente, Corte Costituzionale sentenza 5/4/2012, fatto

condizione di squilibrio in cui si trovano le donne rispetto agli uomini nell'accesso alle cariche elettive (sentenza 49 del 2003). In questo modo, il principio delle pari opportunità viene definitivamente inserito nella prospettiva sostanziale dell'eguaglianza, configurando la parità perseguita da nuovo testo dell'art. 51.1 come espressione del più generale principio di eguaglianza del secondo comma dell'art. 3. In questo percorso, l'azione promozionale può assumere forme diverse, che vanno dalla quota di lista alla preferenza di genere, con l'ulteriore aggiunta di interventi premiali; e può essere accompagnata da strumenti sanzionatori diversi, che spaziano dall'inammissibilità della lista alla riduzione dei contributi elettorali. Il principio delle pari opportunità diviene così *principio di natura giuridica* e *canone di legalità*, capace di vincolare il legislatore nazionale così come quello regionale e, più ampiamente, le scelte dei soggetti dell'ordinamento giuridico (sentenza n. 81 del 2012).

8. La forza espansiva del principio costituzionale delle pari opportunità. La vicenda della regione Puglia

La ricostruzione operata nelle pagine precedenti restituisce un'immagine composita delle pari opportunità: principio prescrittivo e vincolante, espressione dell'eguaglianza sostanziale nella dimensione *politica* del sistema costituzionale, e dotato di una vitalità e di una capacità *espansiva* che può diffondersi in tutti gli *spazi* della Costituzione. Tra di essi vi è anche la legislazione elettorale regionale[105], come ha mostrato, in particolare, la vicenda della Puglia.

La Regione Puglia si è trovata priva di una legge elettorale in grado di garantire il principio delle pari opportunità a ridosso delle elezioni regionali del settembre 2020. Infatti, la l. r. 2 del 2005[106] si limitava a prevedere la possibilità di esprimere un solo voto di preferenza (art. 7) e, riguardo alla composizione della lista, l'art. 8.13, allo scopo di garantire la rappresentanza di entrambi i sessi, prevedeva la soglia limite del 60% di candidati dello stesso sesso, accompagnata dalla sanzione

[105] Nel 2020 si sono svolte le elezioni per i Consigli regionali in Veneto, da cui sono risultate elette 21 donne su 59 componenti, in Liguria, con 21 donne su 31 componenti, in Toscana, con 14 donne su 41 componenti, in Val d'Aosta con 3 donne su 22 componenti, nelle Marche con 9 donne su 31 componenti e in Campania, con 9 donne su 50 componenti

[106] L. r. 28/1/2005 n. 2 "Norme per l'elezione del Consiglio regionale e del Presidente della Giunta regionale."

della mancata erogazione dei contributi, nel caso di violazione della soglia[107]. La sanzione non comportava la dichiarazione di inammissibilità della lista e rendeva, di fatto, priva di reale efficacia la prescrizione della soglia del 60%. Per far fronte alla prolungata inerzia del legislatore pugliese, è intervenuto il governo nazionale. Inizialmente attraverso un atto di diffida[108] il 23/7/2020, con il quale si intimava alla Regione di approvare una legge elettorale rispettosa del principio delle pari opportunità. Dato che il Consiglio regionale non è riuscito ad approvare una nuova legge, il governo ha, successivamente, adottato il decreto-legge 31/7/2020 n. 86[109], esercitando il potere sostitutivo ad esso affidato dall'art. 120.2 Cost. e dall'art. 8 della l. 131 del 2003. Il provvedimento rappresenta il primo caso di esercizio del potere sostitutivo dello Stato in materia di legislazione elettorale regionale e si caratterizza per la sua portata generale, dato che il titolo dell'art. 1 fa riferimento alle consultazioni elettorali regionali del 2020 in generale e che il primo comma dell'articolo genericamente si rivolge ai «sistemi di elezione del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale» e dei Consigli regionali. Significativo è, inoltre, che nel preambolo del decreto il potere sostitutivo venga ancorato alla «tutela dell'unità giuridica della Repubblica», espressamente menzionata dal comma 2 dell'art. 120 Cost. quale motivazione della attivazione dello stesso. In tal modo, l'unità giuridica così richiamata trova compiuta garanzia anche nell'attuazione concreta del

[107] La mancata erogazione riguardava i contributi ai gruppi consiliari e poteva giungere fino ad un massimo della metà e per il periodo della sola prima annualità. Essa era fissata in proporzione del numero dei candidati in più rispetto al numero massimo consentito, secondo quanto disposto dall'art. 5 l. r. 11/1/1994 n.3 (Norme per il funzionamento dei gruppi consiliari), come sostituito dall'art. 5 della l. r. 30/11/2012 n. 34 (Riduzione dei costi della politica). L'ammontare della somma, affidato ad un decreto del Presidente del Consiglio regionali, era stato fissato con il DPGR 15/12/2005, n. 1021 e con il DPGR 1/2/2011, n. 74

[108] Così come previsto dall'art. 8 della legge 131 del 2003, adottato dal Presidente del Consiglio su proposta del Ministro per gli affari regionali e del Ministro per le pari opportunità e la famiglia

[109] Il d. l. reca il titolo "Disposizioni urgenti in materia di parità di genere nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario". Sul provvedimento si vedano tra gli altri, E Aureli, *La parità di genere nell'accesso alle cariche elettive nelle elezioni regionali del 2020. Analisi e prospettive*, in *federalismi.it*, 16/12/2020, P. Colasante, *Il Governo "riscrive" la legge elettorale della Regione Puglia son la doppia preferenza di genere: profili problematici dell'esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale*, in *federalismi.it*, 9/9/2020, Matteo Cosulich, Ex malo bonum? *Ovvero del decreto-legge n. 86 del 2020 che introduce la doppia preferenza di genere nelle elezioni regionali pugliesi*, in *federalismi.it*, 9/9/2020, F. Covino, *Potere sostitutivo del Governo e doppia preferenza di genere nelle elezioni pugliesi di fine estate*, in *Osservatorio cost.*, 5/2020, R. Dickmann, *L'esercizio del potere sostitutivo con decreto-legge per garantire l'espressione della doppia preferenza di genere in occasione delle elezioni regionali in Puglia del 2020*, in *Forum di Quad. cost*. *Rassegna*, 4, 2020, M. Folco, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della Regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, in *Oss. sulle fonti*, 3/2020, 1191 ss., S. Bissaro, *Parità di genere, autonomia regionale e potere sostitutivo del Governo ex art. 120, secondo comma Cost.: alcune riflessioni a partire dal caso della Regione Puglia*, in *Gruppo di Pisa*, 1. 2021 e in generale sulle ultime consultazioni regionali si veda G. Tarli Barbieri, *Le consultazioni del 20 e 21 settembre 2020: continuità e discontinuità di elezioni (comunque) rilevanti*, in *Le Regioni*, 4, 2020, 721 ss.

principio della parità di accesso alle cariche elettive[110]. Guardando il contenuto del decreto, emerge subito la chiara configurazione del mancato recepimento del principio delle pari opportunità, sancito dalla legislazione statale (l. 165 del 2004 e l. 20 del 2016) come caso di mancato rispetto "di norme", indicato dall'art. 120.2. Da qui l'atto sostitutivo che in questa particolare ipotesi ha preso la forma del decreto-legge[111], mostrando di voler rivestire della straordinaria urgenza e necessità, che legittima il suo utilizzo, la mancata attuazione del principio delle pari opportunità sancito dall'art. 51 Cost., e così anche fondandone l'immediata precettività. In sostanza se l'obiettivo è la garanzia del "pieno esercizio dei diritti politici" e quella, ancora della tutela della "unità giuridica della Repubblica", nella prospettiva del governo può ben farsi ricorso al provvedimento d'urgenza, pur se esso rimane una *extrema ratio*. Le elezioni regionali in Puglia si sarebbero, dunque, svolte con l'applicazione della doppia preferenza di genere, con la previsione dell'annullamento della seconda, eventuale preferenza, se espressa per un candidato di sesso uguale a quello della prima, e con la predisposizione di liste adeguate a questo scopo[112]. Il decreto 86 non fa menzione della quota massima del 60% per le candidature dello stesso sesso, forse perché, come già ricordato, essa era già presente nella legislazione elettorale pugliese, pur se con la debole e successiva sanzione della mancata erogazione del contributo assegnato al gruppo consiliare. Conseguenza è stata che le liste non in regola con la soglia del 60% hanno potuto comunque essere ammesse, semplicemente accettando di subire una sanzione pecuniaria. Le elezioni del 20 e 21 settembre 2020 hanno visto elette, su 50 consiglieri, solo 8 sono donne. A riguardo la semplice introduzione, avvenuta con il d. l. 86, della doppia preferenza di genere non sembra aver avuto un reale effetto di riequilibrio nella

[110] T. Groppi, "*La Costituzione si è mossa": la precettività dei principi costituzionali sulla parità di genere e l'utilizzo del potere sostitutivo del governo nei confronti della Regione Puglia*, in *federalismi.it*, paper 9/9/2020, fa notare come il riferimento alla tutela dell'unità giuridica della Repubblica costituisca un cambio di rotta rispetto a quanto riportato nell'atto di diffida, nel quale si faceva leva sulla configurazione del principio delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive come espressione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che l'art. 120.2 prescrive di tutelare "prescindendo dai confini territoriali dei governi locali". Secondo l'A. nel testo dell'art. 120.2 i livelli essenziali delle prestazioni rappresentano una "specificazione" dell'unità giuridica della Repubblica: "la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali"

[111] T. Groppi, "*La Costituzione si è mossa"*, cit., 10 ss. mette in luce i rilievi positivi e negativi che sono seguiti all'adozione del d. l. 86, tra i quali vi è quello relativo alla scelta del provvedimento d'urgenza, non utilizzabile, a norma dell'art. 15.2 b) legge 400 del 1988, in materia elettorale, nel rispetto della riserva di assemblea stabilita dall'art. 72.4 Cost. Tuttavia, si può concordare con l'A. sul fatto che il dl non abbia ad oggetto la materia elettorale in sé (11), quanto piuttosto la garanzia di un diritto fondamentale, per un corretto svolgimento della competizione elettorale, quale è la parità di accesso alle cariche elettive

[112] Art. 1.2 a) e b). Il testo del dl prevede, infine la nomina del prefetto di Bari come commissario straordinario per gli adempimenti necessari, art. 1.3

composizione del consiglio regionale della Puglia. Ciò ha dato luogo ad un ricorso[113] al Tar Puglia-Bari, ad iniziativa di alcuni cittadini elettori, che hanno chiesto l'annullamento dell'atto di proclamazione dell'elezione di alcuni consiglieri, in quanto appartenenti a liste composte in violazione della soglia massima del 60% di candidati dello stesso sesso. Secondo i ricorrenti, infatti, la legge 20 del 2016, oltre alla doppia preferenza di genere, prescrive che le liste non possano contenere un numero di candidati di un sesso superiore al 60% del totale. La legge elettorale pugliese, all'art. 8.13, come ricordato, prevedeva già una simile prescrizione per la formazione delle liste, ma essa da un lato non ha mai ricevuto concreta attuazione e dall'altro è accompagnata dalla blanda misura di una sanzione pecuniaria, peraltro comminata successivamente alle elezioni, senza alcun effetto preclusivo sulla partecipazione delle liste non in regola alla competizione elettorale. Ne è derivato uno svolgimento squilibrato della tornata elettorale proprio perché vi hanno preso parte liste che avrebbero dovuto esserne escluse[114]. Il ricorso, in definitiva, prospetta l'idea che per rendere effettivo il principio delle pari opportunità occorre l'azione combinata dei due strumenti della doppia preferenza di genere e della soglia limite del 60% delle candidature dello stesso sesso:

[113] Il ricorso ha ad oggetto, più specificamente, l'annullamento del verbale dell'Ufficio centrale presso la Corte di appello di Bari di proclamazione degli eletti al consiglio regionale, in riferimento all'elezione di sei candidati di due liste, che hanno preso parte alla competizione senza rispettare la soglia del 60% di candidature dello stesso sesso, prescritta dalla legge 20 del 2016. Sotto il profilo del Diritto, nel ricorso si lamenta che le disposizioni della l. r. 2 del 2005 (art. 8.13 e 13, art. 10.1 e art. 2.9 e) siano in contrasto con diverse disposizioni costituzionali: art. 51.1, art. 117.7, art. 3.2, art. 122.1, questa in riferimento, in qualità di norma interposta, all'art. 4 c) bis, n. 1 della legge 165 del 2004, come modificata dall'art. 1.1 della legge 20 del 2016; e infine art. 123.1, in riferimento all'art. 6 Stat. Puglia (l. r. 12/5/2004 e succ. mod. e integr.). In particolare, riguardo all'art. 8.13 della l. r. 2 del 2005, si contesta che la soglia limite del 60% possa essere violata senza alcuna reale conseguenza, poiché l'accertamento della avvenuta violazione non comporta l'esclusione della lista dalla competizione elettorale, ma solo l'eventuale e successiva applicazione della sanzione pecuniaria costituita dalla semplice riduzione delle somme erogate al gruppo consiliare (gruppo di non sicura costituzione), fino al massimo della metà e per il solo primo anno della consiliatura. Si tratta di una misura che, agendo *ex pos*t, non è in grado di incidere sul risultato elettorale ormai consolidato, permettendo che l'intera procedura si svolga in contrasto con le finalità per cui la legge prevede misure di riequilibrio della rappresentanza di genere. A rendere più grave la situazione di illegittimità, ancora secondo i ricorrenti, si aggiunge il fatto che la legislazione regionale prevede specifiche disposizioni che escludono liste con un numero di candidati inferiore al minimo o con un non sufficiente numero di sottoscrizioni, eliminando i candidati in esubero privi di qualche requisito, ma nulla dispone nel caso di mancato rispetto della soglia del 60%. In tal modo, proseguono i ricorrenti, risulta chiaro che una misura destinata ad operare su una competizione elettorale già chiusa non può dirsi realmente efficace nella prospettiva della garanzia della parità di accesso alle cariche elettive. Si pone, quindi, la questione della *effettività* del principio delle pari opportunità e delle vie attraverso cui realizzarla (10-11). Altro profilo di illegittimità riguarda la formulazione dell'art. 4.1, nel testo della legge 20 del 2016, che, con l'espressione "in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale" pone un obbligo preciso a chi è chiamato a definire le liste, obbligo che non può essere disatteso

[114] Nel ricorso si legge che su 50 candidati proclamati eletti, ben 6 provengono da liste che contenevano un numero di candidati di un sesso eccedente il 60%, liste che, quindi, avrebbero dovuto essere escluse. Su di esso si è espresso il Tar Puglia con la sentenza 16/1/2021, n. 95

la sola preferenza di genere, infatti non appare in grado di garantire una composizione *paritaria* dell'organo elettivo.

9. La dimensione dell'effettività del principio costituzionale delle pari opportunità

La vicenda della regione Puglia è stata decisa con la sentenza del Tar Puglia del 16/1/2021[115].

Al di là della richiesta di annullamento degli esiti della consultazione elettorale regionale, l'intento dei ricorrenti era quello di far sottoporre alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge elettorale regionale n. 2 del 2005[116] per contrasto con gli articoli 51.1, 117.7, 3.2, 122.1 e 123.1 della Costituzione. In particolare, come già evidenziato, la previsione della sola sanzione pecuniaria dell'art. 8.13 della legge regionale n. 2 del 2005, senza quella della esclusione dalla competizione elettorale delle liste non rispettose della soglia del 60%, non si mostrava idonea a dare garanzia di «tutela effettiva del principio della parità di genere nell'accesso alle cariche elettive»[117]. Nella prospettazione dei ricorrenti, dunque, tale principio possiede già natura cogente e immediatamente vincolate, senza che vi sia la necessità di un intervento di attuazione del legislatore regionale.

Di diverso avviso è stato però il Tar Puglia, che, nel respingere, «per quanto suggestiva», la ricostruzione proposta, è deciso nel confinare l'art. 51 Cost. nella categoria dei «principi di ordine generale, la cui attuazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario»[118]. E ciò vale anche riguardo alla legislazione elettorale regionale, materia di potestà legislativa concorrente, ex art. 117.3 e art. 122.1 Cost., e materia che il legislatore regionale può disciplinare nel rispetto dei principi e dei limiti fissati dalla legge statale, nel caso di specie la legge n. 165 del 2004, come modificata in ultimo dalla legge n. 20 del 2016. Tale disciplina, prosegue il giudice amministrativo, va intesa «quale principio rivolto all'indirizzo dei legislatori regionali e non quale norma di dettaglio vincolante sotto ogni profilo attuativo»[119]. Una diversa configurazione, che volesse

[115] Tar Puglia (Sezione Terza), sentenza 16/1/2021, n. 95
[116] Come già evidenziato, si trattava dell'art. 8.13 e 3, dell'art. 10.1 e dell'art. 29 e), Tar Puglia (Sezione Terza), sentenza 16/1/2021, n. 95 Fatto e diritto, 3
[117] *Ibidem*, 6
[118] *Ibidem*, 6
[119] *Ibidem*, 7

guardare alla normativa statale come vincolante rispetto alle scelte del legislatore regionale, si porrebbe in contrasto con la previsione costituzionale che «impone al legislatore statale di intervenire in materia di legislazione concorrente solo con norme di principio»[120].

In sostanza, per il giudice amministrativo la tutela delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive non un principio precettivo e immediatamente vincolante, ma un «principio di ordine generale», che attende di essere reso concreto dall'opera del legislatore, in questo caso regionale[121].

Solo qualche mese prima, il 18/12/2020, Consiglio di Stato[122] aveva espresso una diversa posizione, a proposito del regolamento per l'elezione dei Consigli degli Ordini dei dottori commercialisti[123].

Il supremo Collegio, infatti, nell'accogliere l'istanza cautelare, aveva affermato che il fatto che non vi fosse «una norma primaria in grado di individuare integrazioni del sistema elettorale che assicurino il rispetto del precetto costituzionale» dell'art. 51 Cost.[124], non valeva ad escludere l'illegittimità del regolamento elettorale per contrasto con il principio delle pari opportunità. E ciò perché, così argomentando, tale principio verrebbe declassato nella sua capacità immediatamente vincolante e nella sua precettività, ripristinando «la distinzione tra norme costituzionali precettive e norme costituzionali meramente programmatiche (le quali non sarebbero immediatamente precettive), ripudiata sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1956»[125]. In questa direzione, nella successiva decisione di merito del 22/4/2021, il Tar Lazio[126], accogliendo il ricorso, ha configurato il principio delle pari opportunità dell'art. 51 Cost. come una «una naturale declinazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione»[127] e ha

[120] *Ibidem*, 7
[121] *Ibidem*, 6
[122] Consiglio di Stato, (Sezione Terza), ordinanza 18/12/2020, n. 9208
[123] Una dottoressa commercialista aveva impugnato il regolamento vigente in materia di elezione dei Consigli degli Ordini dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei revisori dei conti, di fronte al Tar Lazio, chiedendone la sospensiva (insieme al provvedimento che fissava la data delle elezioni), poiché esso non conteneva alcuna disposizione volta «a contrastare le discriminazioni di genere ed a promuovere le pari opportunità» (Consiglio di Stato, (Sezione Terza), ordinanza 18/12/2020, n. 9208, 4). Anche in questa ipotesi si chiedeva, altresì, di sollevare una questione di legittimità costituzionale relativa al, regolamento in riferimento agli articoli 3 e 51 Cost. Il Tar Lazio aveva respinto l'istanza cautelare e il relativo provvedimento (Tar. Lazio, Roma, Sez. I, ordinanza 12 novembre 2020, n. 6927) era stato poi impugnato di fronte al Consiglio di Stato
[124] Consiglio di Stato, (Sezione Terza), ordinanza 18/12/2020, n. 9208, 6
[125] *Ibidem*, Diritto, 6. Aggiunge il Consiglio di Stato che una simile prospettazione «finisce per introdurre una sfera di insindacabilità dei regolamenti, pur in caso di acclarato contrasto con la disciplina di rango costituzionale, qualora tale disciplina non sia già passata per il filtro della legislazione ordinaria»
[126] Tar Lazio (Sezione Prima), sentenza 22/4/2020, n. 7724
[127] *Ibidem*, Diritto, 9

evidenziato il necessario coinvolgimento, nella sua promozione, di tutti i soggetti dell'ordinamento costituzionale, esplicitato dal riferimento espresso alla Repubblica. Ciò permette di ritenere «superata la questione del carattere precettivo o programmatico della disposizione»: il legislatore potrà e dovrà fondare su di essa l'intervento promozionale, scegliendone solo «mezzi e modalità»; ma anche «il potere amministrativo» risulterà *impegnato* nella stessa direzione, essendo chiamato «ad adottare ogni misura ritenuta necessaria ad eliminare gli ostacoli al principio di parità di accesso alle cariche elettive»[128]. Significativamente, inoltre, il giudice amministrativo, richiamando una precedente giurisprudenza amministrativa, conferma il «valore di norma immediatamente vincolante» dell'art. 51 Cost., in grado di «conformare ed indirizzare lo svolgimento della discrezionalità amministrativa ponendosi rispetto ad essa quale parametro di legittimità sostanziale»[129]. In questo senso, per il Tar Lazio l'equilibrio tra i due sessi assume «un'ulteriore dimensione funzionale», poiché acquista la natura di strumento di attuazione dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, sanciti dall'art. 97 Cost[130]. E, pur se l'art. 51 non definisce in modo «puntuale» la tipologia di interventi da adottare, resta comunque ferma, data la sua natura di «parametro di legittimità» dell'azione legislativa e amministrativa[131], la necessità di rispettarne il dettato, adeguando allo stesso anche il potere regolamentare degli organi degli Ordini professionali, come il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti[132].

La giurisprudenza amministrativa citata dà, dunque, conto dell'ormai acclarata dimensione di effettività del principio della parità di accesso alle cariche elettive, esplicitando, si può ritenere, quanto abbozzato dalla giurisprudenza costituzionale già nella sentenza n. 4 del 2010. Qui

[128] *Ibidem*, Diritto, 10
[129] *Ibidem*, Diritto, 10
[130] *Ibidem*, Diritto, 11. Qui il Tar Lazio richiama la decisione del Tar Lazio, sez. II, 25 luglio 2011, n. 6673, e sottolinea che «l'equilibrata partecipazione di uomini e donne (col diverso patrimonio di umanità, sensibilità, approccio culturale e professionale che caratterizza i due generi) ai meccanismi decisionali e operativi di organismi esecutivi o di vertice diventa nuovo strumento di garanzia di funzionalità, maggiore produttività, ottimale perseguimento degli obiettivi, trasparenza ed imparzialità dell'azione pubblica"»
[131] Tar Lazio (Sezione Prima), sentenza 22/4/2020, n. 7724, Diritto, 11
[132] *Ibidem*, Diritto, 14. Da qui nel regolamento censurato «si sarebbe dovuta inserire, nel rispetto della disciplina legislativa (che, pacificamente, non conteneva previsioni discriminatorie bensì si limitava, prima della riforma del 2020, a ignorare la problematica della parità di genere) una misura per contrastare la situazione esistente», 15. Conclude il Tar Lazio che «Dunque, poiché una corretta lettura dell'art. 51 della Costituzione implica che la promozione delle pari opportunità non sia demandata soltanto al legislatore ma veda il coinvolgimento di tutti i pubblici poteri, il Consiglio Nazionale avrebbe dovuto adottare in prima battuta e nell'attesa dell'intervento del legislatore le opportune misure per il rispetto della parità di genere sancito dall'art. 51, non essendogli consentito esercitare il potere regolamentare secondo modalità solo formalmente rispettose della legge ma sostanzialmente in contrasto, per ammissione dello stesso organo, al precetto costituzionale.»

l'effettività del principio trova eco nell'affermazione che «i legislatori costituzionale e statutario» (della Campania) «indicano la via delle misure specifiche volte a dare effettività ad un principio di eguaglianza astrattamente sancito, ma non compiutamente realizzato»[133]. In questo senso, dare effettività alle pari opportunità qui significa abbandonare l'astrattezza della formulazione dell'eguaglianza e scendere nella vita reale, dove l'eguaglianza è ancora da conseguire[134]. E sempre la Corte lo ricorda quando racchiude lo spazio discrezionale riservato alla "azione di governo" all'interno dei "vincoli posti da norme giuridiche", tra i quali si trova il principio delle pari opportunità, il cui rispetto è sempre sindacabile di fronte a un giudice, a garanzia proprio della sua effettività[135].

Queste affermazioni del giudice costituzionale, *seminate* nella giurisprudenza citata, sembrano avere, adesso, la possibilità di venire ricondotte a sistema.

Infatti, la Corte costituzionale è stata recentemente chiamata a pronunciarsi sul contrasto tra la normativa nazionale relativa all'elezione dei consigli comunali, per i comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti[136], e gli articoli 51.1, 3 e 117.1 Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 14 Cedu e all'art. 1 Prot. Add n. 12[137]. In particolare, il Consiglio di Stato, in qualità di giudice remittente, ritiene che la mancata previsione, all'interno della normativa per le elezioni nei comuni con meno di 5.000 abitanti, di una disposizione sanzionatoria per le liste che non assicurino la rappresentanza di entrambi i sessi costituisca una violazione del principio della parità di accesso

[133] Corte Costituzionale sentenza 4 del 2010, cons. dir. 3.1

[134] L'aspetto della effettività del principio di eguaglianza, messo in luce da L. Ferrajoli, *La differenza sessuale*, cit., 53, quando configura i due commi dell'art. 3 come "modello normativo integrato di eguaglianza formale e sostanziale basato sulla «pari dignità» delle differenze e insieme sulla garanzia della sua effettività". Il primo comma dell'art. 3, infatti, esprime l'eguaglianza della quale il secondo comma "esplicita il carattere normativo e progettuale". In sostanza, per l'A. il secondo comma si fonda sul "riconoscimento" della "virtuale ineffettività" dell'eguaglianza, dovuta alla presenza di ostacoli che, come lo stesso art. 3.2 prescrive, devono essere rimossi

[135] Corte Costituzionale sentenza 81 del 2012, cons. dir. 4.2. Questa strada era stata già aperta dal Consiglio di Stato con la sentenza del 2011 (Consiglio di Stato. Sez. V, n. 4502/2011, contro cui la Regione Campania aveva proposto il conflitto di attribuzione deciso dalla Corte con la sentenza 81 del 2012), che, annullando il decreto di nomina della Giunta regionale campana, riconosceva effettività giuridica alla disposizione, contenuta nello Statuto regionale, che promuove "un diritto fondamentale (che ha dignità costituzionale) come la parità uomo donna non sulla carta, ma nella realtà sociale", effettività che necessariamente si accompagna alla previsione di strumenti giuridici e giudiziari per la sua tutela

[136] Si tratta dell'art. 71.3 bis del Dlgs 18/8/2020, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali e degli artt. 30, d) ed e) del Dpr 16/5/1960, n. 570, Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali

[137] Consiglio di Stato (Sezione Terza) ordinanza 4/6/2021, n. 4294. Si veda la nota di A. L. Rum, *Ancora tracce di vulnus al principio di uguaglianza sostanziale: le diseguaglianze di genere nella normativa nazionale in materia elettorale. La Terza Sezione del Consiglio di Stato solleva questione di legittimità costituzionale*, in *ildirittoamministrativo.it*, 7, luglio 2021

alle cariche elettive dell'art. 51 Cost. Sotto il profilo della non manifesta infondatezza, il Collegio richiama la «natura immediatamente precettiva e non meramente programmatica» della disposizione, nonché l'estensione dell'impegno all'adozione delle relative misure promozionali all'intera Repubblica[138] e valorizza la partecipazione politica, rispetto alla quale le diseguaglianze vanno eliminate, in quanto «possibilità di rendersi portavoce di un centro di interessi»[139]. Questo aspetto, riguardo alla parità di genere, riceve piena concretizzazione nella disciplina per l'elezione del Parlamento Europeo, delle Camere, dei Consigli regionali e comunali, pur se con strumenti diversi. Il solo ambito nel quale la parità di genere *arretra*, perdendo la sua effettività, è la normativa per l'elezione dei consigli dei comuni con meno di 5.000 abitanti. Qui, rileva il Consiglio di Stato, «la tutela della parità di genere "cede" in contesti aggregativi di modeste dimensioni, nonostante questi rappresentino dei centri propulsivi di assoluta importanza nella vita del Paese»[140]: per questi il principio della parità di accesso alle cariche elettive non possiede alcuna effettività, a causa della carenza di sanzioni per le liste che non ne siano rispettose[141].

Dunque, la concreta operatività del principio delle pari opportunità in materia di accesso alle cariche elettiva, che era stata esclusa dal Tar Puglia nella sentenza del 16/1/2021 che si è prima esaminata, anch'essa relativa alla materia elettorale, viene ora posta dal Consiglio di Stato all'attenzione del giudice costituzionale, che ha così la possibilità di riprendere il cammino là dove si era fermato nel 2012.

[138] Consiglio di Stato (Sezione Terza) ordinanza 4/6/2021, n. 4294, 15

[139] Questo si dice essere «patrimonio umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità del genere», Consiglio di Stato (Sezione Terza) ordinanza 4/6/2021, n. 4294, 15

[140] Consiglio di Stato (Sezione Terza) ordinanza 4/6/2021, n. 4294, 19

[141] *Ibidem*, 19. Aggiunge il Consiglio di Stato che «In tema di parità di genere, non può dirsi supportata da razionalità la misura che esclude dall'ambito della sua applicazione milioni di cittadini - e specialmente di cittadine – per il solo fatto di vivere in aree urbane a bassa densità demografica. Nessuna evidenza statistica, sociologica o scientifica esclude che in questi Comuni sia superfluo un intervento promozionale del legislatore. Intervento che, anzi, può risultare talora indispensabile per le minori opportunità che alcuni piccoli o piccolissimi offrono rispetto alle grandi aree urbane.», 20

10. Alcune considerazioni conclusive

Nelle pagine precedenti si è cercato di descrivere l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale[142] sul principio della parità di accesso alle cariche elettive[143]. Le fattezze del principio, per come tratteggiate dalla Corte, descrivono la "parità effettiva" tra uomini e donne come «finalità (…) positivamente apprezzabile dal punto di vista costituzionale» e guardano all'obiettivo del riequilibrio e della conseguente «doverosa (l')azione promozionale» come contenuti propri del testo costituzionale, riformato nel 2001 e nel 2003[144].

Ancora, il disegno della Corte ricollega la parità espressa nel nuovo testo dell'art. 51.1 alla prospettiva sostanziale dell'eguaglianza, che vuole impegnata la Repubblica "anche" in un «compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini»[145]; allo stesso modo si riconduce «il principio fondamentale dell'effettiva parità tra i sessi nella rappresentanza politica nazionale e regionale, allo spirito dell'art. 3, secondo comma Cost.»[146]. La Corte, infine, riveste le pari opportunità del mantello dei «principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo» e del carattere di "canone di legalità", cui «la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto»[147].

Questi aspetti sono stati ripresi, poi, nella giurisprudenza amministrativa, le decisioni del Tar Lazio e del Consiglio di Stato del 2021, che si sono analizzate, tutte caratterizzate dall'esigenza rendere effettivo il principio delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive[148].

Tuttavia, entrare nella dimensione dell'effettività richiede un cambio di approccio.

Richiede, cioè, di muoversi, in modo irreversibile, nella prospettiva sostanziale dell'eguaglianza, di promuovere e predisporre misure che operino concretamente sul campo, richiede ancora di

[142] Sul ruolo della Corte si veda N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivistaic*, 4, 2017, 15

[143] Sul contributo della Corte nella promozione della parità di genere si esprime S. Cecchini, *La Corte Costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Napoli, 2021

[144] Corte Costituzionale sentenza 49 del 2003, cons. dir. 4

[145] Corte Costituzionale ordinanza 39 del 2005, diritto

[146] Corte Costituzionale sentenza 4 del 2010, cons. dir. 3.1

[147] Corte Costituzionale sentenza 81 del 2012, cons. dir. 4.2

[148] Restano, tuttavia, ben salde le divergenti posizioni di altra giurisprudenza amministrativa, come nel caso della sentenza del Tar Marche, n. 557 del 2021, che ha confermato piena legittimità degli atti di nomina della giunta regionale da parte del presidente, pur con la presenza di una sola donna tra gli assessori, presenza ritenuta sufficiente a rispettare la previsione dello Statuto regionale, che, all'art. 7.2 stabilisce che sia garantita la rappresentanza tra i due sessi

reclamare la partecipazione di tutti i soggetti dell'ordinamento, dal legislatore ai giudici, costituzionale e ordinario, ai partiti, ai cittadini.

Questa effettività, così intesa, potrà allora anche rendere necessaria l'attivazione del legittimo esercizio del potere sostitutivo dello Stato, a tutela dell'unità giuridica della Repubblica, come nel caso del dl. 86 del 2020, facendosi *caso straordinario di necessità e urgenza* dell'art. 77 Cost., che muove il potere normativo del governo. O potrà richiedere che, in una competizione elettorale, non solo l'elettore possa esprimere una doppia preferenza di genere per due candidati di sesso diverso, ma anche che questa possibilità sia *reale* e *concreta*, con l'esclusione dalla tornata elettorale delle liste che la vanifichino, attraverso la violazione della quota della quota del 60% di candidati dello stesso sesso, come indicato nel ricorso al Tar Puglia per le elezioni del consiglio regionale del settembre 2020[149].

Muoversi in questa nuova prospettiva, pur non sconosciuta al giudice costituzionale, potrebbe anche richiedere una cambiamento di valutazione: le misure finora messe in campo, infatti, dalla preferenza di genere alla quota di lista, dalle sanzioni alle premialità, caratterizzate tutte dall'obiettivo della parità di *chances*, dal fine della garanzia di eguali condizioni di partenza, non hanno raggiunto lo scopo del riequilibrio nella presenza dei sessi, realizzando una vera parità tra donne e uomini. Di fronte, quindi, ad un *ostacolo* che non si riesce a *rimuovere*, di fronte ad una diseguaglianza *di fatto* che continua a persistere, potrebbe forse valere la pena di riconsiderare le ragioni che nel 1995 hanno condotto la Corte a dichiarare l'incostituzionalità delle azioni positive. Potrebbe, cioè, guardarsi insieme all'evoluzione del sentire della società sul tema delle pari opportunità, alle violazioni portate all'attenzione dei giudici di merito[150] e ai risultati concreti delle soluzioni legislative sperimentate, che, come in ultimo mostra la vicenda pugliese, non possono dirsi soddisfacenti.

[149] La composizione paritaria della lista, deve, infatti, essere prescritta a pena della sua inammissibilità. Affermare, infatti, come fa la legge 165 del 2004, nel testo riformato dalla legge 20 del 2016, che «in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60% del totale» non lascia spazio a diverse, possibili interpretazioni, si veda il ricorso al Tar Puglia, cit., 11. Sulla precettività del principio delle pari opportunità nella vicenda pugliese si veda M. G. Rodomonte, *A proposito della natura prescrittiva del principio di "parità di accesso alle cariche elettive". riflessioni a partire da una recente sentenza del giudice amministrativo sulla carenza di strumenti sanzionatori "reali" nella legge elettorale pugliese*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2021, 129 ss.

[150] N. Zanon, *Corte costituzionale*, cit. 14, considera le ordinanze di rimessione, numerose e concordanti, quali elementi che entrano nella valutazione di un cambio nella giurisprudenza della Corte. In questo senso, la vicenda portata dinanzi al Tar Puglia rappresentava un'occasione importante per richiamare l'intervento del giudice costituzionale

In altri termini, si potrebbe provare a immaginare strumenti non solo volti a rimuovere gli ostacoli in modo *indiretto*, ma strumenti che si avvicinino al *risultato* più di quanto finora sia avvenuto[151], muovendosi nella *prospettiva* di un'azione positiva, pur restando sempre nel perimetro della *temporaneità* e della *provvisorietà*, del carattere *sperimentale* ed *emergenziale*; strumenti, infine, assoggettabili in qualunque momento al vaglio del giudice costituzionale.

E ciò nella consapevolezza che nella garanzia di effettività del principio delle pari opportunità si riflette l'effettività della stessa Costituzione, se è vero che, come ricordava Costantino Mortati nella sua *Introduzione* alla "Costituzione di Weimar" del 1946[152]: «Il successo di una costituzione non può essere affidato ai programmi che essa contiene, bensì all'efficacia dei congegni che essa riesca a porre in essere (…)»[153].

[151] Non solo, cioè, azioni «imposte nella misura minima di una non discriminazione, ai fini della candidatura, a sfavore dei cittadini di uno dei due sessi», riguardo alla composizione paritaria delle liste, sentenza 49 del 2003, cons. dir. 4.1; o tecniche finalizzate a «predisporre condizioni generali volte a favorire il riequilibrio nella rappresentanza politica», sentenza 4 del 2010, cons. dir. 3.2, «facoltà aggiuntiva» che introduce «solo in questo ristretto ambito, una norma riequilibratrice, volta ad ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva» (cons. dir. 3.3) o meccanismo non «costrittivo, ma solo promozionale» (cons. dir. 4), riguardo alla doppia preferenza di genere. Alle azioni positive fa riferimento il Consiglio di Stato, nella ordinanza n. 4294 del 2021, richiamando l'intervento del legislatore nazionale sulla disciplina elettorale nei diversi livelli di governo (18)

[152] In *Per la storia del pensiero giuridico*, n. 120, Milano, 2019, 54

[153] «Onde assicurare il mantenimento di un certo equilibrio sociale, e pertanto presuppone che un siffatto equilibrio si sia, più o meno stabilmente, raggiunto»

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2021
Data: 7 settembre 2021

I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne: dal Caso Oliva al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza[*]

di **Chiara Tripodina** – *Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università del Piemonte Orientale*

ABSTRACT: In this essay the author reflects on the obstacles to the substantial equality between men and women. She focuses not so much on so-called "glass ceiling", which prevents women from reaching top positions in politics, culture or economics, but on what she calls "the stone steps" of gender equality: that is, the obstacles that affect every woman, every day, starting from the asymmetrical distribution of family work, domestic and care. She reflects on private and public impacts of these barriers, and possible social policies necessary for the pursuit of greater equality between men and women, paying attention to the National Recovery and Resilience Plan for Italy.

SOMMARIO: 1. Dall'uguaglianza formale all'uguaglianza sostanziale. – 2. I fili dell'uguaglianza tra uomini e donne e i loro intrecci. – 3. Visione costituente e realtà. – 4. Soffitti di cristallo e gradini di pietra. – 5. Gradini di pietra: ricadute private… – 6. … e ricadute pubbliche. – 7. Il paradosso italiano. – 8. Politiche per risalire i gradini di pietra. – 9. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: parole e fatti. – 10. Si può e si deve fare di più.

[*] Relazione al Seminario di Studi AIC, *La parità dei sessi nell'ordinamento costituzionale. Sessant'anni dopo la storica sentenza n. 33 del 1960*, 5 febbraio 2021.

Aiutateci tutti a sciogliere veramente e completamente
tutti i legami che ancora avvincono le mani delle nostre donne
e avrete nuove braccia, liberamente operose per la ricostruzione d'Italia
[Teresa Mattei, Assemblea costituente, seduta del 18 marzo 1947]

1. Dall'uguaglianza formale all'uguaglianza sostanziale

Il caso di Rosa Oliva, la giovane dottoressa in giurisprudenza che nel 1960, con il patrocinio legale di Costantino Mortati, chiese che fosse portata di fronte alla Corte costituzionale la legge che le impediva di intraprendere la carriere prefettizia in quanto donna, rappresenta un fondamentale marca-tempo nel cammino della parità di genere[1]. È grazie a sentenze come la 33 del 1960 e a importanti riforme legislative che si sono succedute nel tempo se oggi noi possiamo dire che l'uguaglianza formale tra uomini e donne davanti alla legge e nella legge è fondamentalmente raggiunta nel nostro Paese[2].

Sessant'anni dopo quella storica sentenza, ciò per cui ancora occorre lottare con non minore determinazione di Rosa Oliva è l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne: per abbattere quegli ostacoli, meno appariscenti di una preclusione per legge ma più pervasivi e persistenti (il costume, gli stereotipi, i pregiudizi, i costrutti di potere…), che continuano a limitare di fatto la libertà e

[1] La sent. 33/1960 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, l. 1176/1919, *Disposizioni sulla capacità giuridica della donna*, che disponeva «l'esclusione delle donna da tutti gli uffici pubblici che comportano l'esercizio di diritti e potestà politiche». Afferma la Corte: «non può essere dubbio che una norma che consiste nell'escludere le donne in via generale da una vasta categorie di impieghi pubblici, debba essere dichiarata incostituzionale per l'irrimediabile contrasto in cui si pone con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizione di uguaglianza»: tale articolo è infatti «non solo una specificazione, ma anche una conferma» del principio di uguaglianza davanti alla legge.

In stretta continuità con la sent 33/1960, la l. 66 del 1963 permise finalmente l'accesso delle donne a tutte le cariche, professioni e impieghi pubblici, compresa la magistratura (sull'accesso delle donne in tutti gli ordini e gradi della magistratura, si veda il dibattito in *Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 31 gennaio 1947* e *seduta antimeridiana del 26 novembre 1947*).

[2] Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di parità dei sessi, *ex multis*, L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *federalismi.it*, n. 7/2021, pp. 39 ss.; L. CARLASSARE, *La parità dei sessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Del Re, V. Longo, L. Perini (a cura di), *I confini della cittadinanza. Genere, partecipazione politica e vita quotidiana*, Franco Angeli, Milano, 2010, p. 11 ss.; M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2020, pp. 75 ss.; B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 35 ss.; G. SORRENTI, *Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica. Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzione in base al sesso*, in *RivistaAIC*, n.2/2020, pp. 438 ss.

l'uguaglianza delle donne, impedendo loro, sul lato interno, il pieno sviluppo come persone e, sul lato esterno, l'effettiva partecipazione alla costruzione politica, economica, culturale e sociale del Paese.

Se, infatti, può bastare una sentenza della Corte costituzionale o una revisione legislativa per cancellare una discriminazione formale, assai più arduo e lungo è il cammino per superare le disuguaglianze sostanziali tra uomini e donne.

L'aveva colto perfettamente Teresa Mattei – la più giovane dei costituenti, con i suoi venticinque anni al momento dell'elezione - in un suo storico intervento in Assemblea costituente, nella seduta del 18 marzo 1947, quando aveva insistito per l'inserimento delle due parole "di fatto" nel secondo comma dell'articolo 3[3]. «Il riconoscimento della raggiunta parità» tra uomini e donne «è un buon punto di partenza per le donne italiane, ma non certo un punto di arrivo», disse. «Le donne italiane desiderano qualche cosa di più, qualche cosa di più esplicito e concreto che le aiuti a muovere i primi passi verso la parità di fatto, in ogni sfera, economica, politica e sociale, della vita nazionale», disse. «Secoli e secoli di arretratezza, di oscurantismo, di superstizione, di tradizione reazionaria» pesano sulle spalle delle donne italiane, disse. Se la Repubblica vuole che esse collaborino «alla costruzione di una società nuova e più giusta, è suo compito far sì che *tutti gli ostacoli* siano rimossi dal loro cammino»: non solo quelli posti sulla «via solenne del diritto», ma soprattutto quelli «creati dal costume, dalla tradizione, dalla mentalità corrente del nostro Paese», disse[4].

Ecco: a che punto siamo oggi nella rimozione di *questi ostacoli* – quelli creati dal costume, dalla tradizione, dalla mentalità corrente - all'uguaglianza sostanziale tra donne e uomini e nella costruzione di condizioni di piena ed effettiva parità?

[3] Nella seduta del 18 marzo 1947 Teresa Mattei propone «che sia migliorata la forma del secondo comma dell'articolo 7 [poi 3] nel seguente modo: "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli d'ordine economico e sociale che limitano '*di fatto*' — noi vogliamo che sia aggiunto — la libertà e l'eguaglianza degli individui e impediscono il completo sviluppo della persona umana". Voi direte che questo è un pleonasmo. Noi però riteniamo che occorra specificare "di fatto"».

[4] Teresa Mattei, *Assemblea costituente, seduta del 18 marzo 1947*.

2. I fili dell'uguaglianza tra uomini e donne e i loro intrecci

Per una corretta ricostruzione del principio di uguaglianza tra uomini e donne, occorre procedere all'intreccio di molteplici fili, come trama e ordito.

Oltre ai fili dell'*uguaglianza formale*, davanti alla legge e nella legge, e dell'*uguaglianza sostanziale*, di fatto e nella società, distinti ma inscindibili[5], vi sono altri fili che rilevano: quello anatomico-biologico del *sesso*, che attiene eminentemente alla diversità dei corpi di uomini e donne, e quello culturale-sociale del *genere*, che rimanda alle categorie del maschile e del femminile[6].

Queste coppie di fili, a loro volta, si intersecano tra loro: «la dialettica tra uguaglianza formale e sostanziale si intreccia alla dialettica sesso/genere»[7].

Ne risulta che il principio di uguaglianza formale ha principalmente una funzione *anti-discriminazione*, a evitare che il mero dato di essere uomo o donna possa essere elemento di inclusione o esclusione nel godimento dei diritti[8]. Il principio di uguaglianza sostanziale mira, invece, a scardinare le disuguaglianze che persistono nella individuazione dei ruoli e nelle aspettative di genere maschio-femmina, come costrutti mentali e pregiudizi culturali e sociali: ha dunque principalmente una funzione *anti-disuguaglianza*. O, come è stato acutamente detto, *anti-subordinazione*[9]. Giacché per eradicare le disuguaglianze di genere non basta consentire l'accesso delle donne, in condizioni di uguaglianza, negli spazi prima riservati ai soli uomini; occorre ripensare gli spazi stessi: non si tratta di una mera assimilazione del femminile al maschile, ma di

[5] Nello stesso senso B. PEZZINI, *Costruzione del genere e costituzione*, in B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Vol. I, Bergamo, Bergamo University Press-Sestante edizioni, 2012, p. 39.

[6] Sulla differenza tra "sesso" e "genere" sotto il profilo del principio di uguaglianza, B. PEZZINI, *Costruzione del genere e costituzione*, cit., pp. 3 s. e p. 45. Si veda anche M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 420.

[7] B. PEZZINI, *Costruzione del genere e costituzione*, cit., p. 39.

[8] Sulla non assimilabilità tra "discriminazioni" e "differenziazioni irragionevoli", G. SORRENTI, *Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica*, cit., pp. 438 ss.: «Una discriminazione non è equiparabile a una mera differenziazione irragionevole […], bensì […] consiste in una *odiosa* differenziazione». Sorrenti riprende e sviluppa il pensiero di A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in L. Carlassare (a cura di), *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, Cedam, 2002, pp. 75 ss.

[9] B. PEZZINI, *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi: il principio antisubordinazione di genere*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 11 ss.

una riconsiderazione dell'universale in chiave di tutela e valorizzazione delle differenze tra i generi[10].

Questa lettura alla luce dell'intreccio di molteplici fili – principio di uguaglianza formale/principio di uguaglianza sostanziale; sesso/genere; anti-discriminazione/anti-subordinazione – consente, da un lato, di restituire ricchezza e complessità al principio di uguaglianza e, dall'altro, di riconoscere e distinguere la pluralità dei suoi fini: contrastare le discriminazioni, superare le disuguaglianze, tutelare le differenze[11].

Se, infatti, le *discriminazioni* ledono il principio di pari dignità sociale di uomini e donne (art. 3.1. Cost.) e le *disuguaglianze* limitano di fatto la libertà, il pieno sviluppo, e l'effettiva partecipazione delle donne (art. 3.2 Cost.), e vanno per questo superate e contrastate, le *differenze* sono invece ciò che rende ogni persona unica, diversa dall'altra nel precipitato del suo vissuto e dei suoi legami, e vanno perciò massimamente tutelate alla luce del principio personalista (art. 2. Cost.).

È questo il sottile ma netto crinale che ci è dato nel cammino dell'uguaglianza nelle questioni di genere: da un lato, combattere contro le discriminazioni e le disuguaglianze; dall'altro, preservare e avvalorare le differenze[12].

3. Visione costituente e realtà

Per questo impegnativo ed esposto cammino sul crinale dell'uguaglianza, la Costituzione non ci dà i soli riferimenti degli articoli 2 e 3, ma puntella la via con una serie di altre disposizioni riferite alle sfere della vita in cui le differenze tra uomini e donne si sono storicamente tradotte in discriminazioni e disuguaglianze: nella vita familiare (art. 29.2; 30.1.; 31 Cost.); nella vita

[10] Sulla tutela della differenza come espressione – e non antitesi - del principio di uguaglianza L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza: sono davvero incompatibili?*, in G. Boancchi A. Groppi (a cura di), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Roma-Bari, Laterza, 1993, pp. 33 ss.; IDEM, *Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?* in *Democrazia e diritto*, n. 1/1996, pp. 53 ss.

[11] Su questi differenti profili e fini anche L. FERRAJOLI, *Il principio di uguaglianza e la differenza di genere*, in *giudicedonna.it*, n. 3/2015, pp. 2 ss.

[12] Nello stesso senso M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, cit., p. 417: «una delle sfide più complesse della nostra epoca è quella di eliminare le discriminazioni senza sacrificare la diversità. Preservare ad un tempo le identità e le differenze senza perpetuare discriminazioni e svantaggi».

lavorativa (art. 37 Cost.); nella vita politica (art. 51 Cost.) e in generale «nella vita sociale, culturale ed economica» (art. 117.7 Cost.).

Non è qui il luogo per ripercorrere compiutamente questi articoli, né l'attuazione legislativa e giurisprudenziale che hanno avuto. Tuttavia la loro lettura sistematica mette in evidenza come le diverse vite di cui la Costituzione si occupa – familiare, lavorativa, politica - non sono tra loro separate, ma strettamente interconnesse. Sicché le disuguaglianze che persistono e insistono in una vita riverberano, come un'onda, in tutte le altre: disuguaglianze nella vita familiare si riflettono nelle condizioni della vita lavorativa e nella vita politica; viceversa, disuguaglianze nella vita politica o nella vita lavorativa hanno ricadute sulle condizioni della vita familiare delle donne.

Come avevano perfettamente inteso i costituenti e le costituenti, pertanto, la questione di genere va affrontata nella sua complessità e integralità, essendo inutili interventi separati e settoriali.

Nonostante la lungimiranza della visione costituente, volta a ridisegnare gli spazi sociali rompendo la correlazione tra spazi pubblici abitati solo da uomini e spazi privati abitati solo da donne[13], tuttavia in Italia siamo ancora lontani dall'inveramento di una società autenticamente "duale", segnata dalla presenza dei due generi in tutti gli ambiti di vita, con una divisione dei ruoli perfettamente interscambiabile: ancora forte è la prevalenza degli uomini nella vita pubblica, lavorativa e politica, e delle donne nella vita privata e familiare. La ridefinizione dei ruoli in Italia è avviata, ma sicuramente non ancora approdata.

D'altra parte «l'erosione dei paradigmi ha una sua intrinseca logica di gradualità»[14]: occorre tempo per abbattere gli *idola tribus*, tanto più questi sono profondamente radicati nelle strutture mentali, culturali e ordinamentali di una società[15]. Non basta una sentenza della Corte costituzionale, un provvedimento legislativo, una riforma costituzionale per demolire uno stereotipo o un pregiudizio. È necessario tempo perché il mutamento percoli in profondità, impregni il terreno circostante e poi riemerga. In un processo circolare, in cui società e ordinamento si alimentano a

[13] B. PEZZINI, *Costruzione del genere e costituzione*, cit., p. 13 parla, con l'adozione della Costituzione, di «rivoluzione *topografica* nel disegno dello spazio pubblico e privato per linee di genere». Di "sconfinamento" delle donne in uno spazio pubblico originariamente riservato ai soli uomini parla anche L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, cit., pp. 39 ss.

[14] B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, cit., p. 107.

[15] Sui più diffusi stereotipi sessisti, ISTAT, *Gli stereotipi sui ruoli di genere e l'immagine sociale della violenza sessuale – anno 2018*, novembre 2019, *su www.istat.it*.

vicenda ed evolvono insieme: talvolta l'ordinamento segue e rispecchia, talaltra spinge e orienta il mutamento sociale[16].

4. Soffitti di cristallo e gradini di pietra

Dovendo pensare ai principali ostacoli all'eguaglianza sostanziale di donne e uomini che permangono in questo momento storico, vengono in evidenza due livelli del discorso distinti, benché intrecciati.

C'è il livello della vita pubblica-politica: l'accesso non ancora paritario alle cariche rappresentative, alle posizioni apicali negli organi di governo e di garanzia, in generale ai vertici delle carriere professionali più rilevanti sotto il profilo pubblico: il famoso *soffitto di cristallo*. In questa sfera c'è un cammino in corso, per il cui avanzamento sono parimenti indispensabili, da un lato, le clausole costituzionali e la legislazione incentivante la parità di genere; dall'altro, una profonda evoluzione culturale e politica, che deve interessare la classe dirigente che scrive le leggi, che fa le nomine, che elegge gli organi, ma anche i cittadini e le cittadine che esercitano l'elettorato attivo. L'obiettivo è quello della presenza paritaria di uomini e donne sulla scena politica e ai vertici delle istituzioni, segno tangibile di una democrazia duale matura[17], nella quale le donne non sono certo chiamate a rappresentare "interessi di genere" – il che sarebbe in urto con l'idea moderna di universalità e generalità della rappresentanza[18] –, ma a portare nella determinazione dell'agenda politica e nella sua attuazione la loro specificità, affinché essa vada a integrare quella pari, ma inevitabilmente diversa, degli uomini[19].

[16] Così anche M. CARTABIA, *Attuare la Costituzione: la presenza femminile nelle istituzioni*, M. D'Amico (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 37.

[17] Sulla democrazia duale, B. PEZZINI, *Costruzione del genere e costituzione*, cit., p. 8; M. CAIELLI, *Per una democrazia duale: perché il genere dei nostri rappresentanti continua ad avere importanza*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, cit., pp. 93 ss.

[18] G. BRUNELLI, *Donne e politica. Quote rosa? Perché le donne in politica sono ancora così poche?*, Bologna, il Mulino, 2006, pp. 17 ss.; L. CARLASSARE, *La rappresentanza femminile: principi formali ed effettività*, in F. Bimbi, A. Del Re (a cura di), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1997, p. 86; L. FERRAJOLI, *Differenze di genere e garanzie di uguaglianza*, in F. Bimbi, A. Del Re (a cura di), *Genere e democrazia*, cit., pp. 93 ss.; A. MANGIA, *Rappresentanza di "genere" e "generalità" della rappresentanza*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 79 ss.

[19] In questo senso, G. BRUNELLI, *Donne e politica*, cit., p. 11.

C'è poi il livello della vita privata-familiare e della vita sociale-lavorativa: della vita, cioè, che riguarda quotidianamente ogni uomo e ogni donna. Ciò che vorrei chiamare i *gradini di pietra* della parità di genere. Ed è ciò su cui vorrei porre l'attenzione: gli ostacoli "di fatto" in cui ogni donna inciampa ogni giorno.

A partire dall'asimmetrica distribuzione del lavoro familiare, domestico e di cura, tra uomini e donne. I dati statistici sono chiari e inequivocabili: in una coppia tra i 25 e i 64 anni, sul totale del carico di lavoro familiare, quello della donna rappresenta il 21,7% della sua giornata (pari a 5h13'), contro il 7,6% di quello degli uomini (1h50'); in una coppia di genitori entrambi occupati tra i 25 e i 44 anni ("giovani adulti"), il 67,3% del lavoro familiare è a carico della donna; il 75% se la madre non è occupata[20].

Che il lavoro di cura gravi per la gran parte sulle spalle delle donne può essere frutto di scelta, di adesione alle proprie aspirazioni e inclinazioni; ma più spesso è frutto di un radicato schema sociale di distribuzione dei carichi familiari che alla donna si impone.

Lamentare questa impari distribuzione non è, si badi, recriminazione da *desperate hausewives*: solo a una lettura superficiale essa può apparire irrilevante per il diritto. In realtà è la radice di molte altre disuguaglianze[21], con in importanti ricadute private e pubbliche.

5. Gradini di pietra: ricadute private…

L'asimmetrica distribuzione del carico di lavoro familiare ha, in primo luogo, importanti ricadute private, perché, a causa di ciò, molte donne sono costrette a rinunciare a una vita lavorativa fuori dalle mura di casa, per dedicarsi esclusivamente al lavoro domestico e di cura.

O, all'apposto, sono portate a rinunciare a costruire una famiglia pur di lavorare; anche se in questi casi spesso non si tratta di una rinuncia consapevole, ma piuttosto di un continuo rinvio in attesa di condizioni economiche e di contesto più favorevoli, che però non arrivano mai. Sono soprattutto le donne più fragili sotto il profilo economico e culturale che possono trovarsi strette in

[20] ISTAT, *I tempi della vita quotidiana* (anno di riferimento 2014), novembre 2016, su www.istat.it. Viceversa il lavoro retribuito occupa il 19,4 % del giorno medio degli uomini (4h39') contro il 9,9% delle donne (2h37').

[21] Come ha evidenziato anche l'Istituto Europeo per l'Uguaglianza di genere, che nel 2019 ha concentrato il suo *Gender Equality Index* proprio sull'equilibrio tra lavoro e vita privata (EIGE, *Gender equality index score for Italy – 2019*, su *www.eige.europa.eu*).

questa penalizzante alternativa[22].

Più spesso le donne sono in una via di mezzo, in cui cercano di tenere in difficile equilibrio le due vite, quella familiare e quella extrafamiliare (le "equilibriste"[23]). In ogni caso la maternità è da molte vissuta o temuta – come già denunciava Nilde Iotti in Assemblea costituente – alla stregua di «un peso e non fonte di gioia e aiuto per lo sviluppo della propria persona»[24].

I dati, nella loro asciuttezza, sono eloquenti e aiutano a dare concretezza a queste riflessioni[25].

In Italia nel II trimestre 2020 è occupata il 48,4% delle donne, contro il 66,6% degli uomini[26]: è il divario di genere – al 18,2% - più marcato rispetto alla media UE[27]. Il Covid-19 ha ulteriormente inciso su questa già grave situazione: basti qui ricordare il solo drammatico dato del mese di dicembre 2020, per cui su 101.000 posti di lavoro persi a causa della crisi economica innescata dalla pandemia, 99.000 sono di donne; 2.000 di uomini. Ma in generale nel 2020, su quattro lavoratori che hanno perso il lavoro, tre sono donne: 312.000 contro 132.000.

Eppure in Italia hanno il diploma il 64,4 % delle donne (*vs* il 59,8% degli uomini); il 22,6% ha conseguito una laurea (*vs* il 16,8% degli uomini); dei dottori di ricerca, circa il 54% è donna. Quindi non è un problema di merito: le giovani donne hanno livelli di istruzione più elevati rispetto ai loro pari uomini. E tuttavia si registrano gravi differenziali a loro sfavore nei tassi di occupazione all'uscita dagli studi.

Nella scarsa partecipazione delle donne nel mercato del lavoro un ruolo fondamentale è giocato proprio dalla difficoltà di conciliazione tra carichi familiari e carichi di lavoro extradomestico. Ciò è reso evidente dal fatto che la differenza nei tassi di occupazione tra uomini e donne sono più ampie se le donne hanno figli (il divario di genere passa dal 18,2% al 28,5%). Inoltre, tra le stesse donne, il tasso di occupazione delle donne tra i 25 e 49 anni è l'81% se vivono da sole; il 70,8% se vivono in coppia senza figli; crolla al 56,4% se sono madri[28].

---

[22] ISTAT, *Rapporto annuale 2019 – La situazione del paese*, giugno 2019, p. 114.

[23] SAVE THE CHILDREN, *Le equilibriste. La maternità in Italia 2020*, su *www.savethechildren.it*.

[24] Nilde Iotti, *Relazione sulla famiglia, Prima sottocommissione, Assemblea costituente*.

[25] Si riportano qui dati Istat riferiti agli anni 2019-2020.

[26] L'occupazione femminile varia poi molto all'interno del Paese, passando dal 59,7% del Nord al 55,9% del centro e al 32,8% del Sud.

[27] Per la media europea, le donne che lavorano sono il 61,7% e gli uomini il 72,1% e il divario è al 10,4%. I dati Eurostat confermano i dati Istat: il tasso di occupazione femminile in Italia nel 2019 è il più basso tra i paesi UE, con il divario di occupazione di genere più ampio (su *www.ec.europa.eu/eurostat*).

[28] ISTAT, *Conciliazione tra lavoro e famiglia – Anno 2018*, novembre 2019. Il gap rispetto alle donne senza figli si riduce al crescere del titolo di studi: il tasso di occupazione delle donne con un elevato titolo di studio è superiore al 70% indipendentemente dal ruolo in famiglia.

L'11,1% delle donne italiane dichiara di non avere mai lavorato per occuparsi dei figli, ed è un fenomeno che riguarda esclusivamente il genere femminile[29]. Le donne che lavorano, invece, smettono di lavorare alla nascita del primo figlio nel 11% dei casi; al secondo figlio nel 17% dei casi; al terzo o più figli nel 19% dei casi.

Anche chi non lascia il lavoro dichiara di aver rimodulato il lavoro extradomestico in funzione del lavoro di cura (il 38,8% delle madri occupate, contro l'11,9% degli uomini): le donne in *part-time* sono ormai un terzo delle occupate (32,8%, contro l'8,7% degli uomini)[30].

Ed è un serpente che si morde la coda: i disequilibri all'interno della famiglia si riflettono sulla posizione lavorativa della donna, e la debolezza lavorativa della donna si riflette sui compiti familiari: «se le donne guadagnano meno degli uomini, se hanno minori possibilità di carriera e sono occupate in lavori meno retribuiti, diventano il soggetto più debole e più sacrificabile nella coppia»[31].

6. … e ricadute pubbliche

Queste vicende private hanno rilevantissime ricadute pubbliche.

Se le donne rinunciano al lavoro per dedicarsi ai figli e alla famiglia, si hanno gravi *effetti sulla crescita economica del Paese.*

Questo è messo perfettamente in luce dalla *womenomics, neologismo teso a* sintetizzare *la teoria per la quale* un maggior incremento e integrazione delle donne nel mondo del lavoro non risponderebbe solo a principi di equità**,** ma soprattutto di efficienza economica. L'equazione

[29] ISTAT, *Conciliazione tra lavoro e famiglia – Anno 2018*, novembre 2019. In Europa la media delle donne che non ha mai lavorato per occuparsi dei figli è il 3,7%. In Italia, anche tra le laureate è frequente la presenza di donne che non hanno mai lavorato per prendersi cura dei figli, oppure che abbiano avuto per questo motivo una interruzione lavorativa, anche se in misura minore rispetto alle donne non laureate.

[30] Tutti i precedenti dati sono su www.istat.it. In particolare essi sono analizzati in ISTAT, *Conciliazione tra lavoro e famiglia – Anno 2018*, novembre 2019; *Misure a sostegno della partecipazione delle donne al mercato del lavoro e per la conciliazione delle esigenze di vita e di lavoro (AA.C 522, 615, 1320, 1345, 1675, 1732, 1925)*, Audizione della Dott.ssa Linda Laura Sabbadini per l'Istat, IX Commissione Lavoro pubblico e privato, Camera dei Deputati, Roma, 26 febbraio 2020; *Esame della proposta di legge 1818 (Murelli) e 1885 (De Maria) in materia di lavoro, occupazione e produttività*, Memoria scritta dell'Istat, XI Commissione (Lavoro pubblico e privato), Camera dei Deputati, Roma, 12 novembre 2020; *Indagine conoscitiva sulle politiche in materia di parità tra donne e uomini, Audizione del Presidente dell'Istituto nazionale di statistica Giorgio Alleva*, I Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati, 25 ottobre 2017.

[31] *Donne per un nuovo rinascimento 2020*, su www.pariopportunita.gov.it, p. 8.

elementare è: «*più donne entrano nel mercato del lavoro, maggiore è la crescita economica di un paese*». L'aumento del Pil grazie al lavoro delle donne sarebbe dovuto non solo a un incremento quantitativo degli stipendi, delle tasse, dei contributi, dei consumi, ma, in una visione più generale, al valore aggiunto recato dalla presenza e innovazione femminile nell'economia[32].

È stato calcolato che se in Italia si innalzasse il tasso di occupazione femminile al 60% (l'obiettivo di Lisbona per il 2010) questo «si assocerebbe "meccanicamente" a un Pil più elevato del 7 per cento»[33]. Incalcolabile, poi, sarebbe l'incremento del Bes – l'indicatore del Benessere equo e sostenibile[34] - grazie all'arricchimento del mondo del lavoro di competenze, capacità, sensibilità, *modus agendi* femminili.

Se, all'opposto, le donne rinunciano ai figli per dedicarsi al lavoro, si hanno gravi *effetti sulla crescita demografica del Paese*.

Secondo i dati Istat, nel 2019 per il settimo anno consecutivo le nascite sono diminuite: si sono avute 435.000 mila nascite, il valore più basso mai registrato in oltre 150 anni di unità nazionale[35]. Le stime non ancora ufficiali per il 2020 – computate considerando il c.d. *effetto Covid* – danno dati ancora più allarmanti: i nati si attestano intorno a 426.000 nel 2020 e intorno a 396.000 nel 2021, sotto il confine simbolico dei 400.000 nati, fissato originariamente nelle previsioni Istat per il

[32] Il neologismo *womenomics* fu *coniato dall'economista* Kathy Matsui, che in un rapporto del 1999 dimostrò che il suo Paese d'origine, il Giappone, avrebbe potuto guarire dalla depressione economica investendo sulle donne. Sulla *womenomics*, A. WITTENBERG-COX, A. MAITLAND, *Rivoluzione Womenomics. Perché le donne sono il motore dell'economica,* Milano, Il Sole 24Ore, 2010; M. FERRARA, *Il fattore D*, Milano, Mondadori, 2008; L. SCOTT, *Economia a doppia X*, Milano, Rizzoli, 2020. Si veda anche il sito www.womenconomics.it. La teoria è confermata anche dal *Fondo monetario internazionale* che ha rivelato che avvalersi delle donne nel mercato del lavoro e nelle posizioni strategiche aumenterebbe l'economia globale del 35% (su www.blog.imf.org; e C. LAGARDE, *More women in the workplace could boost economy by 35%*, su *www.theguardian.com*). Un pensiero condiviso anche da uno studio condotto dalla *Harvard Business Review:* l'equilibrio di genere permetterebbe di raggiungere 28 mila miliardi di dollari del Pil mondiale entro il 2025. Da ultimo si veda B. AGARWAL, *Disuguaglianze di genere nelle economie in via di sviluppo*, Bologna, il Mulino, 2021.

[33] M. BIANCO, F. LOTTI, R. ZIZZA, *Le donne e l'economia italiana*, in Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza*, n. 171/2013, p. 8. Già nelle attuali condizioni, con una occupazione femminile al 48,4%, le italiane che lavorano producono il 41,6% del Pil, per un valore di 614,2 miliardi di euro (F. BARBIERI, *Il lavoro delle donne vale oltre il 41% del Pil*, in *Il sole 24Ore*, 14 agosto 2017).

[34] Nel 2016, con l'approvazione dell'all'art. 1.6, lett. g), l. 163/2016, n. 163, è stato operato il primo riconoscimento normativo degli indicatori Bes, prevedendone l'inserimento nei documenti di programmazione del governo e attribuendo a essi un ruolo nell'attuazione e nel monitoraggio delle politiche pubbliche. Tra gli indicatori Bes individuati con decreto ministeriale del Mef del 15 novembre 2017 ci sono, al punto 7, il «tasso di mancata partecipazione al lavoro, con relativa scomposizione per genere» e, al punto 8, il «rapporto tra tasso di occupazione delle donne di 25-49 anni con figli in età prescolare e delle donne senza figli».

[35] G.C. BLANGIARDO, *Scenari sugli effetti demografici di Covid-19: il fronte della natalità*, Istituto nazionale di Statistica, p. 1, su www.istat.it; A. GOLINI, *Italiani poca gente. Il Paese ai tempi del malessere demografico*, Roma, Luiss University Press, 2019.

2032[36].

Cala anche il tasso di fecondità: 1,27 figli per donna, ampiamente al di sotto del c.d. "livello di sostituzione" di 2,1 figli. Cresce, per converso, l'età media in cui si diventa madri: 31,3 anni, confermando il primato italiano di "mamme più anziane d'Europa"[37]. Una fecondità bassa e tardiva è «l'indicatore più rappresentativo del malessere demografico del Paese»[38].

Il calo demografico, poi, non è solo dovuto alla diminuzione delle nascite, ma anche all'aumento dei cittadini cancellati dall'anagrafe perché emigrati all'estero a causa delle scarse opportunità offerte dal loro paese nativo (+16,1 %, corrispondente a 182.154 cancellazioni dall'anagrafe di cittadini trasferitisi all'estero)[39]. E nemmeno più l'immigrazione è in grado di garantire l'equilibrio demografico, dal momento che anche le immigrate residenti in Italia fanno meno figli rispetto al passato[40].

Tutto questo si traduce in un Paese che si assottiglia sempre di più e che invecchia sempre di più: l'età media complessiva è nel 2019 di 45,2 anni, rendendoci uno dei paesi più vecchi al mondo, secondi solo al Giappone[41].

I demografi sono concordi nell'additare come principale causa del nostro "inverno demografico" il radicato e diffuso clima di paura e incertezza dovuto alle difficoltà occupazionali ed

[36] *Ibidem*, p. 1. Per converso, nel 2020 i decessi superano quota 700.000: mai tanti morti dal 1944, in piena seconda guerra mondiale. In commento, E. MAURO, *Un Paese senza bambini*, in *la Repubblica*, 30 Novembre 2020, pp. 1 e 29.

[37] Su www.demo.istat.it. Si veda anche EUROSTAT, *Fertility indicators 2009-2018*.

[38] ISTAT, *Rapporto annuale 2019 – La situazione del Paese*, giugno 2019, p. 114.

[39] *Annuario Istat 2019*, su *www.istat.it.* Per altro L. NASCIA E M. PIANTA, *L'emigrazione dei ricercatori italiani*, in *Affari Sociali Internazionali. Nuova Serie – Gli italiani all'estero: collettività storiche e nuove mobilità*, anno VIII, n. 1-4/2020, p. 79-89, mettono in luce come, in dodici anni, circa 14 mila dottori di ricerca italiani abbiano abbandonato l'Italia per lavorare nella ricerca all'estero. Ma il problema non riguarda solo i ricercatori, bensì tutte le professioni qualificate: tra il 2016 e il 2017 il paese ha perso 28 mila laureati italiani emigrati all'estero, al netto dei rimpatri. La gravità del problema è stata segnala da F. TURONE, *Mobilità forzata: perché emigrano i ricercatori italiani*, in *Nature Italy* (su *www.nature.com*).

[40] Si assiste, infatti, a una decrescita della fecondità anche delle donne straniere residenti in Italia, che passa da 1,98 nel 2017 a 1,94 figli in media per donna nel 2018. In generale, si va affievolendo il ritmo di incremento della popolazione straniera al 31 dicembre 2019 sono 5.306.548 i cittadini stranieri iscritti in anagrafe, l'8,8% del totale della popolazione residente, con un aumento, rispetto all'inizio dell'anno, di sole 47 mila unità (+0,9%) (ISTAT, *Bilancio demografico nazionale*: al 31 dicembre 2019, su www.istat.it, 13 luglio 2020).

[41] Quanto alla struttura demografica della popolazione, nel 2019: il 13% ha tra 0-14 anni; il 63,8% tra 15 e 64 anni; il 23,2% oltre 65 anni, con un'età media complessiva di 45,2 anni (dati su *www.tuttitalia.it*). La speranza di vita media alla nascita «riprende ad aumentare attestandosi su 80,8 anni per i maschi e 85,2 per le femmine nel 2018». Tutto ciò rende l'Italia uno dei Paesi più vecchi al mondo, con 173,1 persone con 65 anni e oltre ogni cento persone con meno di 15 anni al primo gennaio 2019 (*Annuario Istat* 2019, su www.istat.it). Si veda anche ISTAT, *Popolazione e famiglia*, su www.istat.it, con dati al 1 gennaio 2020; A. GOLINI, *Italiani poca gente*, cit., pp. 25 ss.

economiche[42], tanto che è stata tracciata una correlazione tra tasso di natalità e tasso di disoccupazione: «si identifica in circa 1.5000 nati in meno l'ipotetico effetto riduttivo attribuibile a ogni punto di disoccupazione in più»[43]. Il Covid-19 non è che un ulteriore elemento di preoccupazione.

Tutto ciò rende evidente come sia diventata quanto mai urgente la questione demografica, in un'Italia sempre «più piccola e più debole»[44].

7. Il paradosso italiano

Il paradosso che emerge dalla lettura incrociata dei dati economici e demografici è che in Italia all'alto tasso di disoccupazione femminile non corrisponde un incremento delle nascite; così come, per converso, alla diminuzione del tasso di fertilità non corrisponde un maggiore impegno delle donne nel mondo del lavoro. Vi sono due mali che si intersecano, senza alcuna compensazione positiva.

All'opposto, nei Paesi in cui più alta è la presenza delle donne nel mercato del lavoro più alto è il tasso di natalità: esiste infatti «una relazione diretta tra lavoro femminile e natalità»[45]. È la ragione è chiara: «mettere figli al mondo implica un certo grado di sicurezza economica, che spesso si realizza quando esiste più di una fonte di reddito. Questa condizione si avvera quando anche la donna ha un lavoro»[46].

I due mali italiani – scarsa occupazione femminile e decrescita delle nascite – sono il segno di una situazione di profondo malessere nazionale, che non consente più di archiviare la questione di genere come tema di nicchia. È invece una *questione di prioritaria rilevanza costituzionale*, per affrontare la quale è necessario mettere in opera politiche attive di lungo respiro, pluriennali, che affrontino in modo completo e adeguato il tema della parità tra uomini e donne con soluzioni

[42] M. LIVI BACCI, *Un'Italia più piccola e più debole? La questione demografica,* in *il Mulino,* n. 5/2018, pp. 719-734. D'altra parte già Angelina Merlin, *Relazione sulle garanzie economiche e sociali per l'esistenza della famiglia, Terza Sottocommissione, Assemblea costituente*, rilevava che «l'incertezza del domani, l'impossibilità di procurare il pane, le vesti, la necessaria assistenza, in caso di malattia, a più persone, distoglie dal matrimonio e dalla famiglia».

[43] G.C. BLANGIARDO, *Scenari sugli effetti demografici di Covid-19: il fronte della natalità*, cit., p. 6.

[44] M. LIVI BACCI, *Un'Italia più piccola e più debole? La questione demografica,* cit., pp. 719-734; IDEM, *La questione demografica,* in *Civitas,* 8 aprile 2020. Nello stesso senso, A. GOLINI, *Italiani poca gente,* cit., passim.

[45] M. LIVI BACCI, *La questione demografica,* cit.

[46] *Ibidem*.

complesse e integrate. Lo ha ricordato anche il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della celebrazione della *Giornata internazionale della donna*, l'8 Marzo 2021: «calo demografico e carenza di occupazione femminile sono tra i fattori più rilevanti del rallentamento della crescita economica; e sono fra essi strettamente collegati»[47]. E come tali vanno congiuntamente affrontati.

8. Politiche per risalire i gradini di pietra

Quali, dunque, le politiche necessarie per risalire i gradini di pietra?

1) In primo luogo, *politiche volte a generare occupazione femminile e di sostegno al lavoro delle donne*: occorre investire nel lavoro femminile[48], e delle madri in particolare[49]; nell'imprenditoria femminile[50]; nella formazione delle donne anche nelle cosiddette aree disciplinari Stem (*Science, Technology, Engineering and Mathematics*), che saranno le più richieste nelle occupazioni del futuro[51].

[47] *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della celebrazione della Giornata internazionale della donna*, Palazzo del Quirinale, 8 marzo 2021, su *www.quirinale.it.*

[48] In questo senso la l. 92/2012 ha riconosciuto ai datori di lavoro privati, anche non imprenditori, un incentivo per le assunzioni di donne che si trovino in condizioni svantaggiate: riduzione del 50% dei contributi a carico del datore di lavoro per 12 mesi; 18 mesi se l'assunzione è a tempo indeterminato. La legge di bilancio 2021 (art. 1.16, l. 178/2020) ha previsto in via sperimentale, per il biennio 2021-2022, tale esonero contributivo al 100% e nel limite massimo di importo pari a 6.000 euro annui per le nuove assunzioni: di tre anni per i giovani fino a 35 anni (prolungati a quattro nelle Regioni meridionali) e di due anni per le donne (di età superiore ai 35 anni).

[49] *Donne per un nuovo rinascimento 2020*, su www.pariopportunita.gov.it, p. 18, propone di «istituire un incentivo per le madri che tornano al lavoro attraverso un premio, pari fino al 30% del salario, cioè quanto riceve la lavoratrice se richiede il congedo parentale facoltativo (almeno per la stessa durata)».

[50] Ad oggi le donne in posizioni manageriali in Italia sono circa il 27% del totale dei manager, con una differenza di reddito pari a circa il 23%; secondo l'ultimo rapporto dell'*Osservatorio imprenditoria femminile* di Unioncamere le imprese femminili rappresentano il 21,93% del totale delle imprese registrate alle Camere di commercio (su *ww.unioncamere.gov.it*). Il d.lgs. 185/2000, capo 1, titolo 1, contiene misure dirette a sostenere, attraverso condizioni agevolate di accesso al credito, la creazione di micro e piccole imprese a prevalente o totale partecipazione giovanile e femminile. La legge di bilancio 2020 (l. 160/2019, art. 1.90, lett. d) ha introdotto la possibilità di integrare tali finanziamenti agevolati con una quota a fondo perduto. Con decreto del Mef, di concerto con il Mise, del 26 gennaio 2016 e con Atto di convenzione del 15 marzo 2016 tra Presidenza del Consiglio dei ministri–Dipartimento per le pari opportunità, Mef e Mise è stata istituita la c.d. *Sezione speciale "imprenditoria femminile"*, destinata alla concessione dell'intervento in garanzia a favore delle imprese femminili e delle donne rientranti tra i professionisti (per queste e altre misure, SERVIZIO STUDI CAMERA DEI DEPUTATI, *Legislazione e politiche di genere*, 2 marzo 2021, pp. 63 ss.).

[51] A oggi il divario di genere è molto marcato: il 37,3% degli uomini ha una laurea Stem, contro il 16,2% delle donne. I *Risultati Ocse Pisa 2018* (su www.invalsi.it), che registrano ogni tre anni in 79 Paesi Ocse le competenze dei quindicenni rispetto alla capacità di lettura, la matematica e le scienze, indicano che i ragazzi italiani ottengono in matematica risultati nettamente migliori delle ragazze – 16 punti di differenza – e questa differenza è più del doppio di

Questa è la priorità delle priorità; il fattore di innesco di tutto il processo. Naturalmente garantire alle donne un lavoro di qualità non ha come unico movente quello di indurle a diventare madri con un certo grado di serenità: questo è un effetto indiretto. L'obiettivo primo è consentire alle donne, come a tutti i lavoratori, di realizzare pienamente la loro personalità, di mettere a disposizione della comunità le loro capacità e i loro talenti, di conseguire un adeguato grado indipendenza economica e di autonomia[52].

Per questo è importante perseguire, insieme all'incremento dell'occupazione femminile, anche l'obbiettivo della reale parità nella retribuzione, superando il persistente *salary device*[53], e nei diritti tra lavoratrici e lavoratori; così come pensare a una retribuzione del lavoro domestico delle donne, soprattutto quando questo è il lavoro principale, come nel caso delle casalinghe.

2) In secondo luogo, sono necessarie *politiche di conciliazione tra attività lavorativa e attività familiare*. Le donne sono spesso in mezzo a uno schiaccianoci, dove una leva è quella dei figli da crescere, l'altra quella dei genitori anziani da accudire. Questo perché il sistema italiano di *welfare* ha presupposto, e in un certo modo anche orientato e radicato, un modello sociale e familiare che ha «"privatizzato" la cura dei soggetti deboli attraverso il lavoro femminile non retribuito», sicché «la funzione del lavoro femminile di cura – caratterizzato da grande capacità di produzione, estrema flessibilità e notevole efficacia – è risultata di compensazione sia delle insufficienze strutturali, sia delle riduzioni del sistema di erogazione di prestazioni sociali»[54]. Occorre ora sgravare le spalle delle donne da questo imponente carico di cura, che si va ad aggiungere al carico del lavoro extradomestico. Occorre un ripensamento dell'universale: creare strutture, servizi, diritti, per

quella rilevata in media nei paesi Ocse (le ragazze ottengono 25 punti in più dei ragazzi nelle competenze di lettura). Anche le aspettative di carriere degli studenti con i migliori risultati in matematica o scienze rispecchiano forti stereotipi di genere: 1 su 4 ragazzi con risultati migliori in scienze o matematica prevede di lavorare come ingegnere o professionista nelle scienze all'età di 30 anni; mentre tra le ragazze fanno questa previsione solo 1 su 8.

[52] Per interessanti riflessioni sul rapporto tra uguaglianza e autonomia nelle questioni di genere, si veda L. RONCHETTI, *Autonomia e differenza di genere*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, cit., pp. 331 s.

[53] JOBPRICING, *Gender gap, Report 2020. Lo studio annuale sulle differenze di genere a livello retributivo nel mercato del lavoro (privato) italiano*, su *www.jobpricing.it*; T. ADDABBO, *Disuguaglianze di genere nel lavoro e nelle retribuzioni in Italia*, in M. FRANZINI, M. RAITANO (a cura di), *Il mercato rende diseguali? La disuguaglianza dei redditi in Italia*, Bologna, il Mulino, 2018. L'*Ente delle Nazioni Unite per l'eguaglianza di genere e l'empowerment delle donne (UN Women)* definisce "il più grande furto della storia" il fatto che, in tutto il mondo, le donne guadagnano 77 centesimi per ogni dollaro guadagnato dagli uomini (c.d. *motherhood penality*) (su *www.unwomen.org).* In Europa, la *Giornata per la parità retributiva* si celebra annualmente nella data in cui, simbolicamente le donne "smettono di essere pagate" rispetto ai loro colleghi uomini per lo svolgimento della stessa occupazione. Nel 2020 è caduta il 10 Novembre. Secondo gli ultimi dati Eurostat, nel 2019 il divario retributivo di genere nell'UE-27 è al 14,1% (*www.ec.europa.eu/eurostat*).

[54] B. PEZZINI, *Costruzione del genere e costituzione*, cit., p. 45.

rendere più agevole, *a donne e uomini*, la conciliazione dei tempi di lavoro e dei tempi di cura.

Elementi qualificanti di questo ripensamento sono: l'incremento dei servizi per la prima infanzia e per gli anziani; una più adeguata strutturazione del diritto ai congedi di maternità, di paternità, parentali e per i prestatori di assistenza; infine, un meglio calibrato impiego del lavoro a tempo parziale e del lavoro agile.

2a) Quanto al primo punto, il grado di copertura e di offerta dei *servizi per la prima infanzia* in Italia è ancora ampiamente inferiore rispetto all'obiettivo del 33% di presa in carico fissato a livello europeo nel 2002 per il 2010: solo il 14,1% dei bambini frequenta un asilo nido comunale o convenzionato. Includendo tutti i servizi alla prima infanzia, anche privati non convenzionati, si arriva al 25,5%, ma con divari territoriali molto pronunciati (si spazia dal 33,6% del Nord-est al 13,3% del Sud)[55]. Occorre dunque un intervento strutturale profondo e un serio investimento per offrire adeguati servizi per la prima infanzia in tutto il Paese; non solo per venire incontro alle esigenze lavorative dei genitori, ma in primo luogo per garantire pari opportunità educative ai bambini[56]. Ma il tema non è solo riduttivamente quello degli "asili nidi": anche per gli anni successivi alla primissima infanzia occorre pensare a politiche che consentano una reale conciliazione dei tempi-scuola dei figli con il tempo-lavoro dei genitori, pensando anche a una rimodulazione dell'orario e del calendario scolastico[57].

Per quanto riguarda le persone disabili, anziane non autosufficienti o in condizioni di fragilità, anche in questo caso occorre incrementare e rendere realmente accessibile a chiunque ne abbia bisogno l'*assistenza sanitaria pubblica a domicilio*, attraverso l'erogazione di prestazioni mediche, riabilitative, infermieristiche e aiuto-infermieristico necessarie e appropriate in base alle specifiche condizioni di salute della persona nella sua stessa abitazione[58].

---

[55] ISTAT, *Offerta di asili nido e altri servizi integrativi per la prima infanzia. Anno educativo 2018-2019*, 27 ottobre 2020.

[56] A partire dal 2016, sono stati introdotti contributi statali per la copertura delle spese sostenute dalle famiglie per asili nido pubblici e privati, il c.d. *Bonus Asilo Nido* (il bonus, inizialmente stabilito a un massimo di 1000 euro annui, è stato poi elevato a 1.500 nel 2019 e, nella legge di bilancio 2020, il beneficio è stato modulato su soglie Isee differenziate).

[57] *Donne per un nuovo rinascimento 2020*, su www.pariopportunita.gov.it, p. 18, propone di «rimodulare il calendario scolastico, sulla base dell'esperienza degli altri paesi europei, per allinearlo alle caratteristiche della società attuale e di famiglie con entrambi i genitori lavoratori, superando l'ormai anacronistico periodo di chiusura estiva di tre mesi consecutivi». Ma anche la garanzia del tempo scolastico pieno a tutti i bambini e ragazzi, almeno fino alla chiusura del ciclo delle scuole secondarie di primo grado.

[58] In questo senso vi è già l'art. 22 del Dpcm 12 gennaio 2017, che prevede che «il Servizio sanitario nazionale garantisce alle persone non autosufficienti e in condizioni di fragilità, con patologie in atto o esiti delle stesse, percorsi

2b) Quanto ai congedi, sono misure centrali ai fini di agevolare la conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita familiare e incentivare la parità tra uomini e donne. A partire dal *congedo di paternità*[59] obbligatorio e retribuito, da accostare al congedo di maternità per i primi mesi di ingresso del figlio in famiglia, in modo da «incoraggiare una più equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, nonché per consentire un'instaurazione precoce del legame tra padre e figlio»[60]. Altro importante strumento di sostegno alla genitorialità è il *congedo parentale*, che consente un periodo di astensione facoltativa dal lavoro, riconosciuto a entrambi i genitori per prendersi cura del bambino nei suoi primi anni di vita[61]. Infine *i permessi e i congedi*

assistenziali a domicilio costituiti dall'insieme organizzato di trattamenti medici, riabilitativi, infermieristici e di aiuto infermieristico necessari per stabilizzare il quadro clinico, limitare il declino funzionale e migliorare la qualità della vita». Ma occorre garantire, più di quel che oggi accade, la reale effettività di questa previsione, all'interno delle diverse Asl. Ad oggi, nel sistema di *Long term care (Ltc)* – composto da servizi reali, come quelli previsti dal Dpcm del 2017, e trasferimenti monetari – prevale nettamente il ricorso alla soluzione familistica supportata da trasferimenti monetari, come l'indennità di accompagnamento. Per dare copertura ai costi di rilevanza dell'assistenza socio-sanitaria, nel 2007 è stato istituito un *Fondo per le non autosufficienze (Fna*) (art. 1.1264, l. 296/2006); la legge di bilancio 2020 (art. 1.3330, l. 160/2019) ha istituito un ulteriore *Fondo per la disabilità e la non autosufficienza*; di rilievo anche la l. 112/2016, *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità prive del sostegno familiare* (c.d. *Dopo di noi*) e il fondo a questa collegato. A partire dalla legge di bilancio 2018 (art. 1.1555, l. 205 del 2017) si è definita la figura del *caregiver familiare* e sono state stanziate risorse dedicate. Si stima che i *caregiver* familiari siano almeno 7.293.000, di cui il 57% sono donne.

[59] In Italia**,** la storia del congedo di paternità è recente e progressiva: l'articolo 4.24, lett. a), l. 92/2012, per gli anni 2013-201, ha istituito il congedo obbligatorio di un giorno e il congedo facoltativo di due giorni, alternativo al congedo di maternità della madre, fruibili dal padre lavoratore dipendente anche adottivo e affidatario, entro e non oltre il quinto mese di vita del figlio. L'art. 1.354, l. 232/2016 (legge di bilancio 2017) ha prorogato il congedo obbligatorio per i padri lavoratori dipendenti anche per le nascite e le adozioni/affidamenti avvenute nell'anno solare 2017 e ha previsto, per l'anno solare 2018, l'aumento del suddetto congedo obbligatorio a quattro giorni. Per l'anno solare 2019, l'art. 1.278, l. 145/2018 (legge di bilancio 2019) ha aumentato a cinque il numero dei giorni di congedo obbligatorio. Per l'anno solare 2020, l'art. 1.342 l. 160/2019 (legge di bilancio 2020) ha aumentato a sette il numero dei giorni di congedo obbligatorio. Per l'anno solare 2021, l'art. 1.363, lett. a), l. 178/ 2020, n. 178 (legge di bilancio 2021) ha aumentato a dieci il numero dei giorni di congedo obbligatorio ed ha ampliato la tutela del congedo stesso, prevedendone la fruizione anche nel caso di morte perinatale del figlio; ha inoltre confermato la possibilità di fruire di un giorno di congedo facoltativo in alternativa alla madre. Si è così allineata alla Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento e del Consiglio, 20 giugno 2019, relativa all'*Equilibrio tra attività professionali e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/Ue del Consiglio*, su www.eur-lex.europa.eu, che all'art.4 indica un *periodo minimo* di dieci giorni lavorativi di congedo di paternità retribuito che gli Stati membri dovrebbero garantire a ciascun neo-padre lavoratore. Ma dieci giorni di congedo obbligatorio di paternità rappresenta, appunto, il minimo: si dovrebbe arrivare ad almeno a un mese dall'ingresso del figlio in famiglia.

[60] Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento e del Consiglio, cit., § 19 Considerato, su www.eur-lex.europa.eu. Si veda anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e la Comitato delle Regioni, *Un'Unione dell'Uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, COM(2020), 5 marzo 2020, su www.eur-lex.europa.eu.

[61] In Italia il congedo parentale spetta ai genitori naturali, che siano in costanza di rapporto di lavoro, entro i primi dodici anni di vita del bambino per un periodo complessivo tra i due genitori non superiore a dieci mesi. Ai lavoratori dipendenti che siano genitori adottivi o affidatari, il congedo parentale spetta entro i primi dodici anni dall'ingresso del minore nella famiglia, indipendentemente dall'età del bambino all'atto dell'adozione o affidamento e non oltre il compimento della sua maggiore età. In caso di parto, adozione o affidamento plurimi, il diritto al congedo parentale spetta alle stesse condizioni per ogni bambino. I mesi salgono da dieci a undici se il padre lavoratore si astiene dal

per i prestatori di assistenza consentono ai lavoratori di fornire assistenza e cura a familiari disabili o anziani non autosufficienti[62].

Queste misure sono già presenti in Italia, ma vanno rafforzate e incrementate. Ed è necessario un mutamento culturale che induca gli uomini ad avvalersi maggiormente dei congedi. È vero, infatti, che stabilire «quale, e quanto, debba essere il *mix* di attività produttive, riproduttive e di cura nella propria vita spetta alla singolarità e individualità irripetibile di ciascun uomo e di ciascuna donna, riguardando il progetto di vita e di sviluppo della personalità individuale»[63]. Ma in un contesto dove – come i numeri sopra riportati dimostrano - i rapporti di forza endofamiliari sono ancora fortemente squilibrati a svantaggio delle donne e perdura una «sperequazione "di fatto" dei tempi di vita delle donne dedicati alla cura, crescita e dedizione dei soggetti dipendenti, dai bambini agli anziani fino ai malati»[64], lo Stato non può limitarsi a consentire agli uomini, qualora lo vogliano, di dedicarsi al lavoro di cura. Deve incentivarli a farlo e, in qualche misura, obbligarli. Perché, come riconosce l'Unione europea, la carenza di incentivi «volti a far sì che gli uomini condividano equamente le responsabilità di assistenza» e il permanere di «squilibrio nella concezione delle politiche a favore dell'equilibrio tra attività professionale e vita familiare tra donne e uomini» rafforzano «gli stereotipi e le differenze di genere nell'ambito del lavoro di assistenza»[65].

Iniziare a ragionare dei *doveri del padre lavoratore*, oltre che dei suoi diritti, è dunque il primo passo per la condivisione tra i sessi degli oneri di cura, e «dunque di un sistema nel quale, alleggerendo i carichi di familiari della donna, questa possa trovarsi nella condizione di investire maggiormente sulla propria crescita professionale»[66].

---

lavoro per un periodo continuativo o frazionato di almeno tre mesi. Tale periodo complessivo può essere fruito dai genitori anche contemporaneamente (d.lgs. 151/2001; d.lgs. 80/2015, n. 80; l. 81/2017, l. 205/2017, l. 145/2018, l. 160/2019, l. 178/2020.

[62] In Italia ai lavoratori dipendenti che prestano assistenza ai loro familiari con disabilità grave viene riconosciuto, in presenza di determinate condizioni, il diritto a permessi e periodi di congedo straordinario retribuiti. I *permessi retribuiti* sono riconosciuti ai sensi dell'art. 33 l. 104/ 1992 e danno diritto alla possibilità di usufruire di tre giorni di permesso mensile (frazionabili in ore). Il *congedo straordinario* è invece un periodo di assenza dal lavoro retribuito concesso ai lavoratori dipendenti che assistano familiari con disabilità grave, riconosciuto ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 151/2001 e dà diritto alla possibilità richiedere fino ad un massimo di due anni di congedo straordinario retribuito nell'arco della vita lavorativa. La *Direttiva (UE) 2019/1158*, cit. prevede che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché ciascun lavoratore abbia diritto di usufruire di un congedo per i prestatori di assistenza di cinque giorni lavorativi all'anno».

[63] B. PEZZINI, *Costruzione del genere e costituzione*, cit., p. 22.

[64] L. RONCHETTI, *Autonomia e differenza di genere*, cit., p. 343, che aggiunge, non senza ironia, «oltre che al presunto indipendente e autosufficiente, quindi autonomo, uomo con il quale convivono».

[65] *Direttiva (UE) 2019/1158*, cit., § 11 del Considerato.

[66] M. D'AMICO, *Una parità ambigua*. *Costituzione e diritti delle donne*, cit., p. 120.

2c) Quanto al c.d. *lavoro a tempo parziale* (o *part-time*), proprio a fini di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro è possibile richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale[67]. Purché, naturalmente, il lavoro a tempo parziale sia una scelta e non un'imposizione "di fatto": ad oggi le donne in *part-time* sono un terzo delle occupate, ma nel 60% dei casi si tratta *part-time* involontario, imposto dal datore di lavoro come strumento di flessibilità dell'impresa, più che strumento di conciliazione dei tempi di vita scelto dalle lavoratrici[68].

2d) Il *lavoro agile* (o *smart working*) è, invece, una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato caratterizzata da un'organizzazione per fasi, cicli e obiettivi, senza vincoli di tempo o di luogo per l'esercizio della prestazione lavorativa. Una modalità pensata, da un lato, per favorire la crescita della produttività dei lavoratori e delle lavoratrici; dall'altro, per consentire loro di conciliare i tempi di vita e lavoro[69]. Il lavoro agile ha visto un'esplosione nel 2020-2021, in coincidenza con la diffusione della pandemia da Covid-2019, che ha imposto, laddove possibile, di continuare a prestare il proprio lavoro dal proprio domicilio, evitando ogni spostamento non necessario verso i luoghi di lavoro[70]. In questo caso la misura, imposta parimenti a lavoratori e lavoratrici, ha rivelato forti squilibri applicativi a tutto danno delle donne, chiamate come sempre a gestire il maggiore carico di lavoro familiare, ma questa volta contestualmente e contemporaneamente al lavoro extrafamiliare[71].

3) Infine, sono necessarie *politiche sociali di sostegno economico alla famiglia e alla*

[67] D.lgs. 81/2015, artt. 4 ss. Per legge, le richieste dei lavoratori o delle lavoratrici con figlio convivente di età non superiore a tredici anni o con figlio convivente portatore di handicap hanno priorità.

[68] ISTAT, *Conciliazione tra lavoro e famiglia – Anno 2018*, novembre 2019.

[69] L. 81/2017. L' art. 1.486 l. 145/2018 (Legge di bilancio 2019), ha riconosciuto una priorità alle richieste di lavoro agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità e dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità, con la previsione di un comma 3 bis, all'articolo 18 della legge 22 maggio 2017, n. 81.

[70] A partire dall'art. 4 del dpcm 1º marzo 2020, cha ha stabilito che, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, il lavoro agile può essere applicato dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato anche in assenza degli accordi individuali; e dall'art. 87 d.l. 18/2020, che, nelle medesime contingenze, ha previsto che il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni; previsioni ribadite e prorogate in successive disposizioni normative. Per uno studio sull'incremento del lavoro agile durante la pandemia da Covid-19, BANCA D'ITALIA, *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia*, su *www.bancaditalia.it*.

[71] Per gli effetti dello *smart working* imposto dal Covid-19 sul genere femminile, *ex multis*, IRPPS (Istituto di ricerche sulla popolazione e le politiche sociali), *Indagine sullo Smart Working e questioni di genere negli enti di ricerca italiani durante l'emergenza Covid19*, in *Working papers, IRPPS WP 120*, luglio 2020; C. MANZI, S. MAZZUCCHELLI, *Famiglia e lavoro: intrecci possibili. Studi interdisciplinari sulla famiglia*, Milano, Vita e Pensiero, 2020; ASTRID, seminario *La Pandemia: nuove Asimmetrie o Uguaglianze di genere*?, registrazione *on-line* su *www.radioradicale.it***.**

genitorialità. Storicamente in Italia i trasferimenti pubblici per famiglie e figli sono stati affidati a misure frammentarie e occasionali[72]; in ogni caso di importo complessivamente assai minore rispetto a quelle di altri paesi europei[73]. Occorre pensare a investimenti stabili e universali, non solo per i mesi immediatamente successivi alla nascita, ma sino alla maggiore età. In questa direzione l'Italia si sta finalmente muovendo con la legge sull'assegno unico universale per ogni figlio fino al ventunesimo anno di età[74].

La copertura costituzionale per queste politiche verrebbe dagli articoli costituzionali più sopra citati, ma anche e particolarmente dall'art. 31 della Cost., che è chiaro nel disporre che «la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi […]. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

Investire sulle donne. Promuovere le loro potenzialità e non solo proteggerle. È questa, in estrema sintesi, la chiave per convertire il doppio segno negativo – economico e demografico – in un doppio segno positivo, e per dare una concreta spinta e direzione per la ripresa dell'Italia.

---

[72] In Italia, la l. 190/2014 (legge di bilancio 2015) ha introdotto l'*assegno di natalità* (c.d. *bonus bebé*), assegno mensile corrisposto fino al compimento del primo anno di vita per ogni figlio nato, o fino al compimento del primo anno di ingresso nel nucleo familiare per figlio adottato o dato in affido preadottivo in famiglie con un Isee non superiore a 40.000 euro (l'importo dell'assegno è modulato in baso a diverse soglie dell'Isee). Nel 2017 – e fino al 2019 - è stata introdotta una seconda prestazione monetaria: un *premio alla nascita* (c.d. *bonus mamma domani*), che prevedeva un premio una tantum di 800 euro per ogni neonato o bimbo adottato, senza limiti di reddito familiare. Sempre con la legge di bilancio del 2017 è stato introdotto anche il c.d. *bonus asilo nido e forme di supporto presso la propria abitazione*, il cui attuale importo annuo è a partire da 1500 per Isee superiori a 40.000 euro. Tutte queste misure sono destinate ad essere sostituite dall'*assegno unico e universale* previsto per ogni figlio.

[73] Secondo Eurostat, nel 2015, i benefici per "famiglia e figli" a prezzi costanti (2010), ammontavano a un pro-capite di Euro 444 per l'Italia, 783 per la Francia, 846 per il Regno Unito, 1.100 per la Germania, 1.243 per la Svezia. (*www.saluteinternazionale.info*).

[74] La legge di bilancio 2021 (l. n. 178/2020) ha previsto che, a partire dal 2021, le misure in forma di bonus o assegno confluiranno nel *Fondo assegno universale e servizi alla famiglia* con una dotazione pari a 1.044 milioni di euro per il 2021 e a 1.244 milioni di euro annui a decorrere dal 2022. All'assegno unico universale per i figli nel corso del 2021 sono destinati 3,30 miliardi. In attuazione di ciò, la l. 46/2021, *Delega al Governo per riordinare, semplificare e potenziare le misure a sostegno dei figli a carico attraverso l'assegno unico e universale*, approvata il 1 aprile 2021, ha previsto l'attivazione dell'assegno unico e universale «al fine di favorire la natalità, sostenere la genitorialità e di promuovere l'occupazione, in particolare femminile». Tale assegno, basato sul principio universalistico, «costituisce un beneficio economico attribuito progressivamente a tutti i nuclei familiari con figli a carico». Il beneficio decorre dal settimo mese di gravidanza fino al compimento del ventunesimo anno di età. L'assegno unico universale va a sostituire: assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori; assegno di natalità; premio alla nascita; fondo di sostegno alla natalità; assegni familiari. È all'esame del Parlamento il disegno di legge delega *Misure per il sostegno e la valorizzazione della famiglia*, c.d. *Family act* (C. 2561), di iniziativa governativa, presentato alla Camera dei Deputati il 25 luglio 2020, che incide su materie quali: sostegno all'occupazione femminile; potenziamento delle misure di conciliazione famiglia-lavoro, con particolare attenzione alla parità di genere; promozione della natalità; valore sociale delle attività educative e di apprendimento formale e non formale dei figli; sostegno dell'autonomia finanziaria dei giovani.

9. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: parole e fatti

Cosa c'è di tutto questo nel *Piano italiano di ripresa e resilienza* (Pnrr) che dovrebbe consentire l'accesso dell'Italia ai fondi previsti dal *Recovery Fund*?

Il *Recovery fund* - o *Next generation EU* - è lo stanziamento monetario di 750 miliardi di euro che l'Unione europea a fine luglio 2020 ha messo a disposizione dei ventisette Stati membri per fare fronte alla crisi economica che si è innestata sulla crisi sanitaria pandemica da Covid-19. La Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen ha dichiarato che con il *Recovery fund* «scegliamo non solo di riparare e recuperare l'esistente, ma di plasmare un modo migliore di vivere il domani»[75].

In Italia – che beneficerà di 206 miliardi sotto forma di prestiti e trasferimenti[76] - vi è consapevolezza che si tratta di «un'opportunità imperdibile»: «l'occasione per riprendere un percorso di crescita economica sostenibile e duraturo, rimuovendo gli ostacoli che hanno bloccato la crescita negli ultimi decenni» e per «consegnare alle prossime generazioni un Paese più moderno, all'interno di un'Europa più forte e più stabile»[77]. Il Presidente del Consiglio Mario Draghi, nel presentare il Pnrr alle Camere il 26 aprile 2021, ha ammonito di non leggere in esso «solo un insieme di progetti tanto necessari quanto ambiziosi, di numeri, obiettivi, scadenze»: «c'è anche e soprattutto il destino del Paese»[78].

Ebbene, che posto avranno le donne in questo destino; in questa nuova Italia di domani? Posta la sfida cruciale dalla parità di genere per la rinascita economica e demografica del nostro Paese, cosa c'è per affrontarla nel *Piano italiano di Ripresa e Resilienza*?

---

[75] U. VON DER LEYEN, *Discorso sullo stato dell'Unione 2020*, Parlamento Europeo in seduta plenaria, 16 settembre 2020, su *www.ec.europa.eu*.

[76] Oltre ai 191,5 miliardi previsti per l'Italia dal *Recovery e Resilience Facility* (RRF) – di cui 68,9 sotto forma di sovvenzioni a fondo perduto e 122,6 come prestiti - il Piano comprende 13,5 miliardi di *React Eu* e 0,5 miliardi del *Just Transition Fund*, sicché l'importo dei finanziamenti complessivi per l'Italia riconducibili al *Next Generation Eu* è pari a circa 206 miliardi (*Memoria del ministro Franco sulla proposta del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, Roma, 8 marzo 2021, p. 10, su www.mef.gov.it). Ulteriori 30,6 miliardi sono parte di un *Fondo complementare*, finanziato dall'Italia stessa attraverso lo scostamento pluriennale di bilancio approvato nel Consiglio dei ministri del 15 aprile 2021, volto a finanziare progetti coerenti con le strategie del Pnrr.

[77] *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Next generation Italia. Italia domani*, 29 Aprile 2021 (su www.governo.it), pp. 3 ss. Sul PNRR, F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Padova, Cedam, 2021.

[78] M. DRAGHI, *PNRR, Le Comunicazioni del Presidente Draghi alla Camera dei Deputati*, su www.governo.it.

Nelle parole c'è molto.

Il Pnrr indica *tre assi strategici*: digitalizzazione e innovazione; transizione ecologica; inclusione sociale. Gli assi strategici sono a loro volta declinati in *sei missioni*: 1. Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura; 2. Rivoluzione verde e transizione tecnologica; 3. Infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4. Istruzione e ricerca; 5. Inclusione e coesione; 6. Salute.

La parità di genere avrebbe la sua sede naturale nel contesto dell'inclusione sociale. È però anche indicata come una delle *tre priorità principali* - insieme a protezione e valorizzazione dei giovani e a superamento dei divari territoriali - al fine di «recuperare i ritardi storici che penalizzano storicamente il Paese»[79]. In quanto priorità principali, esse «non sono univocamente affidate a singoli interventi, ma perseguite quali *obiettivi trasversali* in tutte le componenti del Pnrr»[80], alla luce dei quali va valutato l'impatto di tutte le politiche e gli investimenti inerenti il piano[81].

In particolare, quanto alla persistente disuguaglianza di genere, si riconosce che essa «non è solo un problema individuale, ma è un ostacolo significativo alla crescita economica» dell'intero Paese[82], e che «la mobilitazione delle energie femminili, in un'ottica di pari opportunità, è fondamentale per la ripresa dell'Italia», occorrendo per questo «intervenire sulle molteplici dimensioni della discriminazione verso le donne» che «hanno radici profonde»[83].

Alla luce di questa nuova consapevolezza della multidimensionalità e trasversalità della questione di genere e della sua priorità strategica, si trovano elementi volti a valorizzare il potenziale femminile in molte delle sei Missioni del Pnrr, in «un ampio programma volto sia a favorire la partecipazione delle donne al mercato del lavoro, sia a correggere le asimmetrie che

[79] *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., p. 33.
[80] *Ibidem*, pp.13 ss.
[81] Quanto alla parità di genere si parla di *gender mainstreaming*. In Italia esso ha trovato una prima applicazione con l'avvio, a partire dal 2018, di una sperimentazione per la redazione del *bilancio di genere*, in attuazione dell'art. 38-septies l. 196/2009, introdotto dal d.lgs. 90/2016, volto a dare evidenza del diverso impatto delle politiche di bilancio sulle donne e sugli uomini, in termini di denaro, servizi, tempo e lavoro retribuito. Con il d.lgs 116/2018 la funzione del bilancio di genere è stata rafforzata, ponendo l'accento sull'opportunità che tale strumento sia utilizzato come base informativa per promuovere la parità di genere tramite le politiche pubbliche. Nel *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., p. 33 e p. 270, si dice che «per perseguire le finalità relative alle pari opportunità, generazionali e di genere, saranno in particolare inserite, per le imprese che, a diverso titolo, parteciperanno ai progetti finanziati dal PNRR e dai fondi React_Eu e Fcn, previsioni dirette a condizionare l'esecuzione dei progetti all'assunzione di giovani e donne»; in particolare, «nei bandi di gara saranno indicati, come requisiti necessari e, in aggiunta, premiali dell'offerta, criteri orientati verso gli obiettivi di parità».
[82] *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., p. 33.
[83] *Ibidem*, cit., p. 34.

ostacolano le pari opportunità sin dall'età scolastica»[84]. Si va dal riequilibrio di genere sia in ingresso che nelle posizioni apicali della pubblica amministrazione[85]; al potenziamento dello *smart working*[86]*;* a una maggiore partecipazione femminile all'economia digitale[87]; al potenziamento e l'ammodernamento dell'offerta turistica e culturale, settori a forte presenza femminile[88]; ai *Piano per asili nidi e scuole dell'infanzia* e *Piano di estensione del tempo pieno e mense*[89]; all'«incremento delle competenze Stem»[90]; al progetto di *Sostegno all'imprenditoria femminile* con relativo *Fondo impresa Donna*[91]; al *Sistema nazionale di certificazione della parità di genere* volto a incentivare le imprese ad adottare politiche adeguate a ridurre il gap di genere[92]; alla valorizzazione delle infrastrutture sociali e la creazione di innovativi percorsi di autonomia per persone con gravi disabilità o anziane[93]; infine, al rafforzamento dei servizi di prossimità e di supporto all'assistenza domiciliare[94].

Queste le parole presenti nel *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*. Resta da vedere se accompagnate da adeguate misure e congrui finanziamenti.

Quanto all'occupazione femminile, è il Pnrr stesso a stimare «un incremento di 3,7 punti percentuali rispetto allo scenario di base» nel triennio 2024-2026[95], con 750.000 occupate in più in cinque anni[96]. Significa passare dall'attuale 48,4% al 52,1%: ancora abissalmente lontani dall'obiettivo fissato dalla Strategia di Lisbona per il 2010 di un tasso di occupazione femminile al 60% e dalla attuale media europea al 61,7%. L'attenzione alla qualità del lavoro delle donne, oltre cha alla sua quantità, è poi pressoché inesistente[97].

[84] *Ibidem*, p. 36. A p. 36 si trovano riassunto anche l'impatto delle diverse Missioni sulla parità di genere, poi dettagliato nella descrizione delle singole Missioni.
[85] *Ibidem*, p. 114, Missione 1.
[86] *Ibidem*, p. 114 Missione 1.
[87] *Ibidem*, p. 114, Missione 1.
[88] *Ibidem*, p. 114, Missione 1.
[89] *Ibidem*, p. 180, Missione 4.
[90] *Ibidem*, p. 188, Missione 4.
[91] *Ibidem*, pp. 203 e 207, Missione 5.
[92] *Ibidem*, p. 208, Missione 5.
[93] *Ibidem*, p. 202, Missione 5
[94] *Ibidem*, p. 237, Missione 6.
[95] *Piano nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 267.
[96] L.L. SABBADINI, *Caro Premier su Donne e Asili non ci siamo*, in *La Stampa*, 27 aprile 2021, pp. 1 e 25.
[97] FORUM DISUGUAGLIANZE DIVERSITÀ, *Cosa pensiamo del piano inviato all'UE e "che fare ora"?*, su *www.forumdisuguaglianzediversita.org*, p. 6.

A inclusione e coesione, su 191,5 miliardi, vanno 19,81 miliardi: un decimo, di cui a *infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore* 11,17 miliardi[98]. In particolare, il *Piano per asili nidi e scuole per l'infanzia* prevede 4,6 miliardi, consentendo la creazione di circa 228.000 posti, di cui 152.000 per il nido[99]. Ma il fabbisogno di posti per i bambini negli asili nido e nelle scuole dell'infanzia viene stimato in 1.250.000, e per raggiungere l'obiettivo del 33% di nidi finanziati dal pubblico occorrerebbero almeno 300.000 posti in più[100].

Quanto al progetto di *Sostegno all'imprenditoria femminile*, l'impegno è di soli 0,40 miliardi; per il *Sistema di certificazione della parità di genere* di 0,01 miliardi: anche per queste misure, dunque, l'impegno finanziario è assai basso.

Lo sforzo economico e finanziario per dare seguito alle buone parole, in definitiva, non pare sufficiente: «importanti dichiarazioni di massima» si traducono «in modeste e vaghe azioni a livello di iniziative concrete»[101].

10. Si può e si deve fare di più

Si poteva e si doveva fare di più.

Si può e si deve fare di più. In termini di visione politica, di impegno finanziario, di concretezza di azioni, per arrivare a un «ribaltamento culturale e di prospettiva» davvero in grado di «aggredire alla radice i fattori determinanti delle disuguaglianze e di evitare così il semplice ritorno alla normalità di prima»[102].

Tale ribaltamento culturale e di prospettiva è tanto radicale quanto necessario, per far sì che l'uguaglianza sostanziale tra donne e uomini non rimanga nel "libro dei sogni", ma la parte

[98] *Piano nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 21. Si arriva a 12,58 sommando anche le quote percentuali di React Eu (1,28) e Fondo Complementare (0,13).

[99] *Ibidem*, cit., p. 35.

[100] Così FORUM DISUGUAGLIANZE DIVERSITÀ, *Cosa pensiamo del piano inviato all'UE e "che fare ora"?*, cit., pp. 7 s.; C. SARACENO, *Recovery, dagli asili al reddito sul welfare, servono più investimenti* (intervista di Roberto Ciccarelli), in *il Manifesto*, 28 aprile 2021 e L.L. SABBADINI, *Caro Premier su Donne e Asili non ci siamo*, cit., pp. 1 e 25.

[101] F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico*, cit., p. 208, a proposito delle politiche per la parità di genere nel PNRR.

[102] FORUM DISUGUAGLIANZE DIVERSITÀ, *Cosa pensiamo del piano inviato all'UE e "che fare ora"?*, cit., p. 2.

femminile del Paese - *half of it*! [103] – possa realmente dispiegare tutto il suo potenziale: libera dai soffitti di cristallo e dai gradini di pietra, che ancora impacciano il suo cammino.

Per esso occorre un reale impegno politico e sociale, non solo nelle parole ma nei fatti. E occorre proprio *ora*, in questo momento storico, per «fare della ripartenza il momento di una corresponsabilità vera tra donne e uomini davanti al futuro che ci attende come comunità nazionale»[104]. Fosse questo l'unico "oro" che ha portato in dono la pandemia[105].

[103] *Donne per la salvezza, Half of it, Idee per una ripartenza alla pari*, su *www.halfofit.it*.

[104] Elena Bonetti, Ministra per le pari opportunità e la famiglia, *Introduzione*, in *Donne per un nuovo rinascimento 2020*, su *www.pariopportunita.gov.it*.

[105] Mariangela Gualtieri, *Nove marzo duemilaventi*, scrive questi versi, in una sua poesia dedicata alla pandemia: «È portentoso quello che succede./ E c'è dell'oro, credo, in questo tempo strano./ Forse ci sono doni./ Pepite d'oro per noi. Se ci aiutiamo».

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 5/2021

Data: 5 ottobre 2021

«Certificazioni verdi COVID-19» e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale[*]

di **Francesco Rigano** – *Professore ordinario di Giustizia costituzionale e diritti fondamentali nell'Università degli Studi di Pavia, e* **Matteo Terzi** – *Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Pavia*

ABSTRACT: The paper investigates, from the perspective of constitutional legitimacy, two current issues: (i) on the one hand, that of «COVID-19 Green Certificates»; (ii) on the other, that of the obligation to vaccinate.

SOMMARIO: 1. Premessa: dal piano del *"giusto"* al piano della *legittimità costituzionale*. – 2. Sulle «certificazioni verdi COVID-19». – 3. Sull'obbligo vaccinale.

1. Premessa: dal piano del *"giusto"* al piano della *legittimità costituzionale*

Il dibattito pubblico in ambito sanitario s'è arricchito, da qualche settimana, di due temi. (Ri)proponendoli nella veste di interrogativi: (i) «è *"giusto"* calibrare lo spazio di libertà dei cittadini a seconda del possesso, o meno, delle "certificazioni verdi COVID-19"[1]?»; (ii) «è *"giusto"*

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

[1] Comunemente denominate, in linea con la diffusa – e discutibile – propensione italica a impiegare anglicismi, "*green pass*".

introdurre un obbligo vaccinale, generalizzato o per specifiche categorie soggettive, contro il SARS-CoV-2?».

La risposta alle domande tende a variare a seconda delle convinzioni personali e ideologiche di ciascheduno. Così: chi si oppone fermamente alla inoculazione dei vaccini, ed è restio a munirsi di una delle altre «certificazioni verdi» contemplate[2], risponderebbe verosimilmente in forma negativa; all'opposto, chi ritiene che la somministrazione dei vaccini sia il rimedio per superare l'emergenza sanitaria o che, perlomeno, sia necessario contenere al massimo grado le occasioni di contagio, risponderebbe presumibilmente in senso positivo. Sono, entrambe, libere manifestazioni di pensiero: come tali, garantite e protette dall'articolo 21 della Costituzione, che dell'ordine democratico è la «pietra angolare»[3].

Di quelle espressioni di pensiero, e del loro contenuto, il giurista (costituzionalista, in particolare) s'interessa relativamente: le rileva, cioè, quali voci della pubblica opinione, funzionali, al più, per misurare il consenso popolare in ordine a un dato argomento. Sino a quando il dibattito si nutre, e si alimenta, della "sana" contrapposizione dialettica e del pluralismo delle idee, la sua democraticità resta perfettamente integra e non v'è, pertanto, motivo di allarmarsi[4].

Lo studioso del diritto costituzionale è attratto, invece, dalle scelte politiche nel momento in cui esse vengono trasfuse in atti normativi. Nel perimetro del costituzionalismo, però, mutano l'oggetto d'indagine, gli strumenti di analisi e l'obiettivo cui si mira. Non si tratta d'indagare se la decisione politica, assunta dagli apparati direzionali dello Stato, corrisponda al proprio ideale di giustizia (relativo per definizione). Si tratta, piuttosto, di analizzare il testo dell'atto prodotto con la lente dei principi costituzionali, per valutare se la traduzione normativa della scelta politica operata a monte sia conforme alla Costituzione e alle sue disposizioni: operazione ermeneutica, questa, che – lo

[2] Secondo l'articolo 9, comma 2, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52 (Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19) – convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87 –, le «certificazioni verdi Covid-19» attestano una delle seguenti condizioni: (i) l'avvenuta vaccinazione; (ii) l'avvenuta guarigione dalla infezione; (iii) la effettuazione di test antigenico rapido o molecolare con esito negativo.

[3] Come ha insegnato, sul finire degli anni Sessanta (nella sentenza 17 aprile 1969, n. 84), la giurisprudenza costituzionale.

[4] Certo, deve trattarsi, pur sempre, di una "sana" contrapposizione dialettica. Allarmerebbero, per converso, quelle estrinsecazioni di pensiero che, distorcendo la realtà e facendo leva su argomenti privi di supporto scientifico, incitassero la popolazione a non rispettare le regole imposte dalle autorità per contenere la diffusione epidemica (siano dette regole formulate sotto forma giuridica di raccomandazioni, di oneri o di obblighi). Pur costituendo, difatti, il cardine del regime di democrazia garantito dalla Costituzione, la libertà di cui all'articolo 21 non è proclamata in modo assoluto; anch'essa può essere, com'è per tutti i diritti costituzionalizzati, ragionevolmente limitata: ma non è l'aspetto che si vuol qui esplorare.

ricordiamo a noi stessi – dovrebbe sempre astrarsi dagli intimi convincimenti dell'interprete in ordine alla materia regolamentata e alla impronta politica che ne è data dagli organi di indirizzo.

Se si calano, adesso, le rapide considerazioni che precedono sul piano della stretta attualità politico-istituzionale, le conseguenze vengono a delinearsi pressoché automaticamente: con la entrata in vigore dei recenti decreti-legge "gemelli"[5] 23 luglio 2021, n. 105[6], e 6 agosto 2021, n. 111[7], l'*argomento* della prima domanda più sopra riportata diviene rilevante anche, e soprattutto, per il costituzionalista. Il quale se ne interessa applicandovi i canoni tipici della scienza costituzionalistica, a cui s'è fatto poc'anzi riferimento. Allora, riprendendo, e parzialmente correggendo, tale (prima) domanda: «è *costituzionalmente legittimo* calibrare lo spazio di libertà dei cittadini a seconda del possesso, o meno, delle "certificazioni verdi COVID-19"?».

Nelle pagine seguenti, recuperando e ulteriormente sviluppando osservazioni già abbozzate in altra sede[8], si cercherà di argomentare che la risposta alla domanda dev'essere affermativa. Ciò consentirà, poi, di proporre un allargamento della riflessione alla questione condensata nel secondo interrogativo riportato in apertura: vale a dire se, nel contesto attuale, l'introduzione di un obbligo di vaccinazione, generale o specifico, sia compatibile con i principi costituzionali (nella lettura che di essi ha fornito la giurisprudenza costituzionale).

2. Sulle «certificazioni verdi COVID-19»

In un settore, come la sanità, contrassegnato da elevata competenza specialistica, il sapere scientifico e le condizioni esistenti in un dato momento storico fissano un limite alla discrezionalità politica. Il legislatore resta libero di modellare, come reputa opportuno, le discipline legislative, ma

[5] "Gemelli" nella misura in cui hanno riguardo, tutt'e due, all'impiego delle «certificazioni verdi COVID-19».

[6] Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 175 del 23 luglio 2021 e recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche».

[7] Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 187 del 6 agosto 2021 e recante «Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti».

[8] V. F. RIGANO-M. TERZI, *Le «certificazioni verdi COVID-19» al cospetto della Costituzione e delle sue libertà*, in *laCostituzione.info*, 27 luglio 2021. Il giornale diretto da Roberto Bin è una delle tribune privilegiate nelle quali è maturato, con toni appassionati, il confronto diretto fra le differenti tesi sui temi cui s'è fatto cenno.

non può prescindere – se vuole superare indenne l'ipotetico, futuro, scrutinio di costituzionalità – dai dati della scienza[9].

Su quale sia la via maestra per uscire dalla (tutt'ora in corso) crisi sanitaria, la comunità scientifica ha offerto indicazioni nitide, che non si prestano a mistificazioni: il raggiungimento di un alto tasso di copertura vaccinale costituisce l'antidoto più efficace contro la pandemia e, dunque, il presupposto indispensabile per il ripristino della normalità[10]. Sopra queste solide fondamenta,

[9] In molteplici occasioni (da ricordare, su tutte, le sentenze 26 giugno 2002, n. 282, 8 maggio 2009, n. 151, 5 dicembre 2014, n. 274, e 18 gennaio 2018, n. 5), occupandosi di una serie di leggi aventi contenuto tecnico-scientifico, la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato che la discrezionalità del legislatore dev'essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica (i «sicuri riferimenti scientifici» della sentenza 16 aprile 1998, n. 114), che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia. Al punto da stimolare una parte della dottrina a parlare, entro certi limiti e per le sole materie che hanno a che fare con la salute delle persone, della scienza come «vero e proprio indice della costituzionalità delle leggi intervenute in materia» o, meglio, come «parametro interposto di legittimità costituzionale»: la scienza medica, intesa come più accredita e condivisa letteratura medico-scientifica, «si interpone fra Costituzione italiana e legge, riempiendo di significato il bene salute contenuto nella prima (art. 32) e condizionando così la legittimità della seconda» (cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 2, 6 e 10). Su questi temi v. gli interventi in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005; più di recente, sul rapporto tra diritto e competenze scientifiche nell'ambito sanitario, v. G. PARODI, *Il sindacato di "maggiore attendibilità" nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2021, 13-14. La necessità di instaurare una proficua interlocuzione tra politica e scienza è plasticamente raffigurata dalla istituzione, sin dagli albori della emergenza sanitaria, di un Comitato tecnico-scientifico deputato a supportare l'operato del Governo e a "legittimarne", scientificamente, le decisioni pubbliche via via adottate: in argomento, volendo, si rimanda a M. TERZI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra* tecnica *e* politica *nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2020, e a M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra* tecnica *e* politica *nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2020. Sulle orme dei dati della scienza, numerose sono state – dal febbraio 2020 ad oggi – le misure normative adottate dai pubblici poteri; misure intervenute a fortemente limitare l'autonomia personale: basti ricordare il divieto di uscire da casa o di salutare con la stretta di mano. Ma la scoperta dei vaccini ha schiuso una nuova e diversa (anche giuridicamente) prospettiva.

[10] A confermare i benefici della profilassi vaccinale contro il SARS-CoV-2 è il report dell'Istituto Superiore di Sanità e del Ministero della Salute n. 3 del 27 luglio 2021, intitolato «Impatto della vaccinazione COVID-19 sul rischio di infezione da SARS-CoV-2 e successivo ricovero e decesso in Italia». In estrema sintesi, il report – disponibile sul sito istituzionale dell'Istituto – registra i benefici della vaccinazione su diversi fronti: (i) la riduzione della incidenza di diagnosi di infezione da SARS-CoV-2 tra la popolazione vaccinata (in breve: la riduzione della circolazione del virus tra i soggetti vaccinati); (ii) la riduzione dell'impatto del virus sulla salute delle singole persone vaccinate; (iii) la riduzione, derivante in via consequenziale, dell'impatto del virus sul sistema sanitario nazionale. Che la via maestra per uscire dalla crisi sanitaria sia la vaccinazione l'ha rammentato, efficacemente, il Presidente della Repubblica nell'intervento pronunciato, il 28 luglio scorso a Palazzo del Quirinale, in occasione della tradizionale cerimonia di consegna del "Ventaglio" al Presidente da parte dell'Associazione Stampa Parlamentare. Se ne riportano, di seguito, i passaggi più significativi (il testo completo dell'intervento del Presidente è consultabile sul sito istituzionale della Presidenza della Repubblica): «grazie a uno sforzo straordinario di collaborazione scientifica a livello globale e anche di collaborazione economica, sono stati individuati due filoni che ci hanno permesso di incamminarci sulla via dell'uscita dalla crisi. La campagna di vaccinazione e la scelta di mettere in campo ingenti sostegni pubblici per contenere le conseguenze delle chiusure e dei distanziamenti a livello economico, produttivo e occupazionale»; e ancora: «La vaccinazione e gli interventi di rilancio economico continuano a essere gli indispensabili strumenti per assicurare sicurezza e serenità. La pandemia non è ancora alle nostre spalle. Il virus è mutato e si sta rivelando ancora

gettate dalla scienza mediante l'applicazione del rigoroso metodo (scientifico) che sorregge la sua attività di produzione di risultati (scientifici), la politica ha costruito le proprie scelte (politiche) contingenti.

E vi ha provveduto predisponendo – con i già menzionati decreti-legge 23 luglio 2021, n. 105, e 6 agosto 2021, n. 111 – un meccanismo normativo basato, nella sostanza, su una prescrizione condizionale: *se* si è muniti di una delle «certificazioni verdi COVID-19», *allora* si può accedere, o si può farlo con talune modalità, a determinati servizi e attività[11].

Il ventaglio dei servizi e delle attività comprimibili annovera tipi assai eterogenei. L'operatività della prescrizione viene, segnatamente, a coinvolgere l'accesso: (i) ai servizi di ristorazione per il consumo di cibi e bevande ai tavoli interni dei locali[12]; (ii) agli spettacoli aperti al pubblico, agli eventi e alle competizioni sportivi[13]; (iii) ai luoghi della cultura (tra tutti, musei e mostre)[14]; (iv) ai luoghi dello sport (fra l'altro, piscine e palestre)[15]; (v) alle sagre, alle fiere e ai congressi[16]; (vi) ai centri termali e ai parchi di divertimento[17]; (vii) ai centri culturali e ricreativi, limitatamente alle

più contagioso. Più si prolunga il tempo della sua ampia circolazione e più frequenti e pericolose possono essere le sue mutazioni. Soltanto grazie ai vaccini siamo in grado di contenerlo. Il vaccino non ci rende invulnerabili ma riduce grandemente la possibilità di contrarre il virus, la sua circolazione e la sua pericolosità. Per queste ragioni la vaccinazione è un dovere morale e civico».

[11] Per la precisione, l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105 – nel prevedere l'inserzione dell'articolo 9-*bis* nel testo del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52 (Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19), convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87 –, dispone quanto segue: a far data dal 6 agosto prossimo, l'accesso a determinati servizi e attività «è consentito [...] esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi COVID-19». L'unica (ragionevole) deroga alla previsione normativa del comma 1 è racchiusa nel successivo comma 3, in forza del quale «Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai soggetti esclusi per età dalla campagna vaccinale e ai soggetti esenti sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della salute». Una conformazione analoga a quella del suddetto articolo 3, con la sola eccezione della data di applicabilità delle misure (non già il 6 agosto, bensì il primo settembre), hanno acquisito le disposizioni del decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, attinenti all'impiego delle «certificazioni verdi COVID-19»: si tratta degli articoli 1, comma 6, e 2, comma 1, entrambi agenti sul testo del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, inserendovi, rispettivamente, gli articoli 9-*ter* e 9-*quater*.

[12] Cfr. l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e, al suo interno, l'articolo 9-*bis*, comma 1, lettera a), del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52.

[13] Cfr. l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e, al suo interno, l'articolo 9-*bis*, comma 1, lettera b), del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52.

[14] Cfr. l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e, al suo interno, l'articolo 9-*bis*, comma 1, lettera c), del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52.

[15] Cfr. l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e, al suo interno, l'articolo 9-*bis*, comma 1, lettera d), del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52.

[16] Cfr. l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e, al suo interno, l'articolo 9-*bis*, comma 1, lettera e), del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52.

[17] Cfr. l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e, al suo interno, l'articolo 9-*bis*, comma 1, lettera f), del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52.

attività al chiuso[18]; (viii) alle sale gioco e alle sale scommesse[19]; (ix) ai concorsi pubblici[20]; (x) alle prestazioni, in presenza, delle istituzioni del sistema nazionale di istruzione e delle università[21]; (xi) a numerosi mezzi di trasporto[22]. L'elemento unificante non è lo svolgimento *di per sé* delle suddette attività, bensì la circostanza che esse siano poste in essere *in vicinanza d'altri* e per lo più *al chiuso*: il che dà connotazione – già lo anticipiamo – di razionalità, coerenza e proporzione, essendo le misure a presidio del rischio di contagio di una malattia trasmissibile.

Differenti sono, del pari, le libertà e i diritti costituzionali (direttamente o indirettamente) incisi: dalla libertà di circolazione alla libertà di riunione; dal diritto al lavoro al diritto allo studio; dai diritti in campo economico sino ad alcune manifestazioni materiali della personalità dell'individuo (quali, ad esempio, il diritto di praticare sport o attività fisica e il diritto di ammirare il ricco patrimonio culturale del Paese)[23].

Impostando l'indagine sul modulo tipico del sindacato di costituzionalità, diviene immediato porre a confronto *oggetto (ipotetico)* e *parametro (ipotetico)*, al fine di valutarne la relazione sull'asse della legittimità costituzionale.

---

[18] Cfr. l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e, al suo interno, l'articolo 9-*bis*, comma 1, lettera g), del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52.

[19] Cfr. l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e, al suo interno, l'articolo 9-*bis*, comma 1, lettera h), del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52.

[20] Cfr. l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e, al suo interno, l'articolo 9-*bis*, comma 1, lettera i), del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52.

[21] Cfr. l'articolo 1, comma 6, del decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, e, al suo interno, l'articolo 9-*ter*, comma 1, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52. Nel dettaglio, la prescrizione si rivolge, per il lato "attivo" (della erogazione) del servizio di istruzione, a «tutto il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario», e, per il lato "passivo" (della ricezione) del servizio, ai soli «studenti universitari».

[22] L'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, nell'inserire l'articolo 9-*quater* al decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, include, nell'ambito di applicazione delle «certificazioni verdi COVID-19», i seguenti mezzi di trasporto: (i) aeromobili adibiti a servizi commerciali di trasporto di persone [articolo 9-*quater*, comma 1, lettera a)]; (ii) navi e traghetti adibiti a servizi di trasporto interregionale, ad esclusione di quelli impiegati per i collegamenti marittimi nello Stretto di Messina [articolo 9-*quater*, comma 1, lettera b)]; (iii) treni impiegati nei servizi di trasporto ferroviario passeggeri di tipo Intercity, Intercity Notte e Alta Velocità [articolo 9-*quater*, comma 1, lettera c)]; (iv) autobus adibiti a servizi di trasporto di persone, ad offerta indifferenziata, effettuati su strada in modo continuativo o periodico su un percorso che collega più di due regioni ed aventi itinerari, orari, frequenze e prezzi prestabiliti [articolo 9-*quater*, comma 1, lettera d)]; (v) autobus adibiti a servizi di noleggio con conducente, ad esclusione di quelli impiegati nei servizi aggiuntivi di trasporto pubblico locale e regionale [articolo 9-*quater*, comma 1, lettera e)].

[23] Manifestazioni che possono essere ricondotte, tutte, all'articolo 2 della Costituzione, considerato singolarmente o nel suo agganciarsi a ulteriori disposizioni costituzionali. Si allude, nell'ultimo caso, alla nota (e preferibile) lettura dell'articolo 2 come contenente una clausola "a fattispecie chiusa": l'articolo 2 fungerebbe, cioè, da strumento interpretativo idoneo a dilatare il campo applicativo delle singole disposizioni costituzionali che prevedono situazioni giuridiche soggettive, sino a ricomprendervi il riconoscimento di altri e ulteriori diritti. Sul punto, sia consentito il rinvio, per l'inquadramento generale, a F. RIGANO-M. TERZI, *Lineamenti dei diritti costituzionali*, FrancoAngeli, Milano, 2021, 133-135.

Mentre l'*oggetto (ipotetico)* è facilmente isolabile nelle disposizioni che introducono il meccanismo di cui s'è detto[24], maggiori difficoltà si frappongono sul fronte del *parametro (ipotetico)*.

Ma a indirizzare la sua identificazione contribuiscono, in larga misura, i preamboli di ambedue i decreti-legge (il n. 105 e il n. 111), tra le cui pieghe si estrapola un interessante dato simmetrico. Nel bilanciamento operato "in astratto" dal legislatore sono confluite, fondamentalmente, due disposizioni costituzionali: da un canto, l'articolo 16 della Costituzione[25]; dall'altro, l'articolo 32 della Costituzione[26].

L'ancoraggio all'articolo 32 è intuitivo; meno lampante la comprensione del richiamo all'articolo 16 della Costituzione. Se i diritti catturati nelle reti applicative dei decreti, e limitati dallo svolgersi della efficacia dei loro precetti, s'estendono ben oltre la libertà di circolazione, perché richiamare unicamente, in funzione onnicomprensiva, l'articolo 16?

Un ragionamento chiarisce il perché o, quantomeno, offre un motivo di giustificazione. A ben considerare, la libertà di circolazione si mostra il filo conduttore della gran parte delle estrinsecazioni materiali della persona su cui agiscono i decreti: una sorta di libertà *interposta*, che si *interpone*, giustappunto, tra la persona e il concreto accesso individuale alle (modalità collettive di svolgimento delle) attività prima elencate. Chiunque, per poter consumare il pasto a un tavolo all'interno del ristorante, per poter assistere a una rappresentazione teatrale, così come per poter frequentare, di persona, una lezione didattica, deve poter accedere ai luoghi aperti al pubblico ove la fruizione di tali attività diviene effettiva.

Spiegato il ruolo dell'articolo 16 della Costituzione, è adesso agevole ipotizzarne il nesso con l'articolo 32, che nell'equilibrio del bilanciamento rappresenta l'altra entità da soppesare. In breve, l'implicito degli interventi normativi potrebbe essere esplicitato, grosso modo, così: le introdotte limitazioni alla libertà di movimento (garantita dall'articolo 16 e assunta come indefettibile *interposizione* per il godimento *con altri* delle manifestazioni materiali compresse dai decreti) sono

[24] Previsto – lo si ricorda – dall'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e dagli articoli 1, comma 6, e 2, comma 1, del decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111.

[25] Richiamato al secondo capoverso dei preamboli dei decreti, con la puntualizzazione, d'indubbio rilievo, che lo stesso (articolo 16) «consente limitazioni della libertà di circolazione per ragioni sanitarie».

[26] Si legge, al (primo) capoverso dei preamboli dei decreti: «Visti gli articoli 32 e 117, secondo e terzo comma, della Costituzione».

giustificate e bilanciate dalla necessità di salvaguardare il bene salute, recepito nella sua dimensione collettiva (proclamata, accanto alla dimensione individuale, dall'articolo 32 della Costituzione[27]).

Rimane da capire, quindi, se la compressione subita dalla libertà presidiata dall'articolo 16 sia, o meno, costituzionalmente legittima. Per giungere a una risposta convincente, vanno tratteggiate le coordinate teoriche di riferimento; per poi ambientare, entro quelle coordinate, la situazione concreta qui esaminata.

Anzitutto, le *coordinate teoriche*. Ogni situazione giuridica soggettiva costituzionalmente declinata è accompagnata dalla possibilità di subire delle limitazioni: talune limitazioni sono espresse nel testo degli enunciati costituzionali, a salvaguardia dell'interesse generale (l'articolo 16 della Costituzione si rifà, ad esempio, ai motivi di «sanità» o di «sicurezza», che devono guidare il legislatore quando stabilisce «limitazioni [...] in via generale»)[28]; talaltre sono ricavabili in via interpretativa, dalla lettura a sistema della Costituzione repubblicana e dell'anima pluralistica che la permea[29].

Sul secondo versante, il principale limite implicito all'esercizio dei diritti è sostanziato dal bilanciamento reciproco tra situazioni giuridiche soggettive pari ordinate, come sono quelle costituzionalizzate.

Lo aveva intuito, con lungimiranza, la Corte costituzionale sin dalla sua prima pronuncia (la sentenza 14 giugno 1956, n. 1), quando scriveva, per il tramite della raffinata penna del giudice Gaetano Azzariti, che «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto», e che «nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»[30]. Difficile non scorgervi il germe della cosiddetta teorica dei diritti tiranni, che verrà enunciata dalla Corte – nella, altrettanto celebre, sentenza 9 maggio 2013, n. 85 – oltre cinquant'anni dopo e affidata, nella sua formulazione, a un'altra raffinata penna: quella del giudice Gaetano Silvestri. Basta, in fondo, (ri)leggere i passi cruciali della pronuncia del 2013 per avvedersi della continuità che corre tra di essa e la storica decisione del 1956: nessun diritto fondamentale può prevalere in assoluto, né essere totalmente

[27] Come si vedrà, più diffusamente, nel prosieguo.

[28] Mette in risalto come i limiti ai diritti (costituzionali) individuali stiano a salvaguardia dell'interesse generale R. BIN, *Greenpass e libertà. Con qualche risposta ai simpatici lettori*, in *laCostituzione.info*, 26 luglio 2021.

[29] Sul tema dei limiti ai diritti costituzionali, si consenta, nuovamente, di rinviare a F. RIGANO-M. TERZI, *Lineamenti dei diritti costituzionali*, cit., 79 ss.

[30] Sentenza 14 giugno 1956, n. 1, «*Considerato, in diritto*».

sacrificato; tutti i diritti tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di «integrazione reciproca», e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri; ove così non fosse, infatti, si verificherebbe la «illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»[31], rinnegando il pluralismo dei valori su cui si basa la Carta repubblicana.

Il distillato estraibile dalla giurisprudenza costituzionale è chiaro: non esistono, tra le situazioni giuridiche soggettive enunciate dalla Costituzione, dei "diritti tiranni", protetti in maniera assoluta e abilitati ad annichilire altri beni di rilievo costituzionale. Al contrario, in una Carta costituzionale democratica e pluralistica, qual è quella del 1948, tutti i diritti costituzionali soggiacciono a limiti, così da integrarsi, in modo sistemico, con una pluralità di altri diritti; e, in questo vicendevole limitarsi, il bilanciamento rappresenta la "stella polare" per orientarsi nella "costellazione" dei diritti fondamentali. Proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo secondo una rigida gerarchia assiologica, il punto di equilibrio del bilanciamento tra beni protetti dalla Costituzione deve essere valutato ed effettuato «secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza», tali da non consentire un sacrificio del loro «nucleo essenziale»[32]. La salvaguardia del «nucleo essenziale» di un diritto fondamentale evita, difatti, in sintonia con le premesse poste dalla sentenza n. 85, che si determini la sostanziale violazione del diritto sacrificato nel bilanciamento e che, perciò, un diritto diventi "tiranno" verso gli altri.

Tracciate le coordinate della *teoria*, bisogna applicarle nella *pratica*. Provando a tradurre, in termini analitici, il portato teorico appena sintetizzato, la soluzione circa la costituzionalità dell'assetto normativo in tema di «certificazioni verdi COVID-19» deve passare attraverso un test schematizzabile in cinque fasi: (i) la *fase* della verifica che la compressione sofferta dalla libertà di circolazione rispetti i limiti espressamente sanciti dalla Costituzione (all'articolo 16); (ii) la *fase* della verifica che tale compressione rispetti, altresì, gli anzidetti limiti impliciti; (iii) la *fase* della individuazione dei beni costituzionali che entrano a bilanciare la compressione della libertà di circolare liberamente; (iv) la *fase* della verifica che il bilanciamento risulti, complessivamente, ragionevole e proporzionato; (v) la *fase* della verifica che sia salvaguardato, comunque, il «nucleo essenziale» della libertà sacrificata nel bilanciamento (nella specie: la libertà di circolazione).

[31] Sentenza 9 maggio 2013, n. 85, punto 9 del «*Considerato in diritto*».
[32] Cfr. sentenza 9 maggio 2013, n. 85, punto 9 del «*Considerato in diritto*».

Laddove la soluzione normativa superi, positivamente, le *fasi* scandite, la soluzione (vi) dovrà essere nel senso della sua legittimità costituzionale.

(i) Sulla prima fase*: la compressione sofferta dalla libertà di circolazione rispetta i limiti costituzionali espressamente sanciti (all'articolo 16)?*

La previsione normativa che intendesse limitare la libertà protetta dall'articolo 16 dovrebbe rispettare l'istituto di garanzia innestato nella disposizione costituzionale: la possibilità di prevedere delle limitazioni alla libertà in parola è riservata alla legge ordinaria («legge»)[33], ma queste limitazioni possono essere introdotte soltanto «in via generale» e devono essere giustificate da «motivi di sanità o di sicurezza»[34].

L'*oggetto (ipotetico)* del nostro giudizio (ipotetico), per come è strutturato e in virtù della forza normativa che gli pertiene, appare in grado di soddisfare la riserva di legge, rinforzata per contenuto, incardinata nell'articolo 16, comma primo, primo periodo, della Costituzione: il legislatore predetermina, per un motivo di «sanità» pubblica (quale è l'esigenza di arginare il proliferare della epidemia da Covid-19), delle ipotesi generali di limitazione alla libertà di circolazione (ipotesi che si agganciano al non essersi muniti, per scelta libera e volontaria, di una delle tre fattispecie delle «certificazioni verdi COVID-19»).

(ii) e (iii) Sulla seconda fase *e sulla terza* fase*: la compressione sofferta dalla libertà di circolazione rispetta i limiti impliciti? Quali beni costituzionali bilanciano la compressione della libertà di circolare liberamente?*

Oltre a essere rispettati i limiti espliciti, sono altresì rispettati i limiti impliciti. La limitazione della libertà di circolazione è fondata sulla (e giustificata dalla) necessità di tutelare la salute pubblica: di primario rilievo costituzionale, la salute della collettività nel suo complesso è il bene che bilancia la (restrizione della) libertà di circolare.

Non occorre, poi, soffermarsi sul rispetto dei presupposti fissati dall'articolo 32 della Costituzione con riguardo alle prestazioni sanitarie obbligatorie. Per come è congegnato, infatti, il meccanismo plasmato dai decreti-legge n. 105 e n. 111 non introduce un obbligo di vaccinazione.

[33] Intesa la locuzione «legge ordinaria» come comprensiva tanto della legge formale ordinaria, prodotta dal Parlamento, quanto degli atti governativi con forza di legge.

[34] L'articolo 16, comma primo, primo periodo, della Costituzione recita che «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza».

(iv) e (v) Sulla quarta fase *e sulla quinta* fase*: il bilanciamento risulta ragionevole e proporzionato? Della libertà di circolazione, sacrificata nella complessiva opera di bilanciamento, è salvaguardato il «nucleo essenziale»?*

La misura normativa adottata – verosimilmente ascrivibile a un onere – appare proporzionata e adeguata al fine perseguito; e il punto di equilibrio del bilanciamento compiuto dal legislatore si rivela ragionevole. Perché?

Il bilanciamento effettuato "in astratto" non determina, come risultato finale, il sacrificio integrale di uno dei beni costituzionali in gioco, bensì la sua limitazione ragionevole e proporzionata, salvaguardandone il «nucleo essenziale»: l'individuo, affinché non venga ristretto lo spazio di estrinsecazione della sua libertà di movimento, è tenuto, laddove non voglia vaccinarsi, a dotarsi di una certificazione comprovante l'avvenuta guarigione dalla infezione ovvero di una certificazione comprovante la effettuazione di test antigenico rapido o molecolare con esito negativo[35].

L'onere di dotarsi di uno dei tre certificati integra un sacrificio minimo, che appare tollerabile rispetto a quanto deriverebbe dall'indiscriminato accesso di chiunque nei luoghi aperti al pubblico, il che amplificherebbe notevolmente i potenziali momenti di contagio tra la popolazione, con il risultato di contribuire alla (o, quantomeno, di non ostacolare la) diffusione capillare della infezione; accadimento, questo, che, laddove si concretizzasse, sarebbe destinato a riflettersi negativamente in ambito sia sociale sia, specialmente, economico. Per giunta, la tripartizione alternativa delle opzioni per ottenere una certificazione verde consente di superare le obiezioni concernenti il principio di eguaglianza formale, supposto violato per i potenziali effetti discriminatori verso coloro che non possano, o non vogliano, sottoporsi alla vaccinazione[36]. Di più:

[35] Sotto quest'ultimo punto di vista, l'articolo 5, comma 1, del decreto-legge n. 105 del 2021 ragionevolmente prefigura un protocollo d'intesa con le farmacie e con le altre strutture sanitarie, al fine di assicurare la somministrazione di test antigenici rapidi «a prezzi contenuti».

[36] Come evidenzia, in modo condivisibile, G. GRASSO, *"Certificato verde digitale", "Passaporto vaccinale" e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2021, 5: «un certificato che consente, come il certificato verde digitale, [...] in modo alternativo e non cumulativo, il rilascio delle tre opzioni del certificato di vaccinazione vero e proprio, del certificato di avere effettuato un test, risultato negativo all'infezione da Sars-CoV-2, e del certificato di guarigione della malattia salvaguarda tutte le posizioni e i diritti delle persone, che il solo certificato di vaccinazione potrebbe non perfettamente garantire, in base alle modalità e ai tempi di distribuzione del vaccino, compresi le posizioni e i diritti di chi non voglia essere vaccinato. Non penso del resto che debbano ricevere protezione e possano in qualche modo ritenersi oggetto di una discriminazione coloro che, pur potendo dimostrare il possesso di uno dei tre requisiti accertati da ciascuna delle tre certificazioni, rifiutino di farlo».

l'onere ha una durata determinata nel tempo[37], e proprio il contenimento nel tempo dell'efficacia è – com'è noto – uno dei requisiti di ragionevolezza delle norme allorquando paiono gravare incisivamente sul godimento dei diritti costituzionali.

Sullo sfondo si staglia, infine, lo stretto legame che avvince i diritti ai doveri, rispettivamente trama e ordito che, intrecciandosi, compongono il tessuto della Costituzione. Fuor di metafora, l'articolo 2 della Costituzione ricorda che la coesione della nostra comunità politica è cementata non soltanto dal riconoscimento e dalla garanzia, da parte della Repubblica, dei «diritti inviolabili dell'uomo», quanto, soprattutto, dalla richiesta, sempre proveniente dalla Repubblica, di adempiere i «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»[38]. Senza l'adempimento dei «doveri inderogabili», il virtuoso funzionamento del circuito democratico-sociale verrebbe bruscamente interrotto, e la garanzia dei «diritti inviolabili dell'uomo» rischierebbe di ridursi a un'aspirazione velleitaria. Per contrastare una siffatta involuzione, e assicurare la convivenza civile, la garanzia dell'interesse comune impone di accettare parziali ed equilibrate limitazioni anche delle proprie (egoistiche) pretese: ché la libertà, se fosse un assoluto, dischiuderebbe prospettive primordiali, di *bellum omnium contra omnes*.

(vi) Il risultato del test. Tirando le fila: il congegno normativo approntato dal legislatore per fronteggiare l'emergenza epidemiologica supera, positivamente, le cinque *fasi* del test qui escogitato sulla scorta delle istruzioni della giurisprudenza costituzionale. La conclusione che ne discende si coglie sull'asse della legittimità costituzionale, e va nella direzione della assenza di infrazioni costituzionali[39].

---

[37] Durata fissata nel periodo «*dal 1° settembre 2021 e fino al 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza*»: così l'articolo 1, comma 6, del decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, e, al suo interno, l'articolo 9-*ter*, comma 1, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52; così, altresì, l'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, e, al suo interno, l'articolo 9-*quater*, comma 1, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52. La "saldatura" della efficacia delle disposizioni alla cessazione dello stato di emergenza non è disposta, invece, dall'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, e, al suo interno, dall'articolo 9-*bis*, comma 1, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52: ciò schiude un evidente problema intorno al termine di efficacia delle misure ivi disciplinate. Il problema – per vero, di non istantanea soluzione – può, forse, essere ragionevolmente superato assumendo, tramite un'applicazione sistematica dell'atto normativo, che l'efficacia di tali misure venga, parimenti, a cessare con la scadenza dello stato di emergenza.

[38] Cfr. F. RIGANO-M. TERZI, *Lineamenti dei diritti costituzionali*, cit., 379.

[39] Un cenno è dovuto alla sentenza 5 agosto 2021, n. 824, nella quale il *Conseil constitutionnel* ha dissipato i dubbi di legittimità costituzionale della disciplina francese del «*passe sanitaire*». Se pur è vero che le diversità di ordinamenti, nonché di tecniche di valutazione della ragionevolezza legislativa, devono porre in guardia rispetto a confronti quantomeno inappropriati, qualche accostamento delle ragioni è interessante. Così, ad esempio: la sottolineatura che la disciplina incide sulla libertà di circolazione, in prima battuta, e quindi su attività accomunate dal fatto di essere svolte da più persone in simultanea presenza (punto 41); e, per le ragioni giustificative delle limitazioni, la temporaneità

3. Sull'obbligo vaccinale

Le riflessioni sinora proposte offrono occasione per tornare sull'ulteriore interrogativo d'apertura. Riadeguato alla metodologia costituzionalistica, l'interrogativo acquista il seguente tenore: «è *costituzionalmente legittimo* introdurre un obbligo vaccinale, generalizzato o per specifiche categorie soggettive, contro il SARS-CoV-2?».

Vi è, innanzitutto, un fattore a differenziare il profilo precedentemente esaminato dal corrente: lì, la presenza di atti normativi suggeriva di articolare la trattazione alla stregua di un (ipotetico) giudizio di legittimità costituzionale; qui, invece, l'assenza di una entità normativa di riferimento preclude una simile analisi[40].

Conviene, ad ogni modo, prendere le mosse dalla Costituzione e dalla limpidezza delle sue formule.

La configurazione costituzionale del bene salute, e della relativa tutela, non si esaurisce nella *dimensione atomistica*, ma denota la necessità di un contemperamento con la *dimensione collettiva*: la salute – recita l'articolo 32, al comma primo – è «diritto fondamentale dell'individuo» (ecco la *dimensione atomistica*) e, simultaneamente, «interesse della collettività» (ecco la *dimensione collettiva*).

dell'efficacia (punto 39), l'ancoraggio allo stato attuale delle conoscenze scientifiche (punti 38 e 47) e la natura della prescrizione (punto 44), che è di onere (di munirsi di uno dei tre modi di lasciapassare) e non di obbligo (di vaccinazione).

[40] Tale non può ritenersi la previsione dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44 (Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici) – convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76 –, nel quale è sancito che: «In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1 febbraio 2006, n. 43, che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati». La citata disposizione, per vero, ha introdotto un onere, e non già un obbligo, di vaccinazione per gli esercenti le professioni sanitarie e per gli operatori di interesse sanitario: per costoro, infatti, la vaccinazione è imposta soltanto laddove intendano esercitare la loro professione ed erogare prestazioni sanitarie; viceversa, se si fosse trattato di un obbligo, gli operatori sanitari sarebbero stati obbligati a vaccinarsi indipendentemente dalle specifiche attività professionali cui si vogliano dedicare.

Nella fisionomia complessa[41] conferita, dalla Carta, alla salute trovano espressione due principi cardine dell'impianto costituzionale repubblicano, entrambi riconducibili alla "colonna portante" dell'articolo 2: da un lato (ed è il lato della salute nella *dimensione atomistica*, come «diritto fondamentale dell'individuo»[42]), il principio personalista, con il riconoscimento e la garanzia dei «diritti inviolabili dell'uomo»; dall'altro (ed è il lato della salute nella *dimensione collettiva*, come «interesse della collettività»), il principio solidarista, con la richiesta di adempimento dei «doveri inderogabili di solidarietà».

Ebbene, muovendosi lungo il crinale tra *dimensione atomistica* e *dimensione collettiva* della salute, la legge ordinaria[43] può disporre – e a permetterlo è sempre l'articolo 32 della Costituzione, ma nel suo comma secondo – la obbligatorietà di un trattamento sanitario[44]: concetto, quest'ultimo, nel quale è pacificamente incluso il vaccino.

Tuttavia, affinché possa ritenersi legittimo, l'intervento legislativo che imponga un determinato trattamento sanitario come obbligatorio deve inserirsi nel solco della giurisprudenza costituzionale, rispettando la tavola di condizioni (di legittimità costituzionale) da questa puntualmente introdotte. Procedendo per punti, la legge impositiva di un trattamento sanitario obbligatorio – proprio perché è chiamata, nella cornice del «rispetto della persona umana»[45], a contemperare le due dimensioni (*atomistica* e *collettiva*) della salute – è compatibile con l'articolo 32: (i) se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; (ii) se si prevede che il trattamento non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; (iii) e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la

[41] Per mutuare la persuasiva definizione, abitualmente accettata, di B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, n. 1, 1983, 25, che ricostruisce il diritto alla salute come «posizione giuridica soggettiva complessa».

[42] Con il corollario della libera autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie.

[43] Nel significato chiarito alla nota 33.

[44] Non a caso, la giurisprudenza costituzionale in materia di vaccinazioni «è salda nell'affermare che l'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività (da ultimo sentenza n. 268 del 2017)»: così la sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, punto 8.2.1 del «*Considerato in diritto*».

[45] La clausola del «rispetto della persona umana» figura all'articolo 32, comma secondo, secondo periodo, della Costituzione e rappresenta, senza dubbio, un riflesso del principio personalista che informa di sé l'ordinamento costituzionale repubblicano.

corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria[46].

Le prime due condizioni attengono, di nuovo, alla relazione tra diritto e scienza. La discrezionalità legislativa sulla cosiddetta politica vaccinale deve essere esercitata, difatti, alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, nonché delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della scienza medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte[47].

Ora, è agevolmente dimostrabile che corrisponda all'interesse generale valersi della (forse più efficiente) veste giuridica dell'obbligo – anziché della raccomandazione o della persuasione[48] – e immunizzare la comunità contro una malattia infettiva e diffusiva, così da prevenirne la propagazione e difendere la salute pubblica[49]: le potenzialità lesive del virus si sono mostrate particolarmente intense e di estensione tale da mettere gravemente a repentaglio la salute, e finanche la vita, di un numero indeterminato di membri della comunità.

Va appurato, invece, se l'interesse generale alla vaccinazione, come strumento di immunizzazione della collettività, sia capace di prevalere sulla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie: il che presuppone di verificare il rispetto delle suddette condizioni. Parafrasando sotto forma di quesito: come configurare un intervento di profilassi vaccinale che, tenendo conto delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze attualmente raggiunte dalla scienza, non si presti a subire censure di irragionevolezza?

Percorrendo la direttrice appena indicata, il principale ostacolo è rappresentato dalla (inevitabile) incertezza della ricerca medica: non vi è, infatti, allo stato attuale, alcuna evidenza scientifica né

[46] Sono, quelle elencate, le condizioni che la Corte, riprendendo le fila della sua consolidata giurisprudenza (risalente agli anni Novanta), ha disegnato nella sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, punto 8.2.1 del «*Considerato in diritto*».

[47] Cfr. sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, punto 8.2.1 del «*Considerato in diritto*».

[48] A proposito della scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace delle malattie infettive, la Corte costituzionale ha affermato che il contemperamento dei molteplici principi in gioco (in particolare, la libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte in merito alle cure e la tutela della salute individuale e collettiva) «lascia spazio alla discrezionalità del legislatore [...], potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo» (sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, punto 8.2.1 del «*Considerato in diritto*»).

[49] Che la "immunità di gregge", obiettivo perseguito dalle politiche vaccinali, sia da qualificare come un «bene pubblico», caratterizzato dal fatto che «*tutti egualmente ne beneficiano se tutti vi contribuiscono*», è sostenuto, fra gli altri, da Q. CAMERLENGO-L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti Covid-19*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021, 210. Ad avviso degli Autori, poi, la circostanza che il vaccinarsi genera un beneficio ad altri individui e all'intera collettività, e per converso evita un danno agli stessi, «sembrerebbe deporre a favore di un obbligo o comunque di un *dovere morale* di farlo» (*Ivi*, 211).

che il completamento del ciclo vaccinale sia in grado di impedire, del tutto, la trasmissione del virus[50], né, tantomeno, sugli effetti avversi, a lungo termine, della vaccinazione. Ciò sembrerebbe, di primo acchito, far venire meno la giustificazione stessa dell'intervento (di compressione della libertà individuale da parte) della pubblica autorità, che dovrebbe essere in funzione di due assunti: (i) che all'immunizzazione del singolo corrisponda l'impossibilità di contribuire alla diffusione dell'agente patogeno; (ii) che all'immunizzazione del singolo non seguano (future) gravi complicanze a suo carico.

Nondimeno, quand'anche si ammettesse l'*incertezza* circa l'idoneità del vaccino di prevenire la trasmissione del virus, residuerebbe, comunque, la *certezza* della sua capacità di indurre una risposta immunitaria idonea a scongiurare o a ridurre sensibilmente, se non il contagio successivo, perlomeno la contrazione di forme severe della malattia, così da evitare il ricorso a terapie ospedaliere (con i connessi benefici sul carico e sulla capacità assistenziale del sistema sanitario nazionale).

Inoltre, per compensare il difetto della certezza scientifica, e rafforzare la ragionevolezza della disciplina, sarebbe utile valorizzare la dinamica evolutiva delle risultanze epidemiologiche e delle conoscenze medico-scientifiche, subordinando al mutare di esse la modulazione, e la rimodulazione, delle scelte legislative. Appropriandosi degli insegnamenti della Corte costituzionale, gioverebbe, per esempio, introdurre un sistema di monitoraggio periodico, suscettibile di sfociare, eventualmente, nell'allentamento del grado di coazione esercitabile (sino, ipoteticamente, alla cessazione della obbligatorietà). In effetti, l'introduzione di un elemento di adattabilità flessibile (la «flessibilizzazione» di cui dice la Corte costituzionale) della normativa, da attivarsi sulla base dei dati emersi nelle competenti sedi tecnico-scientifiche, denoterebbe che la scelta legislativa, all'origine a favore dello strumento dell'obbligo, si salda alle variazioni sia delle condizioni epidemiologiche, sia delle acquisizioni della scienza medica[51].

Non va sottovalutato, da ultimo, il drammatico quadro al cui interno si è costretti a operare: la (eventuale) imposizione dell'obbligo di vaccinazione si collocherebbe, pur sempre, dentro un

[50] Come nota C. BERTOLINO, *"Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza*, in *federalismi.it*, n. 15, 2021, 17, le ricerche scientifiche «paiono [...] attestare come la vaccinazione determini l'immunizzazione del soggetto vaccinato, ma non assicuri la sua non contagiosità».

[51] Il sistema di monitoraggio periodico intercetterebbe le esigenze di «flessibilizzazione della normativa» che la Corte costituzionale ha tenuto a rimarcare nel corpo della sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, punto 8.2.5 del «*Considerato in diritto*».

contesto straordinario, qual è quello emergenziale; e, in un contesto emergenziale, è ragionevole presumere che i requisiti giurisprudenziali, puntualmente enucleati in (e per) un periodo tutto sommato ordinario, possano subire un razionale e proporzionato ridimensionamento.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 5/2021

Data: 5 ottobre 2021

Sull'ergastolo ostativo. Prime riflessioni a partire dall'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale[*]

di **Andrea Catani** – *Dottorando di Ricerca in Diritto Pubblico – Diritto Urbanistico e dell'Ambiente presso l'Università degli Studi di Firenze*

ABSTRACT: This paper comments on a recent pronouncement of the Italian constitutional court on the subject of life imprisonment (order n. 97/2021). After briefly analyzing the reasoning carried out by the judges, this study seeks to highlight the critical issues raised by the aforementioned order and to envisage auspicial future scenarios.

SOMMARIO: 1. Introduzione: nelle puntate precedenti. – 2. L'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale. – 3. Riflessioni critiche e scenari futuri: *to be continued*.

1. Introduzione: nelle puntate precedenti

Con l'ordinanza n. 97 del 2021, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3, 27, c. 3, e 117, c. 1, della Costituzione, degli artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in avanti, ord. penit.), nonché dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203) nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione

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

condizionale il condannato all'ergastolo c.d. ostativo – per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste (associazione di tipo mafioso) – che *non* abbia collaborato con la giustizia, a meno che non sia stata riscontrata l'impossibilità o l'inesigibilità della collaborazione medesima[1] (art. 4-*bis* ord. penit., comma 1-*bis*).

La pronuncia in esame si inserisce nella scia giurisprudenziale[2] inaugurata dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo (d'ora in avanti, Cedu) *Viola c. Italia* del 13 giugno 2019, divenuta definitiva il successivo 7 ottobre[3]. La Cedu aveva affermato che l'ergastolo ostativo – per la prima volta oggetto del sindacato dei giudici di Strasburgo[4] – limitasse eccessivamente la prospettiva di rilascio del condannato e la possibilità di riesame della pena. Di conseguenza, la pena perpetua non poteva essere qualificata come "comprimibile" *de iure* e *de facto* e, pertanto, si poneva in contrasto con l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Cedu è giunta così alla conclusione secondo la quale l'assenza della collaborazione con la giustizia, determinando una *presunzione assoluta* di pericolosità, avrebbe come effetto quello «di privare il ricorrente di ogni prospettiva realistica di liberazione»[5].

A seguito della pronuncia della Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale italiana, in uno spirito di dialogo tra le Corti, ha pronunciato una sentenza che, oltre a segnare un decisivo

[1] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 68/1995, 357/1994, 306/1993.

[2] Per un'analisi più approfondita dell'*excursus* giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale, relativo all'istituto dell'ergastolo ostativo, sia consentito rimandare a A. CATANI, *Il regime giuridico dell'ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problematiche e prospettive*, in *Rivista AIC*, 4/2020.

[3] Il 7 ottobre 2019, la Grande Camera della Cedu ha respinto il ricorso presentato, ai sensi dell'art. 43 della Convenzione, dal Governo italiano contro la sentenza del 13 giugno, divenuta pertanto definitiva.

[4] La Cedu si è pronunciata due volte sull'ergastolo comune come disciplinato dall'ordinamento italiano, escludendone ogni profilo di censura in riferimento all'art. 3 della Convenzione. Nei casi *Scoppola c. Italia* (dec. 8-9-2005) e *Garagin c. Italia* (dec. 29-4-2008), la Cedu ha riconosciuto come nel diritto italiano l'ergastolo non è una pena *sine die*, essendo previsti dall'ordinamento nazionale dei meccanismi volti a garantire la risocializzazione del condannato e la comprimibilità *de iure* e *de facto* della pena. Il modello italiano dell'ergastolo, peraltro, è stato più volte ritenuto esemplare dalla Cedu, la quale si è basata proprio sul diritto interno italiano per affermare che la prassi degli Stati contraenti riflette la volontà di aprire al reinserimento dei condannati all'ergastolo e di offrire loro una prospettiva di liberazione (*Vinter e a. c. Regno Unito*, dec. 9-7-2013). Il profilo della comprimibilità – e quindi l'esistenza di una concreta prospettiva di liberazione e di un meccanismo di revisione della pena – assurge, nella giurisprudenza di Strasburgo, a elemento in grado di determinare la conformità dell'ergastolo con il dettato della Convenzione. La Corte, sottolineando a più riprese l'importanza della finalità rieducativa della pena, ha specificato che il reo ha il diritto di conoscere *fin dall'inizio della pena* le tempistiche e le condizioni che gli potranno permettere di riacquisire gradualmente la propria libertà.

[5] Cedu, *Viola c. Italia*, dec. 13-06-2019, §127.

revirement nella propria giurisprudenza costituzionale, ha aperto «una breccia nel regime ostativo penitenziario»[6].

La sent. n. 253 del 23 ottobre 2019 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, primo comma, ord. penit. in riferimento agli artt. 3 e 27, c. 3, della Costituzione, nella parte in cui non prevede che agli autori dei reati ivi elencati possano essere concessi *permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia* ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. La Corte, dunque, ha contribuito a configurare un *tertium genus* tra la collaborazione utilmente prestata e quella impossibile/inesigibile/irrilevante: la collaborazione non prestata[7]. I giudici costituzionali, dopo aver ripercorso le ragioni che hanno portato all'introduzione nel nostro ordinamento della disposizione impugnata e la propria giurisprudenza in materia, hanno accolto le questioni sollevate, precisando che *non è la presunzione in sé a risultare illegittima, quanto il suo carattere assoluto*, che ne impedisce la prova contraria[8].

2. L'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale

Con ordinanza depositata il 18 giugno 2020, la Corte di cassazione, prima sezione penale, ha chiesto alla Corte costituzionale di pronunciarsi sulla compatibilità con il dettato costituzionale delle disposizioni normative che escludono i condannati all'ergastolo ostativo *all'accesso alla liberazione condizionale* e, quindi, all'estinzione della pena.

L'esito della pronuncia era per molti scontato: secondo parte della dottrina, invero, la *ratio decidendi* della Corte costituzionale sarebbe stata «all'origine di una prossima "scia giurisprudenziale", composta da tante pronunce di accoglimento quante sono le misure alternative

[6] A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020, p. 161.

[7] F. FIORENTIN, *Incostituzionalità del divieto di concessione di permessi premio previsto dall'art. 4*-bis *comma 1 ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 4/2020, p. 1027.

[8] È interessante riportare il passo completo della Corte costituzionale: «Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima. Non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria. Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obbiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. – agli specifici e limitati fini della fattispecie in questione – una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata».

alla pena, oggi ancora precluse al detenuto non collaborante»[9]. L'ergastolo ostativo, pertanto, sembrava non avere futuro nel nostro ordinamento e il suo destino appariva ineluttabilmente segnato[10].

La Corte costituzionale è andata verso un'altra direzione, diversa ma non opposta: ha fatto ricorso alla tecnica dell'ordinanza di rinvio della trattazione della controversia – come avvenuto per il c.d. caso Cappato[11] – e ha lasciato al legislatore il tempo di un anno per intervenire concretamente sulla materia[12]. Il *genus* dell'ordinanza di *incostituzionalità accertata ma non dichiarata* – mutuata dall'esperienza del Tribunale costituzionale tedesco – è ormai parte integrante dell'arsenale decisorio della Corte costituzionale ed è destinata ad assumere una rilevanza sempre crescente, soprattutto nelle questioni in cui il confine tra giudizio di conformità costituzionale e discrezionalità legislativa appare più labile. Non si può non sottolineare, tuttavia, come una tale pronuncia, a differenza di quanto accaduto per la vicenda legata all'aiuto al suicidio, abbia l'effetto di lasciare in vigore per un anno una norma tacciata *expressis verbis* di incostituzionalità. La pronuncia della Corte, richiedendo un intervento del legislatore, ha di fatto escluso qualsiasi possibilità di operare una interpretazione costituzionalmente orientata da parte della magistratura di sorveglianza.

[9] A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria*: *le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *rivistaaic.it*, p. 507. L'Autore, p. 516, afferma che «il destino del c.d. ergastolo ostativo appare davvero segnato». Cfr. ID, *La sent. n. 253/2019*, cit., p. 174: «la sent. n. 253/2019 fungerà da matrice per tante decisioni-fotocopia quante sono le misure alternative, oggi ancora precluse al non collaborante. […]. Dunque, ragionevolmente, ci avviamo verso il superamento dell'ergastolo ostativo: è solo questione di tempo».

[10] Cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2019, p. 935; ID., *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *sistemapenale.it*; M. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *legislazionepenale.eu*, p. 19: «mi pare che il regime delle preclusioni, progressivamente rafforzato ed ampliato dal legislatore, appaia sempre più un gigante dai piedi di argilla: è vero che la Corte ha superato la preclusione solo con riguardo ai permessi premio, esplicitando, sin da subito in motivazione, i limiti della pronuncia per chiarire che non era messa in discussione la disciplina dell'ergastolo ostativo. Pur a fronte delle corrette precisazioni della Corte costituzionale sugli effetti della sentenza in ragione dei limiti dell'oggetto delle questioni di legittimità sollevate, a me pare che gli argomenti sviluppati consentano di pronosticare effetti a cascata sul superamento delle preclusioni assolute rispetto ai benefici penitenziari richiamati dall'art. 4-bis comma 1 Op e, soprattutto, alla liberazione condizionale».

[11] Cfr. Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207.

[12] Cfr. M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale? Relazione introduttiva*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *amicuscuriae.it*, p. 28, in cui l'Autore sostiene che tale ipotesi «costituisce, tuttavia, soltanto una subordinata rispetto all'accoglimento immediato nei termini sopra indicati, anche perché, probabilmente, se la Corte avesse voluto sollecitare un intervento sistematico, di tipo strutturale, avrebbe potuto impiegare la già sperimentata tecnica in occasione della decisione sulla questione relativa ai permessi premio».

Consapevoli di come la posta in gioca fosse «ancora più radicale»[13] rispetto al precedente dei permessi premio, i giudici costituzionali, pur richiamando la *ratio decidendi* della sent. n. 253/2019 e affermando la non compatibilità con la Costituzione della preclusione assoluta nell'accesso alla liberazione condizionale, hanno sostenuto «la necessità che l'intervento di modifica di aspetti essenziali dell'ordinamento penale e penitenziario […] sia, in prima battuta, oggetto di una più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa»[14]. Seconda la Consulta, invero, sarebbero in gioco «tipiche scelte di politica criminale», non costituzionalmente vincolate e appannaggio della discrezionalità legislativa.

L'intervento demolitorio auspicato in dottrina potrebbe mettere a rischio, secondo la Corte, il complessivo equilibrio della disciplina in materia di ergastolo ostativo e, soprattutto, «le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa»[15].

In conclusione, la Corte, rimettendosi a «esigenze di collaborazione istituzionale»[16], ha rinviato il giudizio e ha fissato una nuova discussione all'udienza del 10 maggio 2022, dando così al Parlamento il tempo per affrontare la materia: la Corte verificherà *ex post* la conformità al dettato costituzionale delle decisioni assunte in via legislativa. Qualora dovesse decorrere infruttuosamente il periodo di tempo concesso al legislatore, la Corte potrà pronunciarsi senza dover attendere che venga sollevata nuovamente una questione di costituzionalità.

3. Riflessioni critiche e scenari futuri: *to be continued*

Al legislatore è stato demandato il compito di dettare una nuova disciplina che non renda la collaborazione quale unica strada a disposizione del condannato all'ergastolo ostativo per la riacquisizione della libertà e che permetta alla magistratura di sorveglianza di valutare l'intero percorso carcerario e di risocializzazione del reo.

[13] §8, *Cons. in diritto*. È bene ricordare, infatti, che l'istituto della liberazione condizionale determina, all'esito positivo del periodo di libertà vigilata, l'estinzione della pena e il riacquisto definitivo della libertà, a differenza dei permessi premio, che consistono in una breve sospensione della carcerazione, senza interruzione dell'esecuzione della pena.

[14] §9, *Cons. in diritto*.

[15] *Ibidem*.

[16] §11, *Cons. in diritto*.

Diversi, tuttavia, sono i profili critici da sollevare in merito al ragionamento sotteso all'ord. n. 97/2021.

La previsione normativa della condotta collaborativa come *condicio sine qua non* per l'ottenimento dei benefici penitenziari fu la decisa risposta dello Stato italiano al metodo stragista portato avanti dalle cosche mafiose nei primi anni '90[17]. La dottrina sociologica che ha approfondito il fenomeno dei pentiti di mafia ha sottolineato che «la dissociazione da un gruppo in cui la cooptazione è "per tutta la vita", la cui appartenenza è sancita da un rituale di sangue e la cui uscita può solo avvenire "col sangue", si consuma proprio attraverso la parola»[18]: per gli affiliati alla criminalità organizzata di stampo mafioso l'omertà non rappresenta un disvalore, ma costituisce una regola fondante del vincolo associativo[19]. Il legame che unisce i protagonisti del *pactum sceleris* di stampo mafioso – spesso superiore anche ai legami amicali, affettivi o familiari – si concretizza in un giuramento solenne di fedeltà che non è destinato ad affievolirsi con il mero trascorrere del tempo[20].

La Corte, quasi a voler controbilanciare l'eliminazione del vincolo della collaborazione, ha chiesto al legislatore di adottare una disciplina normativa che, nell'enucleazione dei requisiti per l'accesso ai benefici penitenziari, contempli sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata sia il pericolo di un ripristino degli stessi. Eccetto il caso in cui la cosca di riferimento sia già stata sgominata o sia disciolta, è difficile immaginare su quali presupposti si possa fondare tale giudizio prognostico[21] volto ad escludere, con un certo livello di certezza, la possibilità che il condannato possa rinsaldare i suoi legami con il crimine organizzato[22].

[17] Sulla genesi della disciplina in materia di ergastolo ostativo, si rinvia a A. CATANI, *Il regime giuridico dell'ergastolo ostativo*, cit., pp. 429 ss.

[18] Cfr. A. DINO (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Donzelli, Roma, 2006, p. XII.

[19] Cfr ivi, p. XI, in cui l'Autrice afferma che «il peggior tradimento non è quello che si consuma nelle faide tra *famiglie*, nelle vendette trasversali, negli scontri tra "vincenti" e "perdenti", nelle uccisioni di quelli che prima erano amici e alleati; infame, traditore, *tragediatore* è colui che *parla*, colui che viola la regola del silenzio solidale e complice, lasciando emergere quanto abitualmente scompare nel non-detto».

[20] Si deve sottolineare, tuttavia, che la Corte di Strasburgo (*Viola c. Italia*) e la stessa Corte costituzionale italiana (sentt. n. 306/1993 e n. 253/2019) hanno affermato che la mancata collaborazione potrebbe dipendere da motivazioni ben diverse rispetto alla persistente attualità dell'affiliazione con la criminalità organizzata ed estranee al percorso rieducativo, quali i timori per la propria e l'altrui incolumità (in particolare congiunti e familiari), l'intima convinzione di essere innocenti o il legittimo rifiuto di incriminare se stessi o terzi.

[21] Cfr. A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria*, cit., p. 513, in cui l'Autore parla, con tono ironico, di «sciamaniche capacità predittive».

[22] Cfr. M. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., p. 19, il quale riconosce che «la pronuncia annotata affida alla magistratura di sorveglianza un giudizio non facile tra valutazione del caso concreto ed esigenze di

Il meccanismo disegnato dal combinato disposto degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit. continua ad essere vigente, con la conseguenza che l'istituto della collaborazione costituisce ancora, per il detenuto, la "via maestra" per vedersi riconoscere i benefici penitenziari previsti dalla normativa[23]. Non si può sottacere, tuttavia, la possibilità che tali aperture, prima ai permessi premio e poi alla liberazione condizionale, possano sortire l'effetto di disincentivare l'assunzione di una condotta collaborativa con la giustizia nei confronti dei condannati per uno dei reati indicati dall'art. 4-*bis*. Non si deve dimenticare che l'istituto della collaborazione ha giocato un ruolo essenziale nella lotta alla criminalità organizzata[24], aprendo una breccia nel muro dell'omertà e provocando seri contraccolpi all'interno delle strutture criminali[25].

Un'ultima considerazione deve necessariamente essere rivolta alla decisione di adottare un'ordinanza di rinvio della trattazione. Certamente è da salutare con favore la scelta di rimettere al Parlamento, espressione della sovranità popolare, il compito di ricondurre la disciplina dell'ergastolo ostativo nell'alveo della legittimità costituzionale, attraverso la concessione di un lasso di tempo forse irrealisticamente congruo. Ciò che desta alcune perplessità, tuttavia, è perché la Corte non abbia utilizzato tale strumento anche nel precedente caso sui permessi premio, dove i giudici costituzionali hanno finito per svolgere di fatto una funzione para-legislativa[26]. Del resto, la motivazione addotta dalla Corte stessa nell'ordinanza in esame non convince pienamente. Secondo i giudici costituzionali, un accoglimento immediato delle questioni proposte, permettendo all'ergastolano non collaborante di godere della liberazione condizionale ma non delle altre misure alternative (lavoro all'esterno e semilibertà), avrebbe comportato effetti disarmonici sulla complessiva disciplina dell'ergastolo ostativo. La Corte, invero, avrebbe ben potuto estendere il giudicato anche alle altre misure, come la dottrina auspicava già alla vigilia della sentenza sui

contenimento dell'allarme sociale che i reati ostativi suscitano».

[23] Cfr. M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *ristretti.it*, p. 3, secondo cui «resta fermo che sia proprio la collaborazione con la giustizia la "via maestra", non più (ma quasi) unica, per ottenere nelle fattispecie indicate dall'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., i permessi premio, nonché gli altri benefici. Il che è, in un certo senso, fisiologico, in quanto la collaborazione, se non garantisce la presa di distanza del condannato dal consesso criminale, lascia presumere un allentamento del vincolo, almeno nella prevedibile forma della presa di distanza dell'associazione nei confronti del collaborante».

[24] Corte cost., sent. n. 239/2014.

[25] Cfr. A. MASCALI (a cura di), *Le ultime parole di Falcone e Borsellino*, Chiarelettere, Milano, 2012, p. 64.

[26] Cfr. G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena*, cit., p. 45.

permessi premio[27]. Il più (liberazione condizionale) comprende anche il meno (lavoro all'esterno e semilibertà): se infatti i permessi premio costituiscono solo il primo assaggio di libertà per il reo, la liberazione condizionale rappresenta la tappa finale, ossia l'ultimo preludio della definitiva libertà; mantenere l'ostatività per le "tappe intermedie" risulterebbe privo di logica e, soprattutto, di coerenza[28].

Benché autorevoli studiosi abbiano da tempo sostenuto che la prospettiva di una riforma legislativa parlamentare in materia di ergastolo ostativo, vero e proprio «tabù penalistico»[29], presenti scarse probabilità di successo nel momento storico attuale, ci si deve augurare che il Parlamento – a differenza di quanto avvenuto a seguito dell'ordinanza sul c.d. caso Cappato – non rimanga inerte e si assuma la responsabilità, politica e giuridica, di intervenire. Il compito che incombe sul legislatore è quello di riscrivere l'art. 4-*bis* ord. penit., ormai divenuto un «complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati»[30], nonché di *bilanciare ragionevolmente le diverse finalità della pena*, affinché nessuna di esse risulti del tutto sacrificata, soprattutto in uno spinoso contesto come quello dei reati legati alla criminalità organizzata.

[27] Cfr. F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della* quaestio legitimitatis, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *forumcostituzionale.it*, p. 13; A. PUGIOTTO, *Alcune buone ragioni per un allineamento tra Roma e Strasburgo*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., pp. 151-152.

[28] Cfr. G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità*, cit., p. 44.

[29] F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della* quaestio legitimitatis, cit., p. 3. Cfr. G.L. GATTA, *Presentazione. Superare l'ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 4/2017, pp. 1498 ss., in cui l'autore evidenzia le possibili resistenze che una riforma dell'ergastolo ostativo, volta al suo superamento, potrebbe incontrare nell'opinione pubblica; G.M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 4/2017, p. 1506: «L'abolizione dell'ergastolo è rifiutata dalla opinione pubblica, da numerose posizioni politiche e da larga parte della magistratura».

[30] Corte cost., sent. n. 32/2016 e, da ultimo, n. 188/2019 e n. 253/2019. Cfr. A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria*, cit., p. 503, in cui l'Autore, a seguito delle numerose modifiche che hanno interessato la disposizione in esame, definisce l'art. 4 *bis*, primo comma, ord. penit. una «chilometrica e fantasiosa *black list*»; G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1/2013, p. 60, in cui l'Autore definisce la disposizione in esame «un'accozzaglia di reati»; ID, *Verso un'incostituzionalità*, cit., p. 46: «il 4-bis è ormai divenuto una specie di contenitore di raccolta indifferenziata in cui il legislatore "getta" i reati demagogicamente più *à la page* senza tenere nella dovuta considerazione la loro gravità, la loro struttura e il loro profilo criminologico».

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 5/2021

Data: 5 ottobre 2021

La Corte costituzionale rivede la detenzione per la diffamazione tramite i media. Prime note sulla sentenza n. 150 del 2021[*]

di **Carlo Magnani** – *Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"*

ABSTRACT: Sentence no. 151 of July 12, 2021 of the Constitutional Court follows the referral order no. 132 of 2020 of the same Court. Given that the legislator, within the deadline indicated in the ordinance no. 132/2020, did not reform the criminal treatment of defamation, the Constitutional Court had to intervene directly. The sentence declares the constitutional illegitimacy of art. 13 of law no. 47 of 1948 (periodical press), which provided for a prison sentence together with a pecuniary penalty for the offender of serious defamation. However, art. 595 of the Penal Code is declared legitimate thanks to an interpretation that allows judges to choose imprisonment only in exceptional cases. These hypotheses are not only those indicated by the European Court of Human Rights (hate speech and violence) but also other types of hypotheses established by judgment no. 150, especially disinformation campaigns that endanger democracy. With this judgment the right to information is brought more into line with the law of the ECHR.

SOMMARIO: 1. Premessa: le norme oggetto del giudizio. – 2. Continuità tra atipica ordinanza di rinvio e sentenza. – 3. La Consulta tra due opzioni di adeguamento al diritto CEDU. – 4. La sentenza n. 150/2021: una doppia pronuncia con un approccio minimalista. – 5. Incompatibilità tra necessità della detenzione e funzione democratica della informazione. – 6. Il parziale ritorno al

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

codice penale. – 7. Quel che resta del carcere nell'art. 595 c.p. – 8. Cenni conclusivi: centralità della democrazia ed effetti della sentenza.

1. Premessa: le norme oggetto del giudizio

La Corte costituzionale con l'ordinanza n. 132 del 2020, ampiamente commentata in dottrina[1], aveva ripetuto l'inedita scelta della cosiddetta "ordinanza Cappato"[2] di adottare una atipica "ordinanza monito" di sospensione del giudizio di costituzionalità in attesa dell'intervento, sollecitato su specifici contenuti e precisato anche mediante indicazione di un termine, del legislatore. La questione di legittimità verteva, nella circostanza, sulla compatibilità con la Costituzione e la Convenzione EDU delle disposizioni della legge sulla stampa e del codice penale statuenti la pena detentiva per la diffamazione aggravata divulgata da mezzi di informazione. Il provvedimento sospensivo della Consulta aveva come presupposto (anche) il fatto che in Parlamento risultavano giacenti alcuni disegni di legge miranti proprio a riformare la disciplina della diffamazione tramite la stampa[3]. Secondo i Giudici costituzionali «appar[iva] necessaria e

[1] Si veda, per i profili più di diritto dell'informazione, M. PISAPIA, C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza penale*, 6, 2020; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2020; C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *La riforma della diffamazione: da Strasburgo al Senato, passando per Palazzo della Consulta*, in *Medialaws* (*Anticipazione*), 2020; C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva: la libertà di informazione tra ordinamento interno e CEDU nella ordinanza 132 del 2020 della Consulta*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Per una maggiore messa a fuoco degli aspetti di giustizia costituzionale, F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 27, 2020; A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *ConsultaOnline*, 2, 2020; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020; D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, in *ConsultaOnline*, 3, 2020; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, in *ConsultaOnline*, 3, 2020; C. CIPOLLONI, *La rimodulazione del "punto di equilibrio" tra la libertà di stampa e la tutela della reputazione individuale nella "rete" dell'evoluzione tecnologica: prime osservazioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Dirittifondamentali*, 2, 2021.

[2] Ciò che poteva apparire come un *unicum* è divenuta poi una tecnica decisoria ormai poco eccezionale. Un ulteriore impiego della cosiddetta "incostituzionalità differita" si è avuto, infatti, anche nella recente ordinanza di rinvio in materia di ergastolo ostativo, si veda, Corte costituzionale, ord. n. 97, 11 maggio 2021. Per "il caso Cappato", si veda invece, Corte costituzionale, ord. n. 207, 16 novembre 2018, nonché Corte costituzionale, sentenza n. 242, 22 novembre 2019.

[3] Senato della Repubblica, ddl. S. n. 812, del 20 settembre 2018, Sen. Caliendo, dal titolo (modificato dopo il licenziamento del testo in Commissione Giustizia avvenuto il 7 luglio 2020), *"Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n.*

urgente una complessiva rimeditazione del bilanciamento, attualmente cristallizzato nella normativa oggetto delle odierne censure, tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all'attività giornalistica»[4]. Tuttavia, come per il "caso Cappato", il termine fissato dalla Corte costituzionale è maturato senza che le Camere abbiano novato la legislazione così da risolvere le problematiche di ordine costituzionale sollevate.

La Corte costituzionale, pertanto, adottando la sentenza n. 150 del 12 luglio 2021 ha dato direttamente risposta nel processo costituzionale ai quesiti che erano stati all'origine della inusuale ordinanza di rinvio. Rivediamoli nell'essenzialità. Il giudizio è stato instaurato da due ordinanze di rimessione dei Tribunali di Salerno e di Bari, aventi ad oggetto l'ormai risalente contrasto tra la giurisprudenza della Corte EDU in materia di libertà di espressione e la legislazione italiana (rappresentata dall'art. 595 del codice penale e dall'art. 13 della legge n. 47 del 1948 sulla stampa periodica) che prevede la sanzione del carcere per chi si rende responsabile del delitto di diffamazione mediante l'attribuzione di un fatto determinato.

Si tratta di un delicato profilo del nostro ordinamento dell'informazione che ha originato una vivace dialettica tra la giurisprudenza di legittimità e la Corte di Strasburgo, con quest'ultima che ha più volte stigmatizzato le inadeguatezze della legislazione nazionale[5]. L'art. 13 della legge n. 47 del 1948, infatti, predice la pena detentiva, cumulativa con la sanzione pecuniaria, per l'ipotesi, tutt'altro che infrequente, della diffamazione aggravata dalla attribuzione di un fatto specifico. La giurisprudenza di merito ha maturato un indirizzo consolidato che interpreta la fattispecie non come figura di reato autonoma, bensì quale circostanza aggravante del delitto di diffamazione configurato nell'art. 595 del codice penale: in questa maniera il bilanciamento delle circostanze attenuanti e aggravanti ha consentito in genere al giudice di non giungere, se non in casi assai rari, a comminare

47, al codice penale, al codice di procedura penale e al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, al codice di procedura civile e al codice civile, in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale, e disposizioni a tutela del soggetto diffamato". Il testo è stato approvato dalla Commissione Giustizia del Senato il 7 luglio del 2020 e, dopo l'esame delle Commissioni Affari Costituzionali e Bilancio, è stato calendarizzato in aula dal 29 ottobre 2020.

[4] Corte costituzionale, ord. n. 132, 26 giugno 2020, § 7.

[5] Si veda, tra gli altri, D. BUTTURINI, *La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno*, in *Medialaws*, 3, 2019; nonché, dopo la sentenza sul "caso Sallusti", anche, M. BERNARDINI, *Ancora sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione. Il caso Sallusti al vaglio della Corte Edu*, in *Diritti Comparati*, 2019.

la sanzione della reclusione[6]. Non sono mancate situazioni, tuttavia, in cui la pena detentiva è stata effettivamente disposta in ragione di condizioni oggettive e soggettive (prevalenza delle aggravanti sulle attenuanti), pur venendo generalmente sospesa nella esecuzione; mentre solo nei rarissimi casi ove ciò non si è rivelato possibile, ad esempio in presenza di recidiva, si è effettivamente passati alla esecuzione effettiva della pena.

Questo impianto, così sinteticamente riassunto, è stato però più volte oggetto di censura da parte di varie pronunce della Corte EDU, la quale, in virtù di una giurisprudenza ormai ben consolidata[7] vede nella sola previsione astratta della pena detentiva (sono ininfluenti sospensioni o commutazioni della sanzione) una minaccia ("*chillig effect*") alla libertà della informazione e al ruolo di "cane da guardia" della democrazia che spetta alla libera stampa. Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, la sanzione del carcere per i delitti connessi alla sfera della libertà di espressione, così come multe e risarcimenti eccesivi o pesanti sanzioni deontologiche, non sono mai giustificati e contrastano con l'art. 10 della CEDU[8]: tranne che in casi del tutto eccezionali, quando sono cioè lesi diritti fondamentali come nei discorsi di odio e nella istigazione alla violenza[9]. Che cosa però si debba intendere con questa formula non è mai stato chiarito con certezza dalla Corte EDU, tanto è vero che nella vicenda processuale forse più eclatante che ha opposto la giurisprudenza di legittimità interna a quella convenzionale, cioè il cosiddetto "caso Sallusti", proprio su questo delicato profilo si è dipanata la differente interpretazione della fattispecie. La Corte di Cassazione, infatti, ha ricompreso entro le situazioni eccezionali la diffamazione mediante

[6] Si veda, S. BERSANO BEGEY, *La diffamazione a mezzo stampa: le più recenti posizioni della Corte di Cassazione e della CEDU. I progetti di depenalizzazione*, in *Questione Giustizia*, 2016, 6, osserva che «in concreto non sono molti i casi in cui la nostra Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul punto, posto che obiettivamente nella prassi giudiziaria la pena della reclusione al giornalista non viene applicata quasi mai». Così anche M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., 129-130, nota 21. Anche C. MALAVENDA, C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Le regole dei giornalisti*, Bologna, 2021, 49-50, notano che «In concreto, dunque, la sanzione per il più classico dei reati a mezzo stampa è di solito solo quella pecuniaria, e nemmeno troppo elevata».

[7] A partire dal *leading case*, Corte EDU, sentenza *Cumpănă e Mazăre c. Romania* (Grande Camera), 17 dicembre 2004; nonché, *Katrami c. Grecia* (I sez.), 6 dicembre 2007; *Morice c. Francia* (Grande Camera), 23 aprile 2015; *Belpietro c. Italia* (II sez.), 24 settembre 2013; *Sallusti c. Italia* (I sez.), 7 marzo 2019.

[8] Corte EDU, sentenza *Kasabova c. Bulgaria* (IV sez.), 19 aprile 2011; nonché sentenza *Riolo c. Italia* (II sez.), 17 luglio 2008.

[9] Corte EDU, sentenza *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit., § 115, ove: «una pena detentiva inflitta per una infrazione commessa nel campo della stampa non è compatibile con la libertà di espressione giornalistica garantita dall'art. 10 della Convenzione se non in circostanze eccezionali, in particolare quando altri diritti fondamentali sono stati gravemente attaccati, come nell'ipotesi, per esempio, della diffusione di un discorso di odio o di incitamento alla violenza». Così anche nei medesimi termini, in *Belpietro c. Italia*, cit., § 53; *Sallusti c. Italia*, cit., § 59; *Katrami c. Grecia*, cit., § 39.

il falso effettuata dal professionista, mentre la Corte di Strasburgo non ha ravvisato nel delitto una condotta riconducibile alle ipotesi eccezionali. Anche da questa rilevante divaricazione ermeneutica sono originate le ordinanze dei giudici *a quibus*, che hanno meritoriamente posto la questione alla attenzione della Corte costituzionale[10].

2. Continuità tra atipica ordinanza di rinvio e sentenza

Le due ordinanze di rimessione, riunite dalla Consulta tanto nella ordinanza n. 132/2020 che nella sentenza n. 150/2021, presentano profili decisamente asimmetrici nella prospettazione delle questioni di costituzionalità[11]. Esse muovono comunque da un elemento comune, ossia la constatazione della dubbia costituzionalità delle norme primarie interne in relazione al diritto convenzionale, concentrandosi entrambe primariamente sulla violazione dell'art. 117 Cost., primo comma, quale dispositivo di dialogo tra i due ordinamenti. Le ordinanze dei giudici *a quibus* contengono una esauriente trattazione di questo profilo, costruendo un percorso nel quale si dimostra come siano ben riscontrabili tutti i presupposti logici individuati dalla giurisprudenza della medesima Corte costituzionale, a partire dalle cosiddette "sentenze gemelle" (nn. 348 e 349 del 2007), per poter configurare un conflitto di costituzionalità tra il diritto interno e il diritto della Convenzione EDU assunto a parametro interposto tramite l'art. 117 Cost. La Consulta, nella ordinanza n. 132/2020, condivide questa impostazione osservando proprio come la «motivazione di entrambe le ordinanze è imperniata su ampi richiami alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di libertà di espressione, tutelata dall'art. 10 CEDU e ritenuta di regola violata laddove

[10] La dottrina aveva segnalato da tempo, visti i conflitti in vari casi tra Corte di Cassazione e Corte EDU, l'opportunità di un intervento della Corte costituzionale. Si veda, A. GIUDICI, *Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013; C. MELZI D'ERIL, *La Corte europea condanna l'Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013; M. CUNIBERTI, *Pene detentive per la diffamazione, responsabilità del direttore e insindacabilità delle opinioni del parlamentare: il "caso Belpietro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014; M. BERNARDINI, *Ancora sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione. Il caso Sallusti al vaglio della Corte Edu*, cit.; S. LONATI, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del cd. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, in *Medialaws*, 1, 2020; A. TARALLO, *L'esimente del diritto di cronaca nella prospettiva della Cedu: nota alla sentenza Magosso-Brindani contro Italia*, in *Dirittifondamnetali.it*, 1, 2020.

[11] Si veda, M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., 129 ss.

vengano applicate pene detentive a giornalisti condannati per diffamazione»[12]. La Consulta stessa, anzi, ricompone i principi cardine della giurisprudenza convenzionale in materia di limiti alla libertà di informazione, nonché quelli ricavabili dagli atti di indirizzo degli organi politici del Consiglio d'Europa, per fondare un percorso argomentativo imperniato sulla piena consapevolezza che il bilanciamento tra tutela della reputazione e libertà di informazione realizzato nella legislazione nazionale «è divenuto ormai inadeguato»[13]. In sostanza, tanto i giudici ordinari che hanno sollevato la censura di costituzionalità quanto la Corte costituzionale hanno ravvisato nel contrasto con la normativa convenzionale interposta una oggettiva occasione per verificare aspetti dell'ordinamento dell'informazione in chiave di espansione della tutela costituzionale offerta dall'art. 21 Cost., non sussistendo ragione alcuna per invocare principi costituzionali contrastanti non derogabili secondo la prevalenza assiologica della Costituzione sulla CEDU[14].

Tale premessa viene data per scontata nella sentenza in commento, nella quale il diritto giurisprudenziale convenzionale viene citato in maniera solo essenziale, come mero riferimento normativo. La ragione è illustrata dalla medesima Consulta. Infatti, la sentenza n. 150 /2021 deve essere letta insieme alla ordinanza di rinvio, come precisato praticamente in apertura del *considerato in diritto*: «Con l'ordinanza n. 132 del 2020, questa Corte ha già formulato una serie di valutazioni in ordine al thema decidendum, le quali debbono in questa sede essere integralmente confermate, e alle quali si salda, in consecuzione logica, l'odierna decisione»[15]. La continuità logico-sistematica tra le due decisioni fa sì che i due fattori decisivi nella argomentazione dell'ordinanza di rinvio, vale a dire il rimando al diritto convenzionale e la valutazione delle urgenze fattuali emergenti dalla nuova realtà dei media[16], scompaiano sostanzialmente dalla sentenza proprio perché dati per presupposti.

[12] Corte costituzionale, ord. n. 132, cit., § 6.
[13] *Ivi*, § 7.3.
[14] Corte costituzionale, sentenza n. 49, 26 marzo 2015, § 4: «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, […] è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007)».
[15] Corte costituzionale, sentenza n. 150, 12 luglio 2021, *considerato in diritto* § 2.
[16] Sottolinea la novità del richiamo alla evoluzione dei nuovi mezzi digitali di comunicazione nella ordinanza n. 132/2020, C. CIPOLLONI, *La rimodulazione del "punto di equilibrio" tra la libertà di stampa e la tutela della reputazione individuale nella "rete" dell'evoluzione tecnologica: prime osservazioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., 228 ss.

3. La Consulta tra due opzioni di adeguamento al diritto CEDU

Dato per anteposto l'apparato concettuale argomentativo contenuto nella ordinanza di rinvio, la Consulta passa all'esame dei due ricorsi dei giudici *a quibus*, i quali presentano tra loro significative differenze. La prima ordinanza di rimessione riepilogata è quella del Tribunale di Salerno, che cronologicamente precede solo di pochi giorni quella del Tribunale di Bari[17]. Nella ordinanza del giudice campano[18] si prospetta un contrasto di costituzionalità decisamente più radicale che nella seconda ordinanza. Secondo il giudice *a quo*, infatti, a contrastare con la Costituzione sarebbero sia l'art. 13 della legge sulla stampa (n. 47/1948) sia l'art. 595, comma 3, del codice penale, cioè le due disposizioni che prevedono per la diffamazione a mezzo stampa (realizzata mediante l'attribuzione di un fatto determinato nel primo caso, oppure generica nel secondo) la pena della detenzione per il colpevole. Non rileva affatto per il rimettente che il trattamento sanzionatorio sia diversamente modulato, essendo la sanzione del carcere e della multa cumulative nell'art. 13 della legge n. 47/1948, mentre nella fattispecie indicata nel terzo comma dell'art. 595 c.p. il giudice ha la facoltà di optare per la pena detentiva oppure per la sanzione pecuniaria. La mera previsione della reclusione per la diffamazione tramite stampa configurerebbe una violazione non solo dell'art. 117 Cost., primo comma, per il contrasto con il diritto convenzionale, ma anche di altre disposizioni della Costituzione[19].

Il Tribunale di Bari, invece, prospetta un conflitto di costituzionalità molto meno intenso. In primo luogo, si concentra solo sulla violazione dell'art. 117 Cost., primo comma, in relazione all'indirizzo giurisprudenziale maturato dalla Corte EDU che sostanzia il diritto convenzionale. E soprattutto, in secondo luogo, l'art. 13 della legge sulla stampa viene impugnato in combinato disposto con l'art. 595 del codice penale nella parte in cui, in caso di diffamazione aggravata mediante attribuzione di un fatto determinato, prevede la pena cumulativa del carcere e della multa

[17] Tribunale di Salerno, ord., 9 aprile 2019, e, Tribunale di Bari, ord., 16 aprile 2019.

[18] Si veda, D. BUTTURINI, *La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno*, cit.

[19] In particolar modo, degli artt. 3 e 21 Cost. perché la detenzione per la diffamazione sarebbe irragionevole e sproporzionata in ragione dei beni giuridici coinvolti, visto che la libertà di espressione non può essere oltre modo limitata; dell'art. 25 Cost. in quanto la reclusione sarebbe irragionevole, sproporzionata e non necessaria per tutelare il bene giuridico della reputazione personale; infine, dell'art. 27 Cost., terzo comma, poiché la minaccia di una sanzione in concreto inapplicabile la renderebbe inidonea a esplicare qualunque funzione di prevenzione generale o speciale dei delitti.

e non la loro alternatività. L'art. 595 c.p. pertanto viene chiamato in causa solo per individuare la fattispecie penale generale di cui l'art. 13 della legge n.47/1948 costituisce la speciale circostanza aggravante.

Le due ordinanze hanno posto dinnanzi alla Corte costituzionale due percorsi trasformativi del nostro ordinamento della informazione molto diversi tra loro. Da un lato, una recezione "forte" della giurisprudenza della Corte EDU, che enfatizza massimamente l'incompatibilità tra regime sanzionatorio carcerario e diffamazione tramite i media. In questa ottica anche la mera previsione della reclusione, seppure in regime di alternatività con altre sanzioni pecuniarie o amministrative, appare una indebita minaccia nei confronti della libertà di stampa. Come conseguenza logica, i "casi eccezionali" per i quali la giurisprudenza CEDU consente la previsione di pene detentive non potrebbero in nessun caso essere ricompresi nel delitto di diffamazione, che va pertanto depurato del tutto, sia nella connotazione semplice che in quella aggravata, da qualsiasi pena comportante l'arresto. Dall'altro lato, invece, l'accoglimento del diritto CEDU è mediato da un approccio decisamente più "minimale", improntato a correggere tramite un aggiustamento tecnico l'aspetto più dissonante della legislazione nazionale, rappresentato dalla doverosità per il giudice di comminare la pena della privazione della libertà personale. Secondo questa visione sarebbe la magistratura, di fronte al caso concreto, a optare per un regime sanzionatorio più o meno severo a seconda della gravità del fatto, vale a dire, a seconda che si ravvisino o meno di quelle "ipotesi eccezionali" che consentono anche per il diritto convenzionale la detenzione. Non si riscontra qui pertanto l'opposizione assoluta tra reclusione e diffamazione.

In entrambi i casi, tuttavia, i giudici rimettenti riconoscono esplicitamente che l'adeguamento espansivo della libertà di informazione non potrebbe passare attraverso la stretta via dell'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme censurate da parte della giurisprudenza di merito. Una simile operazione ermeneutica incontra infatti il limite costituzionale della legalità e tassatività delle condotte penali, il giudice dovrebbe creare quelle ipotesi eccezionali, le sole assoggettabili a detenzione, relative ai discorsi di odio o alla incitazione alla violenza, al di fuori di qualsiasi testo di legge fissato dal legislatore: si tratterebbe di una forzatura del principio di legalità (ex artt. 25 comma secondo e 101 Cost.) risolvendosi in «un'interpretazione creativa e arbitraria, slegata dal dato letterale, ed esorbitante rispetto alla funzione

giurisdizionale»[20]. Inoltre, non risulterebbe nemmeno perseguibile la via della interpretazione adeguatrice mediante il riferimento alla giurisprudenza di legittimità: la Corte EDU ha più volte censurato proprio le sentenze della Corte di Cassazione che sostenevano la piena conformità al diritto convenzionale della disciplina nazionale sulla diffamazione.

4. La sentenza n. 150/2021: una doppia pronuncia con un approccio minimalista

La Corte costituzionale, come premette la sentenza all'inizio del *considerato in diritto*, ha dovuto in sostanza affrontare la questione «se sia compatibile con la Costituzione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la previsione di pene detentive per il delitto di diffamazione commesso a mezzo della stampa»[21]: sia in relazione all'art. 13 della legge sulla stampa, che prevede in via cumulativa la pena della reclusione oltre a quella pecuniaria per la diffamazione aggravata dalla attribuzione di un fatto determinato, e sia riguardo all'art. 595 del codice penale che dispone il carcere in via alternativa alla multa per la diffamazione semplice a mezzo stampa o tramite qualsiasi altro mezzo di pubblicità.

Che il quesito, viste le premesse della ordinanza di rinvio, non potesse che risolversi in una declaratoria di incostituzionalità della normativa censurata, fu una corretta previsione di quella dottrina che aveva ben intravisto il necessario nesso di continuità (procedurale e sostanziale) che sarebbe intercorso tra le due decisioni, valutando l'atipica ordinanza di richiamo al legislatore come una sorta di giudizio anticipato di illegittimità costituzionale[22]. Il punto su cui appariva più difficile

[20] Tribunale di Bari, ord., cit., § 6.1. Si veda anche la ripresa di alcuni passi delle ordinanze in, Corte costituzionale, sentenza n. 150, cit., *ritenuto in fatto*, § 1.1 e 2.1.

[21] Corte costituzionale, sentenza n. 150, cit., *considerato in diritto* § 1.

[22] Si vedano, R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, cit., 106, osserva che l'ordinanza «accerta l'incostituzionalità della normativa impugnata» costituendo «una *species* di pronunce di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"». D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, cit., 634, per il quale «La Corte costituzionale non lascia, infatti, alcun margine di incertezza sulla circostanza che la questione verrà accolta, configurandosi quindi una tipologia di decisione che contiene una motivazione anticipatoria di quella che sarà la sentenza con la quale si concluderà il processo costituzionale». Così anche A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, cit., 551. A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, cit., 406, vede nella ordinanza una sentenza, ma precisa tuttavia che la Consulta motiva «con accortezza ed un linguaggio più paludato, in seno ad un ragionamento corredato di opportuni richiami alla giurisprudenza europea ed internamente articolato e non

dedurre le conclusioni della Corte costituzionale era però rappresentato dal nuovo perimetro che la sentenza di accoglimento avrebbe fissato per la pena della reclusione nei delitti di diffamazione a mezzo stampa. In sostanza: se in assenza dell'intervento del legislatore era assai probabile che la Consulta avrebbe accolto i ricorsi, era più arduo individuare, muovendo sempre dalla ordinanza di rinvio, il nuovo bilanciamento tra libertà di espressione e tutela penale della reputazione personale.

La Corte costituzionale era chiamata ad una scelta per nulla obbligata e, vista l'ampiezza del *thema decidemdum* posto nelle ordinanze dei giudici *a quibus*, trovava di fronte a sé sia una opzione massimalista che una decisamente più minimale. Il nodo tutto da sciogliere era quello della incompatibilità assoluta o relativa tra la reclusione e la diffamazione a mezzo stampa: decidere cioè se vi è o meno costituzionalmente (e convenzionalmente) spazio per una legislazione che possa prevedere, sia pure marginalmente, cioè in esclusiva corrispondenza di quelle ipotesi eccezionali indicate nella costante giurisprudenza della Corte EDU, la pena del carcere per talune forme di diffamazione.

Parte della dottrina già in occasione degli episodi in cui si è sostanziata la dialettica tra giudici di Strasburgo e Corte di Cassazione aveva segnalato l'anomalia della, pur se astratta, previsione della detenzione per la diffamazione a mezzo stampa[23]; così come si è guardato proprio alla motivazione della ordinanza di rinvio come anticipazione della definitiva rimozione di quella anomalia[24].

scevro, per vero, di qualche oscillazione (forse, studiata...), sì da rendersi disponibile, in occasione della definizione del caso, ad ogni possibile esito in ragione del comportamento che nel frattempo terrà il legislatore». Altra dottrina, invece, aveva enfatizzato maggiormente il carattere aperto della ordinanza della Consulta. Si veda, M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 135, nota come «diversamente dall'ordinanza n. 207 del 2018, l'ordinanza n. 132 del 2020 non prefigura in termini precisi né le caratteristiche dell'intervento che si richiede al legislatore, né i contenuti della decisione che la Corte è orientata a adottare nel caso in cui tale intervento non sopravvenga nel termine indicato». Così anche F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, cit., 216, ove «nell'ordinanza n. 132/2020 non si coglie un'esplicita volontà preannunciata di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme censurate, ma semmai l'esigenza di stimolare un intervento organico del legislatore».

[23] Si veda, tra gli altri, A. GULLO, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2016, 7, sostiene che le circostanze eccezionali indicate nelle sentenze della Corte EDU sono «Ipotesi ancora che, come noto, nel nostro ordinamento non hanno a che vedere con la diffamazione ma trovano altrove la loro disciplina». Oppure, S. LONATI, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del cd. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, cit., 80, che deduce dal "caso Sallusti" che «se in passato alcune pronunce avevano lasciato qualche dubbio in merito alla possibilità di includere nel concetto di "circostanze eccezionali" che consentono l'applicazione di misure detentive anche episodi di diffamazione dal contenuto molto grave, in questa sentenza la Corte EDU sembra aver stabilito, una volta per tutte, che la pena alla reclusione non è applicabile in relazione a reati di diffamazione a mezzo stampa».

[24] D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, cit., 635, osserva che «nell'iter

La sentenza n. 150/2021 della Corte costituzionale sceglie però un percorso distinto, molto più vicino alla opzione minimalista che a quella massimalista. Pur prendendo in esame il solo ricorso del Tribunale di Salerno giunge in realtà a conclusioni molto aderenti a quelle prospettate nella ordinanza del Tribunale di Bari. In sostanza, la Consulta sancisce la non assoluta incompatibilità tra pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa. Si tratta di una scelta non obbligata, che si distingue fortemente dall'impianto del disegno di legge in materia in discussione al Senato, ove invece si è adottata, sinora, l'opzione "zero" dell'abolizione assoluta del carcere per la diffamazione[25].

La Corte costituzionale giunge a tale conclusione mediante una interpretazione innovativa del diritto giurisprudenziale maturato dalla Corte EDU, in particolare propone una lettura propria di quelle "ipotesi eccezionali" che secondo il diritto convenzionale possono appunto autorizzare, previo rispetto di determinati requisiti, anche la sanzione detentiva per reati commessi mediante diffusione di informazioni o idee. La Consulta si inserisce in uno spazio lasciato costantemente aperto dalla giurisprudenza CEDU: infatti, tutte le volte che quest'ultima ha richiamato la clausola delle "ipotesi eccezionali" lo ha fatto senza sostanziarle in nulla più che in una identica ma generica formula che cita i discorsi di odio e la istigazione alla violenza lesivi dei diritti fondamentali. Mai, però, è stato chiarito se tale formula debba intendersi come esaustiva delle uniche fattispecie in cui può essere ammessa la repressione carceraria oppure debba valere a mero titolo esemplificativo[26]. La Consulta propende per questa seconda occorrenza: si tratta di vedere in che modo.

argomentativo dell'ordinanza si evince chiaramente che i Giudici ritengono illegittima la disciplina della diffamazione a mezzo stampa in vigore nel nostro ordinamento nella parte in cui prevede in via alternativa o cumulativa la pena detentiva, salvo eventuali casi di particolare gravità che potrebbero comunque comportare una limitazione della libertà personale».

[25] Senato della Repubblica, ddl. S. n. 812, del 20 settembre 2018, cit. Il testo votato in Commissione prevede che «Nel caso di diffamazione commessa con il mezzo della stampa [...] si applica la pena della multa da 5.000 euro a 10.000 euro». In secondo luogo, si stabilisce che «Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato falso, la cui diffusione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità, si applica la pena della multa da 10.000 euro a 50.000 euro». Risulta infine modificato pure l'articolo 595 del codice penale, prevedendo che «Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della multa fino a euro 15.000»; mentre in caso di diffamazione aggravata, cioè «arrecata con il mezzo della stampa o con un qualsiasi mezzo di pubblicità, in via telematica, ovvero in atto pubblico la pena è aumenta della metà».

[26] Sottolinea bene questo profilo, M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., 125.

5. Incompatibilità tra necessità della detenzione e funzione democratica della informazione

La sentenza n. 150 del 2021 contiene una sorta di sdoppiamento della pronuncia. La questione di costituzionalità investe infatti due disposizioni, l'art. 13 della legge n. 47/1948 e l'art. 595, terzo comma, del codice penale, che vengono trattate distintamente dalla Consulta, dando luogo a un doppio verdetto: da un lato, l'accoglimento dei motivi di censura, dall'altro una interpretazione di rigetto[27].

La dichiarazione di illegittimità costituzionale investe *in toto* l'art. 13 della legge sulla stampa, cioè la disposizione che sanziona con il cumulo di pena detentiva e pecuniaria la diffamazione consistente nella attribuzione di un fatto determinato. La Consulta considera fondate le questioni di incostituzionalità sollevate dal Tribunale di Salerno ai sensi degli artt. 21 e 117, primo comma, Cost., relativamente all'art. 10 della CEDU. In particolar modo, ad essere censurato è il meccanismo di determinazione della pena che obbliga il giudice, nel caso non sussistano circostanze attenuanti prevalenti o equivalenti, a comminare in via cumulativa detenzione e multa. Proprio tale «indefettibilità dell'applicazione della pena detentiva […] rende la disposizione censurata incompatibile con il diritto a manifestare il proprio pensiero, riconosciuto tanto dall'art. 21 Cost., quanto dall'art. 10 CEDU»[28]. Tanto più se si considera, aggiunge la sentenza, che secondo il diritto vivente la responsabilità penale si applica anche alle condotte colpose, come quando si diffonde un fatto non vero solo per omissione di controllo, quindi per errore sia pure evitabile[29]. Si tratta di un passaggio, questo, marginale nell'economia della pronuncia, che sembra però volere suggerire tra le righe, al legislatore, la questione della riforma del regime della responsabilità oggettiva del direttore di testata.

Alla base di tali conclusioni sottostà una precisa teoria della libertà di espressione. La Consulta, infatti, richiamando tanto l'ordinanza n. 132/2020 quanto la propria giurisprudenza più risalente come la celebre sentenza n. 84/1969, individua nel valore costituzionale della libertà di stampa quale «pietra angolare dell'ordine democratico» la causa ultima di incompatibilità tra la previsione della necessità del carcere per diffamazione e l'ordinamento costituzionale. Si tratta di una lettura

[27] C. MALAVENDA, *La sentenza n. 150/2021 della Corte Costituzionale in tema di diffamazione: i "pericoli per la democrazia" e il rischio che l'informazione, da "cane da guardia", si trasformi in "cucciolo da salotto"*, in *Giurisprudenza penale web*, 7-8, 2021, 3.

[28] Corte costituzionale, sentenza n. 150, cit., *considerato in diritto* § 4.2.

[29] *Ibidem.*

che si avvicina al paradigma decisamente più "funzionalista"[30], rispetto a quello costituzionale, che connota tanto l'art. 10 CEDU che l'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte EDU[31]; un paradigma che stabilisce una connessione diretta tra il principio democratico e la libertà di espressione, così che legislazioni penali sproporzionatamente repressive vanno censurate perché inibiscono quel ruolo di "cane da guardia" della sfera pubblica che spetta alla informazione. La Corte costituzionale esplicita nella sentenza in commento la comune condivisione di tale orientamento dottrinale adottato dai giudici di Strasburgo. Infatti, richiamando anche un passaggio della ordinanza di rinvio, afferma che la detenzione è ormai divenuta «incompatibile con l'esigenza di "non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri": esigenza sulla quale ha particolarmente insistito la Corte EDU nella propria copiosa giurisprudenza rammentata nella stessa ordinanza, ma che anche questa Corte condivide»[32].

Così motivata la incompatibilità tra necessaria irrogazione della pena detentiva e funzione democratica della libertà di stampa, la sentenza n. 150/2021 sancisce con un interessante passaggio l'annullamento dell'intero art. 13 della legge sulla stampa del 1948. «Dal momento che la funzione della disposizione censurata è unicamente quella di inasprire il trattamento sanzionatorio previsto in via generale dall'art. 595 cod. pen. in termini che non sono compatibili con l'art. 21 Cost., oltre che con l'art. 10 CEDU, essa deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella sua interezza, nei termini auspicati dal ricorrente»[33]. Si tratta di una conclusione pienamente concordante anche con la volontà del legislatore dell'epoca. L'art. 13 della legge n.47/1948 vede infatti la luce in una seduta della Assemblea costituente grazie ad un emendamento che puntava ad aggravare le pene previste dall'art. 595 del codice penale, giudicate troppo miti in virtù della alternatività della reclusione. I Costituenti erano consapevoli della sua anomala collocazione rispetto alla disciplina

[30] Sulla interpretazione funzionalista o individualista dell'art. 21 Cost. nella dottrina italiana, si veda, tra gli altri, A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, in G. Branca, a cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

[31] Per una analisi del rapporto tra libertà di espressione convenzionale e costituzionale, si veda, tra gli altri, A. CARDONE, *L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 C.E.D.U. nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2012, 12 ss., che vede attenuate le differenze fra le due visioni grazie soprattutto all'opera della giurisprudenza costituzionale. Per una lettura che sottolinea invece talune diversità, C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2017; P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi*, in *Politica del diritto*, 2, 2005.

[32] Corte costituzionale, sentenza n. 150, cit., *considerato in diritto* § 4.2.

[33] *Ivi*, § 4.3.

codicistica, ma non trovarono altro rimedio per rispondere alla condivisa esigenza di offrire una maggiore tutela dell'onore personale rispetto alle aggressioni che potevano venire dal *medium* più in voga al tempo, cioè la stampa. Da questo punto di vista, la sentenza n. 150/2021 sembra operare un ritorno alla centralità del codice penale nell'ordinamento della informazione, sciogliendo quella che già il legislatore del momento reputava una piccola forzatura in attesa di future riforme del sistema penale[34].

6. Il parziale ritorno al codice penale

La sentenza n.150 del 2021, come visto sopra, si sostanzia in una doppia pronuncia che, rispetto alle questioni delineate nei ricorsi, opta per un approccio minimalista rispetto alla legittimità o meno della detenzione per la diffamazione a mezzo stampa. Se la declaratoria di illegittimità costituzionale ha investito interamente l'art. 13 della legge sulla stampa, l'altra disposizione oggetto di censura, cioè l'art. 595 del codice penale, terzo comma, riceve un trattamento diverso. La

[34] Si veda, Assemblea costituente, seduta del 15 gennaio 1948. L'art. 13 della legge sulla stampa non era presente nel testo originario del disegno di legge governativo sulla stampa periodica, esso è il risultato di un emendamento votato in Assemblea costituente durante la discussione plenaria. Nella seduta del 15 gennaio 1948, l'On. Treves interviene proponendo l'art. 20-bis (diventerà poi l'art. 13 nel testo finale riorganizzato) che prevede la pena del carcere «da uno a sei anni» per la «diffamazione commessa col mezzo della stampa». Secondo il proponente tale «inasprimento» della pena rispetto al codice penale serve a tutelare meglio «la vera libertà di stampa» minacciata da «indegni libellisti». Interviene a sostegno l'On. Bettiol, il quale concorda con l'On. Treves ed esplicita che le «pene previste dal Codice penale sono irrisorie, anche perché la pena detentiva è prevista alternativamente con la pena pecuniaria, e i limiti sono troppo bassi». A questo punto prende la parola l'On. Cevolotto, relatore del disegno di legge. Egli evidenzia come rispetto al Codice Zanardelli sia mutata la differenza tra ingiuria e diffamazione, essendo ora dirimente non più l'attribuzione di un fatto determinato ma la comunicazione con più persone. Il governo, aggiunge, non intende modificare il codice penale, mentre l'emendamento Treves «comporta una modificazione strutturale dell'istituto della diffamazione» quale «veduto dal Codice». Comunque, nell'attesa della revisione codicistica, l'On. Cevolotto, aderisce alla richiesta di Treves, valutando il regime della alternatività delle pene troppo mite. Tuttavia, la corregge, proponendo di inserire nel nuovo articolo 20-bis non la diffamazione generica a mezzo stampa ma soltanto quella consistente nell'attribuzione di un fatto determinato (riecheggiando il codice Zanardelli): si individua così una forma aggravata, che è poi la somma di due aggravanti previste dall'art. 595, commi 2 e 3, c.p., da punire necessariamente con la detenzione. Per il governo il Sottosegretario Andreotti esprime parere favorevole all'emendamento. Così nasce l'art. 13 della legge n. 47/1948, in una posizione già allora anomala rispetto alla disciplina codicistica della diffamazione. Si veda, Assemblea costituente, seduta del 15 gennaio 1948, 3716 ss. Non fu comunque troppo gravoso per il relatore convergere sull'emendamento dell'On. Treves. Infatti, nella seduta del 6 dicembre del 1947, illustrando alla Assemblea costituente il disegno di legge governativo come integrato dalla Commissione per la Costituzione, l'On. Cevolotto, riferendosi al nuovo risarcimento introdotto per i diffamati all'art. 20 (la "pena privata" come definita dai Costituenti medesimi, tuttora in vigore in quello che è diventato poi l'art. 12 della legge n. 47 del 1948), invitava a non farsi illusioni sulla efficacia preventiva di questa «nuova sanzione» visto che il codice penale aveva «inopportunamente attenuato la pena restrittiva della libertà personale, rendendola per di più alternativa con la multa».

Consulta si è espressa sul punto con la tecnica della interpretazione di rigetto mantenendo in vita, nei limiti indicati dalla motivazione della sentenza, la disposizione. I motivi del ricorso del Tribunale del Salerno che indicavano nella mera previsione del carcere come pena alternativa una minaccia alla libertà costituzionale di espressione, vengono del tutto respinti e giudicati non fondati[35]. Secondo la Corte costituzionale, l'art. 595 del codice penale, comma 3, è costituzionalmente legittimo perché «La previsione in via, questa volta, soltanto alternativa della pena detentiva da parte della norma censurata non può ritenersi di per sé in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dagli artt. 21 Cost. e 10 CEDU»[36]. Tuttavia, la Consulta precisa bene come interpretare tale costituzionalità.

L'argomentazione che fa parzialmente salva la reclusione per la diffamazione tramite i media prende le mosse dalla constatazione che la reputazione personale costituisce un bene giuridico di primario valore costituzionale. Con un passaggio che ripropone l'eco della concezione funzionale della libertà di manifestazione del pensiero, la Consulta afferma che se la libertà di espressione, specialmente nel diritto di cronaca e critica dei giornalisti, è «pietra angolare di ogni ordinamento democratico, non è men vero che la reputazione individuale è del pari un diritto inviolabile, strettamente legato alla stessa dignità della persona»[37]. Tale diritto può essere oggetto di aggressioni illegittime fortemente lesive della dignità personale, idonee ad incidere pesantemente sulla vita privata, famigliare e professionale delle vittime. La Consulta arricchisce questo punto con un dettagliato elenco di natura tecnico-mediale in cui, confrontandosi con l'evoluzione dei mezzi di comunicazione di massa[38], cita uno ad uno i principali canali attraverso i quali oggi può essere

[35] Mentre il ricorso del Tribunale di Bari che prospettava una soluzione di fatto abbastanza simile a quella adottata dalla Consulta nella sentenza non viene discusso. Corte costituzionale, sentenza n. 150, cit., *considerato in diritto* § 5: «La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, in accoglimento delle censure formulate dal Tribunale di Salerno, rende superfluo l'esame della questione formulata dal Tribunale di Bari sulla medesima disposizione, mirante a sostituire il regime di cumulatività di reclusione e multa previsto dalla disposizione medesima con un regime di alternatività tra le due sanzioni». Nell'impianto della ordinanza del giudice pugliese l'art. 13 della legge sulla stampa del 1948 non sarebbe stato destinatario della totale dichiarazione di illegittimità costituzionale, venendo invece interpretato congiuntamente all'art. 595 c.p. nel senso di sancire solo il divieto di cumulo di pena detentiva e pecuniaria, per affermare così in via interpretativa la alternatività della reclusione a seconda della gravità del delitto.

[36] Corte costituzionale, sentenza n. 150, cit., *considerato in diritto* § 6.2.

[37] *Ibidem*.

[38] C. CIPOLLONI, *La rimodulazione del "punto di equilibrio" tra la libertà di stampa e la tutela della reputazione individuale nella "rete" dell'evoluzione tecnologica: prime osservazioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., 228 ss., segnala come già l'ordinanza contenesse un innovativo esplicito riferimento ai nuovi media digitali.

minacciata la reputazione personale[39]. La sentenza pare indicare in questo breve passo – ancora una volta in perfetta continuità con l'ordinanza di rinvio ove il tema è più diffusamente trattato – come non sia solo la stampa ad insidiare oggi la dignità delle persone, trovandoci in presenza di un sistema mediatico molto più complesso e reticolare, ove la velocità di circolazione e la reperibilità dei contenuti diffamatori ampliano i danni che possono venire alle persone offese. Ragione per cui occorre che tali effetti negativi sulla reputazione siano «prevenuti dall'ordinamento con strumenti idonei, necessari e proporzionati, nel quadro di un indispensabile bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e del diritto di cronaca e di critica in particolare. Tra questi strumenti non può in assoluto escludersi la sanzione detentiva»[40].

La Corte costituzionale apre così il margine per la permanenza nell'ordinamento della reclusione per diffamazione, e sancisce la legittimità costituzionale (e convenzionale) dell'art. 595, terzo comma, del codice penale – di cui l'art. 13 della legge sulla stampa costituiva solo una *lex specialis* aggravante – che troverà però ambito applicativo nei termini fissati dalla sentenza. Si realizza un parziale ritorno al codice penale.

Per la revisione dell'alveo dell'art. 595 c.p. la Consulta è obbligata alla interpretazione del principio cardine della giurisprudenza della Corte EDU che considera legittima la detenzione per delitti connessi alla sfera dell'informazione esclusivamente per ipotesi eccezionali, quali i discorsi di odio e l'istigazione alla violenza. È stato osservato che tale formula pur ricorrendo costantemente non è mai stata definita con precisione, e risulta connotata da una certa genericità e astrattezza suscitando interrogativi sulla idoneità o meno a comprendere anche i contenuti diffamatori (vedi *supra* § 4)[41].

La Corte con questa sentenza fa in qualche modo chiarezza, affermando che anche talune forme gravi di diffamazione possono trovare come risposta punitiva la detenzione. Si tratta di una recezione del diritto CEDU per nulla scontata e necessaria, che qualifica quell'approccio

[39] Corte costituzionale, sentenza n. 150, cit., *considerato in diritto* § 6.2, ove: «Aggressioni illegittime a tale diritto compiute attraverso la stampa, o attraverso gli altri mezzi di pubblicità cui si riferisce l'art. 595, terzo comma, cod. pen. – la radio, la televisione, le testate giornalistiche online e gli altri siti internet, i social media, e così via –, possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime».

[40] *Ibidem*.

[41] Sul valore esemplificativo più che tassativo delle ipotesi indicate nella giurisprudenza della Corte EDU, M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., 125; nonché C. MELZI D'ERIL, *La Corte europea condanna l'Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti*, cit., 10.

essenzialmente minimalista che connota a nostro avviso la pronuncia. Non vi è per la Consulta incompatibilità costituzionale assoluta tra carcere e alcuni tipi di diffamazione. Questo orientamento, a dire il vero, era già maturato e consolidato nella giurisprudenza di legittimità: infatti la Cassazione ha sostanzialmente tenuto fede ad una interpretazione del diritto CEDU volta ad includere la diffamazione entro quelle ipotesi eccezionali che giustificano la reclusione. Tale indirizzo è riscontrabile tanto nelle sentenze che hanno trovato la censura della Corte EDU perché comminanti una condanna detentiva (come nel noto "caso Sallusti"[42]), che nelle varie pronunce che invece hanno rinviato al giudice di merito la nuova determinazione della pena considerando la reclusione contraria al diritto convenzionale[43]. In alcune di queste ultime sentenze, pronunciate dopo l'instaurazione del giudizio di costituzionalità in oggetto, la Cassazione ha menzionato nelle motivazioni di rinvio proprio i contenuti della ordinanza della Consulta n. 132/2020[44]. In special modo merita un accenno la pronuncia n. 13933 del 2021, richiamata anche dalla Consulta nella sentenza in commento, ove la Suprema Corte, pur annullando la pena del carcere, ritiene «che l'irrogazione di una pena detentiva, ancorché sospesa, per il reato di diffamazione connesso ai mezzi di comunicazione (nella specie, Internet), anche se non commesso nell'ambito dell'attività giornalistica, possa essere compatibile con la libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU soltanto in circostanze eccezionali, qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza»[45].

[42] Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 41249, 26 settembre 2012, punto 11, ove: «Al di là della dimostrata gravità dei fatti commessi dal Sallusti e dall'implicita, ma chiara e lampante, giustificazione alla mancata concessione delle attenuanti generiche – già sufficiente a configurare un'*ipotesi eccezionale* legittimante l'inflizione della pena detentiva».

[43] Si veda, ad esempio, Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 12203, 13 marzo 2014, annullamento con rinvio della condanna a sei mesi di reclusione, sia pure condizionalmente sospesa, di un giornalista e del direttore responsabile per omesso controllo; Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 38721, 19 settembre 2019, annullamento della condanna a tre mesi condizionalmente sospesa.

[44] Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 26509, 9 luglio 2020; Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 13060, 7 aprile 2021.

[45] Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 12203, cit., § 3.6.3.

7. Quel che resta del carcere nell'art. 595 c.p.

Resta ora da vedere quale sfera di applicazione riserva la Corte costituzionale all'art. 595 del codice penale letto secondo il diritto convenzionale. La Consulta, con un lungo passaggio senza soluzione di continuità[46], opera una interpretazione della giurisprudenza CEDU nel senso che «Si deve infatti ritenere che l'inflizione di una pena detentiva in caso di diffamazione compiuta a mezzo della stampa o di altro mezzo di pubblicità non sia di per sé incompatibile con le ragioni di tutela della libertà di manifestazione del pensiero nei casi in cui la diffamazione si caratterizzi per la sua eccezionale gravità». Poi ricorda che secondo la Corte di Strasburgo tali ipotesi sono riferibili ai discorsi di odio e alla istigazione alla violenza, aggiungendo anche che queste due tipologie «possono nel caso concreto connotare anche contenuti di carattere diffamatorio»[47].

Si tratta di una postilla rilevante. La possibile inclusione dei discorsi di odio e di istigazione alla violenza entro la diffamazione costituisce una prima interpretazione ampliativa del diritto convenzionale da parte della Corte costituzionale; infatti, come detto sopra e come rilevato da attenta dottrina, mai la Corte EDU ha chiaramente precisato se la diffamazione possa sussumere entro di sé anche l'istigazione alla violenza o all'odio[48]. La Consulta dà ora una risposta affermativa. Ma l'interpretazione che la Corte fornisce delle "ipotesi eccezionali" non si limita a questo aspetto: il medesimo capo della sentenza prosegue, senza neppure un punto grammaticale di interruzione, indicando una ulteriore ipotesi ampliativa rispetto ai discorsi di odio o violenti. Si legge infatti: «ma casi egualmente eccezionali, tali da giustificare l'inflizione di sanzioni detentive, potrebbero ad esempio essere anche rappresentati da campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della

[46] Evidenzia questo elemento, C. MALAVENDA, *La sentenza n. 150/2021 della Corte Costituzionale in tema di diffamazione: i "pericoli per la democrazia" e il rischio che l'informazione, da "cane da guardia", si trasformi in "cucciolo da salotto"*, cit., 2.

[47] Corte costituzionale, sentenza n. 150, cit., *considerato in diritto* § 6.2.

[48] M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., 128, nota come la sentenza Sallusti della Corte EDU sia stata una occasione «sprecata dalla Corte, che si è limitata a ribadire meccanicamente il proprio consolidato orientamento sulla eccezionalità del ricorso alla pena detentiva, senza in alcun modo soffermarsi sulle speciali caratteristiche del singolo caso e sulle motivazioni addotte dalla Corte di Cassazione per evidenziarne la eccezionalità»; in special modo, la Corte di Strasburgo non ha per nulla fatto chiarezza «se possano configurarsi ipotesi di diffamazione suscettibili di ledere, oltre al diritto alla reputazione, anche altri diritti fondamentali, in particolare configurandosi come incitamento all'odio ed alla violenza, tali da legittimare il ricorso alla pena detentiva».

– oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi». E ancora, sempre senza interruzioni nel testo, «Chi ponga in essere simili condotte – eserciti o meno la professione giornalistica – certo non svolge la funzione di "cane da guardia" della democrazia […] ma, all'opposto, crea un pericolo per la democrazia, combattendo l'avversario mediante la menzogna, utilizzata come strumento per screditare la sua persona agli occhi della pubblica opinione. Con prevedibili conseguenze distorsive anche rispetto agli esiti delle stesse libere competizioni elettorali»[49].

La previsione astratta e la applicazione concreta della pena detentiva per diffamazione appaiono così circoscritte alle sole ipotesi indicate nella sentenza, e pertanto l'art. 595, comma 3, del codice penale risulta, così interpretato, legittimo costituzionalmente tanto in relazione all'art. 21 che all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in conformità al diritto CEDU[50]. La Consulta, quindi, invita il giudice penale ad «optare per l'ipotesi della reclusione soltanto nei casi di eccezionale gravità del fatto, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, rispetto ai quali la pena detentiva risulti proporzionata»[51] secondo i principi indicati nella sentenza, mentre dovrà applicare la multa e le sanzioni civili o disciplinari in tutti gli altri casi. La sentenza specifica così un insieme di rimedi adottabili per tutelare la reputazione delle persone, senza però ricordare esplicitamente che la giurisprudenza CEDU richiede che anche in tali circostanze l'entità delle sanzioni o dei risarcimenti non sia mai tale da configurare una minaccia alla libertà di parola.

La Corte, inoltre, non lascia cadere il principio della leale collaborazione istituzionale che aveva animato l'ordinanza di rinvio n. 132/2020 e non rinuncia al dialogo con il legislatore, che resta aperto e impregiudicato anche dopo la sentenza. L'ultimo paragrafo del *considerato in diritto* si rivolge proprio al Parlamento asserendo che la «presente decisione, pur riaffermando l'esigenza che l'ordinamento si faccia carico della tutela effettiva della reputazione in quanto diritto fondamentale della persona, non implica che il legislatore debba ritenersi costituzionalmente vincolato a mantenere anche per il futuro una sanzione detentiva per i casi più gravi di diffamazione»[52]. La Consulta è ovviamente a conoscenza che il progetto di legge giunto all'esame del Senato esclude

[49] Corte costituzionale, sentenza n. 150, cit., *considerato in diritto* § 6.2.
[50] La sentenza respinge anche le censure di incostituzionalità ai sensi degli artt. 25 e 27 Cost. poiché, da un lato, la diffamazione lede un diritto fondamentale e non è un reato inoffensivo, e poiché, in secondo luogo, l'art. 27, terzo comma, censura pene sproporzionate e non ineffettive. *Ivi,* §§ 7 e 8.
[51] *Ivi*, § 6.3.
[52] *Ivi*, § 10.

del tutto la detenzione per la diffamazione[53], ed apre alla piena legittimità costituzionale di questa scelta di politica legislativa qualora il legislatore intendesse percorrerla. Tuttavia, precisa, ricordando ancora una volta l'ordinanza di rinvio, che obiettivo della riforma deve essere quello di evitare sanzioni che configurino «ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica» e al contempo di scongiurare che la predetta attività si concreti in «aggressioni» illegittime e «talvolta maliziose» contro la reputazione individuale.

Infine, la sentenza n. 150/2020 contiene anche un ulteriore dispositivo che esula dalle disposizioni direttamente oggetto delle questioni di costituzionalità: la Corte, infatti, dichiara in via consequenziale l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma quattro, della legge n. 223 del 1990. L'art. 30, contenente varie disposizioni penali, è una delle poche parti della prima legge di sistema sulla radiotelevisione, la c.d. legge Mammì, ancora in vigore nell'ordinamento dell'informazione. Il comma in oggetto fu introdotto per rimediare alla disparità di trattamento fra stampa e televisione, sancendo che «nel caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al comma 1 le sanzioni previste dall'articolo 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47». La soluzione non si è rivelata molto efficace, anzi ha prodotto un nuovo squilibrio, perché tra i soggetti punibili il legislatore non aveva inserito l'autore della diffamazione: nel primo comma citato figurano solamente il «concessionario privato o la concessionaria pubblica ovvero la persona da loro delegata al controllo della trasmissione». La dottrina[54] aveva già segnalato questa anomalia a cui ora la Consulta ha posto un rimedio definitivo almeno per quanto concerne la diffamazione, visto che l'art. 30 resta tuttora in vigore nonostante il TUSMAR. Forse anche le disposizioni penali in materia radiotelevisiva andrebbero riviste e razionalizzate.

[53] Vedi *supra* Nota n. 25.

[54] C. MALAVENDA, C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Le regole dei giornalisti*, cit., 75-6, esprimono una radicale critica: «Il citato rimedio, come suol dirsi, dunque, è stato peggiore del male […] Quando il legislatore dispone in modo tanto sconclusionato quanto inequivocabile, nemmeno la giurisprudenza può modellare la materia».

8. Cenni conclusivi: centralità della democrazia ed effetti della sentenza

La sentenza n. 150 del 2021 della Corte costituzionale segna un importante tassello per la libertà di espressione nel suo insieme e per il diritto di informare in modo speciale. Il dato essenziale consiste nel ridimensionamento, conformemente a quanto richiesto dal diritto della CEDU, subito dalla pena detentiva come mezzo di risposta alla diffamazione sui media. Si tratta di un dato che riguarda non solo i professionisti dell'informazione ma tutti i cittadini. L'impianto argomentativo della sentenza, mutuato dalla prodromica ordinanza di rinvio, è sul punto chiaro, considerando, anche qui in coerenza con la giurisprudenza di Strasburgo, tanto l'attività giornalistica quanto la mera espressione del pensiero del *quisque de populo* dotata di medesima rilevanza giuridica[55]. Tale libertà è così cruciale per la democrazia che non può essere soggetta a sanzioni penali, civili o deontologiche che possano configurarsi come intimidazioni a prendere la parola nella sfera pubblica.

La Consulta, tuttavia, svolgendo una interpretazione del diritto convenzionale ha scelto di non sancire la incompatibilità assoluta tra detenzione e diffamazione: un orientamento questo ben presente anche nella giurisprudenza di legittimità. Anzi, a nostro avviso, ha operato una duplice estensione delle maglie di Strasburgo. Alcune gravi diffamazioni possono secondo la Corte costituzionale integrarsi con quelle ipotesi eccezionali rappresentate dall'istigazione all'odio o alla violenza che anche per la Corte EDU sono idonee a legittimare restrizioni della libertà personale. Questo è già un primo ampliamento del diritto CEDU non affatto scontato[56], in quanto la giurisprudenza CEDU non ha mai esplicitamente indicato il nesso tra diffamazione e le citate ipotesi eccezionali.

Ma la Consulta è andata oltre[57], indicando una ulteriore ipotesi in cui la detenzione potrebbe essere comminata dai giudici di merito. Qui emerge un profilo critico da sottolineare. La Corte, come visto nel paragrafo precedente, fa riferimento a «campagne di disinformazione» che tramite la

[55] Per quanto riguarda invece la protezione della libertà di espressione del giornalista rispetto a quella di altri soggetti rileva una recente tendenza della Corte EDU a tutelare maggiormente la prima rispetto alla seconda, M. CASTELLANETA, *Tutela della reputazione dei politici, libertà di stampa e giudizi di valore con linguaggio provocatorio: la Corte europea procede a un bilanciamento a favore dei giornalisti*, in *Medialaws*, 1, 2020, 237 ss.

[56] Per una lettura dell'art. 10 CEDU compatibile con la detenzione, V. PACILEO, *Contro la decriminalizzazione della diffamazione a mezzo stampa. Note a margine del "caso Sallusti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 7 ss.

[57] C. MALAVENDA, *La sentenza n. 150/2021 della Corte Costituzionale in tema di diffamazione: i "pericoli per la democrazia" e il rischio che l'informazione, da "cane da guardia", si trasformi in "cucciolo da salotto"*, cit., 2.

«diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima» costituiscono «un pericolo per la democrazia, combattendo l'avversario mediante la menzogna, utilizzata come strumento per screditare la sua persona». Trattasi di condotte che possono essere svolte da chiunque, professionista dell'informazione o meno, anche abbastanza comuni; invece, appaiono meno generali e ben più delimitati gli effetti di tali azioni che potrebbero far scattare la pena detentiva, in quanto si menziona solo la minaccia per la democrazia. Vista la perfetta continuità nel capo della sentenza, parrebbe che tutte le campagne diffamatorie svolte mediante diffusione di falsità che non implichino alcun rischio per la democrazia non possano essere punite dal giudice penale con il carcere. È il caso della reputazione del *quisque de populo* che sfugge necessariamente ad ogni rilevanza politica[58]. Sembra che la Consulta abbia voluto adottare una cautela speciale per l'informazione a contenuto politico, forse nella prospettiva di proteggere nell'epoca digitale la sfera democratica da degenerazioni distorsive del dibattito pubblico[59]. La capillarità e la velocità della comunicazione tramite i nuovi media integrati impongono una attenzione particolare: si può così spiegare il riferimento alle campagne di disinformazione che alludono ad una attività non episodica, come può essere un singolo articolo di giornale, per indicare invece un insieme coordinato di azioni mediatiche. Tuttavia, che cosa si debba intendere per "campagna di disinformazione" e "pericolo per la democrazia" è questione ancora avvolta nella generalità dell'enunciato: spetterà ai giudici ordinari qualificare tanto le azioni quanto i loro effetti.

Nella valutazione di questo passaggio, forse, può essere ancora di ausilio il rimando alla teoria dell'informazione che ispira tanto la giurisprudenza della Corte EDU che quella della Corte costituzionale: cioè la funzionalizzazione verso il principio democratico della libertà di espressione[60]. In tale contesto, la scelta della Corte sembra motivata dal voler addivenire ad una

[58] *Ibidem*.

[59] La dottrina sul tema è molto vasta, si indica solo, P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019; T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2107; F. BALANGUER CALLEJON, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos*, 3, 2019; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2015; AA.VV., *Le sfide della democrazia digitale*, Il Forum, *Gruppo di Pisa*, 2019. Nonché, per un approccio più politologico, M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari, 2019; G. MAZZOLENI, R. BRACCIALE, *La politica pop online*, Bologna, 2019.

[60] Per un approccio critico alla interpretazione dell'art. 21 della Cost. in dottrina e giurisprudenza, tra gli altri, G. BOGNETTI, *La problematica della libertà costituzionale d'espressione. (Per una storia autentica dell'art. 21 e della evoluzione dei suoi significati e per una teoria consapevolmente "politica" di quella libertà). Appunti a margine di un'opera di A. Pace e di M. Manetti*, consultabile all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it. Si veda anche,

interpretazione del diritto interno quanto più conforme al diritto convenzionale. Parrebbe trattarsi di un messaggio rivolto alla Corte EDU: la residua possibilità della detenzione che permane nell'ordinamento, in via alternativa, in caso di lesione della reputazione personale è subordinata esclusivamente alla messa in pericolo del valore della democrazia, al cui sviluppo deve concorrere la libertà di espressione. L'espansione dei margini delle ipotesi eccezionali legittimanti la reclusione, rispetto a quelli cristallizzati dalla Corte EDU nella istigazione all'odio e alla violenza, sarebbe cioè giustificata dalla protezione di un bene giuridico che non può essere minacciato, né logicamente e né assiologicamente, dalla libertà di informazione che ne è presupposto. Se la astratta pena della reclusione per i giornalisti costituisce una minaccia la democrazia, ugualmente occorre massimamente proteggere quest'ultima da contenuti diffamatori idonei a lederla. La Consulta, in sostanza, nell'atto stesso di dilatare le ipotesi eccezionali mostra alla Corte EDU di ispirarsi alla concezione della libertà di espressione sottostante all'art. 10 CEDU.

Dal punto di vista del diritto dell'informazione, il risultato certo che la sentenza n. 150/2021 realizza è quello di alleggerire la posizione dei giornalisti della carta stampata (e assimilati), visto che viene annullato l'obbligo da parte del giudice di applicare cumulativamente la pena detentiva e la multa previsto dall'art. 13 della legge sulla stampa: anche se ciò accadeva molto raramente. Per la diffamazione semplice, ex art. 595, primo comma, codice penale, e per quella aggravata consistente nella attribuzione di un fatto determinato senza uso di mezzi di pubblicità, ex art. 595, secondo comma, la competenza del giudice di pace (art. 4 del D. Lgs. 274/2000) esclude l'applicazione della detenzione, pur in astratto prevista, visto che l'organo giudicante non può comminarla all'imputato[61]. Per quanto riguarda l'ipotesi di diffamazione aggravata contemplata nel terzo comma dell'art. 595 c.p., quella cioè compiuta tramite mezzi di pubblicità oggetto del giudizio di costituzionalità, la sentenza, in virtù dell'interpretazione di rigetto, invita il giudice penale a adeguarsi a quanto disposto. Ne risulta pertanto che sia il giornalista, quanto chiunque utilizzi canali

M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 1989.

[61] Secondo il D. lgs., n. 274, 28 agosto 2000, art. 52, comma 2, lett. a), in caso di alternatività tra sanzione pecuniaria e quella detentiva, il giudice di pace dispone la prima; se la pena detentiva prevista è superiore a sei mesi, come nei casi indicati nell'art. 595, commi 1 e 2, c.p., l'organo giudicante può al massimo disporre la permanenza domiciliare (da sei a trenta giorni) o il lavoro di pubblica utilità (da dieci giorni a tre mesi). L'art. 4, comma 3, del medesimo D. lgs. n. 274/2000 precisa che qualora ricorrano le circostanze previste nell'art. 3 del decreto-legge, n. 122, 26 aprile 1993, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 205, 25 giugno 1993, cioè le finalità di discriminazione razziale, etnica e religiosa, la competenza passa al Tribunale.

mediatici pubblici, possa essere condannato alla reclusione qualora il contenuto espresso rientri nelle ipotesi eccezionali indicate dalla Consulta, vale a dire: per i «discorsi d'odio e all'istigazione alla violenza, che possono nel caso concreto connotare anche contenuti di carattere diffamatorio», e, per le «campagne di disinformazione» che creano «un pericolo per la democrazia, combattendo l'avversario mediante la menzogna».

L'ambito applicativo dell'art. 595 c.p. così delimitato, oltre ad essere abbastanza generale, è disposto in una sentenza interpretativa di rigetto che non ha effetti direttamente vincolanti sui giudici ordinari, esplicando una funzione eminentemente persuasiva[62]. La magistratura è quindi chiamata ad una importante opera di interpretazione della sentenza in commento, nel senso di esemplificare le singole ipotesi eccezionali che possono giustificare l'inflizione della detenzione. I giudici di merito sono in astratto liberi di tenere solo parzialmente contro del dispositivo della decisione o addirittura di sollevare nuovamente una questione di legittimità costituzionale sulla medesima norma. Simili condotte processuali non dovrebbero però nel caso di specie essere facilmente percorribili, visto che la sentenza n. 150/2021 appare ben sintonizzata con il "diritto vivente" maturato nella giurisprudenza ordinaria, e specialmente verso gli indirizzi della Corte di Cassazione, sul trattamento delle forme più gravi di diffamazione. Non sembra insomma che la Consulta abbia voluto "imporre" alcun nuovo orientamento giurisprudenziale. Tuttavia, le ipotesi eccezionali indicate nella sentenza costituiscono un oggettivo fattore di novità che andrà maneggiato dal giudice con cura, nell'ambito di un regime penale comunque contrassegnato ormai dalla alternatività delle pene. Difficile pronosticare quanto questo adeguamento "nazionale" al diritto convenzionale possa durare o essere efficace, soprattutto alla luce del fatto che la Consulta ha voluto lasciare uno spazio residuo alla pena detentiva un po' più ampio di quello fissato dal

[62] Si veda, tra gli altri, Corte costituzionale, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, a cura di M. BELLOCCI e T. GIOVANNETTI , Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010, 10, ove: «Quanto all'efficacia di tali decisioni, esse non hanno effetti *erga omnes*, essendo dotate di un'efficacia meramente persuasiva, fondata essenzialmente sulle argomentazioni svolte dalla Corte a sostegno dell'interpretazione adeguatrice da essa suggerita. La necessità di bilanciare la libertà di interpretazione della legge di cui godono i giudici con l'efficacia delle pronunce interpretative di rigetto acquisisce connotati particolari con riferimento al giudice *a quo*, sottoposto – secondo alcuni – ad un vincolo meramente negativo, consistente nell'obbligo di escludere l'interpretazione respinta dalla Corte, ma soggetto – secondo altri – ad un vincolo positivo, cioè all'obbligo di seguire l'interpretazione indicata dal Giudice delle leggi». Si veda già, G. AZZARITI, *Discorso inaugurale del secondo anno di attività della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1957, 878 ss.; nonché per qualche dubbio, L. ELIA, *Sentenze "interpretative" di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1715 ss., ora in Corte costituzionale, *Le tipologie decisorie della Corte costituzionale negli scritti della dottrina*, a cura di D. DIACO, Quaderno processuale del Servizio Studi, 2016.

diritto CEDU: eventuali ricorsi dovrebbero comunque superare gli ostacoli costituiti dai discorsi di odio e di violenza o dalla minaccia per la democrazia, temi sensibili per Strasburgo. La reclusione va aggiunto, si applicava assai sporadicamente prima, oggi dovrebbe diventare qualcosa di confinato a casi più che estremamente eccezionali. Per una riforma più ampia e radicale, invece, la Corte sembra ancora una volta lasciare spazio al Parlamento.

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 5/2021

Data: 5 ottobre 2021

Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo[*]

di **Marco Scoletta** – *Professore Associato di Diritto penale nell'Università degli Studi di Milano*

ABSTRACT: In its inadmissibility judgment no 98 of 2021, the Constitutional Court questioned the constitutionality of a certain judicial interpretation of Article 572 of the Criminal Code, assuming that it infringed the prohibition of analogy *in malam partem*. The Author claims that the Court's attention to this particular facet of the *nullum crimen* principle could open new perspectives on the constitutional control over alleged violations of the ban on analogy by criminal judges, hence fostering a greater judicial self-restraint in the interpretation of criminal legislation.

SOMMARIO: 1. Il vaglio della Corte Costituzionale sul presupposto interpretativo della questione e i dubbi sul rispetto del divieto di analogia *in malam partem*. – 2. Il *quid novi* della pronuncia: il vaglio della Corte sull'attività interpretativa del giudice penale. – 3. Il debole argine del "significato letterale" della disposizione legislativa ed il preteso onere motivazionale del giudice. – 4. La preminenza della *ratio* democratica della legalità sulle esigenze teleologiche e sistematiche. – 5. Nuove prospettive (e concrete possibilità) per una doverosa sindacabilità costituzionale del principio di tassatività della legge penale.

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

1. Il vaglio della Corte Costituzionale sul presupposto interpretativo della questione e i dubbi sul rispetto del divieto di analogia in *malam partem*

La sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 2021, pur dichiarando la inammissibilità della questione sollevata – attinente, peraltro, a un profilo di diritto processuale -, assume una particolare rilevanza nella prospettiva sostanziale della legalità penale, in particolare del suo corollario costituito dal principio di tassatività, ovvero il divieto di analogia *in malam partem*[1].

La disposizione normativa oggetto di censura era l'art. 521 c.p.p., «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio». Nel giudizio *a quo*, infatti, la originaria imputazione del fatto a titolo di atti persecutori (c.d. *stalking*) *ex* art. 612-*bis* era stata riqualificata nella più grave fattispecie di maltrattamenti *ex* art. 572 c.p., senza che all'imputato fosse concessa la facoltà di accedere, conseguentemente, al rito abbreviato: di qui, appunto, la lamentata violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, ovvero del diritto di difesa e dei principi del giusto processo[2].

La Corte, tuttavia, non entra nel merito del *petitum*, perché - come detto - respinge la questione sul piano dell'ammissibilità, "per non essersi l'ordinanza di rimessione adeguatamente confrontata con gli argomenti contrari alla riqualificazione giuridica del fatto contestato nel giudizio *a quo*, riqualificazione dalla quale dipende la rilevanza delle questioni prospettate (…) La riqualificazione – da atti persecutori aggravati a maltrattamenti in famiglia – dei fatti contestati all'imputato costituisce dunque il presupposto logico che condiziona l'applicazione nel giudizio a quo della disposizione, della cui legittimità costituzionale il giudice dubita".

[1] Il divieto di analogia è convenzionalmente identificato con il "principio di tassatività" (distinguendolo, a fini classificatori, dal principio di "precisione" e da quello di "determinatezza") da G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2020, 168 ss.

[2] Osservava tra l'altro il rimettente, quanto alla violazione del diritto di difesa, "che la modifica *in iure* dell'imputazione dovrebbe restituire alla difesa la possibilità di rivisitare la propria strategia anche nella scelta del rito, ben potendo la stessa concludere che sui fatti contestati – alla luce del nuovo *nomen* proposto dal giudice – «non vi siano i medesimi spazi per contraddire nel dibattimento che aveva inizialmente valutato, allorquando aveva, sulla scorta dell'imputazione, operato la scelta del rito"; ed inoltre "la diversa qualificazione prospettata dal giudice potrebbe in concreto determinare «anche e soprattutto uno stravolgimento nella risposta sanzionatoria»: fattore, quest'ultimo, che condizionerebbe in maniera determinante la scelta del rito" (così al § 1.2.1. del *Ritenuto in fatto*).

In particolare, i giudici costituzionali evidenziano come il remittente avesse riqualificato il fatto concreto - consistente in condotte moleste, minacciose e violente "commesse nel quadro di una relazione affettiva stabile tra l'imputato e la persona offesa, pur nella riconosciuta assenza di convivenza"[3] - facendo leva su un cospicuo filone giurisprudenziale[4] che riconosce il presupposto tipico del delitto di maltrattamenti, ovvero la ricorrenza di un rapporto di "familiarità" o di "convivenza", in presenza di condotte comunque realizzate in un "contesto affettivo protetto", caratterizzato da "legami forti e stabili tra *partner*" e dalla "condivisione di progetti di vita".

Secondo la Corte, tuttavia, la giurisprudenza non sarebbe affatto univoca in tal senso, in quanto detta interpretazione risalirebbe ad un periodo antecedente all'entrata in vigore della fattispecie di *stalking* e, soprattutto, farebbe molto spesso riferimento a fatti concreti caratterizzati da una precedente convivenza o dalla presenza di figli[5] (elementi che dunque – secondo la Corte - costituirebbero profili rilevanti per operare un *distinguishing* ai fini dell'applicabilità dell'art. 572 c.p.), potendosi altresì riscontrare altre e recenti pronunce che si sono espresse in senso contrario[6]. "Ma, soprattutto" - e qui sta il fulcro dell'argomentazione – "nel procedere alla qualificazione giuridica dei fatti accertati in giudizio il rimettente omette di confrontarsi con il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo".

[3] Era stata accertata l'esistenza di "un rapporto affettivo tra i due, dipanatosi in un arco temporale di circa quattro mesi, nel corso del quale la donna era solita frequentare la casa ove l'uomo viveva con la madre e la sorella, e nella quale lei stessa talvolta si tratteneva" (così al § 2.2. del *Considerato in diritto*).

[4] A sostegno di tale tesi il ricorrente richiamava, tra le altre, Cass., sez. VI, 9 maggio 2019, n. 19922; Id., 15 luglio 2014, n. 31121; Id., 27 maggio 2013, n. 22915; a queste la stessa Corte Costituzionale aggiunge le più recenti Cass., sez. VI, 1° dicembre 2020, n. 34086, concernente una coppia che, pur non convivendo, pagava congiuntamente un appartamento utilizzato come base per incontri clandestini; Id., 11 febbraio 2020, n. 5457, relativa a una coppia non convivente, la cui relazione durava da appena due mesi (cfr. § 2.2. del *Considerato in diritto*). Per un approfondimento di tale problematica esegetica, si veda in dottrina S. RIONDATO, *Introduzione a "famiglia" nel diritto penale italiano*, Padova, 2014, 43 ss.; P. PITTARO, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam. Dir.*, 2010, p. 933 ss.; R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale, in Studi in onore di Franco Coppi*, Vol. II, Torino, 2011, 674 s.; S. BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2011, 3, 1029; M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir proc. pen.*, 2008, 572.

[5] Si rileva, ad esempio (cfr. § 2.3. del *Considerato in diritto*), che Cass. n. 19922 del 2019, sopra richiamata, concerneva una coppia che aveva convissuto per circa dieci anni; e che parimenti concernono *ex* conviventi i fatti oggetto di Cass., sez. VI, 22 dicembre 2020, n. 37077; Id., sez. III, 28 ottobre 2019, n. 43701; Id., sez. VI, 24 gennaio 2018, n. 3356; sono invece richiamate in quanto relative a fatti caratterizzati dalla presenza di figli, Id., 4 febbraio 2021, n. 4424; Id., 20 novembre 2017, n. 52723; Id., 22 maggio 2017, n. 25498.

[6] La Corte cita (*ibidem*) la recentissima Cass., sez. III., 25 gennaio 2021, n. 2911, che "ha escluso il delitto di maltrattamenti in famiglia in un'ipotesi assai simile a quella oggetto del processo *a quo*, caratterizzata da una relazione «instaurata da non molto tempo» e da una coabitazione consistita soltanto «nella permanenza anche per due o tre giorni consecutivi nella casa dell'uomo, ove la donna si recava, talvolta anche con la propria figlia»".

A questo punto, la Corte riafferma - richiamando e sintetizzando i principi espressi nelle più recenti pronunce sul punto[7] - il contenuto, il significato e la fondamentale funzione garantista che gioca il divieto di analogia *in malam partem* come corollario del principio di legalità penale, che trova pertanto riconoscimento non solo, espressamente, nell'art. 14 delle Preleggi, ma anche, implicitamente, nell'art. 1 del Codice penale e soprattutto nell'art. 25 Cost.

Più in dettaglio, la Corte ribadisce come il "limite insuperabile" da qualsiasi opzione interpretativa sia costituito dai "possibili significati letterali" del testo legislativo, che "direttamente" - ovvero a prescindere "dalla sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza" - deve "fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte"; e sottolinea altresì come il divieto di applicazione analogica della norma penale costituisca corollario imprescindibile della legalità penale sia nella prospettiva della sua *ratio* democratica e del principio "ordinamentale" della separazione dei poteri, sia in quella della *ratio* liberale, ovvero come garanzia alla prevedibilità delle conseguenze punitive.

In questa ottica, il principio di tassatività costituisce naturale completamento, da una parte, della "riserva assoluta" di legge in materia penale, che "verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge"; dall'altra, rappresenta "l'ovvio *pendant*" del principio di determinatezza – che rimanda al vincolo, rivolto al legislatore, di "formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intellegibilità dei termini impiegati" -, garanzia che parimenti "sarebbe svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura".

Alla luce di tali premesse, la Corte – come già anticipato - osserva che l'ordinanza di rimessione, nell'accedere alla "interpretazione" che ha portato alla riqualificazione del fatto come delitto di maltrattamenti – e che costituisce quindi la "base logica" della questione di legittimità costituzionale - non si è adeguatamente interrogata sulla sua compatibilità con il divieto di analogia; di conseguenza "in difetto di una tale dimostrazione, l'applicazione dell'art. 572 c.p. in casi siffatti – in luogo dell'art. 612-*bis*, secondo comma, c.p., che pure contempla espressamente l'ipotesi di

[7] Cfr. in particolare C. Cost. n. 96 del 1981; n. 447 del 1998; n. 5 del 2004; n. 327 del 2008; n. 230 del 2012; n. 24 del 2017; n. 115 del 2018).

condotte commesse a danno di persona «legata da relazione affettiva» all'agente – apparirebbe come il frutto di una interpretazione analogica a sfavore del reo della norma incriminatrice".

2. Il *quid novi* della pronuncia: il vaglio della Corte sull'attività interpretativa del giudice penale

I "principi di diritto" enunciati dalla Corte, così come la chiara illustrazione del fondamento sistematico del divieto di analogia sfavorevole al reo, si pongono perfettamente in linea con la nostra tradizione costituzionale, che da sempre e senza esitazioni (esistenti solo in relazione alla legittimità dell'analogia *in bonam partem* in materia penale[8]) riconosce la collocazione di tale garanzia nel contenuto preservato dall'art. 25 Cost. Si tratta di concetti espressi da tutti i manuali di diritto penale[9] e già sedimentati nella giurisprudenza costituzionale[10], puntualmente ripresi e fermamente ribaditi anche in questa occasione. Perché, allora, a questa pronuncia può essere attribuito un particolare rilievo sul piano del diritto penale costituzionale, cioè un rilievo che trascende la specifica questione penalistica relativa ai rapporti tra maltrattamenti e *stalking*?

Ebbene, la ragione di tale rilevanza si può cogliere nel fatto stesso che la Corte abbia autonomamente sollevato il tema dell'analogia *in malam partem*, attribuendo a tale principio una funzione effettiva di limite all'attività ermeneutica della giurisprudenza ordinaria, che - fino ad ora - non era stato mai realmente riconosciuto in concreto.

[8] Sul tema di recente, a margine di una significativa sentenza delle Sezioni Unite, cfr. F. PALAZZO, *Conviventi* more uxorio *e analogia* in bonam partem*: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita,* in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021 e R. BARTOLI, *Costituzionalismo e trasformazioni del diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 6, 705-710; G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco* overruling *delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2021, 7, 1725-1731.

[9] V. ancora ampiamente G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 2005, 146 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 2019, 75 ss.; s.; C. F. GROSSO – M. PELISSERO – M. PETRINI – P. PISA, *Corso di diritto penale*, 2020, 142 ss.; nella dottrina costituzionalistica, sottolineano l'importanza del divieto di analogia come argine alla separazione dei poteri, M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*. 1998, 368 s.; più recentemente ID., *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco – Celotto - Olivetti, Torino, 2006, 535 ss.; v. anche I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, 59 ss.; nonché, con toni meno critici, A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4223.

[10] Ampiamente richiamata dalla Corte: cfr. *retro* nota 7

Per quanto più volte enunciato dalla Corte, il vincolo costituzionale di tassatività ha costituito un argine sostanzialmente solo teorico al potere giudiziario di definire, sul piano interpretativo, la legittima estensione semantica e dunque i confini di tipicità delle fattispecie incriminatrici. Ciò, da una parte, trova certamente ragione nel labilissimo e incerto confine che - al di là delle ormai stantie formule di teoria generale del diritto - in concreto distingue la interpretazione estensiva (ammissibile) dall'applicazione analogica (inammissibile) della legge penale[11]; dall'altra, tuttavia, trova un formidabile volàno proprio nella consapevolezza (anche qualora inconscia) dell'assenza di un reale sindacato costituzionale sull'attività interpretativa, quindi nella ragionevole presunzione da parte dei giudici ordinari di avere piena e indiscutibile signoria giuridica nel definire l'estensione di significato del testo legislativo. Risulta perfettamente coerente con il consolidamento di tale sistema, il fatto che il giudice di merito – come nel caso *a quo* - non si sia posto minimamente il problema della legittimità di una interpretazione normativa (ovvero della sua estensione esegetica), soprattutto se già in precedenza accolta nella giurisprudenza di legittimità.

Pertanto, l'aver anche solo paventato - si potrebbe dire "sorprendentemente" - lo sbarramento del divieto di analogia, cioè la potenziale attuazione di un ingranaggio di controllo del tutto arrugginito (considerato inutilizzabile), costituisce il merito che oggettivamente è attribuibile alla Corte Costituzionale nel pronunciare la sentenza qui in esame, la quale - e non a caso - è stata immediatamente salutata dalla dottrina penalistica più autorevolmente attenta alle istanze della legalità penale come un importante monito rivolto nei confronti della magistratura ordinaria[12]. In sostanza, con questa sentenza, la Corte fa capolino sul terreno della legittima estensione dell'interpretazione giudiziale, iniziando a rivendicare il proprio ruolo di guardiano anche della legalità ermeneutica, doverosamente sottraendola ai noti rischi di un divenire incontrollabile.

[11] Cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011e ivi ampi riferimenti alla assai cospicua letteratura, penalistica e non solo, sul tema; v. anche gli interventi di F. GIUNTA, G. CARCATTERRA, O. DI GIOVINE, V.VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, 347 ss.; v. anche G. TUZET, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, ivi, 2011, 507 ss.

[12] F. PALAZZO, Costituzione e divieto di analogia, in Dir. pen. proc., 2021, 9, 1218 ss.

3. Il debole argine del "significato letterale" della disposizione legislativa ed il preteso onere motivazionale del giudice

Certo, rimane a monte il problema fondamentale, ovvero quello del criterio di accertamento della violazione del divieto: da questo punto di vista la Corte - come già illustrato - ripropone ancora una volta il tradizionale limite invalicabile del "significato letterale" del testo legislativo, precisando che l'interpretazione normativa non può esorbitare dalle possibili opzioni di significato linguistico attribuibili alla disposizione/significante[13]. *Nihil novi*: in questo modo si ripropone il dilemma di sempre, poiché il "significato letterale" delle parole presenta in realtà maglie assai larghe e facilmente penetrabili, dimostrandosi nella prassi assolutamente inidoneo a fungere da reale argine ad "interpretazioni" giurisprudenziali di fattispecie incriminatrici che possono parimenti essere lette, da un diverso angolo visuale, come "applicazioni" analogiche[14]. Ne sono riprova accurate indagini giurisprudenziali, che evidenziano come la tela elastica del significato letterale abbia sempre coperto, senza neanche troppi sforzi, anche le applicazioni giurisprudenziali più discusse e discutibili[15]. In sostanza, anche a non voler sottoscrivere, sul piano teorico, che "qualsivoglia

[13] Nella linguistica, per la distinzione e il legame tra significato e significante, si veda definitivamente F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Bari 1978, 87 s.

[14] In generale sulla problematicità dell'interpretazione letterale, cfr. V. VELLUZZI, (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Milano, 2002 e in particolare, *ivi*, il saggio di T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, 125 ss.; ancora V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, Pisa, 35 ss.; in particolare, denuncia criticamente la strutturale e intrinseca debolezza di tale criterio interpretativo F. POGGI, *The Myth of Literale Meaning in Legal Interpretation*, in *Analisi e diritto*, 2013, 313 ss.; per una penetrante critica alla classica dicotomia interpretazione vs. analogia, tipica del "paradigma giuridico moderno", cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit.; e già prima ID., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica, Torino*, 2007; nella dottrina penalistica si veda autorevolmente G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2003 e poi soprattutto O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; EAD., *«Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale)*, in *Quest. giust*., 4, 2018, 55 s.; si veda anche M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in Dolcini-Paliero, *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, I, 2006, 693 ss., evidenziando come "i limiti concettuali di ogni singola espressione non sono mai conchiusi nel testo, ma sempre modificati dal contesto e determinabili soltanto attraverso il processo interpretativo" (710); in precedenza già W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), Napoli, 2007, *passim.* In senso decisamente critico, in ragione del potenziale annacquamento delle garanzie della legalità conseguente ad una adesione alle teorie ermeneutiche dell'interpretazione, cfr. G. MARINUCCI, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1255 ss.; per una recente riaffermazione del paradigma classico di legalità penale, cfr. L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, II ed., 2016 e ID., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust*., 4, 2016.

[15] Si veda soprattutto la ricerca di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, I ed., Torino, 1999; ristampa con *Premesse di aggiornamento* nel 2007; e poi ancora II ed. aggiornata nel 2014; v. anche R. RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 195 ss.; nonché G. CONTENTO, *Interpretazione estensiva e analogia,* in Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 8 ss.

divieto di analogia è destinato a naufragare[16]", non si può disconoscere che, sul piano della prassi applicativa, tale divieto abbia sortito risultati ben poco fecondi e certo non incoraggianti per affidare a tale vincolo – in particolare al tralatizio mantra del richiamo al limite del significato letterale del testo legislativo - la tutela dei valori supremi della legalità penale.

L'immagine icastica dei tre cerchi concentrici rappresentativi del significato linguistico delle parole - ancora recentemente evocata in dottrina[17] - ha un valore meramente ricognitivo, che non offre tuttavia alcuno strumento euristico funzionale al sindacato di legittimità per tutte le ipotesi che si collocano nella zona grigia, ovvero nel cerchio dell'incertezza semantica; se è innegabilmente vero che esiste un'area di certezza linguistica - che definisce in positivo e in negativo la tipicità di ciascuna fattispecie incriminatrice[18] -, è altrettanto vero che si tratta di certezze molto limitate (oltre che diacronicamente relative), mentre tutti i casi "discutibili" si collocano nella sfera dell'incertezza: tuttavia , nella prassi giurisprudenziale, tali casi sono puntualmente e facilmente assorbiti nel "possibile" significato letterale del testo normativo, comodamente etichettabili come ipotesi di (legittima) interpretazione estensiva, senza che sia possibile individuare argomentazioni logiche o comunque teoriche in grado di contraddire adeguatamente tali conclusioni[19].

A ben vedere, anche il caso *sub iudice* non si sottrae affatto ad una conclusione analoga, cioè ad un suo inquadramento come ipotesi di mera interpretazione estensiva del testo letterale dell'art. 572 c.p.: che il concetto di "persona familiare" o di "persona convivente" possa semanticamente rimandare al rapporto di fatto che si instaura in un contesto affettivo protetto e caratterizzato da un legame e da frequentazioni stabili e da progettualità futura, indipendentemente dalla condivisione di una dimora, è un'opzione ermeneutica che non si colloca nel cerchio della certezza negativa, ma appunto in quello dell'incertezza; ora, che tale incertezza venga risolta positivamente nel senso della "tipicità" ai sensi del delitto di maltrattamenti - conformemente a quanto affermato dalla Corte di Cassazione nei numerosi precedenti sopra ricordati - può essere conclusione certamente opinabile, ma non rappresenta a tutta evidenza uno sconfinamento nell'analogia immediatamente

[16] Così Arth. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo* (1982), Napoli, 2003, 16, richiamato da M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine*?, cit., 31.

[17] F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit.

[18] F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit.

[19] Come denunciava mordacemente G. MARINUCCI, *L'analogia e la punibilità svincolata,* cit., 1268, parlando di applicazioni analogiche "pudicamente mascherate dietro il velo dell'interpretazione estensiva".

censurabile sul piano costituzionale; non più di quanto non lo rappresentino una miriade di ipotesi registrate nei repertori giurisprudenziali, di ieri e di oggi.

Di tutto ciò, peraltro, la Corte Costituzionale pare ben consapevole, atteso che la decisione qui in commento non si spinge affatto a bollare espressamente come illegittima tale esegesi normativa, ma - come illustrato - si limita a censurare il *deficit* motivazionale, il fatto cioè di aver 'dato per scontato' - come d'altra parte è stato sempre fatto fino ad oggi - che la percorribilità di tale estensione ermeneutica della fattispecie penale potesse tranquillamente riposare sulla presenza di precedenti conformi nella giurisprudenza di legittimità. È dunque più che mai corretto considerare la presa di posizione della Corte proprio come un monito metodologico, un invito a ponderare attentamente, ad argomentare scrupolosamente le ragioni di tutte le "interpretazioni estensive" che muovono dalla zona di incertezza semantica che si pone alla periferia di ciascun testo legislativo.

D'altra parte, benché il 'rimprovero' contenuto nella sentenza sia direttamente rivolto al giudice remittente, l'ammonimento della Corte è nondimeno indirettamente rivolto anche alla Corte di Cassazione, avvezza a *iuris-dicere* senza subire il vaglio critico della Consulta in merito alla propria attività di supremo interprete delle leggi e quindi in merito al potere di definirne il perimetro concretamente normativo/prescrittivo/punitivo.

In modo come di consueto elegante, molto attenta a non offendere i rispettivi ruoli istituzionali, la Corte Costituzionale trasmette quindi un messaggio sistematicamente molto importante: l'interpretazione delle leggi penali, l'apposizione dei confini semantici al testo normativo, non è prerogativa insindacabile della magistratura; il Giudice delle Leggi è pronto ad esercitare, anche su questo terreno - come è accaduto nei confronti delle inerzie legislative, fino a poco tempo fa ritenute parimenti incensurabili e incolmabili da parte della Corte (se non negli angustissimi limiti delle rime obbligate)[20] - il proprio vaglio di costituzionalità, cioè a giudicare la legittimità anche dell'attività ermeneutica del potere giudiziario, senza assumere il "diritto vivente" di fonte

[20] Sul nuovo corso della giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha trovato espressione, tra le altre, nelle sentenze n. 236 del 2016, n. 222 e 233 del 2018, n. 40 del 2019, n. 242 del 2019, n. 224 del 2020, n. 252 del 2020, n. 63 del 2021, n. 157 del 2021, secondo cui l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta condizionata non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore, v. in dottrina S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, *Quad. cost.*, 2019, 1, pp. 183-186; G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative"*, Av.Vv., Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, 2020, www.giurcost.org., pp. 153-159; L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, Napoli, 2020, p. 383 ss.

giurisprudenziale come entità giuridica indiscutibile nella sua genesi, la cui validità può essere scrutinata rispetto a tutti i vincoli costituzionali, ma non rispetto alla legalità penale/tassatività, il cui rispetto dovrebbe essere presunto in via assoluta dalla teorica derivazione della "norma" da una "legge".

4. La preminenza della ratio democratica della legalità sulle esigenze teleologiche e sistematiche

Il monito della Corte risulta tanto più apprezzabile - sul piano dell'affermazione di una piena cultura giudiziaria della legalità penale - perché interviene su un terreno segnato dalla discrasia tra garanzia europea (art. 7 Cedu e art. 49 CDFUE) e garanzia interna (art. 25 Cost.): nella prospettiva sovranazionale, infatti, la prevedibile applicazione dell'art. 572 c.p. al fatto oggetto di giudizio - sulla base di un cospicuo filone di precedenti giurisprudenziali - avrebbe ragionevolmente assicurato il rispetto dalla garanzia del "nullum crimen sine lege", la cui *ratio* esclusiva è quella liberale, strumentale alla tutela dell'individuo da possibili applicazioni arbitrarie/imprevedibili del potere punitivo dello Stato[21].

Ma la nostra Corte dimostra di sfuggire dal rischio, da più parti paventato in dottrina[22], di schiacciare la garanzia interna su quella europea, sostanzialmente riducendo la legalità a colpevolezza.

[21] Cfr. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in Paliero - Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 195 s.; sulla 'doppia anima' del principio di legalità penale, quella astorica e universale costituita dalla irretroattività/prevedibilità – recepita dalla Convezione europea dei diritti umani (e dalla Carta di Nizza) e quella storicizzata e relativa costituita dalla riserva di legge (presente nell'art. 25 Cost.), cfr. fondamentalmente A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 673 ss.

[22] In senso critico rispetto a tale potenziale e pericolosa deriva, cfr. ad D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015; G. LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, , Milano, 2017, p.; C.E. PALIERO, *Conclusioni, ibidem*, p., che parla dell'esigenza di preservare la "*giusdiversità*" della legalità penale nostrana. Sulla diversa geometria della legalità europea cfr. *ex multis* O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*., 2013, 164; A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91 ss.; M. SCOLETTA, *La legalità penale*, cit. D'altra parte, l'asimmetria tra *legalità nazionale* e *legalità convenzionale* era già stata distintamente colta dalla stessa Corte costituzionale in più di una pronuncia, cfr. C. Cost. n. 230 del 2012: ""il principio convenzionale di legalità risulta meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di

Proprio in una fase storica in cui le fondamenta democratiche della legalità rischiavano di restare in ombra, in parte smitizzate anche sul piano teorico in quanto retaggio di un assetto giuridico ordinamentale superato dalla post-modernità[23], la Corte costituzionale ha il merito di ricordarne il valore e di rimarcare i vincoli operativi che da ciò derivano, quasi a ricordare che i giudici interni, per quanto attori insostituibili dell'adeguamento ordinamentale ai principi fondamentali (nazionali e sovranazionali), trovano ancora nella "legge" dello Stato - cioè nella soggezione al potere politico parlamentare - un limite insuperabile.

Vero che, benché anche in questo caso la Corte non si spinga fino a riconoscere la violazione del divieto di analogia, ha comunque il coraggio di evidenziare e stigmatizzare "il pur comprensibile intento, sotteso all'indirizzo giurisprudenziale cui il rimettente aderisce, di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi". In questo passaggio argomentativo si coglie perfettamente il nocciolo del problema individuabile 'a monte' del fenomeno analizzato, ovvero la reale fonte di legittimazione materiale delle interpretazioni estensive e delle potenziali derive analogiche che si registrano nella giurisprudenza: la "comprensibile" (e per questo, aggiungiamo, diffusamente tollerata) risposta ordinamentale, immediata ed efficace, ad istanze di tutela che rispondono ad esigenze di giustizia/legalità sostanziale, rispetto alle quali appaiono formalistiche (e quindi recessive) le contrapposte istanze della "legalità formale"[24], che spesso vorrebbero legittimare soluzioni che, più che come doverosamente "garantiste", sono percepite

centrale rilevanza nell'Assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25 Cost.". Nell'ambito della 'piccola Europa', l'occhio vigile della Consulta, aveva poi scongiurato epiloghi riduzionistici anche nel caso Taricco, si legge infatti in C. Cost. n. 24 del 2017, §8: "La Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità. Appare a ciò conseguente che l'Unione rispetti questo livello di protezione dei diritti della persona, sia in ossequio all'art. 53 della Carta di Nizza, il quale afferma che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti […] dalle costituzioni degli Stati membri», sia perché, altrimenti, il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani (art. 2 del TUE)".

[23] Fondamentalmente sul tema, P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 42 ss.; analoghi rilievi già in M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Violante (a cura di), *Storia d'Italia*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, 1998, 551 ss.; nonché pioneristicamente e acutamente in P. NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Arch. pen.*, II, 1946, 278 ss.

[24] Sulla dicotomia legalità formale *vs*. legalità sostanziale, cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2019, 107 s.

come intollerabilmente ingiuste da un sentire sociale di cui è parte (iper)attiva anche la comunità giudiziaria[25].

È dunque significativo che la Corte abbia espressamente additato le "pur comprensibili" istanze di tipo sistematico - in questo caso, peraltro, teleologicamente indirizzate alla efficace tutela di vittime particolarmente vulnerabili – come comunque soccombenti a fronte del divieto di analogia espressivo della legalità formale. La forza della legalità, nello "stato costituzionale di diritto", si misura proprio nella capacità di sopportare le ingiustizie della legge[26], comprese le odiose lacune di tutela – espressione tipica dell'ideale di frammentarietà del diritto penale[27] -, la cui integrazione è esclusivamente riservata all'intervento del legislatore, salvo il limite eccezionale della loro intollerabilità costituzionale, che spetta ancora e solo alla Corte Costituzionale rilevare ed eventualmente sanare[28].

Non è forse un caso, d'altra parte, che la "presa di posizione" della Corte Costituzionale - la quale, al di là del monito, manifesta comunque una forte perplessità sulla compatibilità costituzionale della soluzione ermeneutica recepita del remittente, lasciando presagire un effettivo accoglimento di una questione di legittimità che fosse sollevata su tale specifico profilo[29] -

[25] Sul piano sociologico, A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici*, Roma-Milano, 1998, registrava, già tempo fa, come il potere della magistratura abbia sostanzialmente acquisito una "legittimazione sociale" – e in un certo senso "democratica" –, parallelamente alla crisi della democrazia rappresentativa parlamentare. Sarà molto interessante osservare – restando sul piano sociologico – se all'attuale periodo di appannamento del "riconoscimento pubblico" della magistratura, quindi alla incrinazione del "consenso sociale" attorno al suo ruolo, corrisponderà anche una limitazione di quei poteri – anche 'ermeneutici' - che finora nell'ordinamento giuridico sono stati ampiamente tollerati. Sul ruolo del "consenso sociale" come formante della legiferazione penale, cfr., C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.

[26] Rimangono sempre validi i moniti di P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina* (1942), in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 511 ss. che, sebbene con i toni aulici propri di quell'epoca, affermava come "forse questo culto della legalità a tutti i costi, questo sconsolato ossequio delle leggi solo perché sono tali ed anche se il cuore le maledice e ne affretta col desiderio l'abolizione, ha una sua grandezza morale che raggiunge spesso, senza slanci apparenti, il freddo e meditato eroismo".

[27] Sulla quale si veda fondamentalmente C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985 e, più recentemente, ID., *Pragmatica e paradigmatica della clausola di* 'extrema ratio', in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447 ss

[28] Sulla problematica della legittimità di interventi additivi in *malam partem* della Corte Costituzionale, cfr. per tutti V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in Manes-Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, 408 ss.; risulta dunque paradossale che, laddove non si spinge neppure la Corte Costituzionale (arretrando a fronte dello sbarramento della riserva di legge), arrivi invece la Corte di Cassazione, sotto le mentite spoglie della interpretazione estensiva teleologicamente orientata: per una vicenda esemplificativa, cfr. criticamente M. SCOLETTA, *La legalità 'corrotta': la punibilità della subornazione del consulente tecnico del pubblico ministero tra analogia e manipolazione delle norme incriminatrici*, in *Giur. cost.*, 2014, 2621 ss.

[29] Sembra infatti posto in tono quasi retorico il quesito che la Corte invita il remittente ad approfondire, cioè "di chiarire *se davvero* possa sostenersi che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo a quo, consenta di qualificare quest'ultima come persona (già) appartenente alla medesima

intervenga a margine di un caso che, a ben vedere, nella prospettiva teleologica/funzionalista si presenta come un *easy case*: l'ipotetico riconoscimento della natura analogica dell'applicazione normativa del delitto di maltrattamenti alla fattispecie concreta *sub iudice*, infatti, non determinerebbe affatto un vuoto di tutela punitiva, un'ipotesi di "intollerabile impunità" del colpevole, ma solo il diverso inquadramento del fatto nella diversa fattispecie di atti persecutori, per di più aggravata.

In pratica, anche nella prospettiva sistematica sussistevano, nel caso all'esame della Corte, le condizioni favorevoli alla concreta opposizione del limite della legalità (formale) al potere interpretativo della magistratura, in quanto il costo da pagare alle esigenze di giustizia sostanziale non risultava elevato, non imponendo la tolleranza di una lacuna di tutela, ma implicando solo l'attenuazione della risposta sanzionatoria, presentandosi quindi il divieto di analogia come lo strumento - socialmente molto più accettabile - limitativo di un eccesso punitivo.

È legittimo dubitare del fatto che, qualora il risultato normativo di un eventuale accoglimento della questione non fosse la qualificazione del fatto ai sensi dell'art. 612-*bis* (per di più aggravato), ma l'impunità o anche solo l'applicazione di fattispecie bagatellari (come le molestie o le percosse), la potenziale violazione del divieto di analogia sarebbe stata parimenti rilevata.

Nondimeno, il messaggio per così dire "culturale" veicolato dalla Corte Costituzionale attraverso questa sentenza rimane forte e importante per sensibilizzare gli "inventori" del diritto penale (ovviamente nell'accezione etimologica utilizzata da Paolo Grossi[30]), dunque *in primis* la magistratura, ad un maggiore ossequio al canone costituzionale della tassatività.

Una rinnovata consapevolezza sulla esistenza di un reale vaglio sulla legittimità costituzionale dell'attività interpretativa giudiziaria può infatti sortire un significativo e salutare effetto di *self-restraint*, almeno speculare a quello che - attualmente - deriva dalla consapevolezza in senso opposto. Anche le operazioni di estensione ermeneutica del tipo penale dovrebbero porre problemi "di coscienza" non dissimili e non minori rispetto a quelli che affliggono il giudice quando si trova a dover fronteggiare la inadeguatezza della legge penale e le conseguenti sacche di impunità. La

"famiglia" dell'imputato; o se, in alternativa, *un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese* e caratterizzato da *permanenze non continuative* di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di *convivenza*" (§ 2.4. del *Considerato in diritto;* enfasi aggiunta).

[30] E cioè "non un creare artificiosamente (com'è oggi nella comune lingua italiana), bensì un cercare per trovare (com'è proprio del latino *invenire/inventio*)": P. GROSSI, *Oltre la legalità,* cit., 5 (nt. 4) e più approfonditamente sul tema ID., *L'*invenzione *del diritto*, Bari-Roma, 2017.

"coscienza sporca" del diritto penale[31] dovrebbe fieramente appartenere anche e soprattutto al giudice penale.

5. Nuove prospettive (e concrete possibilità) per una doverosa sindacabilità costituzionale del principio di tassatività della legge penale

La prospettiva di un controllo di costituzionalità sull'ermeneutica giurisprudenziale in materia penale - dischiusa dalla sentenza qui in esame - trova tuttavia un rilevante ostacolo nei limiti processuali di azionabilità delle violazioni del divieto di analogia[32]. In assenza di un principio di *stare decisis*, ogni giudice, infatti, può autonomamente discostarsi da un'applicazione normativa che ritiene analogica, attenendosi in questo modo al vincolo della "interpretazione costituzionalmente conforme": dato questo presupposto, sarebbe pertanto "inammissibile" l'intervento della Corte Costituzionale, in quanto chiamata a risolvere un dubbio di legittimità che il giudice *a quo* ha il potere di sanare in via diretta e autonoma[33].

[31] Di "cattiva coscienza" del legislatore parla G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in Marinucci-Dolcini, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 477, parafrasando la nota espressione di G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1961, p. 224 , relativa però - come rilevato da C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 167 (nt. 13) – ad un diverso (e quasi opposto) contesto; in particolare, mentre per Radbruch "la perdita di buona coscienza del legislatore" si manifestava "con amnistie sempre rinnovantesi, nell'abbondanza delle grazie, nelle attenuanti, nella riduzione facoltativa delle pene, nella fuga formale davanti alla pena", nella prospettiva politico-criminale osservata da Marinucci, la "cattiva coscienza" è da mettere in relazione con il fondamentale carattere "sussidiario" del diritto penale, "espressione dell'idea, propria di uno «Stato di diritto sociale», secondo cui il diritto penale è «l'estremo rimedio della politica sociale», che resta la «migliore politica criminale»": così G. MARINUCCI, *ibidem*, 478, richiamando il pensiero di Arthur Kaufmann e di Klaus Roxin.

[32] Si veda *ex multis* G. INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2002, che si chiede: "Che può fare il piccolo giudice che dissenta da questo diritto vivente? (…) Difficile, se non impossibile, immaginare la proposizione di un controllo incidentale"; lo denuncia problematicamente da ultimo ancora F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit.

[33] Espressiva di questo orientamento, ad esempio, C. Cost. n. 132 del 2019, secondo la quale il rimettente "mira evidentemente a conseguire un avallo alla propria interpretazione asseritamente *secundum constitutionem* delle disposizioni censurate, il che determina l'inammissibilità delle questioni"; v. anche, *ex multis*, C. Cost. n. 58 del 2017; n. 92 del 2015; n. 105 del 2010; n. 320 del 2009; nonché C. Cost. n. 242 del 2013, che fonda il giudizio inammissibilità sul rilievo che "il rimettente si sottrae ad uno sforzo di esegesi diversa, che consenta di superare i dubbi di costituzionalità o che sia costituzionalmente orientata, esperendo un improprio tentativo di ottenere da questa Corte l'avallo dell'interpretazione proposta, con un uso distorto dell'incidente di costituzionalità".

Sennonché - come già argomentato in altra sede[34] - l'adesione acritica a tale meccanismo rischia di neutralizzare completamente la stessa giustiziabilità di tali situazioni normative: la diversa opinione di un giudice di merito riguardo alla legittima percorribilità di un'opzione ermeneutica, infatti, sarebbe inesorabilmente destinata a soccombere (riformata o cassata) a fronte del contrario orientamento interpretativo (etichettato comunque come estensivo) delle giurisdizioni superiori[35]; con la conseguenza sistematica di un tendenziale adeguamento a tale linea ermeneutica, che risulterà in questo modo sottratta al sindacato di costituzionalità. Senza contare, su un piano più generale, come questo modello di diffusione del controllo di legittimità sia fonte di incertezze e discrasie applicative, tanto più odiose quando determinano discrepanze punitive che addirittura incidono sulla libertà degli individui.

In sostanza, demandare sistematicamente all'autonomia decisionale del giudice penale la soluzione delle ipotesi di incertezza normativa (poste cioè nella zona di confine tra interpretazione e analogia) significa sostanzialmente abdicare il ruolo di guardiano della legalità costituzionale dell'ermeneutica giurisprudenziale penalistica e avallare il modello di legittimazione autopoietica del potere giudiziario attualmente vigente.

L'assunzione effettiva di tale ruolo impone quindi alla Corte, in primo luogo, di allargare il filtro dell'ammissibilità della questione, consolidando, soprattutto in questi casi, quel recente orientamento che già riconosce come "in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo* – se pure è libero di non uniformarvisi e di proporre una diversa esegesi del dato normativo, essendo la «vivenza» di una norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali – ha alternativamente, comunque, la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di «diritto vivente» e di richiederne, su tale presupposto, il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali"[36]. Vieppiù, non si dovrebbero porre limiti di ammissibilità, indipendentemente dalla sussistenza di un diritto vivente, nella misura in cui il giudice del rinvio sia tenuto a conformarsi - ai sensi dell'art. 627, comma 3, c.p.p. - ad un *dictum* della Cassazione ritenuto esorbitante rispetto al significato

[34] M. SCOLETTA, *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale*, in Acquaroli – Fronza - Gamberini (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021, 441 ss.

[35] Per una significativa esemplificazione, cfr. M. SCOLETTA, *Sulle sanzioni interdittive per gli enti responsabili di corruzione internazionale e gli incerti confini del principio di tassatività*, in *Le Società*, 2019, 421 ss.

[36] C. Cost. n. 12 del 2020; nello stesso senso, la Corte richiama le decisioni n. 75 del 2019, n. 39 del 2018, n. 259 e n. 122 del 2017, n. 200 del 2016 e n. 11 del 2015.

letterale della disposizione legislativa e quanto più si consolidi la tendenza – già in atto con la riforma dell'art. 618-*bis* c.p.p.[37] – a riconoscere forza vincolante ai precedenti giurisprudenziali[38].

In secondo luogo, soprattutto, l'effettività del sindacato implica l'impegnativa assunzione della responsabilità di giudicare se e quando una soluzione ermeneutica "incerta" sia riconducibile al preteso "significato letterale" della disposizione normativa. Ciò che ovviamente non presuppone che i giudici costituzionali siano depositari del contenuto normativo ipostatizzato nella lettera della legge: è fuori dubbio – al netto delle infinite dispute teoriche - che la norma penale, forse ancor più delle altre norme ordinamentali, vive e si evolve nel divenire sociale e culturale, che il testo legislativo non racchiude un significato rigido e immutabile, che l'interpretazione è comunque un'operazione relazionale[39]. Ma se determinate evoluzioni di significato - e i conseguenti adattamenti ermeneutici del diritto ai fatti - sono ragionevolmente percepibili dalla collettività e rilevabili anche dalla giurisprudenza ordinaria, altre evoluzioni, più discutibili e dunque problematiche, possono e devono meritare un giudizio *super parte* – rispetto alle opzioni ermeneutiche in gioco -, svolto da un organo che dimostri anche il coraggio - e la forza - di registrare e tollerare (ed eventualmente stigmatizzare) dei "vuoti di tutela" che solo il legislatore è in grado di colmare.

In altre parole, anche un pragmatico riconoscimento della risibilità dei confini tra interpretazione e analogia, nonché della intima similitudine del loro statuto epistemologico, non implica la sottrazione dell'interpretazione giurisprudenziale al controllo di legalità: l'estensione ermeneutica del tipo penale – cioè stabilire, nel caso di specie, se le condotte di maltrattamento realizzate al di fuori del presupposto della più o meno stabile convivenza possano attualmente essere sussunte nella tipicità del reato descritto dall'art. 572 c.p. – è operazione che, come pretende la Corte

[37] Su cui si veda G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio 2018; in generale sulla plausibilità e "sulle difficoltà di un vincolo del precedente nel diritto penale" cfr. ampiamente A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 255 ss.

[38] Ciò che "se da una parte risponde alle istanze liberali della prevedibilità, dall'altra – elevando la giurisprudenza a fonte del diritto penale - va a cozzare con quelle democratiche della riserva di legge; anche allo scopo di controbilanciare tale tendenza, la possibilità di chiamare direttamente in causa la Corte Costituzionale anche in relazione a questi profili interpretativi della norma penale, rafforza l'indipendenza del giudice e il suo vincolo esclusivo alla legge (libero da sudditanze gerarchiche)": in questo senso M. SCOLETTA, *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile*, cit.

[39] Come sostanzialmente riconosce, sebbene nel pieno riconoscimento del valore supremo della moderna concezione della legalità, anche F. PALAZZO, *Regole prassi nell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Dir. priv*., Padova, 2003, 521 ss. e ID., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, Torino, 2008, 251 ss.; in termini ancora più netti, come noto, G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2003.

Costituzionale, deve essere argomentata e dimostrata, attraverso – aggiungiamo - l'utilizzo di tutti i criteri interpretativi previsti dalla legge, che complessivamente concorrono a definire quello che possiamo anche continuare ad etichettare come "significato letterale" della legge. Ed è giusto (*rectius* doveroso) che la Corte possa eventualmente sindacare la correttezza delle conclusioni raggiunte, valutando – forte delle prerogative 'politiche' tipiche del giudizio di costituzionalità, dunque senza che sia possibile pretendere schematiche certezze - il corretto e convincente utilizzo dei criteri interpretativi.

AIC
ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 5/2021

Data: 5 ottobre 2021

Perché una Costituzione della Terra? Recensione a "La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale" di Luigi Ferrajoli

di **Alice Cauduro** – *Ricercatrice universitaria in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Torino*

SOMMARIO: 1. Garantismo costituzionale, cultura giuridica militante e costruzione della democrazia. – 2. Per un costituzionalismo della Terra: le tre espansioni oltre lo Stato del paradigma costituzionale e la democrazia cosmopolitica. – 3. "Perché una Costituzione della Terra?"

1. Garantismo costituzionale, cultura giuridica militante e costruzione della democrazia

La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale (Laterza, Roma-Bari, 2021) riprende e proietta verso un inedito progetto giuridico militante l'intera l'elaborazione teorica di Luigi Ferrajoli. L'opera esprime il pensiero dell'Autore su diritti, democrazia e garantismo costituzionale[1] e costituisce un riferimento teorico per il percorso della *Costituente Terra* di cui Ferrajoli stesso è promotore. Appare perciò riduttivo il tentativo di offrire poche pagine su un lavoro di tale portata senza dare conto del percorso della *Costituzione della Terra* e della bozza di Costituzione che in seno ad esso sta trovando elaborazione. Lo stesso Ferrajoli nell'introdurre *La*

[1] Il riferimento è anzitutto a *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (3 voll., Laterza, Roma-Bari, 2007), ma anche - solo per citare alcune delle più recenti opere - a il *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, ed. 2019; *Iura Paria. I fondamenti della democrazia Costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, ed. 2017; *Poteri selvaggi*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale [2] ricorda infatti la necessità che i giuristi uniscano al rigore metodologico anche una cultura giuridica militante (p. 30) e conclude che attraverso un modello integrato di scienza del diritto si può superare ignoranza e incomunicabilità tra i saperi (discipline giuridiche positive, filosofia politica e sociologia del diritto); così, solo all'interno di questo modello integrato, si può realizzare «la critica del *diritto ingiusto* dal punto di vista assiologico e politico esterno, del diritto invalido dal punto di vista giuridico interno e del *diritto ineffettivo* dal punto di vista sociologico esterno» (p. 28). Si tratta di una premessa in cui Ferrajoli indica, in modo inequivoco, metodo e contenuto della ricerca teorica, dove il paradigma del garantismo costituzionale «conferisce un ruolo di difesa della democrazia costituzionale e un fascino nuovo alla scienza giuridica» (p. 30).

La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale è strutturata in due parti: la prima parte è dedicata alla *teoria del diritto* mentre la seconda alla *teoria della democrazia*. Nella *Teoria del diritto* Ferrajoli tratta del *diritto positivo*, dello *stato legislativo di diritto*, dello *stato costituzionale di diritto*, e propone una teoria *per un costituzionalismo al di là dello Stato*. Nella *Teoria della democrazia* affronta invece l'analisi della *democrazia costituzionale* (democrazia formale e democrazia sostanziale), della *democrazia formale* (democrazia politica e democrazia economica), della *democrazia sostanziale* (democrazia liberale e democrazia sociale), nonché della *democrazia cosmopolitica*. Nella prima parte dell'opera, dedicata alla teoria della democrazia, si analizzano le tre divaricazioni «tra "dover essere" ed "essere" del diritto, corrispondenti ad altrettante fasi storiche della modernità giuridica» (p. 31), mentre «nella seconda parte sono sottoposti ad analisi i principi e le strutture normative della democrazia costituzionale, i processi decostituenti prodotti dalle loro violazioni e le possibili funzioni e istituzioni di garanzia in grado di contrastarli» (p. 32). Senza voler procedere qui ad una descrizione o sintesi dell'opera - che rischia di essere certamente parziale e di scarso interesse - si vuole piuttosto segnalare il collegamento tra il capitolo IV della *Teoria del diritto* - dedicato al *costituzionalismo al di là dello Stato* - e il capitolo VIII della *Teoria della democrazia* - dedicato alla *democrazia cosmopolitica*. Se, infatti, la trattazione del futuro del costituzionalismo «analizza la crisi odierna del paradigma costituzionale generata dalla globalizzazione e di esso prospetta la possibile e necessaria espansione al di là dello Stato, sulla base della sua articolazione multi-livello nelle forme di un federalismo tendenzialmente

[2] *Introduzione*. *Meta-teoria del diritto e della democrazia* (pp. 3-32).

globale», in questa prospettiva la democrazia cosmopolitica, e la sua possibile costruzione, si «configura non solo come un'espansione del paradigma costituzionale, ma anche come un suo inveramento, in coerenza con l'universalismo dei diritti fondamentali» (pp. 31-32).

2. Per un costituzionalismo della Terra: le tre espansioni oltre lo Stato del paradigma *costituzionale e la democrazia cosmopolitica*

Nella *teoria della democrazia* il punto di partenza dell'elaborazione teorica della costruzione della democrazia attraverso il garantismo costituzionale oltre lo Stato è l'analisi offerta *per un costituzionalismo al di là dello Stato* in cui Ferrajoli tratta delle antinomie e lacune, del diritto illegittimo e del dover essere giuridico del diritto, dei diritti senza garanzie, della divaricazione tra il dover essere costituzionale e l'essere effettivo del diritto, nonché delle *tre necessarie espansioni oltre lo Stato del garantismo costituzionale*. L'analisi muove dai mutamenti di paradigma del diritto, nella prospettiva del costituzionalismo oltre lo Stato, a partire dalla considerazione che la globalizzazione dei mercati ha determinato negli Stati, in conseguenza della «subordinazione della politica all'economia», «processi decostituenti manifestatisi nella riduzione dei diritti sociali e in aggressioni catastrofiche all'ambiente e alla salute delle persone»; Ferrajoli avanza così l'ipotesi della «costituzionalizzazione del diritto internazionale, cioè l'incorporazione, al vertice della struttura a gradi del paradigma costituzionale, delle tante carte internazionali dei diritti umani quali limiti e vincoli ai poteri selvaggi degli Stati sovrani e dei mercati globali» (pp. 181-182). Ma la possibile espansione del garantismo costituzionale oltre lo Stato dipende anzitutto dal superamento di due gravi aporie: la prima aporia «consiste nella presenza di antinomie e di lacune prodotte dalla violazione o dalla mancata attuazione, particolarmente vistose nell'ordinamento internazionale, dei principi costituzionali di giustizia sostanziale», la seconda aporia consiste nella «mancata costruzione di una sfera pubblica globale» (p. 181). Nell'ambito di questa ricostruzione teorica rivestono certamente un ruolo centrale le nozioni di antinomia e lacuna in quanto esse «contraddistinguono virtualmente il paradigma del costituzionalismo rigido, caratterizzato appunto dalla divaricazione deontica tra "dover essere" giuridico e l'"essere" del diritto determinata dall'ineffettività delle norme costituzionali» (p. 185). Ferrajoli richiama perciò la distinzione tra lacune primarie e lacune secondarie, nonché *il problema delle lacune per l'assenza delle garanzie*

dei diritti costituzionalmente stabiliti, inteso come «questione centrale della teoria del garantismo costituzionale», dalla cui soluzione dipendono il futuro della democrazia e la sua possibile espansione al diritto internazionale: «il rapporto tra i diritti fondamentali e le loro garanzie e la natura dei diritti senza garanzie» (p. 188 ss.). L'analisi prosegue con la trattazione della *divaricazione crescente tra il dover essere costituzionale e l'essere effettivo del diritto* (p. 192 ss.) e con quella delle *tre necessarie espansioni del garantismo costituzionale* (p. 200) in cui Ferrajoli chiarisce che le difficoltà pratiche della possibilità di un costituzionalismo oltre lo Stato non devono essere confuse con un'impossibilità di carattere teorico: «nulla si oppone sul piano teorico, ove non si condividano queste ideologie, allo sviluppo di un costituzionalismo oltre lo Stato. Il paradigma costituzionale, grazie al suo carattere formale, può essere esteso a qualunque sistema giuridico e limitare le naturali vocazioni assolutistiche di qualunque potere» (p. 203). Ferrajoli intende l'espansione del paradigma del garantismo costituzionale in tre direzioni: un *costituzionalismo di diritto privato*, un *costituzionalismo dei beni fondamentali* e un *costituzionalismo sovrastatale*. Con riferimento al *costituzionalismo di diritto privato* (p. 205 ss.) viene messo in evidenza il "principale problema teorico" che risiede nell'equilibrio tra la sfera pubblica e la sfera dell'autonomia privata, «condizione del ruolo insostituibile di garanzia che, grazie alla loro distinzione e separazione, la sfera pubblica è chiamata a svolgere nei confronti dei poteri privati, a tutela degli interessi generali, dei diritti fondamentali e dell'autonomia delle stesse sfere private» (p. 206). La seconda espansione riguarda i beni, mentre la terza espansione *per un costituzionalismo globale* si colloca nella direzione di un costituzionalismo sovrastatale ed è la «prospettiva più importante e, indubbiamente, più difficile» affrontata da Ferrajoli nella parte dedicata a *costituzionalismo e federalismo, istituzioni locali di governo e istituzioni globali di garanzia*. Il modello prospettato è quello della federazione mondiale, della «*forma federale* che consente lo sviluppo di un costituzionalismo sovrastatale, in prospettiva globale, dotato di effettive capacità garantiste» (p. 216). Questo modello viene considerato da Ferrajoli come l'unico in grado di garantire diritti e beni fondamentali, infatti «solo la costruzione di una sfera pubblica mondiale è in grado di attuare il principio di uguaglianza e di impedire o quanto meno di limitare le aggressioni dei poteri politici ed economici globali ai diritti umani stipulati in tante carte costituzionali e internazionali» (p. 219). Ferrajoli afferma che «la democrazia costituzionale è tanto più solida quanto più strette e vincolanti sono le relazioni isomorfiche che legano garantismo costituzionale e sistema democratico, condizioni formali e sostanziali di validità giuridica e condizioni formali e sostanziali di legittimità democratica, diritti

fondamentali - politici, civili, di libertà e sociali - e dimensioni corrispondenti – politica, civile, liberale e sociale – della democrazia» (228). Così nella trattazione dedicata alla *Democrazia cosmopolitica*, ai *crimini di sistema* e alle ragioni di una *Costituzione della Terra* spiega la «necessità della costruzione di un costituzionalismo sovranazionale in grado di colmare il *vuoto di diritto pubblico* prodotto dall'asimmetria tra il carattere globale degli odierni poteri extra-statali e il carattere ancora prevalentemente locale del costituzionalismo, della politica, del diritto e delle connesse funzioni di governo e di garanzia. Non si tratta di un'ipotesi utopistica o avveniristica. Si tratta del dover essere giuridico della politica e del diritto medesimo» (p. 394). Dopo aver osservato il declino del paradigma costituzionale prefigurato dalla Carta dell'Onu, «l'asimmetria tra il carattere globale dell'economia e della finanza e il carattere ancora statale della politica e del diritto e perciò il ribaltamento del loro rapporto» (p. 397), Ferrajoli ritorna così alla domanda già formulata (§ 4.5): «la crisi degli Stati determinata dalla dislocazione dei poteri che contano fuori dai confini nazionali è destinata a travolgere anche le nostre democrazie, oppure è possibile un'espansione del garantismo costituzionale al di là dello Stato? » (p. 400).

Lungi da immaginare una riproposizione su larga scala del modello dello Stato, questo progetto costituzionale oltre lo Stato non contempla un governo mondiale, bensì l'introduzione di *funzioni* e di *istituzioni globali di garanzia primaria* (p. 402). Nella trattazione dedicata al *Costituzionalizzare la globalizzazione*, al *globalizzare il garantismo costituzionale.* all'*inveramento del costituzionalismo per effetto della sua espansione universale* e alle ragioni di *una fiscalità globale* (p. 405 ss.), Ferrajoli ricorda, infatti, la necessità di aggiungere al costituzionalismo statale odierno un *costituzionalismo globale*, attraverso «la costruzione di funzioni e di istituzioni sovrastatali di garanzia all'altezza dei poteri economici e politici globali» (p. 405). L'espansione del garantismo costituzionale a livello globale non va intesa perciò come un mero allargamento del paradigma costituzionale, ma come un vero e proprio «inveramento del costituzionalismo […]. Globalizzare il costituzionalismo equivale infatti a inverarne l'universalismo. […] Il paradigma costituzionale inverato dalla sua universalizzazione è pertanto incompatibile sia con la cittadinanza […] sia con la sovranità […]» (p. 406).

Vengono così individuate quattro classi di *crimini di sistema quali illeciti non penali, cagionati dall'attuale sistema politico ed economico globale* (p. 411 ss.), fronteggiabili solo da decisioni di livello globale: catastrofi ecologiche, guerre nucleari e produzione e moltiplicazione delle armi, fame e malattie non curate, miseria e migrazioni di massa. Per la soluzione alla prima classe di

crimini di sistema, *per salvare la Terra*, Ferrajoli propone il costituzionalismo dei beni fondamentali la cui garanzia sta nella loro qualificazione come *beni demaniali costituzionali*, sottratti così alla disponibilità del mercato e della politica, accanto all'istituzione di più tipi (sovranazionali) di demanio, mentre per i *beni comuni vitali* immagina l'istituzione di un *demanio globale*. Per la seconda classe di crimini di sistema (guerra e produzione e vendita di armi) Ferrajoli individua la garanzia della pace. La terza classe di crimini di sistema che ricomprende fame e malattie non curate richiede un *garantismo sociale globale.* Infine la quarta classe di crimini di sistema, rappresentata dalla fuga dei migranti dai crimini di sistema, è intesa come *banco di prova della tenuta del costituzionalismo* (p. 433 ss.). Nella trattazione dell'ultimo paragrafo della *democrazia cosmopolitica*, dedicato si *soggetti costituenti*, alle ragioni di una *Costituzione della Terra*, all'*insidia del realismo politico*, all'*ottimismo metodologico* (p. 444 ss.), Ferrajoli chiarisce che «il fenomeno migratorio è il *fatto costituente* di un futuro ordine internazionale basato sulla realizzazione di una tendenziale uguaglianza che finalmente unisca tutti gli esseri umani, oggi divisi dai muri, dai fili spinati e dalle leggi razziste, non solo nella titolarità ma anche nell'effettività di tutti i diritti fondamentali» (pp. 445-446).

Secondo Ferrajoli l'espansione a livello globale del paradigma costituzionale che si realizza nella *Costituzione della Terra*, sulla quale occorre rifondare l'ordine internazionale, contiene delle novità: la prima è la previsione nel testo costituzionale di funzioni di garanzia primaria; la seconda è l'elenco - accanto ai diritti umani, dei beni fondamentali - delle relative garanzie; la terza risiederebbe nella realizzazione in capo all'Onu del monopolio della forza con progressivo superamento degli eserciti e delle armi. E la speranza per la realizzazione di questa ipotesi teorica – secondo l'Autore – «non è il frutto di un generico ottimismo. Essa si fonda sulla ragione. È determinata dalla consapevolezza teorica che la soluzione dei problemi globali sarà resa possibile solo dall'espansione e dall'inveramento, a livello sovranazionale, dell'universalismo del paradigma garantista e costituzionale» (p. 450).

3. "Perché una Costituzione della Terra?"

La risposta giuridica militante all'insidia del realismo politico trova così spazio - con ottimismo metodologico - nel progetto della *Costituzione della Terra* di cui Ferrajoli è tra i promotori e di cui

parla nello scritto *Perché una Costituzione della Terra?* (Giappichelli, Torino, 2021[3]). Ferrajoli afferma che la lotta per il diritto «oggi deve essere tutt'uno con la lotta per una Costituzione della Terra» (p. 67), senza alcun generico ottimismo, ma anzi sul fondamento della ragione, della «consapevolezza teorica della possibile soluzione dei problemi globali, tramite l'espansione a livello sovranazionale del paradigma garantista e costituzionale» (p. 68). La promozione della *Costituente Terra* «e lo sviluppo di un movimento d'opinione a suo sostegno che dovrebbe coinvolgere, in un'opera di riflessione collettiva, l'intero mondo della cultura giuridica e politica […] ben potrebbe coniugarsi con l'odierna mobilitazione di milioni di giovani in difesa della Terra»; da ciò l'idea di una «Scuola *Costituente Terra*, anzi più scuole, il cui ruolo non è quello di insegnare ma di sollecitare la riflessione e l'immaginazione teorica in ordine alle tecniche e alle istituzioni di garanzia idonee a fronteggiare le sfide e le catastrofi globali» (p. 65). La "lotta per il diritto" è perciò intesa come un tutt'uno con la lotta per una *Costituzione della Terra* (pp. 65-66). *Le tre espansioni oltre lo Stato del garantismo costituzionale* elaborate ne *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale* hanno così trovato un primo terreno di confronto e costruzione teorica in una bozza di Costituzione della Terra redatta da Ferrajoli e composta da 100 articoli, dove si possono ritrovare le finalità della *Federazione della Terra*, la *Cittadinanza della Terra*, le diverse definizioni dei *Diritti fondamentali*, le *Istituzioni e funzioni globali di garanzia*, sia primaria sia secondaria, nonché le *Istituzioni economiche e finanziarie*, nel segno di un bilancio planetario e di una fiscalità globale (il testo integrale della bozza è reperibile al link http://labibliotecadialessandria.costituenteterra.it/prima-bozza-di-lavoro-per-una-costituzione-della-terra/).

Ragione e consapevolezza teorica fondano la speranza di Ferrajoli, presupposto dell'impegno morale e politico, capace di opporsi «- quale permanente energia politica costituente - all'accettazione passiva, perché inevitabile, dell'esistente» (p. 67). La lettura e lo studio de *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale* di Luigi Ferrajoli (Laterza, Roma-Bari, 2021) certamente arricchisce il giurista della conoscenza di una fondamentale elaborazione teorica dei nostri tempi, ma non solo, lo studio di quest'opera e l'interesse per la sua "traduzione" nelle Scuole per la *Costituzione della Terra* forniscono gli strumenti per un impegno

[3] Il lavoro è la prima delle pubblicazioni dei *Materiali per una costituzione della terra*, collana edita da Giappichelli e diretta da L. Ferrajoli, R. La Valle, T. Mazzarese.

giuridico militante a tutti coloro che condividono, senza rassegnazione all'esistente, la lotta per il dover esser del diritto. In questa prospettiva possiamo azzardare allora uno spunto conclusivo: con il suo costante impegno Ferrajoli ci ricorda - e insegna ancora una volta - che il giurista non dovrebbe aver timore di lavorare nell'orizzonte di un'utopia, ma piuttosto sentire il dovere di contribuire alla costruzione della democrazia, con tutta l'energia e l'ottimismo metodologico che ciò richiede.